

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

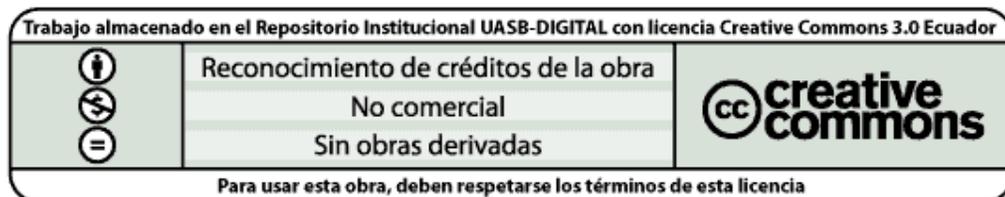
Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

El Precedente Constitucional

Vladimir German Bazante Pita

2012



Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....

Vladimir German Bazante Pita

Quito, 26 de septiembre de 2012.

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador**

Área de Derecho

Programa de Maestría Internacional en Derecho

Mención Derecho Constitucional

El Precedente Constitucional

Vladimir German Bazante Pita

Tutora: Pamela Aguirre Castro

Quito

2012

ABSTRACT

El presente trabajo establece los fundamentos sobre los cuales gira el precedente constitucional. Estudia sus características esenciales, cuestiona el tratamiento que esta institución jurídica ha recibido en la jurisprudencia desde 2008, año en que se aprobó la actual Constitución de la República; expone las contradicciones en que ha incurrido la Corte Constitucional en torno a este tema; señala, como muestra, la existencia de varios precedentes, así como el respeto y seguimiento de otros, pese a la limitación que representa el “etiquetamiento” que ha implantado la actual Corte Constitucional.

La naturaleza vinculante del precedente se manifiesta en la obligatoriedad de tomar en cuenta decisiones pasadas al decidir casos presentes. En ello radica la igualdad en la aplicación de derecho como superación de la igualdad “ante la ley”. Y en este sentido se distingue qué es lo vinculante de una sentencia o sentencias, la razón o razones específicas que llevaron a tomar determinada decisión.

Se critican las bases sobre las cuales la Corte Constitucional construyó una sui generis concepción del aspecto vinculante de la jurisprudencia cuando se trata de procesos de garantías constitucionales. Al cuestionar la interpretación del cuándo y el cómo es vinculante una sentencia se recurre a los criterios que la misma Corte utilizó en forma contradictoria.

Enseguida se evidencia la variación o alejamiento de criterios que supone la nueva decisión con respecto a la decisión pasada. Además, se señala pese a que la característica vinculante de la jurisprudencia ha sido limitada por la Corte Constitucional a una sola sentencia que ha sido etiquetada como “vinculante” en materia de garantías constitucionales, existen otras que son, por naturaleza, vinculantes y que, en este trabajo reciben el nombre de “escenarios base”. También, se muestra una línea de precedentes constantes en las resoluciones del antiguo Tribunal Constitucional.

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación dedico a mis padres, hermanos, y más familiares, quienes con su dedicación expresada en la perseverancia, atención, cuidado y esmero encomiables aportaron definitivamente a la culminación de una de mis metas profesionales que se expresará en participar y gestar el avance para el desarrollo de la comunidad científica social que se manifestará en la lucha por el derecho como garantía de supervivencia de la sociedad.

AGRADECIMIENTOS

Dejo constancia de la gratitud a perpetuidad para la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por permitirme profundizar y ampliar mis conocimientos para contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica que indudablemente repercutirá en la correcta aplicación del venerable deber de la realización de la justicia.

A mi profesora y tutora, doctora Pamela Aguirre Castro por su paciencia en la dirección de esta investigación, así como por sus generosas recomendaciones y sus valiosas críticas constructivas.

A los docentes del Área de Derecho, por sus enseñanzas, en especial, a los doctores, César Montaña, Agustín Grijalva, Ramiro Ávila y, a las doctoras Judith Salgado y Claudia Storini.

A mis amigos y amigas de la Universidad, personas provenientes de muchos lugares del país y del mundo, de diversas áreas del conocimiento, que coinciden en determinada época con un objetivo común y que al terminar la fase presencial del programa transitan por distintos caminos, en especial, a Boris Barrera, Pablo Bonilla, Claudio Guerrero, Santiago Moreno, Julio Roldán.

Al personal de la residencia universitaria por su amabilidad y eficiencia. Así como a todos quienes laboran en el Centro de Información y Biblioteca, en especial, a Angélica Cordero por su gentileza y por las facilidades dadas en la atención y seleccionamiento de libros y más obras de consulta.

ÍNDICE

Introducción.....	9
-------------------	---

CAPÍTULO 1

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

1.1. Jurisprudencia y precedente.....	14
1.2. ¿Qué es un Precedente?.....	18
1.3. Precedente constitucional y precedente judicial.....	19
1.4. Stare decisis. Algunos ejemplos desde el norte.....	21
1.5. El precedente: ¿fuente o no fuente?.....	25
1.5.1.1. Estructura normativa de las normas legislativas y jurisprudenciales.....	28
1.5.1.2. Fuentes hecho y fuentes acto.....	34
1.5.1.3. Normas de origen jurisprudencial. ¿Fuente hecho o fuente acto?.....	36
1.6. El precedente como fuente de derecho.....	37
1.7. El precedente como garantía de igual trato y como garantía de diferencia.....	40
1.8. Criterios para la concreción del precedente: creación o aplicación de derecho.....	43
1.9. Los hechos como factor decisivo, que complementan lo normativo.....	45
1.10. La validez del precedente, seguimiento y distinciones.....	46
1.11. Efectos.....	48

CAPÍTULO 2

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

2.1. Numeral 1 del artículo 436. Fundamento normativo del precedente.....	53
---	----

2.2. El numeral 6 y su falsa interpretación.....	55
2.3. La jurisprudencia se purifica.....	60
2.4. Sobre el conocimiento del precedente expresado en las periferias de una sentencia.....	64

CAPÍTULO 3

ESCENARIOS Y VARIACIONES. MÁS SENTENCIAS, MÁS

PRECEDENTES.

3.1. Escenarios base.....	72
3.1.1. Lapsus calami. En casación las formalidades deben ser justas.....	72
3.1.2. ¿Medidas cautelares indefinidas?.....	77
3.1.3. Igualdad formal en amnistía.....	80
3.2. Variaciones. Entre ponderación y contenido esencial.....	84
3.3. La Corte Constitucional utilizó precedentes del antiguo Tribunal Constitucional, pese a que ha negado el valor de las resoluciones de su antecesor.....	87
Conclusiones.....	93
Bibliografía.....	99

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN

En ocasiones las palabras no sólo expresan el criterio de un autor, con cierto tiempo, se vuelven independientes, adquieren nuevos significados, forman parte de la representación que se intente dar de un problema determinado, o pueden simplemente ser olvidadas y no provocar mayores movimientos, pero, en algún momento fueron la versión, la construcción de un sujeto atado a una historia para legitimarla o para cuestionarla.

¿Qué puede expresar una norma jurídica hecha por varios sujetos que tienen una identidad gremial? La Constitución o las leyes que se promulguen, con sus peculiaridades y diferencias marcadas, tanto por su origen, como por sus efectos, pueden ser prescriptivas, en el sentido que ordenan que algo se realice, ese algo puede ser, el efectivo cumplimiento de derechos, el establecimiento de garantías, entre muchísimas otras. Sin embargo, también pueden ser consideradas como el resultado de un proceso de legitimación de diversos sectores que buscan cambiar o mantener el *statu quo*, porque “el derecho es fundamentalmente una técnica de dominación”¹.

En este sentido el derecho podría no expresar con detalle las relaciones que se dan entre “autores gremiales” y sus normas, sino, ser la prueba de determinadas relaciones sociales que produjeron rupturas o continuidad.

¹ Diego, López, “¿Existe una ‘ciencia’ jurídica?”, en Santiago Castro, edit., *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*, Bogotá, CEJA, 2000, p. 154.

Pero el derecho también sirve como instrumento de cambio social para mejorar las condiciones de existencia de las personas, aunque pueda en este aspecto, ser sólo un instrumento de reformas y no de verdadero cambio. A través del derecho se pueden lograr mejores condiciones laborales, cesar la violación o vulneración de derechos, lograr igualdad material en ciertos aspectos, en suma se puede garantizar el ejercicio de todos los derechos.

Las normas jurídicas en cierta medida expresan una voluntad gremial de poder, por la autoridad que revisten ciertas formas y ciertas personas. Tanto las normas constitucionales como las legales son producto de aquellas relaciones, aunque debe reconocerse que la Constitución subordina a todo el sistema jurídico, lo que implica el establecimiento de límites a todas las funciones del Estado en el sentido de que no pueden vulnerar los derechos que en ella se reconocen a las personas², porque la Constitución representa, con las anotaciones señaladas “la expresión de un nivel de desarrollo cultural [...] reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”³.

Pero, ¿cómo se efectivizan esos límites frente al poder público e inclusive frente a los particulares? Que se reconozcan derechos y garantías no significa que su cumplimiento sea siempre oportuno. Las garantías serían un mecanismo eficaz siempre y cuando los garantes actúen protegiendo el derecho vulnerado, violado o amenazado. Si de cada diez acciones de protección presentadas, los jueces sólo aceptan una⁴,

² Así por ejemplo, en la Constitución ecuatoriana de 2008, se establecieron diversos tipos de garantías constitucionales que deben cumplir los diversos órganos del poder público para asegurar la eficacia de los derechos. Cfr. el Título III de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Peter, Häberle, *Constitución como cultura*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, p. 71-72.

⁴ “En relación al grado de aceptación de la acción de protección, se confirma que la tendencia judicial restrictiva de garantías y derechos que se registró en 2010 se ha mantenido e incluso acentuado durante 2011, pues nueve de cada diez acciones de protección interpuestas son negadas, cuando en 2010 fueron ocho de cada diez. Esta tendencia desmiente la percepción pública de que los jueces actualmente

tomando en cuenta que las garantías, en especial, las jurisdiccionales, no requieren de formalidades, ni se requiere el patrocinio de un abogado para proponerlas⁵, además, el juez puede ordenar la práctica de pruebas⁶, significaría que “algo” pasa con los jueces en el rol que deben desempeñar. O bien no existe mayor vulneración de derechos, o las garantías son casi letra muerta por el desconocimiento, la desidia, la presión o todas las anteriores.

Dentro de las autoridades institucionalizadas para la protección de los derechos se encuentra la figura del juez, quien es el encargado de conocer diversas garantías jurisdiccionales establecidas en la Constitución. Una particularidad del juez radica en que es autor de sentencias en las que imprime sus pre-concepciones, por lo que, se lo puede considerar como un “autor” en el sentido de que, en virtud de la ambigüedad de las disposiciones jurídicas, tendrá que construir el derecho para el caso concreto.

Por ello, en las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales, se puede apreciar un razonamiento jurídico que a su vez, es el resultado de una escuela de pensamiento de determinada época. Expresiones que pueden basarse en posiciones conservadoras, o en posiciones de cambio y creación⁷, pero, en todo caso, se las puede apreciar como el resultado de un proceso de construcción del derecho a través de operaciones que intentan racionalizarlo.

Sin embargo, más allá de las conclusiones a las que se puede llegar mediante el referido proceso, las sentencias de los diversos órganos jurisdiccionales, provocan, una vez dictadas, un efecto modelador, definidor de caminos, con pretensiones de

conceden con gran liberalidad acciones de protección”. Agustín, Grijalva, “Las garantías de los derechos en 2011” en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2011*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2012, p. 61

⁵ Constitución de la República del Ecuador. Art. 86.2., lit. c).

⁶ (Constitución, Art. 86.3)

⁷ Esto, claro está, teniendo en cuenta el carácter reformador que puede tener el derecho.

corrección, y que, de acuerdo a las posibilidades jurídicas o de contexto, se las considera vinculantes.

Las posibilidades jurídicas provienen del carácter positivo que se le otorga al elemento vinculante de las sentencias. Las posibilidades de contexto se refieren a la oportunidad de creación o imposición⁸ de criterios referentes a la vinculatoriedad en el ordenamiento jurídico cuando no está reconocido por el derecho positivo.

La Constitución reconoce el carácter vinculante de las decisiones emanadas por la Corte Constitucional⁹, y en esa línea se puede señalar que *prima facie* no habría inconveniente alguno en cuestionar, al menos formalmente la mencionada característica, por cuanto existe un expreso reconocimiento en este sentido a favor de las sentencias constitucionales.

Pero, hasta ahora, la Corte Constitucional para el período de transición ha “etiquetado” como “vinculante” a una sola sentencia, en el sentido de considerar a la regla o sub-regla que de ella emana como fuente de derecho. Sin embargo, ¿basta que la Corte Constitucional ecuatoriana para el período de transición haya catalogado como “jurisprudencia vinculante” a una sola sentencia en todo su período?, ¿es necesaria esta clasificación de las sentencias?, ¿es arbitraria esta clasificación?, ¿es posible que existan auténticos precedentes en las demás sentencias emitidas en este mismo período?

La vinculación, por tanto, en este aspecto está referida al poder del órgano de cierre¹⁰ de emitir decisiones que, por un lado, subordinan a todos los demás órganos del poder público que se encuentran sometidos a su competencia y, a sí misma, aunque, en

⁸ El sentido de “imposición” debe entenderse como producto (la decisión y su correspondiente vinculación) de un razonamiento atravesado por corrientes filosóficas (sea cual fuere), pero, limitado por el texto constitucional (en especial, las cláusulas referidas a la dignidad humana, la igualdad jurídica, los derechos de libertad, tutela efectiva, entre otros.), que imponen al intérprete ciertas pautas para decidir, aunque esto pueda parecer una aspiración, y en ciertos momentos una carga que es preciso desechar.

⁹ Constitución... Art. 436 numerales 1 y 6.

¹⁰ Cfr. Constitución..., Art. 440 “... las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”.

este aspecto su poder vinculante pueda ser reprimido o modificado de acuerdo al contexto o circunstancias de la decisión.

Si la vinculación de las decisiones es innata a las altas cortes, es necesario precisar sus límites para cuestionarse y señalar: **¿en qué medida la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana permite desarrollar una línea de precedentes?**

Para abordar esta problemática se ha dividido a esta investigación en tres capítulos. En el primero se abordarán los problemas sobre los cuales gira el “precedente” y se intentarán dar ciertos conceptos. En el segundo capítulo se procurará señalar el tratamiento jurisprudencial constitucional en torno al precedente. En el tercero se señalará la existencia de algunas decisiones interesantes que no han sido etiquetadas como “vinculantes” por la Corte Constitucional y en este sentido, pueden ser considerados como “escenarios base” para la resolución de posteriores casos; además, indicar que la actual Corte Constitucional para el período de transición, utilizó al resolver acciones de amparo, las razones previamente establecidas por el antiguo Tribunal Constitucional en sus resoluciones, existiendo de alguna manera una “línea de precedentes” consolidada.

CAPÍTULO 1

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

1.12. Jurisprudencia y precedente.

La jurisprudencia, como ciencia del derecho, puede tener varios alcances¹¹, aunque conviene aclarar que más allá del origen de la palabra y de su significado práctico, ésta atañe a la posibilidad de la cientificidad o no del Derecho¹². Precisamente, se ha señalado que el Derecho puede concebirse fundamentalmente como “técnica”, lo que se opondría a su cientificidad, ya que tanto el objeto como sus métodos no estarían a la altura de la verdadera ciencia (de la naturaleza). Y en este sentido, concebido el Derecho como técnica, también puede servir como un valioso instrumento de cambio social.

Pero, el derecho como mera técnica implicaría una renuncia apresurada a la posibilidad de un conocimiento histórico en el sentido de la filosofía hermenéutica, así como una renuncia al desarrollo de la ciencia jurídica para hallar (o intentar hallar) la

¹¹ Uno de ellos, lo concibe como ciencia jurídica, ya que deriva del latín *juris* que quiere decir derecho, y, de *prudencia* que quiere decir sabiduría. De allí que signifique “conocimiento del derecho, percepción de lo justo, intuición y ordenación debida de las relaciones de la vida social”. Clemente De Diego, “La jurisprudencia como fuente del Derecho”, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1925, p. 40, citado por José Castillo y Luis Castillo, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, Ara Edit., 2008, p. 13. Además, con un significado más práctico “jurisprudencia” hace referencia a las sentencias que emiten los jueces, en especial la función jurisdiccional, así, “las resoluciones de los jueces siempre que sean adecuadas, coherentes y mantengan una línea esencial se convierten en jurisprudencia.” J. Castillo, *El precedente judicial...*, op.cit., p. 13.

¹² Al respecto cabe anotar la polémica entre Manuel Atienza y Roberto Vernengo en torno a la Jurisprudencia como “técnica” o como “ciencia”. Cfr. Roberto Vernengo “Ciencia Jurídica o Técnica Política: ¿Es posible una ciencia del derecho?” en *Doxa 3*, 1986, p. 289 y s. Manuel Atienza, “Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto Vernengo” en *Doxa 3*, 1986, p. 297 y s. Roberto Vernengo, “Réplica a la respuesta de M. Atienza” en *Doxa 3*, 1986, p. 313 y s.

solución correcta¹³. Y en este orden de ideas, si el derecho no es completamente racional, al igual que otras ciencias del espíritu, conviene anotar que es necesario "operar racionalmente con lo irracional"¹⁴, como señala Winfried Hassemer.

Sin embargo, sea como "técnica" o como "ciencia", la jurisprudencia entendida como las sentencias de los órganos jurisdiccionales posee importantes características que se manifiestan externamente y, en este sentido, posee un carácter normativo, así como otras disposiciones normativas, en especial las legislativas, pero, con una diferencia notable, y es que puede repercutir en forma impresionante en la vida de quienes sean los más directamente afectados por una sentencia, así, por ejemplo, las partes procesales; cosa que no sucedería con mucha frecuencia al dictarse leyes, ya que su característica generalidad hace que no se las "aplique" hasta que aparezca un determinado caso o suceso.

Pero, las características de la jurisprudencia, como señala Konrad Hesse¹⁵, no se las puede encontrar a través de "la aplicación del Derecho a situaciones concretas de hecho". Esto porque generalmente se tiende a encontrarlas al comparar el *poder* jurisdiccional con las otras funciones estatales, en especial, con el legislativo, que suele generar el material con el que trabajarán o "aplicarán" los jueces.

¹³ En especial, como señala Arthur Kaufmann, "se tiene que saber, qué conclusiones son válidas y cuáles no, cuán seguras son y qué producen, sin provocar menoscabos cualitativos o de contenido" Cfr. Arthur, Kaufmann, *Filosofía del Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 136.

¹⁴ Winfried, Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 244, citado por Arthur Kaufmann, *La espiral hermenéutica*, p. 6. Original en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*. Sonderheft (eds. ALBRECHT, P.-A., DENNINGER, E., GRIMM, D., HASSEMER, W., KÜBLER, F., LIMBACH, I., MAHRENHOLZ, E.-G., MEYER, H., NAUCKE, W., SIMITIS, S., STOLLEIS, M. y WEISS, M.), Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 13-16, trad. del alemán de José Antonio Santos, en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14566/1/PD_52_12.pdf

¹⁵ Konrad, Hesse, "La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Constitución y Proceso*, No. 4, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 157 y s.

La característica más básica de la jurisprudencia está dada por “la tarea de adoptar decisiones basadas en la autoridad y con ello vinculantes [...]”¹⁶. La vinculación, por lo tanto, procede del poder que lo jurisdiccional representa en el Estado, así como en los roles que ella cumple dentro de las labores realizadas por los juristas.

La jurisprudencia es vinculante por naturaleza, sin vinculación sencillamente la jurisprudencia se vuelve vacía, de simple papel. Sin embargo, el reto del carácter vinculante no radica precisamente en su mero reconocimiento o institucionalización, sino, en su efectivo uso, es decir, en la utilización de los criterios que en ellas se plasmen y en el respeto que la jurisprudencia tenga por parte de sus seguidores.

De allí que la jurisprudencia de las altas cortes sea vinculante no solo para las partes que intervinieron en un proceso jurídico, sino que la vinculación sea una necesidad de igual trato para casos posteriores con similares características, es decir, con identidad tanto fáctica como conceptual. La vinculatoriedad de las sentencias se encuentra necesariamente relacionada con el principio de universalidad de la argumentación jurídica, siendo en este aspecto que la vinculación se puede quedar corta debido a los problemas que representa tener en cuenta fallos anteriores.

Entre los referidos problemas se encuentran tanto la dificultosa tarea de justificar la identidad entre casos, así como el desconocimiento de la jurisprudencia, la arbitrariedad en la toma de decisiones, el encasillar todo caso en una determinada disposición normativa sin la debida reflexión, el carácter político de ciertas decisiones, entre otros.

¹⁶ K, Hesse, “La jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 157.

Ahora bien, las sentencias o la jurisprudencia indudablemente deben provenir de los órganos legitimados para ello. Y en este sentido, la distinción entre un órgano de cierre, es decir, la Corte Constitucional y, los jueces inferiores, es de grado; esto es, los efectos normativos que puede provocar la sentencia dictada por un juez de instancia son los mismos que si esa sentencia la confirma o revoca la Corte, aunque este efecto es sólo para las partes. Lo peculiar de la Corte Constitucional radica en que, sus sentencias, su jurisprudencia, es vinculante y por tanto de obligatoria observación y cumplimiento por los demás operadores jurídicos dentro del patrón fáctico determinado en el caso concreto y, que es la base para la resolución de los casos posteriores, tanto constitucionales como ordinarios.

Sin embargo, esto no quiere decir que no existe la obligación de los jueces inferiores de sujetarse a sus propios fallos anteriores cuando se les presenten casos nuevos análogos tanto en lo conceptual y lo fáctico. En realidad no sólo es una obligación ética de los jueces y servidores públicos, sino que radica también en la obligación de igual trato ante la ley y en su aplicación, entendiendo “igualdad ante la ley” en el sentido de igualdad jurídica, concomitante con el principio de universalidad de la argumentación jurídica.

Conviene también señalar desde ahora, que el precedente puede distinguirse de la jurisprudencia por un rasgo básico. Mientras el precedente lo constituyen las razones específicas que sirvieron para fallar en determinado caso, que se pueden hallar al indagar en una sentencia específica; la jurisprudencia la constituyen también una o varias sentencias, pero, en ella se encuentran tanto razones o dichos de paso (*obiter dictum*) como las razones para decidir el caso (*ratio decidendi*). Al mencionar que la jurisprudencia la constituyen varias sentencias, en las que se puede hallar uno o varios

precedentes (razones para decidir), estamos señalando la existencia de una línea jurisprudencial, en este sentido, la confirmación de un primer precedente o su distanciamiento.

1.13. ¿Qué es un Precedente?

El precedente es la construcción de la vinculatoriedad de una decisión basada en las motivaciones que se expresen en la jurisprudencia (sentencia o sentencias). De allí que, encontrar las razones por las que se pueden comparar un caso anterior a uno por decidir puede generar diversas complicaciones, como, encontrar las razones para la decisión y diferenciarlas de las que sólo sirvieron para complementarla.

La vinculación lleva entonces un elemento adicional, el cual es la construcción de las razones que se quieren encontrar en la sentencia o sentencias que se analicen, es decir, el intérprete no hallará las intenciones de quienes redactaron la sentencia, sino, la construirá de acuerdo a los criterios que necesite para decidir en el caso concreto, sin que esto signifique arbitrariedad (aunque también puede existir), por el contrario, significa conciencia de los avances o retrocesos de los juicios sobre determinados problemas jurídicos.

Por lo que, esa construcción acompañada del elemento vinculante se la puede considerar como precedente, esto es, las razones en construcción de la(s) decisión(es) pasada(s), servirán como parte de sustento para decidir en casos presentes o futuros. El carácter vinculante se manifiesta en la obligatoriedad de tal análisis, por lo que, así como a la jurisprudencia le es innato esta característica, también lo es para el precedente, con las observaciones anotadas.

El elemento vinculante en realidad es común tanto para el precedente como para la jurisprudencia. Sabemos que toda sentencia es vinculante, pero, con la construcción del precedente sabemos cuál o cuáles son las razones que condujeron a determinada decisión. Si la jurisprudencia es lo general, el precedente es lo específico, la primera contiene a la segunda.

1.14. Precedente constitucional y precedente judicial.

En lo jurídico suelen establecerse distinciones entre las diversas ramas jurídicas en una suerte de clasificación de materias. De allí que se produzcan tensiones que pueden resolverse normativamente. El Derecho Constitucional al subordinar a diversas expresiones del derecho provoca cuestionamientos en torno a sus posibles límites y a las formas en cómo se manifiesta dicho control.

Siendo más precisos, lo que conviene detallar aquí es la posibilidad de distinguir o no entre dos clases de precedentes, el constitucional y el legal. Por el primero se entienden aquellas razones contenidas en la jurisprudencia constitucional; y, por el segundo, las razones que se encuentran en la jurisprudencia de casación.

Una primera distinción radica en los diferentes órganos que expiden los fallos. Por un lado la Corte Constitucional¹⁷, en su calidad de máximo órgano de interpretación y control constitucional, y por otro, la Corte Nacional de Justicia. Sin embargo, esto no dice nada acerca de la calidad de los diversos fallos que se pueden encontrar en una o en otra Corte y en especial, los niveles de tratamiento de temas constitucionales en la jurisdicción ordinaria.

¹⁷ *Constitución*.... Arts. 424, 436.1.

Por lo que, sería importante examinar las posibilidades que la justicia legal pueda interpretar y aplicar no sólo en casos extraordinarios la Constitución, sino, como presupuesto fundamental, teniendo como premisa que la Constitución consagra un nivel más avanzado de desarrollo jurídico y cultural, como se señaló anteriormente.

En esta medida, la autonomía en cuanto a la interpretación de las disposiciones legales por parte de la justicia ordinaria, y dentro de ésta, la división de la autonomía entre diversos jueces en cuanto a valoración de la prueba y en torno a la interpretación de las cuestiones de “derecho” provoca sino tensiones, si distinciones que invocando esta autonomía crean cierta resistencia al Derecho Constitucional.

Y en este orden, se trata de establecer si la subordinación de la jurisprudencia ordinaria a la jurisprudencia constitucional debe ser total o deben señalarse parcialidades autónomas de la primera.

La respuesta prima facie, parece obvia, en el sentido de afirmar la supremacía constitucional y de su máximo intérprete, la Corte Constitucional. Sin embargo, no lo es tanto cuando en la justicia ordinaria las “autonomías” anotadas provocan que los aspectos constitucionales queden relegados y, en consecuencia, con el pretexto de la aparente fuerza de ley se vulneren derechos.

Nuestra Constitución consagra una acción para vigilar que las sentencias de la justicia ordinaria no violen derechos, por lo que, los méritos para que la Corte Constitucional conozca de esta acción son las referidas violaciones¹⁸. Pero, esta aparente solución se difumina si se trata de establecer cuando existe o no violaciones a derechos.

¹⁸ El control constitucional sobre la justicia ordinaria se manifiesta a través de la institucionalización de la “Acción Extraordinaria de Protección” que procederá contra “sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional” Cfr. *Constitución...*, Art. 94.

La dificultad radica en que al sentenciarse sobre cualquier asunto se pueden afectar derechos, independientemente de la materia que se trate, aunque la referida afectación puede tener rangos más altos de protección dependiendo de qué derecho sea el vulnerado¹⁹.

Pareciera que las distinciones, tensiones o clasificaciones que se hacen en lo jurídico no son tan claras al referirnos a derechos, por las diversas implicaciones que una decisión, desde la considerada menos relevante, hasta la de más “trascendencia” provocan en las personas, esto puede significar libertad, trabajo, seguridad, propiedad, entre otros derechos y, ni hablar de los derechos del buen vivir.

En resumen, las distinciones entre clases de precedentes, obviamente existen, ya sea la Corte Nacional con fallos de casación, o la Corte Constitucional con jurisprudencia constitucional. Esta última, al ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución tiene un poder normativo que provoca la subordinación de la justicia ordinaria en diversos aspectos, aunque aún es difícil precisar sus límites.

1.15. Stare decisis. Algunos ejemplos desde el norte.

Como se ha señalado, para hallar el precedente es preciso encontrar la razón o razones que llevaron a tomar una decisión, es decir, la *ratio decidendi* de la sentencia. Esto se lo formula en la regla del *stare decisis*, por la cual se tiene que estar a lo decidido anteriormente, a las razones que se encuentren en la sentencia o sentencias pasadas para resolver casos presentes o futuros.

¹⁹ Así por ejemplo, Luigi Ferrajoli distingue entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, lo que provocaría que los primeros merezcan mayor protección. “A diferencia de los derechos patrimoniales -del derecho de propiedad a los derechos de crédito- los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a «todos» y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano”. Luigi, Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 908.

La formulación de la regla del *stare decisis*, tiene su origen en Inglaterra, de la mano de Blackstone en 1765, quien señalaría que “es regla establecida la de someterse a los precedentes cuando puntos ya juzgados vuelvan de nuevo ante los jueces”²⁰. En Estados Unidos, el pilar de esta doctrina ha sido el teórico Kent, para quien un precedente es “una decisión maduramente reflexionada sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio”²¹.

Sin embargo, al igual que la ley, la aplicación del sistema de precedentes también conlleva un riesgo, pues, puede ocurrir que se los utilice en abstracto para “aplicar” el precedente a nuevos casos sin el debido análisis de semejanza y pertinencia, o, por el contrario, puede permanecer en desuso porque ya no responda a las expectativas de los constantes cambios sociales.

Si con Blackstone, y luego con Kent, se formularon los conceptos del *stare decisis*, posteriormente Daniel Chamberlain, trataría de renovar esta regla, en el sentido de considerar al precedente como una fuente de derecho persuasiva²², y en esta línea, su autoridad dependería de su acuerdo con el espíritu moderno, de su correspondencia con el derecho actual²³. También, aparecería en Estados Unidos el afamado juez realista Holmes, quien, en forma más frontal, señalaba que “es indignante que no tengamos más razón para resolver que el hecho de que una decisión ha sido adoptada bajo Enrique IV”²⁴, siendo claro que se trataba de abandonar una concepción que petrificaba al precedente.

²⁰ Blackstone, Comm., (1765), t. 1, p. 69, citado por, André, Tunc, y, Suzanne, Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, Imprenta Universitaria, México, 1975, p. 248.

²¹ André, Tunc, y, Suzanne, Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, México, Imprenta Universitaria, 1975, p. 251.

²² A, Tunc, y S, Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos...*, op. cit., p. 266.

²³ A, Tunc, y S, Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos...*, op. cit., p. 267.

²⁴ The Path of law, p. 459, citado por, A, Tunc, y S, Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos...*, op. cit., p. 268.

Entre las diferencias que se pueden mencionar a grandes rasgos entre el sistema inglés y el norteamericano, vale señalar que los Estados Unidos “aportaron mayores modificaciones” a la cultura del common law y que los fundadores estaban muy impregnados “por los ideales franceses producto de la Revolución”²⁵. Vale recordar que el derecho inglés fue casi impermeable al derecho de tradición romano germánico, por lo que en Estados Unidos se habría producido una especie de fusión.

Entre estas características distintivas estadounidenses estarán por supuesto, la existencia de una Constitución escrita, la que tendrá especial relevancia en el papel que juega la Corte Suprema de ese país, que “adoptó rápidamente decisiones muy audaces o muy conservadoras”²⁶, contrariamente al fuerte respeto a la tradición existente en Inglaterra.

El common law estadounidense también se nutrió “por las escuelas típicas del pragmatismo de la cultura jurídica americana [...] que cumple de alguna manera la teoría del common law confiriéndole una flexibilidad, una recreatividad y una importancia política [...]”²⁷.

Un ejemplo de las tensiones que genera tanto el establecimiento como el alejamiento de un criterio nos lo proporciona un caso. En el año 1991, en la sentencia del caso *Payne v. Tenesse*, se pondrían de manifiesto las tensiones que produce la regla del *stare decisis*. Sin entrar en mayores detalles del caso²⁸, la decisión de mayoría aquí tomada, variaría de un extremo a otro con relación a decisiones tomadas anteriormente,

²⁵ Antonie, Garapon, e, Ieoannis, Papadopoulos, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Bogotá, Legis, 2006, p. 31.

²⁶ A, Garapon, e, I, Papadopoulos, *Juzgar en Estados Unidos y Francia*, op. cit., p. 32.

²⁷ A, Garapon, e, I, Papadopoulos, *Juzgar en Estados Unidos y Francia*, op. cit., p. 32.

²⁸ En este caso, el problema a resolver consistía en determinar si la Constitución de los Estados Unidos permitía o no que los jurados tomen en cuenta el punto de vista expresado por las víctimas mediante una declaración formal (en juicio), toda vez que estos testimonios podrían generar en el jurado cierta animadversión hacia el victimario, lo que podría provocar una condena superior a la que hubiera recibido si no se receptaban los mencionados testimonios.

esto es, en casos análogos constantes en las sentencias del caso Booth v. Maryland de 1987 y la sentencia de South Carolina v. Gathers de 1989. Entre los argumentos expuestos para justificar el cambio de línea jurisprudencial constan los señalados por el Chief Justice, William Rehnquist, “las decisiones Booth y Gathers fueron tomadas por el margen más estrecho, contra opiniones disidentes inteligentes (spirited dissents) que cuestionaban los fundamentos mismos de dichas decisiones; además, fueron cuestionadas por los miembros de la Corte en decisiones posteriores y los tribunales inferiores fueron incapaces de aplicarlas coherentemente”²⁹.

En su opinión disidente, el juez Thurgood Marshall, manifiesta, “el poder, no la razón, es la nueva medida de las decisiones de la Corte [...] ni el derecho, ni los hechos, que son el apoyo de las decisiones Booth y Gathers, han sufrido cambios en estos últimos cuatro años. Solamente el personal de esta corte ha cambiado”³⁰.

Si el precedente es una norma adscrita, esto es, una norma de origen jurisprudencial que tomó como antecedente la noción o luz que desplegaba una o varias cláusulas constitucionales, siempre con relación a un caso concreto, es decir, la justificación será con un carácter relacional, de mutua interacción, lo que significará que, por un lado, se reconoce a la Corte Constitucional una capacidad de actuación que indudablemente influirá en la sociedad; y, por otro lado, que posee la capacidad de influir en la cultura jurídica del país, incluyendo su sistema de fuentes.

Otro de los elementos que integran el precedente serán los llamados obiter dictum. Son afirmaciones hechas en la sentencia con ocasión de dar mayor relevancia a la ratio decidendi, perdiendo, a su vez, protagonismo en la sentencia, ya que no son lo

²⁹ Sentencia Payne v. Tennessee, 501 U.S 808, 827 (1991), citado por A, Garapon, e, I, Papadopolus, *Juzgar en Estados Unidos y Francia, op. cit.*, p. 200.

³⁰ Opinión disidente en la sentencia Payne v. Tennessee, 501 U.S 808, 884 (1991), citado por A, Garapon, e, I, Papadopolus, *Juzgar en Estados Unidos y Francia, op. cit.*, p. 201.

central del asunto en litigio, sin que por ello dejen de ser ilustrativos, e inclusive, en determinado momento podrían ser considerados como *ratio decidendi*, claro está, de haber condiciones fácticas para ello, con lo que se produciría una transformación de *obiter en ratio*, la cual requiere, en el mismo sentido que el cambio de precedente, una argumentación muy sólida que respalda la transformación.

1.16. El precedente: ¿fuente o no fuente?

Conviene en este apartado, por el peso de la tradición, mencionar a las clásicas fuentes del derecho. Me refiero a las que se nos han enseñado en las facultades de derecho, correspondientes al Título Preliminar del Código Civil de Andrés Bello, a saber, ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre. Quizás la clasificación no es precisa pero en este punto se quiere evidenciar un sistema rígido que concibe a los componentes del derecho como salidos de un manual. Entre lo normativo destacan la Constitución y las leyes; en el foro, la doctrina de los tratadistas, que no es otra cosa que los comentarios u opiniones respetables de quienes se interesan por el derecho, aunque sus comentarios puedan tener algún grado de razón; la jurisprudencia, es la interpretación operativa de la función judicial y constitucional; y la costumbre generalmente admitida (cuando reúnan ciertas condiciones, reiteración y aceptación social). El orden o jerarquía, después de la Constitución y la ley puede variar debido a su legitimidad y también a la tradición jurídica positivista de cada realidad.

Ahora bien, cuál es el fenómeno por el cual se origina una “fuente de derecho”. Evidentemente si comparamos a la ley, dentro del Estado legocentrista como la primera fuente de la que se sirve un juzgador para dictar sentencia, veremos que ella tiene mayor legitimidad democrática. Sin embargo, ello no es suficiente para considerar a las “otras

fuentes” que ha ido incorporando el sistema jurídico como fuentes de conocimiento y no como verdaderas fuentes de derecho. La consideración de “fuente del derecho” pasa, dentro de la lógica de este Estado por su positivización o reconocimiento, aunque este sería sólo uno de los elementos, sobre todo por la validez, eficacia y justicia que la mencionada fuente posea para resolver en cada caso y si su consideración es relevante para que la sentencia sea justa.

Esta aceptación de una fuente, entendida como presupuesto para la “aplicación del derecho”, es un requisito de valoración necesario previo a la decisión, pues, “se trata de juzgar aquello que permite juzgar, aquello que autoriza el juicio”³¹, esto en el sentido de la legitimidad y justicia que pueden o no tener estas fuentes para que a su vez sean utilizadas por el juzgador, como una desconstrucción normativa que permite encontrar disposiciones jurídicas adecuadas y pertinentes que para sustentar la decisión.

Ricardo Guibourg ha señalado que la distinción entre fuentes formales y materiales se encuentra en “desuso”, porque “cuando se habla de fuentes del derecho es ahora común referirnos exclusivamente a las formales”³². Las fuentes formales son sólo aquellas a las que el sistema jurídico considera como tales, ya sea porque han cumplido con un procedimiento de aprobación legislativa, cuyo producto es la ley, o porque ésta señala qué es lo que se puede tener en cuenta para fallar en los casos que ella señale. Las fuentes formales toman en cuenta únicamente la autoridad que creó la norma a considerar para fallar y el procedimiento que siguió, esto es, si la disposición o decisión se encuentran vigentes.

Las fuentes materiales, no sólo toman en cuenta la idea de vigencia en las fuentes del derecho, sino que esas fuentes tengan la validez y justicia necesaria para el

³¹ Jacques, Derrida, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 13.

³² Ricardo, Guibourg, “Fuentes del Derecho”, en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta S.A., 2000, 2ª. ed., p. 179.

caso que se pretende resolver. Además, contemplan la posibilidad y necesidad de considerar no solo las que provee el sistema jurídico, sino las que permitan resolver el caso en un sentido material.

En cuanto a clasificaciones de las fuentes, Ricardo Guibourg señala que “fuentes formales [...] son, pues, los hechos, procedimientos o circunstancias que otorgan a ciertas conductas la condición de ser obligatorias, prohibidas o facultativas en un sistema jurídico determinado. Tradicionalmente, [...] la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina [...]”³³.

En efecto, el sistema jurídico suele considerar “fuente”, como se señaló anteriormente, a aquello que se normativizó jurídicamente. Y dentro de estas fuentes clásicas la que ha tenido mayor relevancia es la ley (más adelante se la tomará como punto de comparación con el precedente), al considerársela como eje central del conocimiento jurídico, esto es, como un ideal positivo racional que pretendió y pretende regular acontecimientos futuros y de la cual se obtienen todas las respuestas a los problemas que acontecen.

Ahora bien, la jurisprudencia y el precedente, ¿qué clase de fuente son y tienen algún orden dentro de las clásicas fuentes formales?, ¿es acaso una fuente material? La jurisprudencia proviene de autoridades legitimadas para ejercer su función: administrar justicia. Los jueces al hacer jurisprudencia se valen de las fuentes reconocidas por el sistema jurídico. En realidad la jurisprudencia tiene un extraño papel, usa fuentes y se convierte en fuente. Puede ser fuente formal, porque proviene de una autoridad; y puede ser fuente material porque al usar criterios de justicia real le otorga al derecho mayores

³³ R, Guibourg, “Fuentes del Derecho”..., *op. cit.*, p. 179.

posibilidades de concretización. De allí que, ubicarla en una escala jerárquica no es del todo favorable porque lo material no tiene una escala a priori.

Sin embargo, conviene realizar una comparación con el paradigma de la ley y que nos sirva como elemento para sostener la necesidad de considerar al precedente como fuente de derecho al mismo nivel que cualquier otra disposición normativa, entre otras razones, por el mayor contacto que tiene un juez con la realidad. Para ello, a continuación se pasará una breve revisión sobre la estructura de las disposiciones normativas.

1.16.1. Estructura normativa de las normas legislativas y jurisprudenciales.

La estructura normativa suele pensarse desde su origen legislado. Por ello lo normativo ha estado dividido tradicionalmente en dos operaciones, la creación de leyes (disposiciones normativas) a cargo de la función legislativa y, la aplicación de esas disposiciones, a cargo de la función judicial. Si el proceso de creación de leyes dentro del órgano legitimado para ello siguió el procedimiento establecido obtendremos una disposición normativa formalmente vigente. Sin embargo, ello no significa que los contenidos que en ella se expresen sean válidos, esto es, contenidos materialmente válidos y justos.

Al legislador le está permitido, debido a su legitimidad democrática, recoger, entre otras, diversas aspiraciones de sectores sociales que buscan reconocimiento en el derecho, emitiendo normas regulativas que deben ser observadas. El juez, al cumplir su función, sólo puede observar los elementos jurídicos que le sean proporcionados por el creador de normas, sin embargo, esta distinción tajante no es del todo cierta, ya que si bien la ley representa una garantía para la seguridad jurídica de las personas, de las

inversiones que se realizan en un mundo globalizado, vale reiterar, la ley no significa derecho ni mucho menos justicia, ya que los ideales que ella representa dependen en gran medida no del obrar justo de las personas, sino de sus posiciones y también de sus intereses políticos.

Pese a esto, tendremos una subordinación del juez basado mayormente en la legitimidad democrática que tienen los legisladores electos por voluntad popular. Sin embargo, se debe aclarar que los jueces gozan también de una representación materialmente democrática que radica precisamente en la tutela de los derechos que la sociedad ha reconocido como el mecanismo adecuado para la convivencia social, es decir, están reconocidos institucionalmente para juzgar los hechos que se le presenten conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Obsérvese que el legislador tiene cierta “libertad” para interpretar las disposiciones³⁴. Obviamente, en los debates que se produzcan con ocasión del tratamiento del *proyecto* de ley, el legislador establecerá los fines y se regularán las actividades por las que se hace necesario dicho cuerpo legal. Es así que el juez estará atado siempre a observar disposiciones jurídicas, pero, en la medida en que éstas sean válidas y justas.

Si por disposiciones jurídicas entendemos sólo las emanadas por el legislativo, estaríamos limitando un gran número de disposiciones que podrían también considerarse jurídicas, y no veríamos, por una parte, el proceso o procesos de

³⁴ Sin embargo, la validez (no la justicia) de las disposiciones del legislador dependerá de su reconocimiento por parte de la población y de los jueces, ya que estos últimos al ejercer un contra-poderes pueden y deben limitar la normativa que atente en contra de disposiciones constitucionales, que, en cierta medida contienen conquistas sociales y limitaciones a las funciones del Estado, en especial cuando se regulan los derechos. Como señala Schmitt respecto a la finalidad de la división de poderes, ésta “consiste en que un poder frene a los otros [...] de este modo ha de alcanzarse un equilibrio, un contra-balanceo”. Sobre el concepto de legitimidad se puede ver, Robert, Alexy, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa S.A., 1997, Segunda Edición, p. 87 y s. También, sobre la validez y la distinción de poderes, ver, Carl, Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1996, p.104-106 y 186-190.

pensamiento por el que optan los jueces para llegar a una solución que se estime correcta o justificable; y, por otra, las diversas opciones que puede utilizar el mismo juez además de aplicar la ley para resolver el caso concreto.

Kelsen al formular el principio de imputación, establece que éste es un nexo entre la condición prevista en la legislación y las consecuencias jurídicas que también se encuentren establecidas, "...si la condición *A* se realiza, la consecuencia *B* debe producirse"³⁵, así por ejemplo, el que comete un crimen debe ser castigado.

Debido a que las normas jurídicas que son prescripciones ocupan un lugar especial en el orden jurídico³⁶, la letra de la ley que conforma una disposición normativa, un artículo, o un inciso, deben guardar una estructura lógica, ser coherente, para evitar falsas interpretaciones. Sin embargo, ello no salva la indeterminación, ambigüedad o vaguedad que pueden llegar a tener dichas normas, pese a los esfuerzos lingüísticos que se realicen, sino el tomar en cuenta los hechos del caso y la real dimensión de aplicar justicia al caso más allá de la ley.

El supuesto de hecho de la norma jurídica constituye una previsión o una anticipación hipotética respecto de una posible o incluso probable realidad futura³⁷. Este supuesto puede ser variado, desde una amplia gama de acciones hasta una amplia gama

³⁵ Hans, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1996, 2ª ed., p. 16.

³⁶ Carlos, Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Argentina, Editorial Astrea S.A, 1987, 2ª. ed., p. 71. Se acoge la distinción entre normas que estableció von Whright y que recogen varios autores, entre ellos Nino. Atienza señala que, lo que von Whright llama prescripciones son "el tipo de norma más característico que cabe encontrar en los sistemas jurídicos" Manuel, Atienza, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel S.A., 2007, 3a. ed., p.65. Es decir, existen diversas clases de normas que no necesariamente son jurídicas, pero dentro de éstas podemos encontrar las "prescriptivas" que mandan, prohíben o permiten. Así también se concuerda con Alchouron y Buligyn cuando señalan que "sólo se puede hablar de normas una vez que se hayan interpretado de una manera unívoca las formulaciones normativas" estos autores se apartan un poco de von Wright porque él considera que "las normas no son significados de las formulaciones normativas", Carlos Alchouron y Eugenio Buligyn, "Norma Jurídica", en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta S.A., 2000, 2ª.ed., p. 134-135.

³⁷ Luis, Díez, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel S.A., 1973, p. 61.

de omisiones (La Ley [...] manda, permite o prohíbe³⁸). La consecuencia jurídica o los efectos jurídicos, que pertenece al mundo de la normatividad³⁹, y no al de la realidad, se expresan con la fórmula “B debe ser”, es decir, comprobada la acción u omisión fáctica prevista, la consecuencia debe ser la sanción establecida, según el principio de imputabilidad de Kelsen.

Ciertamente la verdad de las tesis de Kelsen será puesta en duda más de una vez. Es que la “validez” de las normas no estaría ni en el campo de la moral o la política, lo está en el proceso de creación de esa norma, pues, como señala Kelsen, la existencia o validez de las normas positivas no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas⁴⁰, por estas consideraciones para Kelsen, el derecho se reduce al proceso, es decir, a lo meramente formal.

Con las características de las disposiciones normativas de origen legislado, surge la pregunta de ¿en qué se pueden diferenciar con las normas de origen jurisprudencial? Y puede que dependiendo de su consideración, en cierta medida no existan diferencias, ya que si la jurisprudencia señala, como elemento nuevo, no previsto por la legislación, una regla o sub-regla, lo único que variaría sería su autor o autores y las circunstancias de su emisión.

Sin embargo, existen otras diferencias que pueden dar cuenta de otra estructura o tal vez de una variación que la distinguiría de las normas de origen legislado. En primer lugar, para estructurar el supuesto de hecho de una disposición normativa, el legislador razona en abstracto, sin que existan unos hechos reales, un caso concreto en el que estén

³⁸ Código Civil. Art. 1.

³⁹ L, Diez, *Experiencias Jurídicas...*, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁰ H, Kelsen, *Teoría Pura del Derecho...*, *op. cit.*, p. 41.

en juego los derechos de una o varias personas, se intenta que la norma regule los acontecimientos. El supuesto de hecho de origen jurisprudencial es construido en primer lugar con hechos reales y actuales, que intenta encasillar en la disposición normativa, pero que nunca resulta idéntico. En este punto radica la contribución, porque el juez crea un supuesto de hecho con su respectiva consecuencia, auxiliándose del texto jurídico y no como determinante para que opere una simple subsunción que resulta arbitraria. En segundo lugar, los sujetos participantes en la construcción de la decisión, o más bien en el debate previo a la decisión defienden con criterios de corrección una solución que creen debe darse al litigio, por lo que en este escenario, la decisión se concibe como real en el sentido que el umbral para la decisión de lo que es correcto o no, de lo que es racional o no, o de lo que es justo o no, es más estrecho.

Pese a ello, ahora conviene repasar unos problemas de las normas de origen jurisprudencial. Un primer problema viene dado desde su planteamiento, esto es, desde que un caso llega a conocimiento de un juez. En efecto, se ha reiterado en la creencia de que el juez operaba mediante una mera subsunción, por lo que, ante la presencia de unos hechos tenía que aplicar la disposición normativa dada previamente por el legislador, desde la ficción de que el sistema jurídico es completo, sin lagunas y sin contradicciones. Sin embargo, ello no ha sido del todo superado, porque con el eslogan de los “casos difíciles”⁴¹ se ha creado un cierto elitismo que privilegia solo a unos cuantos y por esta ficción se piensa que en casos fáciles no se necesita mayor argumentación y por la que la simple subsunción se encontraría aún legitimada.

⁴¹ La fórmula de distinción entre casos fáciles y casos difíciles se la debemos a Neil Mackormick, véase, por ejemplo, Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 201.

Los privilegios que otorgan a los juzgadores que conocen de casos difíciles se dan desde su tratamiento distinto en los que se considera existe colisión de principios.

Sin embargo, la pretendida división es ilusoria, por ejemplo:

“aunque sea claro e indiscutible según la ley procesal que el plazo para la contestación de la demanda civil en un proceso ordinario es de 15 días, no resulta tan claro e indiscutible a la luz del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva si esta norma admite o no alguna excepción, por ejemplo, y qué excepción admite”⁴².

Además, si se toma en cuenta el carácter *prima facie* de los principios⁴³ e inclusive de todas normas⁴⁴, entendidas como reglas y principios jurídicos, la actividad hermenéutica, actividad histórica, exige del intérprete mayor esfuerzo. Por lo que la valoración de cualquier caso viene dada desde que se lo conoce, es decir, desde que el operador de justicia toma contacto con los relatos de las partes.

Otro problema es el originado cuando un juez reconoce que una ley puede provocar resultados injustos en el caso que conoce. Cuando una ley provoca resultados injustos el juez está en el dilema obedecer la ley o de fallar *contra legem*⁴⁵. Esto se puso de relieve cuando las distintas variantes del derecho libre, se revelaron en contra del formalismo de finales del siglo XIX y en el siglo XX⁴⁶. Philip Heck, por ejemplo, representante de la jurisprudencia de intereses intentaba dar una “conexión del derecho

⁴² Pilar, Zambrano, “El Derecho como Práctica y como Discurso. La perspectiva de la Persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, en *Neoconstitucionalismo y Teoría Política*, Dikaion, Revista de Fundamentación Jurídica, Año 23, número 18, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2009, p. 114.

⁴³ Cfr. Robert, Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, 2ª. ed., p. 79 y s.

⁴⁴ Josep, Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Barcelona, Ariel S.A., 2000, p. 108.

⁴⁵ Cfr. Luis, Prieto, *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, Lima, Palestra Editores S.A.C., Temis S.A., 2007, p. 75.

⁴⁶ Cfr. Diego, López, *El derecho de los jueces*, Colombia, Legis S.A., 2006, 2ª. ed., p. 269.

con los intereses de la vida, o, dicho de otro modo, de la finalidad en el derecho, colocando en primer término el elemento teleológico”⁴⁷.

1.16.1.1. Fuentes hecho y fuentes acto.

Josep Aguiló, a quien seguimos en este apartado, señala que los juristas parten de un género que abarca todos los supuestos de hecho posibles y que denominan hechos jurídicos en sentido amplio, los que se dividen en hechos jurídicos naturales y hechos jurídicos humanos, éstos últimos a su vez se distinguen entre hechos jurídicos en sentido estricto y los actos jurídicos⁴⁸.

Para este autor, los supuestos de hecho son “resultados institucionales” o *nomen iuris* (denominación legal) que se usan sólo en el campo jurídico, por lo que, a un “hecho” se le atribuye otra denominación, una denominación jurídica, esto es, sobre la base de reglas (de poder) que establecen qué hay que hacer para producir intencionalmente resultados institucionales o cambios normativos⁴⁹; o, mediante reglas (puramente constitutivas) en la que no interviene la intención de un sujeto, estas reglas crean la posibilidad de un cambio normativo⁵⁰.

Es decir, en el mundo se pueden dar hechos de cualquier índole –estos sí supuestos de hecho-, estos hechos tendrán una repercusión en lo jurídico a la que se le suele dar una denominación jurídica “*nomen iuris*” - lo que los juristas creen que es el supuesto de hecho-, lo que generará la consecuencia o efectos jurídicos. Estas son las

⁴⁷ Philipp, Heck, *El problema de la creación del Derecho*, Barcelona, Ariel S.A., 1961, p. 31.

⁴⁸ J, Aguiló, *Teoría general de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 52–53.

⁴⁹ J, Aguiló, *Teoría general de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 59.

⁵⁰ J, Aguiló, *Teoría general de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 60.

normas constitutivas o no deónticas (que condicionan), en oposición a las normas deónticas o regulativas (de conducta)⁵¹.

Por lo que, para el maestro español, los actos jurídicos presuponen una regla que confiere poderes⁵²; y, los hechos jurídicos naturales, a su vez, reglas puramente constitutivas. Sin embargo, señala, que para dar cuenta de los hechos jurídicos en sentido estricto, las reglas puramente constitutivas tienen que incluir referencias a acciones intencionales o a actividades, pues, lo relevante está en que el resultado institucional se produzca con independencia de lo quiera o no el sujeto que ha actuado intencionalmente⁵³.

Es así que el autor español señala que las fuentes del Derecho son aquellos hechos y actos jurídicos, resultados institucionales, que son normas jurídicas⁵⁴. En consecuencia, se debe distinguir entre fuentes que son hechos jurídicos y fuentes que son actos jurídicos⁵⁵.

Vale reiterar que el llamado supuesto de hecho de la norma, no es tal, pues la fórmula contenida con ese nombre es un *nomen iuris*, que es exclusivo del lenguaje jurídico, el cual sirve para enlazar, ahora sí, el supuesto de hecho, siendo aquella situación fáctica que se produce en la realidad, con la consecuencia jurídica prevista en la norma. Con esta base las partes componentes del “supuesto de hecho” o resultado institucional, esto es, hechos jurídicos en sentido estricto y actos jurídicos, tienen diferencias de grado, porque dependiendo de la regla que las informa, en los primeros (informados por reglas deónticas) no se hace necesaria la intencionalidad del sujeto para

⁵¹ Los enunciados deónticos son enunciados del deber ser, establecen lo que puede o no puede realizar una persona.

⁵² J, Aguiló, *Teoría general de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 60.

⁵³ J, Aguiló, *Teoría general de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 60-61.

⁵⁴ J, Aguiló, *Teoría general de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁵ Alessandro, Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional* (trad. De J. Jiménez Campo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 153 y ss., citado por Josep Aguiló, *Teoría general...*, *op. cit.*, p. 63.

que se produzca el resultado institucional, es más, aunque la tuviera, el resultado institucional se produciría lo quiera o no, lo haya previsto o no; mientras, en los segundos (informados por reglas no deónticas, de competencia), es necesaria la intencionalidad del sujeto, ya que ésta no se encuentra en el *nomen iuris* sino, en el verdadero supuesto de hecho o el antecedente.

1.5.1.3. Normas de origen jurisprudencial. ¿Fuente hecho o fuente acto?

Para matizar el problema de la posibilidad de creación de normas por parte del juez, a éste se le ha colocado en el dilema, en ciertos casos, entre elegir para solucionar un caso una ley injusta o crear la solución. Cuáles son los límites de la aparente creación del derecho, a qué está atado el juez al resolver si no encuentra disposiciones justas.

Cuando se trata de resolver un determinado caso, el juez revisará todas las disposiciones jurídicas que sean relevantes para tratar de llegar a una solución justa para el problema que se ha planteado. Se puede señalar que el problema empieza cuando existe ambigüedad o vaguedad en los términos que han sido usados por las autoridades políticas al momento de formular las respuestas institucionales y las consecuencias jurídicas. También porque el punto de partida de toda la operación jurídica es siempre un caso, que aparece con independencia de las normas con que pueda ser contrastado⁵⁶.

La consideración de la jurisprudencia como fuente acto o fuente hecho, puede ser un poco complicada, debido a que el modelo de las fuentes acto está construido sobre la base de las normas provenientes de autoridades políticas, y el de las fuentes hecho, sobre la de las normas que provienen de prácticas sociales⁵⁷. Encasillar a la

⁵⁶ L, Diez, *Experiencias Jurídicas...*, *op. cit.*, p. 214).

⁵⁷ J, Aguiló, *Teoría general de las fuentes...*, *op. cit.*, p. 68.

jurisprudencia en algún lugar, sea dentro de las fuentes hecho o de las fuentes acto, o dentro de las fuentes formales o de las fuentes materiales, podría ser un error.

Lo que contribuye al derecho, independientemente de la clasificación, es, por una parte, la función que la sentencia cumple y cumplirá en el desarrollo de los derechos y de la cultura jurídica; y, por otra, que los procesos para llegar a la toma de decisiones sean racionales. Por lo que, la validez que tenga el resultado institucional, el acto jurídico llamado sentencia, se reflejará cuando sea socialmente aceptado y cuando su contenido refleje coherencia con el ordenamiento jurídico justo. La legitimidad y validez de las normas necesariamente está fuera de las normas mismas⁵⁸.

En realidad, la jurisprudencia es un híbrido entre fuentes acto y fuentes hecho, ya que proviene tanto de agentes institucionales así como de prácticas realizadas por operadores jurídicos. Y en este sentido, el precedente, más allá del reconocimiento normativo institucional, su desarrollo y reconocimiento proviene del ámbito práctico del derecho, por ello su carácter híbrido.

1.17. El precedente como fuente de derecho.

La Constitución de la República reconoce que “el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”⁵⁹. Esta disposición positiva convierte a la jurisprudencia, sea de la justicia constitucional u ordinaria, en factor clave del progreso y desarrollo de los derechos, sin embargo, esta afirmación requiere de ciertas precisiones.

El papel de la jurisprudencia en el ejercicio profesional siempre ha tenido relevancia y también ha servido como medio reparador de injusticias. Sin embargo, el

⁵⁸ L, Diez, *Experiencias Jurídicas...*, *op. cit.*, p. 185.

⁵⁹ *Constitución...* Art. 11.8.

reconocimiento constitucional de este rol, junto a las facultades, entre otras, en especial de la Corte Constitucional, de ser el máximo intérprete de la Constitución⁶⁰, adquiere un significado real de limitación del poder y de utilizar su poder propio de forma adecuada y relacionado estrictamente a su fin, esto es la tutela de los derechos constitucionales y humanos. La utilización correcta de sus facultades radica en la racionalización de sus decisiones.

Además, el contenido de los derechos⁶¹ implica conocer su significación en el contexto histórico de su fundamentación, el papel de los sujetos beneficiarios y un proceso racional de creación de derecho mediante jurisprudencia.

Ahora bien, el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho debe leerse en la integralidad de la Carta Suprema. Esto sólo para reiterar que, por ejemplo, se reconoce entre las facultades de la Corte Constitucional que sus decisiones tienen un carácter vinculante⁶².

El reconocimiento como fuente de derecho de los precedentes en lo constitucional viene dado por el carácter plural de lo jurídico, esto es, el reconocimiento de “otras” formas de generar derecho, de la existencia de otros saberes que fueron ocultados o ignorados y que para tratar de encontrar una de las soluciones correctas necesitan ser oídas, tomadas en cuenta, para después de ello establecer la verdad de sus contenidos.

El “pluralismo jurídico” en nuestro contexto significa un “cambio” con respecto a qué debemos considerar fuentes, así,

⁶⁰ Constitución... Art. 436.1.

⁶¹ Este no es el espacio para tratar sobre el “contenido de los derechos”. Sin embargo, se puede observar a Pedro Serna y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Argentina, La Ley S.A., 2000, pp. 3-75.

⁶² Constitución..., Art. 436.1.6

“los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: (1) la autoridad que ejerce la competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales), (2) las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales), (3) el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, (4) las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, (5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos. [...]”⁶³

Ahora, como es conocido, en la jurisdicción ordinaria se ha exigido, para que un criterio jurisprudencial sea considerado obligatorio o vinculante, que se lo haya reiterado por tres ocasiones y, adicionalmente lo apruebe como jurisprudencia obligatoria el Pleno de la Corte Nacional⁶⁴. Sin embargo, esta afirmación resulta superada por un pensamiento anterior no muy tomado en cuenta y que se refiere en especial a la posibilidad de aplicabilidad de decisiones emitidas por la justicia ordinaria que no reúnan el requisito de la triple reiteración⁶⁵.

Pero, ¿qué es un precedente en cuanto a su justificación? Si aceptamos que las razones de una decisión son vinculantes y por lo tanto fuentes de derecho que deben ser tomadas en cuenta en decisiones futuras, nos falta señalar si esas motivaciones, consideraciones o razones son válidas, esto es, si expresan dos cosas, en primer lugar un correcto análisis interno y la certeza en cuanto a los hechos que sirvieron de base para la

⁶³ Ramiro, Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Edic. Abya-Yala, 2011, p. 124.

⁶⁴ Cfr. *Constitución...*, Art. 184.2, 185.

⁶⁵ En este punto cabe hacer ciertas precisiones. La “triple reiteración” implica que han existido varias decisiones sobre un punto de derecho, esto quiere decir que sus fallos son vinculantes y de obligatorio cumplimiento para los jueces inferiores, esto es, el precedente es vertical y no tiene efectos horizontales. Sin embargo, prima facie, parecería que los demás fallos sean uno o dos no ameritan este “seguimiento” de los jueces inferiores y de quienes la dictaron. Esto en parte es verdad, porque como señalamos, los jueces supremos (ahora nacionales) no están atados a sus propias decisiones, pero, sí están, con inclusión de los jueces inferiores, en caso de no existir la triple reiteración y si este fallo único fue invocado por una de las partes, en la obligación de pronunciarse al respecto, en caso de apartarse de este precedente. Así lo señaló la ex Corte Suprema: “Mientras no se haya producido la triple reiteración, el que exista un precedente jurisprudencial, la norma del artículo 19 antes citado en nada impide a los juzgadores apartarse de ellos, aunque si fue invocado por una de las partes como precedente, deberá exponer las razones para ese apartamiento.” Res. No. 121 de 28 de abril de 2003, R.O. No. 100 de 02 de junio de 2003, citado por Santiago Andrade, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005, p. 331.

decisión, es decir, si cumplieron con esta doble finalidad, lo que en la doctrina de la argumentación jurídica se conoce como la justificación interna y externa, sin embargo, por motivos metodológicos el análisis de la justificación de las decisiones escapa por ahora al objeto de este trabajo.

1.18. El precedente como garantía de igual trato y como garantía de diferencia.

La igualdad⁶⁶ como principio implica “tratar las cosas iguales de igual manera, pero también, a las diferentes, de manera diferente”⁶⁷, ahora bien, ¿qué significa esta formulación aristotélica para el precedente? Con relación a la utilización del precedente implica un doble ejercicio: comparar las disposiciones normativas con los hechos del caso y comparar decisiones anteriores, con los hechos del caso. Sobre las técnicas para hallar el precedente se tratará más adelante.

Es evidente que la comparación de casos no es suficiente aunque si es necesaria. Pues, el mencionar y analizar decisiones anteriores, así como el analizar las leyes o las disposiciones normativas es también útil, porque permite dar cuenta de un esfuerzo por argumentar basándose en criterios relevantes desde el punto de vista práctico, así como permite encontrar diferencias más nítidas entre casos, y con ello la posibilidad más evidente de hallar las razones visibles u ocultas de la decisión o decisiones comparadas.

Conviene señalar que la igualdad en torno al precedente implica una comparación en torno a la igualdad frente a la ley. Esto porque la legislación debe ser pensada en las diferencias existentes entre los seres humanos, diferencias que no son

⁶⁶ Sobre las relaciones entre los conceptos de igualdad y democracia Cfr. Ernst Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 82 y s.

⁶⁷ Introduction To Aristotele, Politics. Book Iii, capítulo 8. McKeon, Richard, Ed. 1947, pág. 593, citado por Joan Williams, “Igualdad sin discriminación” en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, edit., Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 257.

sólo físicas, sino, que reflejan desde una amplia gama de prejuicios, no solo por la raza, color, sexo, orientación sexual o condición socio-económica, sino por los roles asignados a las personas basándose en esta diferenciación social y económica, la consecuente falta de servicios en diversos sectores, la no garantía de los derechos humanos para toda la colectividad, que implica otra serie de niveles sociales y económicos que repercuten en algún momento en demandas de redistribución y reconocimiento.

Remediar estos males debe ser el papel fundamental de la ley y de toda disposición normativa y del derecho en general dentro de la estructura de un estado democrático de derechos y justicia. La jurisprudencia obviamente también debe cumplir ese rol, por ser aquélla que concretiza las demandas de justicia, la que renueva y le da un significado a la obra legislativa basándose en las actuales demandas sociales.

Sin embargo, debemos ser conscientes que la construcción de la igualdad jurídica, por ser una construcción, es una ficción necesaria, y no por ello, esta igualdad abstracta que suele ser expresada en la obra legislativa es lo más ajustada al ideal, es igualdad formal, se requiere de igualdad en la aplicación de la ley, igualdad en la aplicación práctica del derecho.

La igualdad ante la ley implica el reconocimiento de la diferencia. Sin embargo, para que la igualdad ante la ley se concrete en el derecho se necesita de una serie de mecanismos para hacerla efectiva. La jurisprudencia toma aquí relevancia al convertirse en instrumento garantizador de esa igualdad. Pero, siempre que la igualdad contemplada ante la ley tenga en su “aplicación” un resultado que sea el adecuado para la justicia. Claro está, la “aplicación” tendrá que atravesar por un proceso que no es el de la mera subsunción.

Ahora, la igualdad plasmada en la jurisprudencia implica una doble igualdad, es decir, más conectada con los problemas actuales, reales y, con las necesidades. El precedente se vuelve una extensión de la ley o de la disposición normativa en la medida en que le da un significado justo a los conceptos respecto a ciertos hechos. Pero también se vuelve una especie de purificador cuando rompe con tradiciones que perjudican los resultados justos y se aparta de aquéllas disposiciones.

Al tomar en cuenta precedentes como la expresión concretizada de igualdad ante la ley (jurídica), así como la igualdad en su aplicación, implica su reconocimiento al mismo rango que una disposición normativa, sea constitucional o legal, pues “[...] difícilmente habrá igualdad entre ciudadanos si no la hay entre los juicios que recaen sobre sus conductas”⁶⁸. Por lo que la igualdad del precedente (igualdad en la aplicación del derecho) requiere seriamente tomar en consideración decisiones anteriores como ejercicio de argumentación lo que lleva implícito su posibilidad de seguimiento o alejamiento.

Andrés Ollero señala varios elementos comunes a la igualdad en torno al precedente que toma de la jurisprudencia española, en esta línea destaca, “impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”⁶⁹.

Lo central radicaría en la “calificación jurídica de mayor o menor alcance”⁷⁰ por la que se darían la semejanza o la distinción entre casos. La cuestión de la diferencia

⁶⁸ Andrés, Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Segunda Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 22.

⁶⁹ STC 49/1982, FJ 2, citado por A, Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley...*, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁰ A, Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley...*, *op. cit.*, p. 26.

como garantía de igualdad y viceversa, si requiere un seguimiento de casos anteriores siempre que de su calificación racional se demuestre su “aplicabilidad” al caso presente. Sin embargo, es una exigencia del principio de igualdad el alejamiento del precedente, porque “la propia evolución de la realidad social puede imponer en muchos casos variaciones en la labor jurisprudencial”⁷¹.

Por lo que se puede establecer que en todo caso se debe hacer referencia a decisiones anteriores, aunque no se la siga si en ellas se encuentra una manifestación clara de desigualdad jurídica en perjuicio de otras o porque no tenga un punto de comparación adecuado.

1.19. Criterios para la concreción del precedente: creación o aplicación de derecho.

Esta aparente dicotomía entre aplicación y creación de derecho viene dada por la tradicional división de lo normativo: el legislativo y el judicial, al primero le corresponde crear normas, al segundo aplicarlas. Esto como se ha señalado no responde a la realidad, aunque la ficción sirva para estimular la obediencia o para no actuar conforme a derecho justo.

La distinción entre reglas y principios también juega aquí un rol importante, pues, si entendemos a las reglas como soluciones dadas, esto es, de hacer o no hacer, la labor del intérprete parecería no muy fecunda. Sin embargo, la labor hermenéutica del intérprete exige una valoración histórica adecuada de los cambios sociales y esto no significa que se desconozca la inexistencia en ocasiones de “calcular” la aplicación de la norma, sin embargo, por ejemplo, si una regla dice que una persona no puede

⁷¹ STC 63/1984, FJ. 3, y STC 63/1988, FJ. 4, citado por A, Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley...*, *op. cit.*, p. 38.

permanecer detenida sin fórmula de juicio por más de 24 horas, para fundamentar la razón o no de ésta se requerirá de argumentos que el juez debe proporcionar y que relacionará con los hechos particulares del caso.

Con los principios la situación parece un poco distinta, ya que se admite su carácter abierto, como mandatos de optimización. Lo que se quiere señalar aquí es que cuando está en juego un principio y no una regla pareciera que es mejor aceptada la posibilidad de admitir, más que la creación de derecho por parte del juez, su integración

“Admitir que lo que el juez hace, quiera o no, es interpretar exigencias jurídicas reales y buscarles apoyo en la norma disponible equivale a reconocerle un papel de motor en el dinamismo jurídico [...] Nos encontramos ante una función netamente creativa que, precisamente por su historicidad, se verá acompañada de cambios. [...] Cambia, pues, el derecho permaneciendo la ley [...]”⁷².

Por esto, aunque existe desde hace tiempo otro dilema (aparente) entre decidir conforme a una ley o apartarse de ella para obtener un resultado justo, el rol que asume el juez en este espacio es el de materializador, justificador, una labor de acomodamiento, de creación, como la pintura sobre el lienzo, que ha quedado lamentablemente “disimulado tras la apariencia de una interpretación de la ley”⁷³. Esta labor no solo implica creación después de la ley, sino también creación después de la jurisprudencia ya que si se admite que la ley puede ser arbitraria y que se puede fallar en contra de ella si es injusta, lo mismo ocurre con la jurisprudencia injusta, por lo que de ser necesario es preciso también “rebelarse contra la tiranía de la jurisprudencia”⁷⁴.

⁷² A, Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley...*, *op. cit.*, p. 36.

⁷³ René, David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 101.

⁷⁴ Piero, Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un Abogado*, Buenos Aires, Librería El Foro S.A., 1997, 3ª. ed., p. 161.

1.20. Los hechos como factor decisivo, que complementan lo normativo.

El precedente se encuentra más cercano a la realidad, en la medida en que las decisiones de los jueces tratan de resolver los problemas que surgieron o surgen cotidianamente, aunque esta cercanía ciertamente no quiere decir legitimidad democrática. Ese contacto que sugiere un carácter relacional entre las personas y que se manifiesta o exterioriza en los debates, en los sentimientos que provocan las circunstancias. Estas emociones que provoca *el caso* son las que hacen que el juez se encuentre en un rol distinto al del legislador que no tiene la difícil tarea de administrar justicia. Aunque ese contacto se pueda volver mecánico y el deseo de verdad se agote, así por ejemplo señalaba Calamandrei que, “[...] sí he conocido, no pocas veces, a jueces indolentes, desatentos, desganados, dispuestos a detenerse en la superficie con tal de evitar el duro trabajo de perforación que tiene que emprender el que quiera descubrir la verdad”⁷⁵.

El mismo autor señalaba que “*Ex facto oritur ius* –del hecho surge el derecho- es un viejo aforismo, cauto y honesto, que supone en quien desea juzgar bien, determinar, ante todo, con fidelidad minuciosa, los hechos discutidos”⁷⁶. Sin embargo ello debe matizarse, ya que si bien es cierto, la intuición de la justicia puede estar presente cuando conocemos los hechos de un caso, no es menos cierto también que lo normativo juega y debe jugar un papel importante, esto es, en la calificación jurídica del resultado que produzcan esos hechos.

Ahora, los supuestos de hecho que contienen las disposiciones normativas también regulan hechos que serán catalogados como jurídicos, pero, la diferencia radica en que los hechos que se producen en la vida cotidiana no pueden ser todos previstos,

⁷⁵ P, Calamandrei, *Elogio de los jueces...*, *op. cit.*, p. 217-218.

⁷⁶ P, Calamandrei, *Elogio de los jueces...*, *op. cit.*, p. 150.

sólo deben ser considerados como ejemplos para la comparación y la calificación jurídica. Es decir, la correspondencia entre norma y hecho, que pasa por una calificación, no se la encuentra completamente regulada en los textos jurídicos.

Si bien a través de los hechos se puede intuir la culpabilidad, responsabilidad de las personas, el proceso para llegar a una conclusión en torno a los hechos del caso implica proceder con herramientas que fundamenten o confronten el pre-juicio del intérprete tanto de los hechos como de las normas.

La “prueba” de que unos hechos afirmados sucedieron de una determinada forma construirá la premisa (que a la vez es el resultado o conclusión de los hechos) con la que el juez comparará el supuesto de hecho establecido en la disposición normativa,

“[...] es decisivo saber si un hecho ha sucedido o no, es decir, la construcción del caso a partir de una selección factual realizada mediante una actividad probatoria propuesta por proposiciones lingüísticas sobre los hechos relevantes que serán susceptibles de calificación jurídica al comparar los hechos probados con los definidos o tipificados en el supuesto de hecho de la norma alegada”⁷⁷.

Los hechos por lo tanto, pasan por la calificación que el intérprete haga de su relevancia con relación a lo normativo que, entre diversos usos, sentidos o significados son la expresión de un momento histórico, así, “lo históricamente vigente será uno u otro sentido de la norma”⁷⁸.

1.21. La validez del precedente, seguimiento y distinciones.

En este trabajo se ha sostenido que un precedente, al igual que la ley o cualquier disposición normativa necesitan de criterios de validez y justicia para que sea considerado como fuente de derecho. Sin embargo, la validez de un precedente implica

⁷⁷ Mario, Ruiz, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 246.

⁷⁸ A, Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley...*, *op. cit.*, p. 44.

que en su elaboración se haya seguido un proceso de correcta motivación y que, en consecuencia, dé un resultado razonable. Esta validez también implica analizar decisiones anteriores en la construcción de la nueva decisión, lo que significa que es un deber tanto referirse a precedentes como elaborar correctamente la decisión.

Por lo que la validez en torno al precedente implica encontrar la regla a seguir de la decisión anterior, que influirá en la construcción racional de la nueva sentencia, siempre y cuando no existan razones motivadas para tomar una decisión distinta.

El observar un precedente implica que su interpretación o su sentido se encuentran vigentes, pero siempre debe existir la posibilidad de fallar lo “indecible” para tratar de encontrar una solución justa para cada caso, sin que esto signifique pura arbitrariedad porque los sentidos de las normas y de los hechos encuentran un límite precisamente en el carácter histórico de sus interpretaciones. Aquí concuerdan vigencia y validez.

Sin embargo, es necesario resaltar dos cuestiones: el cambio normativo establecido en la actual Constitución con respecto al carácter vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional; y, que ésta tenga el rol de ser el máximo intérprete de la Constitución. Así,

“El Tribunal Constitucional, configurado en la Constitución de 1998, adoleció de grandes defectos: no aseguró la eficacia de la Constitución, no tuvo independencia real ni fue altamente profesional, no fue un verdadero ‘juez del legislador’, en lugar de resolver problemas políticos de forma jurídica al aplicar la Constitución los intensificó y, lo peor de todo, fue ‘la precariedad en la protección de los derechos fundamentales’*. La Corte Constitucional tiene una nueva forma de integración, período y atribuciones; entre las atribuciones novedosas está la de ser el máximo intérprete de la Constitución (ya no es el parlamento); la de poder controlar todo acto de poder público incluso las sentencias definitivas de última instancia (exceptuadas expresamente en la Constitución de 1998), la de ser árbitro de los conflictos de competencias (antes los garantes del

* Agustín Grijalva, ‘¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente’ en foro No. 7 Los temas de la constituyente, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, I Semestre, 2007, p. 79, citado por R, Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador...*, op. cit., p. 117.

orden jurídicos, en última instancia, eran los militares), son órganos de cierre en el control jurídico-político, crean precedentes (rompe el sistema de fuentes de derecho restringidas a la ley como principal y al resto como secundarias), desarrolla el contenido y el alcance de los derechos y corrige las prácticas estatales y privadas que generan violaciones de derechos”.⁷⁹

Por lo que la interpretación que la Corte Constitucional pueda dar con respecto a determinados casos se encuentra además respaldada normativamente. Si estas interpretaciones con este carácter fueran posibles sin el respaldo normativo que le otorga la Constitución sería una cuestión de importante análisis, que podría encontrar comparación con lo sucedido en Colombia después de la aprobación de la Carta Política de 1991⁸⁰. El reconocimiento de un “precedente” se da por su observación en decisiones posteriores, aunque se lo haga a veces “reservadamente” y en otras ocasiones se lo “etiquete”⁸¹, provocando autolimitación en su uso.

1.22. Efectos.

Cuando una sentencia resuelve un problema ésta tiene el poder de cosa juzgada por la cual el litigio termina definitivamente. Esta terminación definitiva provoca que la decisión adoptada en la sentencia sea vinculante para las partes que intervinieron en el proceso, por lo que su acatamiento resulta obligatorio.

Los efectos de las sentencias de garantías jurisdiccionales han sido dilucidados por la actual Corte Constitucional para el período de transición que ha manifestado en sentencia No. 031-09-SEP-CC⁸² que “de manera general en acciones de control constitucional los efectos son erga omnes, mientras que en garantías inter partes”, aunque sea posible “modularlas” para evitar “la reproducción de vulneraciones a

⁷⁹ R, Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador...*, op. cit., p. 116-117.

⁸⁰ Cfr. Diego, López, *El derecho de los jueces...*, op. cit.

⁸¹ En los siguientes capítulos se tratará de evidenciar que la Corte se autolimita en el uso del precedente con el “etiquetamiento”.

⁸² R.O. No. 98 (Suplemento) de 30 de diciembre de 2009.

derechos constitucionales en casos futuros o similares”, por lo que los efectos que señala esta sentencia son los siguientes:

- a) *Efectos inter partes: es decir, que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso.*
- b) *Efectos inter pares: una sentencia de esta naturaleza supone que la regla que ella define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares.*
- c) *Efectos Inter comunis: efectos que alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción.*
- d) *Estados de cosas inconstitucionales, por la cual ordena la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de tutela.*

Vale resaltar que la Corte insiste en que “el efecto inter partes para las garantías es la regla general, pero pueden existir excepciones a la misma”. Sin embargo, y en la línea que hemos seguido, la vinculación a decisiones pasadas se la encuentra en razones de tipo histórico que hace referirnos a hechos y normas no como esquemas en los que sea posible encontrar diferencias por la clase de acción en la que se desarrollaron, sino por el contenido que dichos casos puedan dar a otros para solucionar un problema.

Respecto al mantenimiento del precedente en el tiempo, y sobre su cambio se han formulado dos opciones. La primera, tomando en cuenta que los cambios sociales y conceptuales se producen muy lentamente, llegará una época en la que la ratio decidendi, resulte inoperante, por lo que en este supuesto operará el llamado *overruling*, es decir, bajo un patrón fáctico determinado, la nueva decisión se apartará por completo del precedente.

La segunda, está basada en la diferencia existente entre la causa decidida anteriormente y la causa por resolver, en este el precedente también será inaplicado, pero no por los cambios conceptuales y sociales, sino “porque existe una diferencia importante entre las dos causas, y que ésta justifica que se resuelva la causa de manera

distinta a la anterior”⁸³, es decir, el juez deberá apartarse de la *ratio decidendi* del primer caso y fundamentar una nueva *ratio* para el segundo, o introducir una excepción a la *ratio* del primero⁸⁴, conocido como el *distinguish*.

En resumen, la jurisprudencia y el precedente provocan alteraciones en la consideración de las diversas fuentes del derecho que se manifiestan en el cuestionamiento de la clásica división entre fuentes formales y materiales, ya que la jurisprudencia y en consecuencia el precedente, usan y se convierten en fuentes del derecho en distintos momentos. Y este uso y conversión no es posible encasillarlo en lo formal o material, estableciendo diferencias (escalas u orden de consideración para resolver casos) que la jurisprudencia no acepta, ya que, por ser, en cierta medida actualizadora, vivificadora de las disposiciones, es, también más cercana al contexto y en consecuencia, más legítima que las otras fuentes.

Josep Aguiló distinguía entre fuentes hechos y fuentes acto. Y en este orden, podemos encontrar que la jurisprudencia proviene tanto de autoridades (fuentes acto) y de prácticas sociales (fuentes hecho), y en esta medida, tampoco es posible encasillarla en uno o en otro tipo, siendo una mezcla de ambas. Es así que su reconocimiento provendrá necesariamente de los ámbitos prácticos del derecho, pero, para que esto ocurra, inevitablemente se tomará en cuenta su origen, el de la autoridad.

Es así que, la naturaleza de la jurisprudencia y del precedente es su vinculatoriedad, esa atadura a la(s) decisión(es) pasada(s) cuando se presenten casos futuros con identidad conceptual y fáctica. Sin la existencia de la obligatoriedad de las decisiones de las altas Cortes, no sólo para las partes, sino para la comunidad en

⁸³ Gwyneth, Pitt, “La aplicación de la ley dentro de la Tradición del Common Law”, en, *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 49.

⁸⁴ Carlos, Bernal, *El derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 181.

general, la jurisprudencia corre el riesgo de volverse vacía y los juzgadores de caer en la arbitrariedad.

Y en esta línea, la consideración vinculante del precedente por parte de los juzgadores radica en la necesidad de igual trato. La igualdad jurídica, igualdad ante la ley, que si bien es un artificio o constructo, representa la principal garantía en contra de la discriminación. Sin embargo, lo esencial no radica sólo en esta consideración sino, en la igualdad en la aplicación del derecho, siendo éste el fundamento del precedente como garantía en contra de la arbitrariedad de las decisiones de todo juzgador.

Por lo que, con estas anotaciones, el problema consiste en conocer las razones por las que fallaron los operadores jurídicos, es decir, conocer la *ratio decidendi* de una o varias sentencias. Las razones de la decisión, que son las vinculantes, se formulan en la regla del *stare decisis*, que no es otra cosa que estar a lo decidido anteriormente, lo que no significa que el nuevo intérprete no se pueda apartar (overruling) o distinguir (distinguish) un precedente.

Es así que el intérprete construirá y re-construirá las razones anteriores para el caso nuevo por decidir. Y en este momento indudablemente influirán diversos aspectos que señala la hermenéutica, que entendidos correctamente ayudarán a que la decisión sea lo más justa posible garantizando con ello la igualdad en la aplicación del derecho, cuando se procede con elementos lo más racionales posibles.

Ahora bien, las relaciones existentes entre cortes, y las tensiones, en cuanto provienen de la división o clasificación de materias jurídicas se resuelven mediante los criterios de supremacía constitucional, en el sentido de la subordinación de la justicia ordinaria con respecto a la justicia constitucional, aunque un ámbito importante lo representan las “autonomías” que poseen los jueces, en diferentes escalas en torno a la

valoración de pruebas e interpretación jurídica que podrían provocar su impermeabilidad. Sin embargo, vale reiterar, la jurisprudencia y el precedente constitucional subordinan a la jurisprudencia y precedentes ordinarios.

Aunque, esta relación debería entenderse en un sentido de complementariedad, porque como se señaló, cualquier asunto puede referirse a derechos y en esta medida cualquier asunto de justicia ordinaria puede convertirse en un asunto constitucional, involucrando desde los derechos procesales hasta los derechos sustantivos, por lo que, el énfasis radica en las posibilidades de una real interpretación de la Constitución en la justicia ordinaria.

CAPÍTULO 2

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

En este capítulo se pondrá especial énfasis en señalar el tratamiento jurisprudencial que la Corte Constitucional para el período de transición ha dado al “precedente”. Se procurará ir más allá del aspecto descriptivo al fundamentar las críticas que surjan en torno al mencionado tratamiento.

2.1. Numeral 1 del artículo 436. Fundamento normativo del precedente.

La Constitución señala, entre las atribuciones de la Corte Constitucional, el “...ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante”⁸⁵.

Con la exégesis de esta disposición se puede determinar que existen diferencias entre dictámenes y decisiones. En efecto, un dictamen representa una opinión de la Corte con carácter obligatorio, cuando sea requerida⁸⁶, de esta manera la Corte ejerce un control previo de constitucionalidad. Las decisiones o sentencias, en cambio, resuelven conflictos, pudiendo suprimir decisiones de menor jerarquía y obviamente, tienen fuerza vinculante.

⁸⁵ *Constitución...*, Art. 436, numeral 1.

⁸⁶ Así por ejemplo según el artículo 438 de la Constitución, se requiere de “dictamen previo y vinculante de constitucionalidad” cuando se trate de: “Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional”, “Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados”, “Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el Presidente o Presidenta de la República en el proceso de formación de leyes”.

La característica de máximo intérprete de la Constitución le concede a la Corte Constitucional una gran responsabilidad en torno a que, precisamente sus dictámenes y sentencias tienen la cualidad de ser la última *ratio iuris* en el territorio nacional, siendo sus razonamientos, los que por mandato constitucional, deben imperar sobre cualquier otra interpretación.

Ahora bien, una pregunta que puede parecer bastante simple de absolverse, pero que aún no ha sido superada exitosamente por la Corte para el período de transición es ¿a qué tipos de sentencias se refiere el numeral del artículo antes descrito?. Como se observó, las sentencias implican una decisión sobre un asunto sometido a la jurisdicción constitucional, y en este punto, la disposición constitucional hace referencia a la interpretación constitucional en general, es decir, no hace distinción alguna. Agrega la señalada disposición que además, le corresponde ser el máximo intérprete de los tratados internacionales.

La interpretación se encuentra presente en toda decisión jurisdiccional que haga la Corte de la Constitución, ya sea, desde el dar sentido a determinada regla, o cuando se intenta dilucidar el significado de un principio y, mucho más si hay de por medio hechos controvertidos que pueden generar contradicciones en los resultados jurídicos pretendidos.

Para determinar la claridad del numeral citado en líneas precedentes, se tendrá que pasar por la historia del intérprete, es decir, por las pre-comprensiones que posea sobre su rol en la interpretación, entre otras. Sin embargo, se puede mencionar que desde el texto constitucional la conclusión a la que se puede llegar es que toda decisión adoptada por la Corte Constitucional es vinculante, porque las sentencias

constitucionales dan fin a todo proceso que llegue a su conocimiento, sean de control de constitucionalidad o de garantías.

El numeral 1 del mencionado artículo no quiere decir otra cosa que no sea la que se infiere de sus propias letras, esto es, que sus decisiones tienen el carácter vinculante, es decir, es obligatoria, en los términos señalados en el capítulo anterior; por lo que al indicar “decisiones” entendemos que son sentencias y que éstas a su vez se dictan en todo proceso en el que sea necesaria la interpretación, ya que si no hay interpretación sencillamente no hay derecho; y, que la interpretación se encuentra presente en todo proceso, porque al interpretar la Constitución examinamos temas constitucionales, y esto sucede independientemente de que sea una acción de “interpretación autónoma”⁸⁷, de control de constitucionalidad o de garantías jurisdiccionales.

2.2. El numeral 6 y su falsa interpretación.

En el artículo 436 de la Constitución, numeral 6 se anota, como atribución de la Corte Constitucional la de “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”⁸⁸.

¿Qué diferencias existen entre el numeral 1 y el 6 del artículo 436? En que las “sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante” serán las que recaigan sobre las “acciones” señaladas, es decir, conjuntamente con el Art. 86.4 surge la legitimidad competencial para la selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales que no son de conocimiento inmediato de la Corte –acción de protección, acción de hábeas

⁸⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 154-161.

⁸⁸ Constitución..., Art. 436 numeral 6.

corpus, acción de hábeas data, acción de acceso a la información pública y de medidas cautelares autónomas. Sin embargo, aquí no se presenta ningún problema porque como expresamos en líneas anteriores, una “sentencia” implica la “decisión” sobre un determinado asunto.

Además, vale resaltar que el numeral señala confusamente “y demás procesos constitucionales”, por lo que esta referencia incluye todos los otros procesos en los que sea necesaria la decisión de la Corte, ya que existiendo un “proceso”, la consecuencia obvia es una sentencia al respecto, por lo que este numeral también serviría, de no existir el numeral primero, para sustentar el carácter vinculante de las decisiones de todos los procesos constitucionales. En efecto, si lo que se pretendió es asegurar la competencia de selección y revisión de la Corte Constitucional, no tiene sentido que se incluya a los demás *procesos constitucionales*, toda vez que, para la resolución sobre estos procesos constitucionales también se debe tener en cuenta el carácter vinculante de sus decisiones, es decir, su carácter obligatorio no sólo para las partes, sino para toda la comunidad jurídica, a fin de asegurar la efectiva vigencia del principio de igualdad.

Sin embargo, ¿cómo se ha interpretado el numeral que hemos analizado por parte de la Corte Constitucional para el período de transición? Pues, el 22 de diciembre de 2010 se expidió una sentencia, ejerciendo la competencia de “revisión constitucional” en la cual la Corte señaló: “considerando que la presente sentencia se constituye como fundadora de la competencia prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución”⁸⁹.

A primera vista pareciera que, la vinculación jurisprudencial se dividió en dos vertientes, la primera que se sustentaría en el numeral 1 del artículo 436 de la

⁸⁹ Sentencia No. 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de 2010.

Constitución, por la que la vinculatoriedad se referiría únicamente a sentencias interpretativas de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos; y, la segunda, que se sustentaría en el numeral 6 del artículo antes citado, y se relacionaría a casos que la Corte estime relevantes para ser considerados como “precedente”, principalmente al ejercer la competencia de revisión constitucional; y, las que resulten de la decisión de las acciones que conozca. Conviene recordar que la interpretación está presente en todo acto jurídico.

Sin embargo, vale destacar que la auto-limitación en esencia, parece forzada, esto porque señalan que “deben además existir condiciones adicionales que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedente sobre el conflicto identificado”⁹⁰, sobra decir que en la mencionada sentencia no hay referencia de dichas “condiciones adicionales” que deberían tener las acciones sobre garantías constitucionales.

El precedente entonces, habría sufrido una afectación provocada por estas declaraciones que formaliza la institución. La errada consecuencia que puede preverse es que una decisión de la Corte Constitucional para ser considerada un precedente tendrá que estar “etiquetada” con ese nombre, cosa que, al menos, hasta mayo de 2012, tan sólo una sentencia cumple con esta “categoría”. Es por ello que la función vivificadora del texto constitucional no parece haber avanzado mucho en este aspecto.

Es prácticamente imposible no interpretar algún texto, y mucho más el texto constitucional cuyas cláusulas son abiertas, susceptibles de ser “integradas” como señala Carlos Bernal. De allí que la distinción, estableciendo “clases” de sentencias que privilegian “cualidades” para que tengan el carácter de “jurisprudencia vinculante”, no

⁹⁰ Sentencia No. 001-10-PJO-CC.

es del todo favorable porque toda disposición normativa implica interpretación, tan necesaria para el auténtico comprender y que su resolución tenga la vocación de universalidad.

Tenemos, en este contexto, un panorama que actualmente ha formalizado la institución del precedente, estableciendo como condición necesaria el “etiquetamiento”⁹¹, el señalar bajo un rótulo que una sentencia es jurisprudencia vinculante. Sin embargo, la propia Corte ha utilizado implícitamente precedentes constantes en resoluciones anteriores para decidir casos futuros⁹². Ahora, se puede apreciar que existe un doble tratamiento de casos, por un lado, dentro de las sentencias de garantías constitucionales y revisión constitucional se requerirían condiciones adicionales para que la Corte señale que determinada sentencia es precedente; y, por otro, las sentencias de interpretación que no requerirían esas condiciones.

Como se expresó líneas atrás, en la sentencia No. 001-10-PJO-CC, de 22 de diciembre de 2010, el precedente habría sufrido una afectación. Dio un giro en torno a qué se debe considerar como “jurisprudencia vinculante” al dividir en dos al precedente constitucional. Y esto porque, en decisiones anteriores a la cuestionada, la Corte Constitucional para el período de transición determinaba, por ejemplo, que “esta sentencia interpretativa constituye jurisprudencia constitucional obligatoria y precedente

⁹¹ Al respecto, Cfr., la página oficial de la Corte Constitucional para el periodo de transición: http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=90&Itemid=10, visita del 02 de mayo de 2012, las 01H50.

⁹² Ver las siguientes resoluciones: Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional el 19 de mayo de 2009, Rs. No. 0062-2009-RA; Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional el 04 de agosto de 2009, Rs. No.0049-2009-RA; Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional el 25 de agosto de 2009, Rs. 0181-2009-RA; y, Rs. No.1282-07-A de 17 de marzo de 2010. En estos casos se puede observar una línea de precedentes (o al menos un intento de seguimiento a decisiones anteriores, inclusive con puntos y comas) en las resoluciones señaladas, referentes a la posibilidad de realizar desalojos de predios por Intendentes u otras autoridades administrativas cuando existe un conflicto sobre el dominio de aquéllos predios.

vinculante [...]”⁹³, o que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituirán jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección...”⁹⁴. Con relación a esta afirmación se puede constatar que esta sentencia fue dictada más de un año antes de la que se considera “fundadora” de la competencia del artículo 436.6, por lo que se aprecia que la propia Corte ya mencionaba el carácter vinculante de sus decisiones mucho antes de la sentencia 001-10-PJO-CC. Pese a esto, vale recordar que la vinculatoriedad no está dada por su declaración de jurisprudencia vinculante, sino, por sus argumentaciones racionales y por la vocación de universalidad en posteriores resoluciones, pues, solo así, la garantía de igual trato en la aplicación de las normas es efectiva.

Por lo que, independientemente de las vertientes que pueda tener el precedente, la esencia de la regla del stare decisis, como lo manifiesta la Corte Constitucional para el período de transición, es la misma:

“La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio del stare decisis en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio stare decisis se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada”⁹⁵.

En consecuencia, la misma Corte se encuentra obligada a tomar en cuenta sus propias decisiones anteriores (vinculación horizontal), así como, los jueces inferiores se encuentran obligados a observar los precedentes establecidos por la Corte

⁹³ Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, de 28 de noviembre de 2008, p. 40.

⁹⁴ Sentencia 012-09-SEP-CC, de 14 de julio de 2009.

⁹⁵ Sentencia No. 001-10-PJO-CC, p. 7.

Constitucional (vinculación vertical), y esto no únicamente en las sentencias que se etiqueten como “jurisprudencia vinculantes”, sino en todas las decisiones que se adoptan. Pero, la Corte señala que esta competencia, la de establecer precedentes en los procesos de garantías constitucionales, sería especial tratándose de “revisión de casos”, esto porque,

“[...] se insiste, la gravedad y relevancia constitucional de un caso, en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional, no se encuentran acreditadas únicamente por la vulneración de un derecho subjetivo, *deben además existir condiciones adicionales*, que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado. [...]”⁹⁶.

Sin embargo, la sola selección de casos no implica una división de precedentes, pues, las decisiones a más del efecto inter partes, implican siempre universalidad, es decir, sus decisiones van más allá de la resolución del caso concreto, ellas perduran porque sus razonamientos, sobre temas constitucionales, provienen de la legitimidad que le otorga la Constitución y la aceptación de la comunidad.

2.3. La jurisprudencia se purifica.

En la sentencia No. 045-11-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional conoció mediante una acción extraordinaria de protección, un caso por el cual la parte afectada reclamaba que la Corporación Aduanera Ecuatoriana le otorgaba un trato “distinto” al que recibían otros usuarios; y, que incumplía sus propias resoluciones de “consulta de aforo”.

Esta sentencia marcó un hito dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el período de transición, pues al resolver el siguiente problema

⁹⁶ Sentencia No. 001-10-PJO-CC, p. 8.

jurídico: “¿Existe vulneración al derecho a la igualdad cuando existen varias sentencias contradictorias de acciones de protección en distintos procesos sobre un mismo punto de derecho?”, señaló que

Así, la procedencia de la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección tiene como finalidad la unificación de la interpretación de los derechos constitucionales, función esencial, toda vez que distintos criterios razonables pueden llegar a entender de manera diversa el alcance de un mandato constitucional. Entonces, la interpretación que realiza la Corte Constitucional se proyecta en el razonamiento judicial aplicado a todos los casos que se circunscriban bajo el mismo patrón fáctico.

Esta competencia de la Corte Constitucional se encuentra direccionada precisamente para: 1. Suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica en la hermenéutica del sistema jurídico ecuatoriano y dotar de coherencia en la aplicación del mismo; 2. Restringir arbitrariedades en la aplicación en materia de derechos y garantías jurisdiccionales; 3. Asegurar la vigencia del principio de igualdad y seguridad jurídica, toda vez que ante una situación igualdad fáctica, debe garantizarse la existencia de un criterio común.

Reconociendo expresamente que el principio stare decisis no sólo está presente en las sentencias rotuladas como “jurisprudencia vinculante”, sino también en las otras acciones constitucionales que conozca la Corte Constitucional, como en el caso analizado, la sentencia que resultó de la interposición de la acción extraordinaria de protección. Adicionalmente señala la Corte para el período de transición, que “a similares situaciones jurídicas puestas en conocimiento y resolución de la administración [Corporación Aduanera Ecuatoriana] corresponde la misma respuesta, [...] a menos, claro está, que existan razones que justifiquen argumentadamente que merecen un trato disímil”, con lo cual precautela el principio de igualdad, no únicamente en sede jurisdiccional, sino también en sede administrativa, reconociendo otras formas de producción jurídica, no legislativa.

Es así que las exigencias de igualdad ante la ley por un lado; y, de igualdad en la aplicación de la ley, adquieren relevancia cuando la Corte manifiesta que “dentro de la

efectiva vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, resulta inadmisibles que existan criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, pues esto vulnera evidentemente los derechos de igualdad y seguridad jurídica”.

En el caso, la violación de derechos ocurre en consideración a la decisión adoptada, porque los jueces constitucionales que conocen acciones de protección, resuelven de manera distinta casos similares, así “el problema que presenta el caso *sub judice* tiene relación con la existencia de criterios disímiles en la resolución de la acción de protección sobre el mismo patrón fáctico”, por lo que

“...la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia para el conocimiento y resolución de la acción extraordinaria de protección, procederá a construir, a partir de los criterios disímiles sobre el mismo problema jurídico, un criterio que deberá ser observado por los jueces constitucionales cuando se presenten casos análogos al patrón fáctico, materia de este proceso, con el fin de precautelar los derechos constitucionales de las personas a la igualdad material y formal y a la seguridad jurídica.

Además, estableció la “necesidad de procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de acciones de protección”. Pero, más allá de este importante desarrollo jurisprudencial, las mismas razones utilizadas para admitir la necesidad de la señalada procedencia, pueden utilizarse, con el debido análisis, para admitir la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de otras garantías jurisdiccionales de conocimiento.

Para finalmente disponer “que el criterio argumentado en esta sentencia sea observado por los jueces que conocen de acciones de protección [...]” con lo que construye una sub-regla jurisprudencial que ordena el acatamiento de los criterios expresados en la mencionada sentencia. Dichos criterios, como resultado concretizado de la Constitución, son la expresión vinculante de la jurisprudencia a partir de un caso

concreto, otorgándole un efecto de obligatoriedad vertical a los jueces constitucionales de instancia y apelación que conozcan de este patrón fáctico ya resuelto por la Corte Constitucional.

En este sentido, la regla construida a partir del caso concreto, en su faz vinculante se encuentra limitada por el campo que ella produjo y que a su vez está determinada por los hechos del caso. Esto es cierto, en la medida en que la sub-regla se equipara a una disposición normativa para unos aspectos específicos no regulados previamente.

Al igual que en la “primera” sentencia vinculante, la construcción de la sub-regla jurisprudencial pretende así como una disposición de origen legislado o de rango constitucional, regular aspectos no aclarados por el derecho de origen institucional. Sin embargo, si este es el aporte del precedente a la teoría de las fuentes del derecho, debe señalarse que ese debe ser el primer paso porque así como la ley o las disposiciones constitucionales pueden quedar petrificadas de acuerdo a los criterios interpretativos que se usen, es preciso encontrar no sólo la sub-regla, sino, las “otras” razones que pueden ayudar a resolver futuros problemas.

Adicionalmente vale señalar que la Corte para el período de transición, señaló importantes razones con respecto a la característica vinculante de sus decisiones, lo cual ratifica nuestra tesis, esto es que la vinculatoriedad de las decisiones del máximo órgano de administración de justicia constitucional, es decir su obligatoriedad, no se presenta únicamente en la sentencias de “jurisprudencia vinculante”, sino en todas aquellas decisiones que resuelva la Corte Constitucional, en efecto,

“El artículo 429 de la Constitución de la República determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación

constitucional y de administración de justicia en esta materia, lo hace en relación a todos los demás intérpretes existentes, es decir, la Corte, en ejercicio de sus funciones, establece la interpretación jurídica final de la Constitución, con carácter vinculante.

En este contexto, el alcance “vinculante” de las decisiones de la Corte Constitucional debe ser examinado desde un análisis convergente de dos criterios. En primer lugar, desde la hermenéutica lingüística, el significado de vinculante tiene relación con “someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa”⁹⁷, es decir, corresponde, en materia jurídica fundamentar una resolución actual en criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto. Por otra parte, el alcance de vinculante debe ser examinado también a la luz de la calidad de órgano de cierre en la que se constituye la Corte Constitucional, es decir, en virtud de su calidad de intérprete máximo, sus resoluciones vinculan a los otros intérpretes de la Constitución. Entonces, el carácter constitucional de vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional se fundamenta, por una parte, en asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional.”

2.4. Sobre el conocimiento del precedente expresado en las periferias de una sentencia.

En un caso que la Corte para el período de transición discutía los alcances del otorgamiento de la amnistía otorgada por los Constituyentes de Montecristi, hacían clara referencia a una sentencia que se había emitido con anterioridad. Dicha sentencia es la 0004-09-SAN-CC y en ella se señalaba que “se confirma si se analiza un pronunciamiento anterior de esta Corte [...]”⁹⁸.

En el mismo caso, mediante el apartado de “explicación del voto” de la sentencia señalaban que “las decisiones que adopte [la Corte] con la debida motivación, crean precedente constitucional y el serio compromiso de observarlo en casos similares [...]”, por lo que se puede apreciar en esta sentencia de garantías, una clara conciencia

* Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Vigésima Segunda Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., 2009, p. 2303.

⁹⁸ Cfr. Sentencia No. 0004-09-SAN, de 24 de septiembre de 2009. R.O. No. 43 (Suplemento) de 8 de octubre de 2009.

en cuanto a la efectiva vigencia del precedente en forma general y no desde la etiqueta de “jurisprudencia vinculante”.

Asimismo, la Corte indicó que el precedente constitucional tiene “fuerza obligatoria no solo para el caso sometido a resolución del órgano que decide [...] el Tribunal Constitucional, sino para otros casos análogos que pueda resolver la Corte Constitucional [...]” lo que indudablemente da valor a las decisiones y las razones expresadas en las resoluciones que dictaba el antiguo Tribunal Constitucional.

Inclusive, se menciona que “en ocasiones, la Corte puede apartarse del mismo, de manera motivada [...]”, y más adelante se insiste en que la decisión del presente caso, pese a esta consideración, “no se trata de alejamiento de un precedente”. Lo que nos lleva a señalar que tanto la resolución dictada por el antiguo Tribunal Constitucional, así como la sentencia en la que constan estas declaraciones, son consideradas como “precedentes” en la medida en que se las debe tener en mente para decidir, esto se evidencia en especial al tomar en cuenta la señalada resolución del Tribunal Constitucional.

Con respecto al caso concreto que resolvió la Corte Constitucional para el período de transición en esta sentencia expresaron que

“Por estas razones, compartimos con los demás jueces de la Corte que suscriben la sentencia en que, *existiendo esta vez prueba suficiente, procede disponer el cumplimiento de la Amnistía N° 4* que benefició también al ahora demandante, sin que esta decisión constituya cambio de precedente, todo lo contrario, confirma la decisión de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional que consideró la inexistencia de prueba de la pretensión del recurrente de hábeas corpus para negarlo, en tanto que en esta causa, habiendo aportado con prueba legítima, con la que no contó la Sala, la sentencia decide aceptar la demanda y disponer se ordene la liberación del accionante”⁹⁹.

⁹⁹ Cfr. No. 0004-09-SAN-CC, de 24 de septiembre de 2009.

Entonces, es evidente la contradicción, mientras en la sentencia etiquetada con el nombre de “jurisprudencia vinculante” se señaló, “Los ex Tribunales Constitucionales dictaban una serie de fallos contradictorios sobre una misma materia, circunstancia que denotaba que características como certeza y seguridad jurídica se endilgaban única y exclusivamente al derecho legislado, esto es, a la ley en sentido formal”¹⁰⁰; en las periferias de la sentencia de “amnistía” se reconoce expresamente la existencia de precedentes en las resoluciones del antiguo Tribunal Constitucional.

El uso de la institución del “precedente” también se dio en sentencias interpretativas, al emitir declaraciones como “esta sentencia interpretativa constituye jurisprudencia constitucional obligatoria y precedente vinculante [...]”¹⁰¹. Sin embargo, en decisiones posteriores, ya no se usaron los términos con los que se identifica por naturaleza al precedente.

El tomar en cuenta decisiones anteriores, requiere la identificación plena de la *ratio decidendi*. Sin embargo, la Corte no ha realizado este ejercicio, aunque parezca paradójico el que, por una parte se auto-limite; y, por otra, utilice el precedente implícitamente en varias de sus decisiones, y, en las “aclaraciones de votos”. También es importante anotar que la Corte para el período de transición ha invocado en sus sentencias autos de la Sala de Admisión, para ratificar un criterio, así, “[...] y como esta Corte ha pronunciado en innumerables ocasiones, a través de sus *autos de admisión*, la acción extraordinaria de protección no constituye una instancia adicional [...]”¹⁰². Finalmente es curioso, que la Corte Constitucional ecuatoriana para el período

¹⁰⁰ Sentencia No. 001-10-PJO-CC.

¹⁰¹ Ver sentencias interpretativas 001-08-SI-CC, de 28 de noviembre de 2008; 002-08-SI-CC, de 10 de diciembre de 2008.

¹⁰² Sentencia No. 010-09-SEP-CC, en R.O. (s) No. 637 de 20 de Julio de 2009, p. 4. Según el criterio de Rubén Hernández, “desde un punto de vista estrictamente teórico y de conformidad con algunos de los principios que informan la jurisdicción constitucional [...] los procedimientos de admisibilidad no

de transición tenga como criterio relevante para resolver el problema central de un caso, varias sentencias de la Corte Constitucional colombiana¹⁰³.

En resumen, la utilización de precedentes jurisprudenciales, esto es, la ratio decidendi de una sentencia para decidir en casos futuros, ha pasado por un proceso denominado de “etiquetamiento”, consistente en creer que sólo las sentencias con el rótulo de “jurisprudencia vinculante” tienen ese carácter. Sin embargo, la propia Corte Constitucional acertadamente ha desarrollado los criterios de vinculatoriedad en otras decisiones que no son las correspondientes a la “jurisprudencia vinculante”, además, como se ha señalado, en las periferias de otra sentencia, varios jueces de la Corte Constitucional expresan las implicaciones propias del precedente constitucional.

Sin embargo, pese a las contradicciones existentes, la Corte para el período de transición trató de fundamentar la división del precedente constitucional en la interpretación aislada de los numerales 1 y 6 del artículo 436 de la Constitución, por lo que habría una clase de precedentes para interpretar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos y otra clase de precedentes exclusivo para la revisión de procesos de garantías constitucionales, olvidando que toda sentencia independientemente del proceso constitucional del que resulte, implica la construcción

deberían existir, por lo que las respectivas demandas deberían resolverse siempre en sentencia, aunque ésta última se fundamente luego en la carencia de requisitos de procedibilidad de la pretensión del recurrente”, aunque el mismo autor señala que existen razones “que justifican la existencia de una fase de admisibilidad en los procesos constitucionales”, principalmente, la “gran cantidad de asuntos que se ventilan en la jurisdicción constitucional”; y, que “deben cumplir con un mínimo de exigencias formales y sustantivas [...]” Y este es un punto esencial pues, es dificultosa la distinción entre las exigencias formales que pueden afectar o no a derechos, sean de carácter procesal o sustantivo. Sin embargo, “la mayoría de los procesos constitucionales [...] puede terminar en sentencia y no como consecuencia de resoluciones de carácter interlocutorio, basadas en defectos formales de la pretensión ejercitada, pues de lo contrario se violaría el principio pro sentencia que constituye uno de los contenidos esenciales de la garantía constitucional del debido proceso” Rubén Hernández, *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006, p. 226-228. Ahora, como señaló el autor citado, un auto tiene una naturaleza interlocutoria, por lo que el fondo del asunto nunca es discutido como se lo debe hacer al redactarse una sentencia que decide verdaderamente los aspectos controvertidos. Sin controversia no se construye democráticamente una decisión con pretensión de corrección.

¹⁰³ Sentencia No. 010-09-SEP-CC, en R.O. (S) No. 637, de 20 de Julio de 2009 p. 6.

de razones en torno a derechos, sean de carácter procesal o sustantivo, y es aquella construcción la auténtica ratio decidendi, no importando el lugar del que provenga.

También se ha señalado que la aparente inauguración de la facultad prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución fue inaugurada varios meses antes de la sentencia vinculante oficial, es decir, existió con anterioridad una sentencia que ya era considerada vinculante por la misma Corte.

CAPÍTULO 3

ESCENARIOS Y VARIACIONES. MÁS SENTENCIAS, MÁS PRECEDENTES.

En este capítulo se establecerá la existencia de precedentes constitucionales en sentencias de la Corte Constitucional que no han recibido el nombre de vinculantes; así como, el uso de la Corte Constitucional para el período de transición de criterios emitidos por parte del antiguo Tribunal Constitucional al resolver casos.

Para el primer objetivo es necesario señalar que cuando nace un precedente, al dictarse una sentencia, se establece un “escenario”. Un escenario constitucional es, según Diego López, “el patrón fáctico [...] en el que la Corte ha especificado, mediante sub-reglas, el significado concreto de un principio constitucional abstracto”¹⁰⁴. Es decir, una especie de unión o enlace entre los hechos de un determinado caso que fue sometido a conocimiento de la Corte con los principios o derechos constitucionales en que se sustentó y que dio como resultado una sub-regla de origen jurisprudencial.

Un primer problema consiste en identificar correctamente los hechos relevantes del caso, porque sin hechos la disposición normativa constitucional se mantiene inaplicable. Es así que estamos en presencia de la construcción de un supuesto de hecho que nos proporciona la realidad del caso concreto a la luz del principio constitucional que se considera encaja en el problema formulado.

El “problema” se construye en la medida en que identifiquemos los hechos relevantes. Un problema jurídico consiste en la formulación correcta de preguntas, a las

¹⁰⁴ D, López, *El derecho de los jueces...*, op. cit., p. 148.

que sea “posible dar respuestas constitucionales”¹⁰⁵, esto contribuirá “a la correcta identificación de la ratio decidendi de la sentencia”¹⁰⁶ lo que a su vez conlleva una mejor identificación de los derechos controvertidos que tome en cuenta tanto los hechos como lo normativo.

Diego López señala que es “inadecuado” formular problemas jurídicos muy amplios, por ejemplo “¿En qué consiste el buen nombre?”, ya que lo aconsejable es tratar de hallar

“el patrón fáctico fundamental y relacionarlo con el texto o con la norma constitucional controlante: ¿Hay violación del derecho al buen nombre (art. 15 C.P.) de un deudor cuando existe un reporte en una base de datos crediticia acerca de una obligación a su cargo, vencida, pero judicialmente declarada prescrita?”¹⁰⁷

Aunque Hans Gadamer señalaba que “los problemas no son, pues, verdaderas preguntas que se planteen y reciban con ello prefigurado el campo de su respuesta a partir de su propia génesis de sentido, sino que son alternativas de la opinión que uno no puede más que dejar estar, y que por eso sólo admiten un tratamiento dialéctico”¹⁰⁸. En este orden de ideas y si la interpretación de Gadamer en este punto es correcta, los problemas ocultarían la búsqueda de la verdad, de la naturaleza de la cosa que se investiga.

Sin embargo, al referirnos al pensamiento problemático en lo jurídico tenemos que nombrar a Theodor Viehweg, quien señalaba que “la tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión. Es por lo tanto una técnica del pensamiento

¹⁰⁵ D, López, *El derecho de los jueces*, op. cit., p. 151.

¹⁰⁶ D, López, *El derecho de los jueces*, op. cit., p. 151.

¹⁰⁷ D, López, *El derecho de los jueces*, op. cit., p. 151.

¹⁰⁸ Hans, Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca, Edic. Sígueme, 1997, 7ª. ed., p. 455.

problemático”¹⁰⁹. En este sentido, la tónica representaría una importante forma de discusión y por tanto de análisis, porque “el debate es [...] la única instancia de control”¹¹⁰.

En este punto cabe preguntarnos quiénes intervienen en los debates y, la respuesta que se obtiene es que dependiendo de quiénes sean los que intervienen en aquéllos, la calidad de la respuesta variará, porque “todo depende en gran medida de con quién se practique”¹¹¹. Con este presupuesto el siguiente paso consiste en la demostración de la premisa, “[C]osa distinta de legitimar o de probar una premisa es demostrarla o fundamentarla”¹¹². La demostración se la hace mediante deducciones, las conclusiones son seguras cuando provienen de premisas que son afirmativas o negativas.

Pero, la tónica no proporciona seguridad en este sentido, el autor citado señala que “[L]a tónica no puede hacerlo. Las proposiciones con que opera sólo en una medida muy insuficiente pueden demostrarse lógicamente. Son, en todo caso, discutibles, [...] todo el interés radica en configurar esta discutibilidad del modo más claro y posible”¹¹³.

Obviamente, este no es el espacio para señalar los detalles del pensamiento de Viehweg y muchos menos de la tónica o sus críticas. Sin embargo, los puntos señalados nos sirven para saber en qué medida las respuestas que nos proporciona la jurisprudencia son construidas de acuerdo a criterios aceptables.

Ahora, con estas aclaraciones, y siendo más específicos, además de la identificación correcta de los argumentos que constituyen la *ratio decidendi*, un escenario constitucional implica, también, conocer sus extensiones, es decir, el

¹⁰⁹ Theodor, Viehweg, *Tónica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 49.

¹¹⁰ T, Viehweg, *Tónica y Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 61.

¹¹¹ T, Viehweg, *Tónica y Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 62.

¹¹² T, Viehweg, *Tónica y Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 62.

¹¹³ T, Viehweg, *Tónica y Jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 64.

seguimiento, distinciones y alejamientos que ha sufrido el precedente. Ello porque “la interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia [...]”¹¹⁴. Por este motivo, lo que se propone ahora es el análisis de “escenarios base”, es decir, el análisis de varias sentencias que emitidas por la Corte Constitucional para el período de transición, determinando los problemas de orden fáctico y conceptual. Por lo que, el “escenario base” son los precedentes constantes en esas primeras sentencias. A continuación examinaremos varias de esas referidas sentencias.

3.1. Escenarios base.

3.1.1. Lapsus calamis. En casación las formalidades deben ser justas.

Un caso bastante peculiar fue el del “lapsus calamis”. Un fallo relativamente importante si se toma en cuenta que podría ser considerado como instrumento para la constitucionalización del ordenamiento jurídico ordinario. Esto porque introduce o añade a uno de los conceptos clave del derecho procesal, el de “formalidad”, la característica de “justa”, es decir, que las formalidades deben ser justas. Veamos.

En sentencia No. 020-09-SEP-CC de 13 de agosto de 2009, la Corte Constitucional conoció, vía Acción Extraordinaria de Protección, el caso por el que el Procurador General del Estado impugna un auto dictado por los ex Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se inadmitió el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Fiscal No. 2 de Guayaquil.

¹¹⁴ D. López, *El derecho de los jueces...*, op. cit., p. 139.

La Procuraduría, luego de dictarse la sentencia de única y definitiva instancia, que le fue desfavorable, presentó, después de transcurrido el término legal de tres días, un escrito solicitando la ampliación y aclaración del fallo. Pero, pese a que aún no le respondían el mencionado escrito, la Procuraduría interpone, dentro del término de ley, el Recurso de Casación, que sería desestimado y ante lo cual interpone un Recurso de Hecho, siendo éste inadmitido por la ex Corte Suprema de Justicia, por lo que presenta la Acción Extraordinaria de Protección.

Dos son las cuestiones que se nos plantean. Por una parte respecto a las consecuencias de “estar a lo que dice la ley”, sobre todo cuando esta atadura puede provocar injusticias, esto es, no conocer y resolver el fondo de un asunto; y, por otra, conocer los detalles del caso que dirán si esta atadura provocó la referida injusticia.

La Procuraduría habría cometido dos errores: el primero no presentar a tiempo sus recursos de aclaración y ampliación; y, el segundo, señalar que la sentencia que impugnó en el recurso de casación fue dictada en una fecha distinta a la que corresponde, esto es, escribió que la sentencia fue dictada en “noviembre”, en lugar de “abril”, que era lo correcto.

Después de presentar la aclaración y ampliación fuera de término, la Procuraduría no espera respuesta por parte de los jueces e inmediatamente, presenta el Recurso de Casación, éste sí dentro de término, por lo que, ante la declaración de la Sala de la ex Corte Suprema de que el recurso de casación “es improcedente por apresurado, en virtud de que sólo a partir de la fecha de notificación del auto definitivo que negaba la aclaración y ampliación, discurre el término para la interposición del recurso de casación”¹¹⁵, la Corte Constitucional señala que “[...] con la afirmación antes

¹¹⁵ Sentencia No. 020-09-SEP-CC, de 13 de agosto de 2009. R.O. (S) No. 35, de 28 de septiembre de 2009, p. 13.

mencionada, [...], se apega a un acto de ruptura a la simple lógica, así como violatoria de la justicia por hacer prevalecer meras formalidades”¹¹⁶.

Respecto a la equivocación de fecha en el escrito de casación en que incurrió el recurrente, la Corte considera que “un lapsus calami o error en la escritura es un acto cometido por una persona de manera involuntaria o sin conciencia plena de la acción de que se trate”¹¹⁷, por lo que, “el error en el que incurrió la Procuraduría General del Estado al momento de identificar la sentencia sobre la que trataba de recurrir en casación, usando la palabra ‘noviembre’ en vez de ‘abril’, es un lapsus calami”¹¹⁸.

En este orden de ideas, el argumento se completa de la siguiente forma: “[...] en el presente caso basta con la identificación del caso a través de su enumeración para deducir que la Sentencia que se recurre es la que se ha producido en el trámite de dicho caso y no otro”¹¹⁹.

Además, la Corte señala que:

“[...] pues si la petición de aclaración y ampliación fue presentada de manera extemporánea [...], fue más que obvio que dicha petición sería rechazada, ante lo cual, la presentación del Recurso de Casación no podía estar sujeta a la aceptación o negación de la aclaración y ampliación, sabiendo, además, que el recurso de Casación fue presentado dentro del término legal. Sería apresurado pedir recurso de casación sobre una sentencia de un proceso que apenas inicia, en cambio, en el caso concreto, la petición de dicho recurso es obvia y hasta inminente, por lo que su negativa debía fundarse en argumentos sustanciales y no en meras formas”¹²⁰.

Se puede apreciar que existe una valoración del derecho a la tutela judicial efectiva en el sentido de establecer condiciones tanto argumentativas y de fondo para que un fallo sea considerado justificado.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 14.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 14.

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 14.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 14.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 14.

“[...] la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada”¹²¹.

Si considera suficientemente el alcance de que las “formalidades deben ser justas”, implicaría una profunda revisión de las prácticas judiciales que se suelen dar y que sacrifican la justicia. Obviamente se puede diferenciar entre solemnidades y formalidades¹²², pero, la característica de la justicia que debe brillar en cada caso, acoge la necesidad de analizar cada caso de manera integral, para que, en especial en la justicia ordinaria y, de forma particular, abandonar los ritos innecesarios, que se pueden tornar en injustos¹²³.

Sin embargo, ello no quiere decir que debemos abandonar por completo los ritos, que también son una garantía constitucional y forman parte del debido proceso. Pero, sí debe prevalecer, ante todo el ideal de justicia, el de resolver cada caso de forma efectiva, por lo que, ante la necesidad de reglas, de formas y de solemnidades necesarias para la seguridad jurídica, lo es también la necesidad de que la decisión sea justa, equitativa, porque, como señalaba Gadamer, la ponderación de la equidad es la que halla el derecho. Calamandrei también lo intuía de alguna forma, al señalar “[...] y entonces siento que los esquemas abstractos ya no sirven [...] y acercarse, con

¹²¹ *Ibíd.*, p. 15.

¹²² Al respecto véase un fallo de la justicia ordinaria, bastante didáctico, en R.O. No. 379, de 30 de julio de 2001, p. 25 y ss.

¹²³ Estos ritos afectan a la celeridad procesal, a la inmediatez, a la tutela judicial efectiva, entre otros principios constitucionales.

respetuoso deseo de comprensión, al caso individual, que no es asimilable a ningún otro, porque cada ser humano es único y cada dolor es nuevo”¹²⁴.

El derecho a la tutela efectiva tiene una precisión en cuanto no deben considerarse justas las formalidades que atentan contra la realización del derecho material que se encuentre en juego, lo que de tenerse en cuenta conlleva la realización del ideal de seguridad jurídica, concebido como la certeza o previsibilidad en las diversas relaciones jurídicas que se pueden llevar a cabo. Por lo que, el error en que se puede incurrir al presentar escritos en los juzgados o por cuestiones de tiempo, debe considerarse a la luz del derecho a la tutela efectiva y no como restricciones que operan sin valoración alguna.

En razón de lo cual, la formulación correcta del encabezamiento de la línea jurisprudencial en este caso sería el siguiente ¿atenta al derecho a la tutela efectiva el cumplimiento de formalidades que provocan que el fondo del asunto controvertido no sea resuelto?.

Y la respuesta, con las anotaciones señaladas sería afirmativa, toda vez que de la subregla que emana de sus consideraciones, la presentación fuera de término de un recurso horizontal no debe repercutir en la no consideración de la revisión del asunto controvertido por el no cumplimiento de formalidades. Lo que debe, por analogía, equipararse a otros casos, por ejemplo, en los términos para presentar y evacuar pruebas.

¹²⁴ P, Calamandrei, *Elogio de los jueces...*, op. cit., p. 277.

3.1.2. ¿Medidas cautelares indefinidas?

En sentencia No. 024-09-SEP-CC¹²⁵, de 24 de septiembre de 2009, la Corte Constitucional para el período de transición, conoció, por medio de una acción extraordinaria de protección, el caso que la Cía. Acromax Laboratorios Químicos Farmacéutico S.A. presentó en contra de dos “autos” emitidos por la Jueza Quinto de lo Civil de Pichincha, que afectaban sus intereses.

El accionante, producía un medicamento denominado “Max” que tenía un “principio activo” llamado “Sildenafil”, que importaba de la compañía argentina Aryl S.A.; este principio activo también lo producía la farmacéutica Pfizer. Sin embargo, los procesos que se usan para la producción del mencionado principio son diferentes. Es así que, el ahora accionante, solicitó al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, la tutela de los derechos de propiedad intelectual, que no resolvieron a tiempo, por lo que, ante el presunto silencio administrativo, presentó una acción de amparo ante un juez de lo penal que les fue favorable.

El IEPI, en una resolución señalaba respecto a los procedimientos utilizados para obtener “citrato de sildenafil” que “es diferente al procedimiento empleado por PFIZER en la patente que invoca en la demanda”. Sin embargo, Pfizer presentó una demanda de medidas cautelares que fue acogida por un Juzgado de lo Civil, después de que se concedió el amparo a favor de la compañía Acromax.

Las medidas cautelares fueron otorgadas en febrero de 2005 y pese a que una de sus características es que son “provisionales”, duraron 4 años, 7 meses, según consta en la sentencia referida, por lo que se habrían desnaturalizado tales medidas; además, el otorgamiento de dichas medidas sería ilegítimo, por cuanto, el caso ya habría sido

¹²⁵ Sentencia constante en el R.O. (S) No. 47 de 15 de octubre de 2009, p. 15 y ss.

resuelto por el Juez de lo Penal, quien conoció el caso mediante la acción de amparo señalada líneas atrás.

Ahora, una cuestión que es novedosa en este caso es que “las personas jurídicas de derecho privado, en virtud de sus derechos a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, pueden acceder a la acción extraordinaria de Protección”¹²⁶. La Corte llega a esta conclusión después de interpretar integralmente las disposiciones constitucionales, ya que, según señala “[...] hacer uso exclusivo de la interpretación literal fuera de la unidad constitucional y restrictiva es una noción descartada por esta Corte”¹²⁷.

Es así que, nos encontramos con un escenario en el que la tutela judicial efectiva se extiende a toda clase de personas, y esto también tiene mucho que ver con el derecho a la igualdad jurídica, es por ello que la Corte entiende que “por ciudadanos que acceden a la justicia debe entenderse a todas las personas”¹²⁸, por lo que, “[...] las personas jurídicas de derecho público y privado son también sujetas de procesos judiciales, para quienes también le son aplicables los principios de igualdad en el proceso y acceso efectivo a la justicia”¹²⁹.

Otra ratio que se puede encontrar en esta sentencia la constituye la siguiente declaración de la Corte:

“El hecho de citar normas para cumplir los actos dispuestos en ella no es necesariamente un medio constitucionalmente idóneo para llegar a un fin constitucionalmente justo. En el presente caso, por ejemplo, si bien es cierto aparentemente existiría sustento legal, éste es incompatible con la realidad antes explicada, ya que el producto Max contaba con todas las autorizaciones necesarias constante en la Constitución [...] Por esta razón el acto jurídico denota arbitrariedad”¹³⁰.

¹²⁶ Sentencia No. 024-09-SEP-CC, p. 27.

¹²⁷ *Ibíd.*, p. 18.

¹²⁸ *Ibíd.*, p. 19.

¹²⁹ *Ibíd.*, p. 19.

¹³⁰ *Ibíd.*, p. 19.

Recordemos que al existir un amparo dado a favor del recurrente, las medidas cautelares se tornaron en arbitrarias. Además, el hecho de que en la práctica éstas fueron indefinidas, ya que su duración excedió más de 4 años denotó una clara injusticia, tomando en cuenta su carácter estrictamente provisional. Por esto, entre otras consideraciones respecto al otorgamiento de dichas medidas cautelares, la Corte señala:

“[...] En el caso concreto, el auto de admisión es definitivo conceptualmente y materialmente ya que permite el inicio de una causa que trató asuntos ya resueltos anteriormente en vía constitucional por el juez primero de lo penal del Guayas (supra), implica un análisis del principio constitucional non bis in ídem, por existir un doble juzgamiento [...]”¹³¹.

Finalmente concluye que “el auto de calificación de la medida cautelar y el tiempo de la misma, configuran que el auto de medida cautelar es material y conceptualmente definitivo”¹³². Además, vale destacar que la Corte considera, sobre este punto que:

“[...] En definitiva, por la naturaleza jurídica, es un auto interlocutorio definitivo (supra), el mismo que fue apelado y ratificado. Cabe mencionar que se presentaron los recursos de nulidad y de hecho, aspectos procesales que vuelven definitivos y ejecutoriados los autos que se impugnan, requisitos indispensables para el presente examen de constitucionalidad, lo cual posibilita la instrumentalización de esta sentencia”¹³³.

De lo que se puede evidenciar que el escenario construido por esta sentencia parte del derecho a la tutela efectiva, como derecho a la justificación real de la decisión, que incorpora también a las personas jurídicas. Además, la tutela en cuanto a medidas cautelares implica la proporcionalidad y no desnaturalización de éstas al dictarse y en cuanto cumplan su carácter provisorio.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 25.

¹³² *Ibíd.*, p. 27.

¹³³ *Ibíd.*, p. 23.

El encabezamiento de esta línea jurisprudencial podría tratarse de dos formas, así la primera línea consistiría en la siguiente: ¿pueden las personas jurídicas beneficiarse de acciones constitucionales cuando se vulneren o violen sus *derechos*? Una primera objeción estaría encaminada a cuestionar la característica de fundamental que revisten varios derechos y que serían propios de los seres humanos. Sin embargo, este no es el espacio para este debate, pero, destacamos que todos tienen igual derecho de acceso a la justicia.

La respuesta al problema en este caso es afirmativa ya que de los razonamientos que expresa la Corte para el período de transición se evidencia la procedencia de que las acciones constitucionales sean ejercidas por personas jurídicas equiparándolas con las personas naturales.

Otra línea que se puede encontrar en esta sentencia podría formularse de la siguiente forma: ¿Cómo se produce la desnaturalización de las medidas cautelares otorgadas por la jurisdicción ordinaria provocando afectación a la tutela efectiva?

Y la respuesta sería que al obviar la naturaleza de las medidas cautelares, esto es, su carácter provisorio, que duran hasta que exista un pronunciamiento en el juicio principal o que en el proceso de medidas preventivas no existan los méritos para que se dicten o para que se las mantengan. Además, cuando respecto a los mismos hechos ya exista pronunciamiento de un juez constitucional y este no sea respetado.

3.1.3. Igualdad formal en amnistía.

Uno de los primeros escenarios construidos fue el referente al derecho a la igualdad formal en torno a la amnistía; también se trató la *no reformatio in pejus*, pero, debido a que no fue el tema central de la resolución, tan sólo es un obiter dictum. En

efecto, en la sentencia No. 010-09-SEP-CC de 07 de julio de 2009¹³⁴, se manifestó que, “en virtud de existir violación al derecho de igualdad formal, por no haberse aplicado, con respecto a todos los procesados, la amnistía concedida por la asamblea constituyente [...]”¹³⁵.

El caso llegó a conocimiento de la Corte por medio de la interposición de una acción extraordinaria de protección en contra de dos autos dictados por la anterior Corte Suprema de Justicia. El primero es un auto de llamamiento a juicio; y, el segundo es un auto “mediante el cual se resolvió la apelación del llamamiento a juicio y se agravó la situación de los accionantes por llamarlos a juicio en calidad de cómplices, y no de encubridores”, como constaba en el primer auto. Además, los accionantes reclaman que, a ellos no se les aplicó la resolución de una amnistía concedida a favor de un ex Gerente de la Agencia de Garantía de Depósitos, toda vez que, ellos, junto al ex Gerente fueron encausados por los mismos hechos, en el mismo juicio.

Así, la Corte afirma que:

“Resta entonces analizar la generalidad de la resolución por la que se concede la amnistía en cuestión, y se constata que la parte considerativa de la misma, establece, claramente, cuáles son los hechos generales que se consideran para la posterior concesión de amnistía y estos hechos se refieren al ‘proceso de fusión de los bancos Filanbanco S.A. y la Previsora S.A.’ Es necesario recordar que el efecto de la amnistía es de carácter general con respecto a los hechos, y que no tiene ninguna consideración personal, como sí ocurre, en cambio, en el caso del indulto”¹³⁶.

En este orden de ideas, la ratio decidendi se completa a partir de las siguientes declaraciones:

“Las consideraciones de este informe y las referencias de la resolución de amnistía a favor de Luis Villacís Guillén se realizan naturalmente porque fue

¹³⁴ Cfr. R.O. No.637 de 20 de julio de 2009.

¹³⁵ Sentencia No. 010-09-SEP-CC, p. 8.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 6).

él quien realizó el pedido de la amnistía. Sin embargo, como se desprende del texto del informe y de las consideraciones de la propia resolución, son los hechos en general los que motivan esta amnistía sobre el tipo penal de peculado bancario. El texto del informe literalmente se refiere a la parcialidad de los jueces (ergo persecución política) que ha perjudicado a todos los participantes del proceso judicial seguido por el delito de peculado bancario”.

“Como queda en clara evidencia de la lectura de la amnistía y de los documentos que la fundamentaron, la Asamblea constituyente, deliberadamente y con corrección jurídica, escogió la figura de la amnistía para ‘desincriminar’ a todos los involucrados en ‘el proceso de fusión de los bancos Filanbanco S.S. y la Previsora S.A.’ respecto del tipo penal ‘peculado bancario’, debiendo entenderse que se ha incluido entre los beneficiarios, a los accionantes”.

“[...] por lo que esta Corte concluye que en el presente caso, el efecto reconocido de la amnistía es ‘desincriminar’ a los accionantes dentro del proceso judicial en el que se han dictado los autos impugnados, circunscribiendo el alcance de dicha amnistía, específicamente a la o las infracciones que han sido objeto del mismo”¹³⁷.

Respecto a la extensión de las referidas citas, éstas nos han servido para constatar que el razonamiento hecho por la Corte se enlaza directamente con la parte resolutive de la sentencia, dando como resultado la ratio decidendi, que es la parte vinculante de toda sentencia. Sin embargo, ello no implica que en el futuro se puedan hallar nuevas ratio decidendi, o encontrar otro sentido a la actual, porque las razones son de tipo histórico y político y la interpretación variará de acuerdo a las posiciones de los intérpretes.

Ahora, este escenario construido basándose en la igualdad formal, implica que en futuros casos, necesariamente, y para cualquier consulta sobre la posibilidad de otorgar o hacer extensiva la declaratoria de amnistía a otras personas que no hayan sido expresamente nombradas para dicho otorgamiento, tendrá que nombrar y analizar la ratio de esta sentencia que, es la primera en referirse a una amnistía. Es decir, tendrá que validar las afirmaciones que señalan que la amnistía se refiere a los hechos, al tipo penal y no a las personas o autores del delito.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 7.

Posteriormente, en sentencia No. 0004-09-SAN-CC, de 24 de septiembre de 2009, se resolvió otro caso referente a la posibilidad de aplicar una amnistía. A este proceso se lo conoce por “caso Villalta”, y entre sus antecedentes se puede señalar que, el accionante presentó acción por incumplimiento argumentando que es beneficiario de una amnistía concedida por la Asamblea Constituyente. La resolución (emitida por la Asamblea Constituyente) sin embargo, no nombra si el delito de violación sexual por el que fue procesado el recurrente forma parte de la amnistía concedida, por lo que la Corte para el período de transición recurre a los informes anexos para fundamentar su decisión de conceder la acción que señalarían que el acusado si se acoge a la amnistía.

Pues bien, veamos en primer lugar, si en esta sentencia se sigue lo fundamentado por la decisión anterior ya señalada líneas atrás.

En esta sentencia se determina que “la amnistía se caracteriza por ser general y abstracta, es decir, concede este beneficio a todas las personas que intervengan en el delito o conducta incriminada sujetas a juicio penal o indagatorias penales”¹³⁸, por lo que se aprecia cierta coherencia en este punto.

Pero, recordemos que en la primera sentencia se hacía referencia al otorgamiento de la amnistía por “persecución política” en un proceso identificado plenamente por el constituyente y que, lo que se debatía era la inclusión de otras dos personas que también estaban siendo juzgados en el proceso mencionado. Ahora, ¿existe similitud entre estas peticiones? Obviamente, aunque se deben hacer distinciones, así por ejemplo, pese a que en los dos casos se reclamaba el cumplimiento de una amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente, ambos lo hicieron por vías distintas, así también, mientras en un caso no había discusión acerca del otorgamiento de la amnistía respecto a los hechos

¹³⁸ Sentencia No. 0004-09-SAN-CC, de 24 de septiembre de 2009, R.O. (S) No. 43, p. 6.

de un caso determinado, en el otro, por el contrario se discute acerca de si existió o no el otorgamiento de la amnistía para el accionante.

Siguiendo el esquema planteado, vale mencionar que, la Corte tratando de fundamentar su competencia¹³⁹ para fallar en el caso, hace referencia a un fallo anterior en el que se señala, como obiter dicta que:

“[...] Esto se confirma si se analiza un pronunciamiento anterior de esta corte en el cual se hace referencia al alcance, naturaleza y efectos jurídicos de la Acción por Incumplimiento contenida en la sentencia No. 002-09-SAN-CC, que dice ‘a partir de la activación de una garantía jurisdiccional, el juez constitucional, a través de sentencia, está en capacidad de analizar el fondo de un asunto controvertido, y como consecuencia de ello, tiene la obligación de declarar la violación a un derecho y reparar las consecuencias que éste puede experimentar’...”¹⁴⁰.

Por lo que, en este caso, la formulación del inicio de la línea jurisprudencial podría ser la siguiente: ¿puede la Corte, a pesar de que una persona no conste en la resolución de quienes fueron amnistiados expresamente por una Asamblea, examinar las actas o informes de discusión de dicha Asamblea para deducir su otorgamiento? La respuesta será afirmativa por lo hecho por la Corte en este caso.

3.2. Variaciones. Entre ponderación y contenido esencial.

En sentencia No. 002-09-SAN-CC, dictada el 02 de abril de 2009, la Corte Constitucional declaró a la ponderación constitucional como técnica interpretativa en el Estado Constitucional, porque, según manifiestan, “mientras las reglas se aplican por

¹³⁹ Este caso se conoció, como señalamos, por la vía de la acción por incumplimiento. Es debatible la utilización de esta vía porque existían otras posibilidades a utilizar, tanto en la jurisdicción constitucional, como en la ordinaria.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 5.

medio de la subsunción, los principios se aplican por medio de la ponderación”¹⁴¹, cuando han entrado en colisión.

La colisión de derechos es la base sobre la que se construye el ejercicio llamado ponderación en este caso. Pero, sobre lo que se quiere poner énfasis es que con esta sentencia se estimuló o se legitimó el uso de la ponderación, como técnica interpretativa, esto se da cuando al formular uno de los problemas a resolver se preguntan “¿cuáles son las técnicas interpretativas que deben utilizarse cuando existe colisión entre derechos fundamentales? [...]”¹⁴². Es decir, podemos apreciar que la pre-comprensión está presente en todo momento, y es más evidente cuando se redacta una sentencia, lo cual por cierto, es una de las condiciones del comprender.

Después de señalar varios criterios de algunos juristas, la Corte señala que:

“Bajo esos parámetros, compete al Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición, a partir de la ponderación de derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto [...]”¹⁴³.

Los criterios utilizados revelan que la Corte se movió entre la aparente dicotomía entre reglas/principios y la también aparente oposición entre positivismo/constitucionalismo¹⁴⁴. Por lo que de la argumentación expuesta en la sentencia se puede claramente señalar que se estableció normativamente el criterio de

¹⁴¹ Sentencia No. 002-09-SAN-CC de 02 de abril de 2009, p. 30.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 8.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 30.

¹⁴⁴ La Corte expresó que “[...] Dentro de la ciencia jurídica dominante en el Estado Liberal, el positivismo, el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era boca de la ley. [...] vía legal, se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios (contenido material) pasaban a segundo plano. [...] Contrario a lo dicho, el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998 [...]”. *Ibíd.*, p. 28.

que la “ponderación” es la técnica más legítima para resolver un caso en el que exista esta colisión.

Esto se hace más evidente, en otra sentencia, que nos muestra como con el pasar del tiempo podemos cambiar en nuestros razonamientos. Y aunque el tiempo no fue muy extenso, se podrá apreciar que las declaraciones muestran claramente un intento de re-acomodamiento, de otras reflexiones acerca de la forma de llegar a la solución de un caso y de una redefinición de lo que se creía nuevo.

La sentencia es la No. 012-09-SEP-CC, dictada el 14 de julio de 2009. En ella se considera que el “contenido esencial consiste en una interpretación dirigida al fundamento y esencia misma de la norma”. En razón de lo cual la “interpretación” de las disposiciones normativas tendrá un fin y los derechos tendrán un “núcleo duro” que debe ser respetado.

Esto provocará que la sentencia que señala a la “ponderación” como la técnica adecuada para resolver los problemas de la “colisión de derechos fundamentales” sufra un ataque que debilitará su fuerza vinculante. Esto porque la sentencia del “contenido esencial” implícitamente (no hace referencia a la sentencia anterior) señala que el razonamiento anterior es errado por lo tanto no debería de seguirse.

La Corte considera que:

“Esta teoría constituye un nuevo paradigma con una interpretación diferente a la habitual (jerarquía, ponderación, subsunción, etc.). Para sus teóricos, los derechos fundamentales son armónicos, construyéndose en un “mito” la tan mentada colisión entre derechos,[...] uno de aquellos tiende a depreciarse, lo cual no es susceptible dentro del constitucionalismo, puesto que éste tiende a que los derechos coexistan armónicamente. El punto de partida de la interpretación de los derechos constitucionales debe ser su armonía y no su contradicción: esta afirmación se halla sustentada en la unidad del sujeto humano, en donde el peligro no es solo inaplicar una norma, sino desconocer un derecho fundamental de una persona concreta”.

Por lo que la “ponderación” habría debutado y despedido, por la aparición en escena de la tesis del contenido esencial,

“Como vemos, el contenido esencial de los derechos fundamentales sirve para solucionar los aparentes conflictos que se puedan suscitar entre derechos, para lo cual, el juzgador debe circunscribirse a la esencia misma del derecho agraviado y determinar el núcleo central alrededor del cual se centra la problemática planteada”.

Así mismo, la Corte determina lo que el “contenido esencial” es:

“[...] el contenido esencial no es el contenido intocable, sino que es determinable con razonabilidad y que el contenido esencial se delimita desde el bien humano protegido por el derecho, es decir, desde la finalidad del derecho mismo, lo cual evidencia la armonización y el ajustamiento con otros bienes igualmente humanos y con otras pretensiones igualmente dignas de convertirse en derechos.”

Indudablemente podemos cuestionarnos acerca del papel de la ponderación y del contenido esencial como aspectos metodológicos del derecho, si el uso de uno excluye al otro, o viceversa, sin embargo, lo que se procuró evidenciar es la variación que sufrió la manera de considerar los aspectos relativos a cómo debe proceder la Corte en casos de conflictos normativos.

Es así que, por un lado, se proclamó que en caso de colisión de derechos debe operar la técnica de la ponderación, y días después se “rectifica” y se declara que esta es una técnica habitual y que el paradigma de la interpretación es la teoría del “contenido esencial”. Por lo que, de considerarse como precedentes estas sentencias, como en efecto lo son, hemos observado un claro alejamiento del precedente jurisprudencial.

Sin embargo, vale resaltar, no es que afirmemos como excluyentes las tesis de la ponderación y del contenido esencial, ya que, más bien, se complementan. Sólo se

evidencia que la Corte consideró a la primera como “habitual”, ya que se fundamentaba en un “mito”, como señala en sus consideraciones la misma Corte.

3.3. La Corte Constitucional utilizó precedentes del antiguo Tribunal Constitucional, pese a que ha negado el valor de las resoluciones de su antecesor.

La Corte Constitucional ha negado todo valor a las resoluciones que emitió el antiguo Tribunal Constitucional, pese a ello, en el capítulo anterior se evidenció la utilización por parte de los jueces constitucionales de argumentaciones en la que expresamente señalaban que la decisión que estaban tomando no significaba alejarse de un precedente establecido por el Tribunal Constitucional.

Ahora, como es conocido, al entrar en vigencia la Constitución de 2008, las facultades de la Corte Constitucional crecieron y se transformaron. Sin embargo, los procesos iniciados con anterioridad a la referida aprobación y que en consecuencia se encontraban pendientes de despacho debían de seguirse sustanciando conforme a las normas procesales vigentes al momento de iniciar su trámite, pero, debía armonizarse con la Constitución de 2008¹⁴⁵.

Dentro de esos casos pendientes de resolución, la Corte resolvió varios, respecto a la posibilidad o no de realizar desalojos de predios por parte de Intendentes de Policía u otras autoridades administrativas cuando existe un conflicto sobre el dominio de aquél predio.

Y es precisamente con este problema que la Corte construyó, como se señaló en el anterior capítulo un intento de seguimiento a decisiones anteriores, una línea de

¹⁴⁵ *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales...* Disposición Transitoria Primera.

precedentes que va más allá del “escenario base” de las anteriores sentencias examinadas. Veamos.

En el año 2005, aunque podríamos encontrar antecedentes en resoluciones del año 2000¹⁴⁶, el antiguo Tribunal Constitucional conocía las acciones de amparo constitucional, gracias al recurso de apelación que las partes procesales interponían al sentirse inconformes con la sentencia del juez a quo.

En resolución No. 0990-2005-RA de la Primera Sala del extinto Tribunal Constitucional se resolvió la impugnación de un acto administrativo emitido por un Intendente de Policía en el que se disponía el desalojo de varias personas que habitaban en un predio. Esto porque según el Código Penal (art. 622) es su obligación, tomar las medidas adecuadas y oportunas para impedir la realización de un hecho penal (delito o contravención) o su continuación aún valiéndose de la fuerza, debiendo sujetarse a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, el problema es claro, determinar si existía o no infracción por parte de quienes habitaban en el predio y en caso afirmativo, seguir las normas del debido proceso.

El Tribunal determina en cuanto a los hechos, que una de las partes presentó “la escritura de compraventa del predio que ocupa la accionante, quien no ha justificado su derecho de dominio sobre el mismo [...]”¹⁴⁷. Hasta aquí pareciera que el Tribunal realizó un examen minucioso de los hechos, sin embargo, no es así, debido a que en sus

¹⁴⁶ En este año se emitieron resoluciones referentes a la posibilidad de desalojo de invasores de tierras rurales por parte del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, INDA. Estas resoluciones también se refieren a que el INDA no es la autoridad para pronunciarse sobre la propiedad de las tierras rurales que se encuentren en conflicto (posesión, tradición, etc.), facultad que le corresponde a la justicia ordinaria. Cfr. Caso 099-200-RA; Caso 437-2000-RA; Caso 747-2011-RA; Res. 249-2004-RA; 0271-2005-RA.

¹⁴⁷ Resolución No.0990-2005-RA, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional.

consideraciones ésta es la única vez que se refiere a lo fáctico del caso, para determinar la existencia o no de una infracción.

El Tribunal centra su atención en las normas del debido proceso infringidas, señalando que el Intendente no siguió el procedimiento establecido para determinar la infracción, y tampoco siguió el procedimiento establecido para ordenar el retiro del predio de la accionante, por lo que resuelve aceptar la acción de amparo propuesta sólo respecto de la “falta” del debido proceso por parte del Intendente.

Sin embargo, a más de estas rápidas conclusiones a las que llega el Tribunal, es importante destacar que menciona en una de sus consideraciones que “el pronunciamiento de esta Sala no guarda ninguna relación con el derecho de dominio del predio denunciado como invadido por la accionante, ya que esta materia corresponde resolver a la justicia ordinaria”¹⁴⁸.

Pese a esto, no se puede dejar de cuestionar que el Tribunal mencione que se concede el amparo sólo por las violaciones al debido proceso y se argumente que la discusión sobre el dominio del predio le corresponde a la justicia ordinaria. Es decir, si le corresponde a la justicia ordinaria decidir acerca de los hechos (posesión, arrendamiento, tradición, usucapión, etc.), el Tribunal debió aceptar la acción no solo por violaciones al debido proceso, sino por la incompetencia del Intendente para ordenar desalojos cuando existen conflictos sobre predios.

Sin embargo, la afirmación hecha anteriormente sirve porque fue perfeccionada por posteriores resoluciones de la Corte Constitucional al resolver acciones de amparo constitucional que fueron propuestas antes de la vigencia la Constitución de 2008.

¹⁴⁸ Resolución No.0990-2005-RA, de la Primera Sala del Tribunal Constitucional.

Así, en resolución No. 0049-2009-RA aprobada por el pleno de la Corte Constitucional se estableció en primer lugar cuándo debía considerarse un acto de autoridad ilegítimo, esto es,

“cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación, por lo tanto, el análisis de legitimidad del acto impugnado no se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto”.

Para posteriormente señalar más enfáticamente que los intendentes de policía no pueden ordenar desalojos de personas cuando su permanencia pueda causar un litigio que es de competencia de la justicia ordinaria,

“Si bien, el literal b) del artículo 26 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva concede a los Gobernadores competencia para cuidar de la tranquilidad y orden públicos, proteger la seguridad de las personas y de los bienes, ello no significa que se les confiera atribuciones para ordenar el desalojo de las personas que se encontraran en un inmueble, cuya permanencia pueda causar algún litigio sobre propiedad, posesión y dominio, asuntos que definitivamente son competencia de la justicia ordinaria. Por lo que la ausencia de competencia de una autoridad para obrar y disponer sobre lo que carece de atribuciones evidencia el abuso con el que actúan ciertos funcionarios y la desviación del poder de los mismos”

Similares argumentaciones podemos encontrar en posteriores resoluciones¹⁴⁹ aprobadas por el pleno de la Corte Constitucional, que dan cuenta de un seguimiento a razonamientos anteriores, es decir, la utilización del precedente constitucional aún sin saberlo, o renegando de su uso. Así por ejemplo se afirmaba que,

“Son abundantes las resoluciones mediante las cuales se desprende el criterio de que los Intendentes de Policía no tienen competencia para proceder al desalojo de personas por hechos que conllevan conflicto de propiedad o

¹⁴⁹ Res. 0181-2009-RA; Res. No. 1282-07-A.

posesión, toda vez que para su solución requieren el pronunciamiento de un juez competente; esto es un juez de lo Civil”.¹⁵⁰

En definitiva, se ha podido determinar la existencia de “escenarios base”, esto es, encontrar precedentes en las sentencias examinadas que fueron emitidas en los primeros años de la Corte Constitucional. Además, se constató las variaciones o cambios constantes en la jurisprudencia, es decir, la Corte Constitucional señaló que la tesis del “contenido esencial” era la más adecuada para resolver los conflictos entre derechos, por lo que la “ponderación” (sostenida en una sentencia anterior), en consecuencia, no era la técnica apropiada para resolverlos porque en materia de derechos se busca armonizarlos y no su contradicción. También, se ha podido observar una línea de precedentes constantes en las resoluciones del antiguo Tribunal Constitucional y que fueron usados en las resoluciones de la actual Corte al resolver amparos.

¹⁵⁰ Res. 0181-2009-RA;

CONCLUSIONES

Las distinciones entre jurisprudencia y precedente son de grado. En realidad, toda sentencia o varias de ellas constituyen jurisprudencia, siendo ésta una atadura que deben tomar en cuenta obligatoriamente quienes administren justicia al emitir fallos posteriores. Y en este sentido, el precedente es la razón o razones específicas que sirvieron de fundamento para la decisión de la causa, esto es, la *ratio decidendi*.

Si aquella razón o razones que constituyen el precedente son seguidas por decisiones posteriores existe una línea de precedentes que han reiterado sobre aspectos de derecho y sobre la calificación de los hechos, esto es, al encontrar en un caso nuevo identidad conceptual y fáctica con el caso anterior. Y en esta medida la aplicación del precedente implica el reconocimiento claro de aquéllas razones para la decisión que se las encontrará al señalar los hechos y el derecho con precisión. Y esto no es lo único, ya que la correcta aplicación del precedente consiste en descubrir las estructuras que sirvieron para construir la decisión.

Si señalamos que hay que seguir decisiones pasadas tenemos que hacerlo no sólo por la fuerza que tiene la autoridad que emitió el fallo, sino, porque al tomar en cuenta obligatoriamente la decisión pasada para decidir un caso nuevo aplicamos un derecho y una garantía, la igualdad de trato.

La igualdad jurídica es una construcción social, lo que implica que debemos considerarnos iguales ante el orden jurídico pese a que por naturaleza somos diferentes. Si las disposiciones jurídicas son prescriptivas tienen este carácter para todos. Sin embargo, el problema de la igualdad jurídica radica en su aplicación. Los criterios

interpretativos de disposiciones jurídicas y de los hechos del caso que derivaron en determinada solución deben de ser aplicados de igual manera en casos posteriores.

Pero, la igualdad en la aplicación del derecho implica no sólo el análisis fáctico y conceptual del caso anterior y del caso por resolver. Si de ese análisis resulta que es inevitable hacer distinciones para que la solución del caso sea justa, hay que realizarlas, e inclusive apartarse de un precedente establecido. Es así que el precedente se vuelve el verdadero motor del derecho, porque es el punto intermedio entre la generalización de las disposiciones jurídicas y los hechos del caso.

El precedente representa la concreción de las disposiciones constitucionales, y en esta medida son referentes conceptuales. Los referentes conceptuales siempre serán obligatorios, en este aspecto resulta imposible apartarse de la tradición que supone el texto o las sentencias que encierran los precedentes jurisprudenciales. La distinción más útil que puede hacerse es la referente a los hechos, aunque en la praxis judicial se puedan confundir lo uno con lo otro. Vale aclarar que la pertenencia a la tradición no implica una atadura permanente y sin cuestionamientos, ya en esencia, las razones son históricas, viven en una época, unas veces perduran y otras no.

Si obligatoriamente hay que tomar en cuenta decisiones anteriores quiere decir que el precedente es fuente de derecho formal y material a la vez, siempre y cuando su validez y justicia se correspondan con las exigencias del ordenamiento jurídico (que debe ser válido y justo). Es decir, los dos presupuestos que fundamentan el carácter de fuente de derecho del precedente lo constituyen la “aplicación” de un ordenamiento jurídico válido y justo que desarrolle contenidos o que garantice su ejercicio; y, que se pueda y deba desconocer inclusive la normativa (disposiciones jurídicas y precedentes) que atente contra estos presupuestos.

Hay que invocar decisiones anteriores no para seguirlas o alejarse de ellas, sino para cuestionarlas, para en sus razones encontrar nuevas, que serán construidas o reconstruidas con hechos recientes y conceptos diferentes, de lo contrario, las exigencias de justicia quedarán ancladas en el pasado teniendo mucho que dar en el presente.

La vinculatoriedad de la jurisprudencia y del precedente es natural a estos términos, esto es su carácter de obligatorio no solo para las partes, sino para la resolución de casos futuros. Sin el carácter vinculante de la jurisprudencia y del precedente, no existe la obligatoriedad de su seguimiento y en consecuencia la arbitrariedad que provoca la no igual consideración jurídica de los derechos de las personas y de los hechos que dieron lugar al proceso.

La “idea” de precedente constitucional que tiene la Corte Constitucional para el período de transición la hemos podido encontrar en sus sentencias. La Corte ha utilizado este término de maneras distintas, por un lado, ha utilizado el término “jurisprudencia vinculante” para referirse a una sola sentencia, siendo hasta mayo de 2012, la única decisión que aparentemente encaja en aquella etiqueta, pero, también en otros fallos ha denotado el carácter de precedente y la necesidad de seguir esta institución jurídica, inclusive desarrollando los criterios referentes al carácter vinculante de sus decisiones en una acción extraordinaria de protección.

La afirmación anterior requiere detalle. Así, pese a que en las periferias de una sentencia (mediante una “explicación de voto”) se nombra en forma explícita las características del precedente y la obligatoriedad de su seguimiento por parte de todos los operadores jurídicos (precedente horizontal y vertical), en otra sentencia, la única resuelta basándose en la competencia del 436.6 de la Constitución, se menciona que la instauración de precedentes vía esta competencia requiere razones objetivas para el

desarrollo de reglas jurisprudenciales más que las consideraciones subjetivas para la restitución de la vulneración de derechos.

Es que aparentemente la Constitución menciona dos clases de precedentes. Uno para los casos de interpretación de la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos; y, el otro para los casos de garantías constitucionales. Para los primeros su naturaleza no es discutida. Las “condiciones adicionales” son necesarias sólo para los procesos de garantías constitucionales en ejercicio de la competencia del Art. 436.6, sin embargo, este precepto constitucional también presenta confusiones cuando menciona a los “otros procesos constitucionales”.

Sin embargo, la misma Corte desconocía que esa aparente inauguración del precedente constitucional para los procesos de garantías constitucionales, fue inaugurada en otra sentencia mucho antes. Lo que demuestra dos cosas, tanto el desconocimiento de sus propias sentencias, así como la autolimitación formal de sus facultades. No ha sido objeto de este trabajo determinar a qué hechos se debe la auto-restricción, pero, se ha podido determinar tanto la conciencia de su uso en las decisiones, así como, su posterior limitación.

Ahora, pese a que se niegue el carácter vinculante de la jurisprudencia, han existido decisiones que deben ser observadas como precedentes, y éstos han tenido variaciones. Así, mientras se señalaba a la ponderación como técnica para resolver la colisión entre derechos, posteriormente se atacaba este precedente y se lo tachaba de tradicional, ya que, según la nueva sentencia, la tesis del contenido esencial era la apropiada para armonizar derechos, cosa que no sucedía con la técnica de la ponderación.

Mientras más sentencias, la consecuencia obvia es que existan más precedentes. Por lo que se pudo apreciar que casos no etiquetados como “jurisprudencia vinculante” son auténticos precedentes, así por ejemplo, es imposible no considerar en lo posterior, de existir condiciones fácticas y conceptuales, a la sentencia que señala que las formalidades deben ser justas, porque se puede afectar el derecho a la tutela efectiva si se cumplen formalidades que provocan la no resolución del fondo del asunto controvertido.

Sin embargo, el panorama no es del todo negativo, se ha indicado la jurisprudencia se puede purificar. Y en este sentido hemos observado que se han emitido precedentes en materia de garantías constitucionales que hacen referencia a la igualdad de trato. Además, es evidente la existencia de una línea de precedentes en las resoluciones del antiguo Tribunal Constitucional y que la actual Corte Constitucional ha respetado al resolver amparos constitucionales, referidos al patrón fáctico de los desalojos por intendentes.

El seguimiento obligatorio de decisiones anteriores tiene directa relación con la igualdad de trato. Si existen casos similares y no se siguen las decisiones pasadas decidiendo en forma diferente, no existe igualdad en la aplicación del derecho tanto para los afectados por la primera decisión así como para los de la última decisión, sobre todo cuando son en períodos en los que el tiempo no ha sido muy extenso entre uno y otro fallo. Ahora bien, vale reiterar, que el apartarse de un precedente también es legítimo cuando su aplicación provoca un resultado injusto, y en este sentido es necesario pensar en fallar inclusive en contra de un precedente, consolidado o no.

En este punto el rol de la jurisprudencia es trascendental, porque a través de ella el ordenamiento jurídico cobra vida, es la fuente dinamizadora de la Constitución y la ley.

BIBLIOGRAFÍA.

- Aguiló, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Barcelona, Ariel S.A., 2000.
- Alchouron, Carlos, y, Buligyn, Eugenio, “Norma Jurídica”, en *El derecho y la justicia Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta S.A., 2ª.ed., p. 133-147, 2000.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, Barcelona, Gedisa S.A., 2ª. Ed., 1997.
- Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª. ed., 2008.
- Andrade, Santiago, *La casación civil en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2005.
- Atienza, Manuel, “Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto Vernengo” en *Doxa 3*, p. 297-311, 1986.
- El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel S.A., 3a. ed., 2007.
- Las razones del derecho*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- Ávila, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Edic. Abya-Yala, 2011.
- Bernal, Carlos, *El derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- Blackstone, Comm., (1765), t. 1, p. 69, citado por, André, Tunc, y, Suzanne, Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, Imprenta Universitaria, México, 1975.
- Böckenförde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un Abogado*, Buenos Aires, Librería El Foro S.A., 3ª. ed., 1997.
- Castillo, José y Castillo, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, Ara Edit., 2008.
- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1969.
- De Diego, Clemente, “*La jurisprudencia como fuente del Derecho*”, *Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado*, 1925, p. 40, citado por José Castillo y Luis Castillo, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, Lima, Ara Edit., 2008.
- Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Diez, Luis, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel S.A., 1973.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Gadamer, Hans, *Verdad y método*, Salamanca, Edic. Sígueme, 7ª. ed., 1997.
- Garapon, Antonie, e, Papadopoulus, Ieoannis, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Bogotá, Legis, 2006.
- Grijalva, Agustín, ‘¿Constitución sin constitucionalismo?: urgencia de un Tribunal Constitucional independiente’ en Foro No. 7, Los temas de la constituyente, Quito, Universidad Andina simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, I

- Semestre, 2007, citado por Ramiro, Ávila, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Edic. Abya-Yala, 2011.
- “Las garantías de los derechos en 2011” en Programa Andino de Derechos Humanos, comp., *Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2011*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, p. 57-61, 2012.
- Guibourg, Ricardo, “Fuentes del Derecho”, en *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, Trotta S.A., 2ª. ed., p. 177-187, 2000.
- Häberle, Peter, *Constitución como cultura*, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.
- Hassemer, Winfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973, p. 244, citado por Arthur Kaufmann, *La espiral hermenéutica*, p. 6. Original en: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Winfried Hassemer zum sechzigsten Geburtstag*. Sonderheft (eds. ALBRECHT, P.-A., DENNINGER, E., GRIMM, D., HASSEMER, W., KÜBLER, F., LIMBACH, I., MAHRENHOLZ, E.-G., MEYER, H., NAUCKE, W., SIMITIS, S., STOLLEIS, M. y WEISS, M.), Nomos, Baden-Baden, 2000, p. 13-16, trad. del alemán de José Antonio Santos, en http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/14566/1/PD_52_12.pdf
- Heck, Philipp, *El problema de la creación del Derecho*, Barcelona, Ariel S.A., 1961.
- Hernández, Rubén, *Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006.
- Hesse, Konrad, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Constitución y Proceso*,

- No. 4, México, Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, p. 157-168, 2005.
- McKeon, Richard, *Introduction To Aristotele, Politics. Book II*, capítulo 8., Ed. 1947, citado por Joan Williams, “Igualdad sin discriminación” en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, edit., Ramiro Ávila, Judith Salgado y Lola Valladares, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2ª ed., 1996.
- López, Diego, “¿Existe una ‘ciencia’ jurídica?”, en Santiago Castro, edit., *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*, Bogotá, CEJA, p. 1137-156, 2000.
- López, Diego, *El derecho de los jueces*, Colombia, Legis S.A., 2ª. ed., 2006.
- Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Argentina, Editorial Astrea S.A, 2ª. ed., 1987.
- Ollero, Andrés, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Segunda Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Pitt, Gwyneth, “La aplicación de la ley dentro de la Tradición del Common Law”, en, *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 37-69 , 1995.
- Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional* (trad. De J. Jiménez Campo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 153 y s., citado

- por Josep Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico*, Barcelona, Ariel S.A., 2000.
- Prieto, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, Lima, Palestra Editores S.A.C., Temis S.A., 2007.
- Ruiz, Mario, *La construcción coherente del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2009.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1996.
- Serna, Pedro, y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Argentina, La Ley S.A., 2000.
- The Path of law, p. 459, citado por, A, Tunc, y S, Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, México, Imprenta Universitaria, 1975.
- Tunc, André, y, Tunc, Suzanne, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, México, Imprenta Universitaria, 1975.
- Vernengo, Roberto, “Ciencia Jurídica o Técnica Política: ¿Es posible una ciencia del derecho?” en *Doxa 3*, p. 289-295, 1986.
- “Réplica a la respuesta de M. Atienza” en *Doxa 3*, p. 313-314, 1986.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964.
- Zambrano, Pilar, “El Derecho como Práctica y como Discurso. La perspectiva de la Persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, en *Neoconstitucionalismo y Teoría Política*, Díkaion, Revista de Fundamentación Jurídica, Año 23, número 18, Bogotá, Universidad de La Sabana, p. 109-133, 2009.

Sentencias Estados Unidos.

Sentencia Payne v. Tennessee, 501 U.S 808, 827 (1991).

Opinión disidente en la sentencia Payne v. Tennessee, 501 U.S 808, 884 (1991).

Sentencias España

STC 49/1982, FJ 2.

STC 63/1984, FJ. 3.

STC 63/1988, FJ. 4.

Sentencias constitucionales Ecuador.

Sentencia No. 001-08-SI-CC, de 28 de noviembre de 2008.

Sentencia No. 002-08-SI-CC, de 10 de diciembre de 2008.

Sentencia No. 002-09-SAN-CC de 02 de abril de 2009.

Sentencia No. 010-09-SEP-CC, de 07 de julio de 2009.

Sentencia No. 012-09-SEP-CC, de 14 de julio de 2009.

Sentencia No. 020-09-SEP-CC, de 13 de agosto de 2009. R.O. (S) No. 35, de 28 de septiembre de 2009.

Sentencia No. 024-09-SEP-CC.

Sentencia No. 0004-09-SAN, de 24 de septiembre de 2009. R.O. No. 43 (Suplemento) de 8 de octubre de 2009.

Sentencia No. 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de 2010.

Registros Oficiales.

R.O. No. 379, de 30 de julio de 2001.

R.O. No. 100 de 02 de junio de 2003.

R.O. (S) No. 47 de 15 de octubre de 2009.

R.O. No.637 de 20 de julio de 2009.

R.O. (S) No. 98 de 30 de diciembre de 2009.

R.O No. 212, de 11 de Junio de 2010

Resoluciones y casos del Tribunal Constitucional.

Rs. No. 0062-2009-RA. Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional el 19 de mayo de 2009,

Rs. No.0049-2009-RA. Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional el 04 de agosto de 2009,

Rs. 0181-2009-RA. Resolución aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional el 25 de agosto de 2009,

Rs. No.1282-07-A. de 17 de marzo de 2010.

Rs. No. 249-2004-RA.

Rs. No.0990-2005-RA.

Caso No. 437-2000-RA.

Caso No.747-2011-RA.

Caso No. 0271-2005-RA.

Fuentes normativas

Código Civil.

Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Páginas web

Corte Constitucional para el período de Transición.

http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=90&Itemid=10