

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de investigación en Derecho

**La obligatoriedad del respeto al precedente por la Corte
Constitucional del Ecuador**

Entre límites y coherencia

Santiago Javier Orellana Vallejo

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2023



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Santiago Javier Orellana Vallejo, autor de la tesis intitulada “La obligatoriedad del respeto al precedente por la Corte Constitucional del Ecuador: Entre límites y coherencia”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

12 de septiembre de 2023

Firma: _____

Resumen

El precedente [*law making*] es un mecanismo jurídico en el que una decisión judicial [*leading case*] —obligatoria [*binding precedent*] o persuasiva [*persuasive precedent*]— asienta uno o varios asuntos de derecho [*ruling*] desde los hechos de un caso concreto [*case law*], para desarrollarse en sentencias posteriores [*stare decisis, distinguish, overruling*] como fuente de derecho en los sistemas jurídicos del *common law*, esto es en: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Australia, etc. Desde esos lugares, las virtudes tradicionales de la autoridad del precedente, tales como: producir certeza, confianza, evitar arbitrariedades, limitar o controlar la actividad judicial, generar igualdad y eficiencia, solo son posibles desde la coherencia decisional y no desde la ley que emana del congreso [*statue law*]. El Ecuador adopta la obligación de respeto al precedente [esto implica, *a contrario sensu*, que las cortes no deben alejarse de las decisiones pasadas], a pesar de no pertenecer a un sistema jurídico del *common law* sino del derecho romano-germánico o *civil law*; lugar en que el precedente está ausente, ya que, la fuente del derecho es la ley —que emana de la asamblea— y se complementa con la jurisprudencia. Esta investigación jurisprudencial tiene por objetivo cuestionar la existencia de la coherencia entre los dichos precedentes de la Corte Constitucional del Ecuador [CCE], para lo cual, delimito el examen a las sentencias relevantes sobre el control de constitucionalidad y de motivación. Combinando el método jurisprudencial con el dogmático adopto una orientación sistematizadora y descriptiva del precedente, de la legitimación en la labor de la CCE desde la teoría democrática de la constitución y de la coherencia decisional. Los resultados revelan que no existe coherencia entre los llamados precedentes sobre el control de constitucionalidad, además, se evidencia que la CCE ha disfrazado al precedente como jurisprudencia constitucional en el derecho de motivación. Esta práctica desnaturaliza al precedente, pone en duda la labor de la CCE en la consolidación de una teoría democrática de la constitución y genera incertidumbre en sus futuras decisiones.

Palabras clave: precedente, Corte Constitucional del Ecuador, Constitución, *civil law*, *case law*, coherencia

A mis padres y amigos.

Agradecimientos

Agradezco: al cuerpo académico de la Maestría en Investigación en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por su enseñanza que me permitió publicar mi primer artículo en Diálogos Judiciales 8, revista institucional de la Corte Nacional de Justicia [máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador]; a la Dra. Katharina Stevens, catedrática en la *University of Lethbridge*, por compartirme sus trabajos académicos sobre el precedente; a mi tutora de tesis Dra. Claudia Storini, por cuestionar la coherencia entre precedentes y confiarme su investigación, para lo cual, me compartió su tesis doctoral y artículos académicos; y a Margot Sonnevile, por su cordial invitación a moderar *une séance de lecture de Chose et Espace d'Edmund Husserl* de *L'Université de Lille* en Lille, Francia.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero Estudio del precedente.....	17
1. ¿El precedente jurisprudencial?	18
1.1. El mito del precedente constitucional	23
1.2. Tópica del precedente.....	35
1.3. ¿Línea jurisprudencial o línea del precedente?.....	47
1.4. La regla jurisprudencial en el <i>código del civil law</i>	50
1.5. La regla del precedente en el <i>case law del common law</i>	53
2. Evolución del precedente.....	55
2.1. <i>Law-making</i>	65
3. <i>Precedent</i>	69
3.1. ¿Qué es el precedente?	70
3.2. ¿Cómo funciona el precedente?	72
3.3. Tipos de precedente.....	75
3.4. Enfoque del precedente	77
4. Líneas finales	79
Capítulo segundo El precedente en la Corte Constitucional del Ecuador.....	81
1. Teoría democrática de la constitución.....	82
2. ¿Por qué es importante la coherencia?	85
3. ¿Por qué debe respetarse el precedente?	87
3.1. ¿Qué es el precedente para la CCE?.....	89
3.2. ¿Hay un precedente sobre la motivación?	91
3.3. ¿Hay coherencia en el precedente sobre el control de constitucionalidad?.....	100
3.3.1. Control concentrado	102
3.3.2. Control difuso de constitucionalidad.....	106
4. Líneas finales	108
Conclusiones.....	109
Obras citadas	111

Introducción

El precedente sostiene una tradición histórica y jurídica vigente. Es una tradición histórica porque se originó en las costumbres de los asentamientos humanos supervivientes, es decir, como una forma de concebir la realidad y justificar el lazo social; luego, es una tradición jurídica por ser un derecho antiguo vigente desde su reconocimiento social y porque su aplicación individual, vinculante y a-temporal o lineal en el tiempo futuro marca el sentido de justicia, ya que, afecta a las decisiones futuras con las decisiones pasadas.

El precedente no debe confundirse con la jurisprudencia, porque son instituciones jurídicas diferentes que pertenecen a sistemas jurídico diferentes. Por un lado, la jurisprudencia deviene de un derecho romano y posterior *civil law* que permitiría interpretar una regla de derecho cuando existan iguales sentencias judiciales que converjan sobre un mismo punto de derecho. Es decir, son reglas que permiten extender o limitar el sentido de una ley escrita en un código.

Y, por otro lado, el precedente deviene de un derecho anglosajón y posterior *common law* o ley común para Inglaterra que permitiría al juez crear una razón o regla de derecho [*law making*], ya que, éste interpreta los hechos y el derecho aplicable de las costumbres locales en un caso particular [*case law*]. Es decir, la autoridad judicial crea, a través de una argumentación jurídica, las mejores razones que justifican una decisión individual para el caso, haciendo que estas razones sean vinculantes en el tiempo para decisiones futuras, lo cual otorga un efecto de previsibilidad decisional.

Divido a mi investigación en dos capítulos. En el capítulo primero, mi objetivo principal es separar al precedente de la jurisprudencia a través del método dogmático. Con el enfoque descriptivo y sistematizador, elijo autores relevantes por la temática a tratar. A este objetivo lo abordé desde una aproximación histórica, filosófica-política y jurídica, para hacer un correcto estudio del precedente.

En el capítulo segundo, mi objetivo es demostrar la falta de coherencia en los llamados precedentes de la Corte Constitucional Ecuatoriana, CCE. Para ello, he delimitado este análisis en dos objetos: la motivación y el control de constitucionalidad. Por motivo de la relevancia, he seleccionado las sentencias sobre la consulta de norma para contrastarlas con las sentencias del matrimonio igualitario.

Aquí, combino un método jurisprudencial con uno dogmático para describir y sistematizar la importancia de la coherencia, de la motivación, del control de constitucionalidad y de la concepción del precedente que tiene la CCE. En otras palabras, para cuestionar la coherencia entre precedentes se tiene que saber qué implica la palabra precedente en el *common law* para abordar desde ahí al llamado precedente del *civil law*.

En este orden de ideas, ubico mi investigación en el precedente que deviene de las tradiciones de las tribus germanas sajones, jutes, anglos, daneses, por lo que, toma la denominación de derecho anglosajón; luego de la invención y conquista de los Normandos en 1066 se lo empieza a denominar como derecho inglés.

De ahí que, hasta la actualidad, se tienda a confundir por su denominación que derecho anglosajón es derecho inglés, cuando el derecho inglés no abarcó la totalidad del territorio inglés [Reino Unido y Gran Bretaña], sino, solamente zonas donde se concentró el poder monárquico, esto es en: Inglaterra y Gales.

Esta ubicación geográfica y temporal permite entender el motivo del nacimiento de las asambleas de hombres libres llamada *County Court* o *Hundred Court* que aplicaban la costumbre local de las tribus y que luego de la invención de los Normandos, fue sustituida por jurisdiccionales señoriales, denominándose *Courts Barón*, *Court Leet*, *Manorial Courts*, que elaborarían y aplicarían la *comune law* de las Cortes Reales de Justicia, conocidas como *Cortes de Westminster*, por el lugar donde sesionaban.

En este contexto, el derecho inglés mantiene una huella monárquica que imbricó su consecutivo desarrollo en diferentes territorios conquistados y luego independizados, tales como: Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y Australia, para los cuales, el acercamiento al precedente mantiene diferentes matices de su original en Inglaterra.

Todo esto permite concebir a este derecho como indisponible y no democrático por ser impuesto por un grupo mayoritario que reivindica una costumbre a través de sus dichos y prácticas, a diferencia del derecho codificado que es disponible y se piensa como democrático al estar dictado por una asamblea representativa, a más de pretender reunir la racionalidad y lógica a través del lenguaje plasmado en el texto escrito.

El problema jurídico se desenvuelve con el advenimiento de los Estados Constitucionales, ya que, permearon la obligatoriedad del análisis y desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución, entendida a esta ya no como un tratado programático y netamente político del gobierno de turno, sino, como un cuerpo normativo cuya observancia y cumplimiento es obligatorio por y ante cualquier autoridad judicial o administrativa.

Con ello, surge una justicia constitucional materializada en una corte constitucional que defienda y sea guardiana de los derechos constitucionales, así como de ejercer facultades de control al contenido legal de una ley infra-constitucional. Esto queda así definido para otorgar el carácter de obligatoriedad de las sentencias emitidas por la corte constitucional pasada para las cortes constitucionales futuras y para las cortes legales o inferiores.

La incrustación de una justicia constitucional con tintes del derecho anglosajón en un sistema históricamente codificado ha causado confusión en su aplicación, pues, en la práctica se denomina precedente a lo que es jurisprudencia constitucional, lo cual no solo desnaturaliza la institución jurídica del precedente, sino que también causa incoherencia en la práctica judicial.

Por lo anterior, mi investigación cuestiona la labor de la CCE, ya que, ésta no respeta sus propios precedentes. Esta falta de coherencia decisional afecta a la legitimidad de ejercicio de la CCE y a la ciudadanía, pues, la variación o cambios del precedente en un corto periodo de tiempo dificulta y confunde el cumplimiento obligatorio de las sentencias.

Esto se puede verificar a través del método jurisprudencial, que como lo esboza Christian Courtis, puede tener tres enfoques análisis: (i) Tener una tarea meramente descriptiva de la sentencia; (ii) Determinar el alcance o las consecuencias de la sentencia para el futuro; y, (iii) Criticar la sentencia para provocar un cambio en la línea jurisprudencial.¹

Al respecto, esta investigación utiliza primordialmente el primer enfoque para demostrar que la CCE ha variado sus precedentes en asuntos trascendentales como el derecho de motivación y el control de constitucionalidad. En este contexto, la estructura de esta tesis es deductiva, pues, en el capítulo primero se analiza el precedente *per se* y en general, es decir, se hace un recorrido histórico, filosófico-político y jurídico de esta institución del derecho, buscando diferenciarla de la jurisprudencia, y de esa manera establecer conceptualmente las diferentes implicaciones terminológicas.

Para un mejor análisis de esta parte del trabajo, se ha podido contar con el importante aporte de la Katharina Stevens, catedrática de la *University of Lethbridge*, quien realiza un estudio ampliado del enfoque por analogía y del enfoque por regla del precedente. Es decir, la evidencia del razonamiento por precedentes.

¹ Christian Courtis, *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid: Trotta, 2010), 117.

Finalmente, en la segunda parte de este trabajo de investigación me adentro en el uso del precedente por la CCE y la importancia de la coherencia en las decisiones. Atravieso la teoría democrática de la constitución para destacar su relevancia en la configuración de la CCE. Además, establezco la importancia de la coherencia, ya que, este es un elemento que configura interna y externamente una teoría y práctica jurídica, sino que, también es un elemento de análisis que sirve para enfocar el uso del precedente.

Poniendo la coherencia en los llamados precedentes sobre la motivación encuentro que la CCE ha venido desarrollando jurisprudencia constitucional, en vez de precedentes. Por lo que, su declaración de abandonar el precedente sobre el test de motivación no tiene justificación.

Luego, uso a la coherencia para ver a través de los precedentes sobre el control de constitucionalidad de la CCE. En ese parte evidencio y demuestro que la CCE no tiene coherencia en el uso de sus precedentes, porque, en un comienzo adscribe a un modelo concentrado de constitucionalidad, y luego adscribe a un modelo difuso de constitucionalidad. En suma, la falta de coherencia por la CCE tiene repercusiones internas y externas en la configuración y sentido del Estado Constitucional.

Capítulo primero

Estudio del precedente

¿Es el precedente lo mismo que la jurisprudencia? En los países del *civil law* — como México y Ecuador—, resulta común leer trabajos académicos, escuchar a jueces y abogados hablar indistintamente de precedente y jurisprudencia, es decir, se busca significar lo mismo con estas dos palabras. Inclusive, se trata como sinónimos al llamado precedente constitucional con la jurisprudencia constitucional.

No obstante, ¿el precedente tiene la misma concepción en los diferentes países del *common law*?, ¿la concepción del precedente ha tenido cambios trascendentales en diferentes espacios territoriales? En este capítulo primero separo al precedente de la jurisprudencia, luego, estudio la evolución del precedente en su concepción histórica y jurídica; tomo en consideración el desarrollo inglés, norteamericano y australiano, ya que, tanto Norteamérica [Estados Unidos y Canadá] como Australia fueron territorios, en parte, dominados por Inglaterra.

La concepción del precedente es la facultad del juez de crear nuevo derecho [law-making]. Sin embargo, esta práctica no es compatible política y jurídicamente en los países del *civil law*. Es incompatible políticamente porque el derecho se crea con la ley, es decir, desde la función legislativa del estado y no desde la función judicial. Es incompatible jurídicamente porque el juez no tiene la autoridad de crear nuevo derecho sino exclusivamente el de aplicar el derecho ya creado.

Esta falta de autoridad para crear nuevo derecho aparece en las cortes constitucionales del *civil law*, ya que, estas solo podían declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero no crear nuevo derecho. Sin embargo, el trabajo de Monika Florczak-Wator establece que en la actualidad las cortes constitucionales europeas si crean nuevo derecho, aunque no al estilo del *common law*.

Monika Florczak-Wator hace un estudio comparativo entre: las cortes constitucionales europeas posteriores a la segunda guerra mundial —Alemania, Italia, Francia y España—; los países posteriores a la caída del comunismo como el grupo de Visegrado —Polonia, Hungría, República Checa y República Eslovaca—; los Estados Bálticos —Letonia—; los Estados Balcánicos —Bulgaria—; el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE].

La creación de nuevo derecho desde las cortes constitucionales del *civil law* da cuenta del uso espurio del precedente y los principios propios del sistema anglosajón, porque se causa un lugar a-tópico [un sin lugar] al haber sido forzosamente incrustados en un sistema legal codificado.

En un sistema legal codificado, como el del *civil law* romano, existió la figura del *responsa prudentium*, que tuvo su parecido con el precedente. Aunque fueron parecidos, no fueron iguales, porque con el *responsa prudentium* se empieza a crear la figura de la jurisprudencia, en la cual, los jueces toman como fundamento unívoco de sus decisiones a las opiniones externas, de expertos y de juristas. No hay un juzgamiento individual, es decir, no se pasa del hecho al derecho, sino del derecho al hecho.

En cambio, con el precedente, son las mismas opiniones internas de los jueces los que fundamentan las decisiones. Dichas opiniones no son arbitrarias, sino que devienen del significado actual de la comunidad a la que está dirigida el texto de la decisión. El juzgamiento combina una respuesta subjetiva con un proceso deliberativo en la que el hecho crea el derecho.

Hacer decisiones individuales e independientes sobre un juzgamiento individual, no implica que las decisiones se hagan en forma indiscrecional. Por lo tanto, no es lógico significar jurisprudencia con precedente, cuando ambas denominaciones encierran profundos significados distintos y estructuralmente incompatibles.

1. ¿El precedente jurisprudencial?

No existe el precedente jurisprudencial. El precedente no es lo mismo que la jurisprudencia, pues el primero es anterior al sistema jurídico romano y la segunda surge durante ese periodo. Aunque ambas palabras suenen homófonas, tradicionalmente sus usos y significados son distintos. La jurisprudencia existe cuando hay varias sentencias que se vuelven vinculantes [línea jurisprudencial], en cambio, el precedente existe cuando hay razones vinculantes [las mejores razones] para justificar una decisión.²

Esta diferencia entre precedente y jurisprudencia ha sido estudiada por la Suprema Corte de la Justicia de la Nación de México, SCJN. Estos estudios teóricos y prácticos son relevantes para el correcto funcionamiento del sistema jurídico mexicano, ya que la función judicial lleva 153 años emitiendo criterios interpretativos.

² Vladimir Bazante Pita, “El Precedente Constitucional” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012), 17, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4905>.

En la cultura jurídica de la SCJN el término precedente no fue usado ni por el lenguaje ni para el diseño institucional. Sin embargo, el término jurisprudencia si fue usado para referirse a los criterios judiciales obligatorios. Desde 1870, esos criterios judiciales obligatorios se publican a través de tesis en el Seminario Judicial de la Federación. Las tesis establecen reglas generales y abstractas, ya que, no se mencionan los hechos de las sentencias, es decir, las tesis son un texto aparte de la sentencia. En cambio, el precedente establece una regla en la que si se incluyen los hechos del caso.

Rodrigo Camarena González, profesor del Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM, critica la forma en que la SCJN crea el precedente. En México hay una doctrina legislativa del llamado precedente y no una judicial, porque es la ley la que establece la forma en que la jurisprudencia se hace obligatoria:

Más precisamente, se puede afirmar que existe una doctrina de jurisprudencia y otra de precedente. La primera regula bajo qué condiciones los criterios contenidos en resoluciones de juicios de amparo adquieren el carácter de fuente vinculante. La segunda hace lo correspondiente respecto a sentencias de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales.³

Camarena sostiene que es la Ley de Amparo la que establece las tres formas en que la jurisprudencia se convierte en obligatoria: la primera, cuando se reitera un criterio en cinco sentencias; la segunda, cuando el órgano judicial superior resuelve contradicciones de tesis de órganos judiciales inferiores y la tercera, cuando un órgano inferior sugiere al superior que sustituya un criterio vinculante. Sin embargo, también es la Ley Reglamentaria del artículo 105 Constitucional la que incluye una tercera forma, el precedente constitucional en sentido estricto; en la que los criterios judiciales son vinculantes sin necesidad de que haya reiteración.⁴

Cuando no es clara la forma en que los órganos judiciales del *civil law* generan precedentes, se genera escepticismo respecto de su obligatoriedad. Es posible que una sola sentencia establezca un criterio vinculante —como se lo advierte en el art. 98 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, a pesar de que dicho criterio no haya sido reiterado por otras sentencias.⁵ Por ejemplo, si el criterio de una sentencia reconoce el matrimonio igualitario, luego, otra no debería prohibirlo por no ser reiterado.

³ Rodrigo Camarena González, “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018), 106.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid., 110–11.

Entonces, si usar al precedente como si fuera jurisprudencia implica que este pierda su obligatoriedad, ¿qué otras implicaciones pueden existir por su mal uso? Álvaro Núñez Vaquero, doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad de Génova, Italia, establece la existencia de tipos de precedente desde el civil law.

Núñez evidencia una ausencia en el tratamiento de precedentes en materia de hechos, porque el precedente que elaboran las máximas cortes de justicia no conoce por intermediación los hechos del caso. Además, la narración de los hechos es descriptiva e individual, a diferencia del precedente que crea una norma prescriptiva y general que debe ser empleada a futuro.

También considera que los hechos particulares del caso deben descartarse para la formulación de la norma [*ratio decidendi*] del precedente, porque lo que hace obligatorio al precedente no son los enunciados individuales, sino las reglas codificadas, por ejemplo: puede existir un precedente sobre la competencia para juzgar un caso, o, sobre la interpretación de un texto legal, o sobre la jerarquía de un texto sobre otro, etc.

De ahí que, considera que es posible hacer precedentes de hechos probados, es decir, no de los hechos sometidos a un proceso de juzgamiento, por ejemplo: X suscribió un documento crediticio con Y; sino, de los hechos a los que el ordenamiento jurídico considera como enunciados institucionalmente reconocidos, por ejemplo: Los menores de 12 años no tienen capacidad para consentir un acto jurídico o una relación amorosa. Además de los precedentes en materia de hechos, Núñez encuentra a los precedentes probatorios:

Dentro de los precedentes en materia probatoria hemos distinguido entre precedentes probatorios interpretativos y precedentes probatorios constructivos. Los primeros fijan como vinculante una interpretación de un enunciado normativo que pretende dirigir la actividad probatoria. Los segundos no son producto de actividad interpretativa sino de construcción jurídica, y tienen como resultado una norma acerca de algún elemento de la prueba.⁶

Para Núñez, esto implica que cualquier norma en materia probatoria puede convertirse en precedente, por ejemplo: reglas sobre el valor probatorio de los testimonios, sobre la exclusión de la prueba, sobre las cargas probatorias, sobre el estándar de prueba, sobre la forma de interpretar una prueba, como un documento público o privado, etc.

⁶ Álvaro Núñez Vaquero, "Precedente en materia de hechos", *Revista de Derecho* 31, n° 1 (2018): 77, doi:<https://www.scielo.cl/pdf/revider/v31n1/0718-0950-revider-31-01-51.pdf>.

Vladimir Bazante, pese a haber hecho una diferenciación entre precedente y jurisprudencia, comete un similar error de pensamiento que Núñez, ya que, presupone la existencia de clases de precedentes para distinguir entre el precedente constitucional y el precedente legal, “[p]or 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”.⁷

Añade que, se pueden distinguir entre clases de precedentes por el órgano del que emana. Por un lado, los precedentes que emanen de la Corte Constitucional Ecuatoriana serán precedentes constitucionales, “y por otro, la Corte Nacional de Justicia, cuyas sentencias son precedentes en las materias relacionadas con el ordenamiento jurídico de rango legal”.⁸

En el mismo sentido, Hernán Olano, profesor en la Universidad de la Sabana, Colombia, examina si existe autonomía del precedente contencioso administrativo, o, si por el contrario, este sigue supeditado al precedente constitucional. Ubica que la tendencia del continente suramericano converge en el sistema de precedentes vinculantes que inciden en las diferentes materias legales.

Y así, establece la existencia de la autonomía del precedente contencioso administrativo cuando una actuación pasada de la administración condiciona, por un principio de igualdad, a las actuaciones presentes.⁹ Por lo que, afirma que una teoría del precedente administrativo evoluciona de la construcción del precedente constitucional.

Esta tendencia de pensar como homónimos al precedente y a la jurisprudencia influyó a la Corte Nacional de Justicia, CNJ, antes denominado Corte Suprema de Justicia, CSJ, máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador. En un inicio, entre 1857 y 1861, la CSJ siguió el modelo francés en el que se niega la interpretación judicial, ya que, la interpretación cambia el sentido literal del texto de la ley [código].

En 1869, la CSJ adopta el concepto de jurisprudencia constante francés, según el cual, la ley no es ni clara ni completa ni perfecta, y por eso, necesita de la intervención activa de la jurisprudencia para eliminar las contradicciones y lagunas del legislador. Aquí, el juez si puede interpretar el texto de la ley; dicha interpretación adquiere el valor vinculante de argumento de autoridad y su inobservancia era causal de casación.

⁷ Bazante Pita, “El Precedente Constitucional”, 18–19.

⁸ Ibid., 19.

⁹ Hernán Alejandro Olano García, “Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo”, *Estudios Constitucionales* 9, n° 2 (2011): 404, doi:<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art10.pdf>.

Durante este periodo también se instauró la llamada doctrina legal española, según la cual, los jueces podían generar reglas similares a las del legislador. Sin embargo, en 1906, estos dos modelos activistas son sustituidos la tesis de la doctrina probable colombiana, para volver a retomar la idea de que solo el legislador era creador de derecho.

Este modelo se mantuvo hasta 1992, fecha en la que se crea “un sistema de jurisprudencia obligatoria sustentada en los fallos de triple reiteración...”.¹⁰ Obligatoriedad que fue relativa, porque la CSJ podía modificar su jurisprudencia en cualquier momento.

Desde 2008, con la llegada de la Constitución de la República del Ecuador [CRE], se modifica el sistema de fuentes del derecho, “tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos, como la jurisprudencia reiterada de la Corte Nacional de Justicia que en el ámbito del derecho ordinario son derecho objetivo, directamente aplicable”.¹¹ De manera que, la CSJ [por facultad del art. 184.2 de la CRE] tiene la competencia para “desarrollar un sistema de precedentes jurisprudenciales con base en los fallos de triple reiteración”.¹²

Por consiguiente, la CNJ [así denominada desde el año 2012] tiene un modelo cuasi legislativo, porque a través del llamado precedente jurisprudencial puede crear reglas sobre cuestiones normativas que mandan, prohíben o permiten algo, sin atender a los hechos o a las pruebas.¹³ Estas reglas han creado los llamados precedentes por materias, es decir, precedentes en materia contencioso administrativa, en materia tributaria, penal, civil, laboral y en familia.

Más aún, desde 2016, con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, la CNJ ya no tiene un compromiso exclusivo con la ley. La CNJ puede dictar una sentencia de mérito en el caso, porque es responsable de la justicia y validez material de las decisiones de los jueces de instancias inferiores.¹⁴

Puedo concluir este apartado señalando que, la imposible incrustación de un derecho de precedentes —propio del *common law*—, en un sistema de jurisprudencia —propio del *civil law*—, crea extrañas figuras como: el precedente jurisprudencial, el precedente por hechos, por pruebas, por tipos, por clases y por materias.

¹⁰ Corte Nacional de Justicia, *Precedentes jurisprudenciales obligatorios de la Corte Nacional de Justicia 2009-2017* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 19.

¹¹ *Ibid.*, 21.

¹² *Ibid.*, 12.

¹³ *Ibid.*, 24.

¹⁴ *Ibid.*, 27–28.

Figuras extrañas que no tienen justificación histórica o explicación jurídica, porque el precedente es indivisible e inclasificable. La división y clasificación son actividades propias del *civil law*, es decir, se puede dividir y clasificar la ley y la jurisprudencia en materias, pero no se puede dividir y clasificar el precedente.

Más adelante, detallaré conceptualmente al precedente, sin embargo, es importante tener en cuenta que, la jurisprudencia es un dispositivo abstracto que faculta al juez a crear interpretaciones restringidas a la correcta aplicación de la ley. La jurisprudencia no crea nuevo derecho, por el contrario, la jurisprudencia sostiene el sentido del derecho que ya ha sido creado por el legislador. En cambio, el precedente si le faculta al juez a crear nuevo derecho, porque las interpretaciones [*ratio decidendi*], de una sentencia anterior, están adheridas a los hechos concretos del caso.

1.1. El mito del precedente constitucional

Como lo he señalado con anterioridad, la Suprema Corte de Justicia la Nación de México, SCJN, desarrolla estudios teóricos y prácticos para el correcto funcionamiento de su sistema jurídico, más aún cuando la reforma federal de 2021 rediseñó el sistema de creación de jurisprudencia para convertir a la SCJN en un tribunal constitucional activo y actor clave para el desarrollo social.

En este contexto, Alejandra Martínez Verástegui, investigadora jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, sostiene la idea de que “la institución del precedente judicial es compatible con los sistemas jurídicos de la tradición continental y que es necesaria para que las constituciones tengan fuerza normativa”.¹⁵

Martínez argumenta que la creación del Estado Constitucional en los países de la tradición continental supuso el reconocimiento de la fuerza vinculante del precedente, lo que conlleva al acercamiento entre las familias de *common law* [derecho jurisprudencial] y *civil law* [derecho legislado].

Esto supone que la fuerza normativa de la constitución solo es viable con un sistema consolidado de precedentes que permita unifique y concrete los sentidos del texto indeterminado de una constitución. En otras palabras, el precedente constitucional permite materializar o hacer efectivo el carácter normativo de la constitución, porque las decisiones constituciones establecen la correcta interpretación constitucional de la norma.

¹⁵ Alejandra Martínez Verástegui, “Introducción. El precedente judicial en la tradición continental”, en *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, Precedente (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 17.

Diego López Medina, investigador jurisprudencial en el Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, muestra como la tendencia jurídica contemporánea transforma a la jurisprudencia auxiliar [de la ley] en precedentes judiciales. Pero, no como una transición del *civil law* al *common law* sino como la creación de un nuevo precedente regional.¹⁶

López argumenta que, en la historia latinoamericana, la creación de códigos civiles [códigos napoleónicos] no fue solo por materializar una figura legal, sino para establecer el diseño estructural e ideológico del estado. Las ideas libertarias de la Revolución Francesa fueron el fundamento para las ideas de soberanía, libertad e independencia de las jóvenes repúblicas hispanoamericanas frente al poder colonial español. Por ello, en un inicio, el juez criollo no podía crear derecho y los efectos de la sentencia solo eran *inter partes*, nunca *erga omnes* o regla general para todos los casos.

La tendencia jurídica contemporánea que señala López, atraviesa los siguientes periodos: (i) el legocentrismo radical [1845-90], donde empezó el movimiento codificador de derecho liberal en América Latina; (ii) la jurisprudencia constante [1820-80], donde se desradicaliza el legocentrismo; (iii) la doctrina legal [1880-1936], donde hispanoamérica adapta a su contexto la jurisprudencia constante con un rol más activo del juez; (iv) precedente constitucional [1995 hasta la actualidad], donde el juez constitucional puede hacer una interpretación constitucional de la constitución y de la ley con efectos *erga omnes*.

Esto implica que, a partir de las dos últimas décadas del s. XX, el precedente constitucional es una respuesta a la constitucionalización regional basado en el poder de las cortes constitucionales para [a través del control constitucional] garantizar los derechos fundamentales y constitucionales. Es decir, materializar el derecho a través de *normas adscritas a principio o subreglas* creadas por el juez constitucional.¹⁷

Para lo cual, es necesario eliminar el criterio [jurisprudencial] de reiteración como requisito de vinculatoriedad de la decisión constitucional.¹⁸ De esta forma se reemplaza a la vieja jurisprudencia con la con un concepto “criollizado”¹⁹ del precedente para producir cambios significativos en la cultura jurídica y en la enseñanza del derecho.

¹⁶ Diego Eduardo López Medina, “La transformación de la ‘jurisprudencia’ tradicional en el ‘precedente’ contemporáneo: hacia una historia regional entrelazada de las fuentes del derecho en América Latina”, en *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, Precedente (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 187.

¹⁷ *Ibid.*, 233–34.

¹⁸ *Ibid.*, 237.

¹⁹ *Ibid.*, 241.

Roberto Saba, director del Centro de Estudios de Posgrado de la Universidad de Palermo, al estudiar el llamado precedente constitucional en Argentina, establece que el sistema jurídico argentino se adscribe a la tradición continental en la que: el derecho deviene del texto del código, los jueces hacen una aplicación mecánica del texto, el derecho se aprende con la memorización de dicho texto y la renuencia a aplicar la regla del precedente.²⁰

No obstante, pese a existir dicha adscripción, el sistema jurídico argentino incorpora [desde 1864 a raíz del caso *Sojo*, que contiene varias citas textuales del caso *Marbury v. Madison*], un sistema de control de constitucionalidad basado en los elementos centrales de la tradición constitucional de Estados Unidos. Aunque se incorpora un modelo de revisión judicial que necesita de un precedente, no se reconoce al precedente como fuente del derecho.²¹

Esto quiere decir que, la Constitución de la Nación Argentina no reconoce expresamente el control de constitucionalidad, sino que surge a partir de la interpretación judicial en el caso *Sojo*. Como resultado, los jueces de cualquier nivel [control difuso] pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma que devenga de los poderes políticos de los tres niveles de gobierno, frente a un caso concreto y con efectos solo para las partes intervinientes *inter partes*.²²

Aunque, desde la reforma constitucional de 1994, se incorpora la figura del amparo colectivo, con la que, se genera la posibilidad de una sentencia con efecto *erga omnes* respecto de un derecho con incidencia colectiva. Así, el llamado precedente constitucional depende de la concepción jurídica y de las instituciones que la efectivicen.

Thomas da Rosa de Bustamante, profesor en la Universidad Federal de Minas Gerais, Brasil, estudia el llamado precedente constitucional en Brasil y establece que hay dos formas de control de constitucionalidad: la primera, cuando un juez singular declara la inconstitucional de una ley en forma incidental, para que sea resuelta por un órgano superior; la segunda, cuando se impugna la constitucionalidad de una ley ante el Supremo Tribunal Federal por medio de acciones directas.²³

²⁰ Roberto Saba, “El precedente constitucional en Argentina”, en *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, Precedente (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 254–55.

²¹ *Ibid.*, 255–56.

²² *Ibid.*, 267–68.

²³ Thomas da Rosa De Bustamante, “El precedente constitucional en Brasil: un panorama”, en *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, Precedente (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 299–300.

Por un lado, las decisiones individuales que se pronuncian luego de que ese establezca un precedente son un medio para impugnar la jurisprudencia e intentar cambiarla y, por otro lado, las acciones individuales sobre acciones directas son un medio para crear alguna obligación para el gobierno o los tribunales inferiores.²⁴

Las sentencias y los juicios del Supremo Tribunal Federal [STF] son públicos, lo que convierte a los jueces en figuras públicas ya que su actividad es transmitida por los medios de difusión masiva de información, como la televisión y las redes de comunicación. Aunque, resulta difícil conocer cuál es el precedente cuando los 11 jueces deciden el caso con 11 opiniones escritas diferentes. Si las opiniones están separadas y la decisión es vinculante, no se conoce qué parte o partes son estrictamente vinculantes.²⁵

El STF tiene una larga tradición histórica en la creación de *súmulas*, breves proposiciones para sistematizar y organizar el derecho. Pero, las *súmulas* no son precedentes porque no se refieren a los hechos del caso o ni son una respuesta a un hecho individual.²⁶ Y aún así, jueces y abogados utilizan las *súmulas* como si fueran precedentes, porque recurren a los llamados precedentes del STF para buscar una regla general que no se relacione directamente con el caso.²⁷ Además, el propio STF se aleja fácilmente de sus propios precedentes porque no los considera vinculantes.

El profesor concluye que el haber traído un sistema de precedentes en Brasil ha causado problemas, porque, la práctica judicial tiene una justificación filosófica diferente. Cuando los jueces sientan un precedente, lo hacen como si estuvieran legislado, considerando asuntos políticos que se alejan de los casos particulares. Además, los jueces constitucionales afirman tener un poder legítimo para crear leyes generales, sin reparar en que la separación de poderes es un fundamento del constitucionalismo.²⁸

Finalmente, Flavia Carbonell Bellolio, profesora de la Universidad de Chile, establece que no existe ninguna norma de la vigente Constitución Chilena de 1980 que otorgue competencia a la Corte Suprema o al Tribunal Constitucional de Chile para dictar precedentes u obligar a seguirlos. Tanto más que, la cultura judicial no está vinculada a sus propias decisiones anteriores.²⁹

²⁴ Ibid., 310.

²⁵ Ibid., 304–5.

²⁶ Ibid., 306–7.

²⁷ Ibid., 307.

²⁸ Ibid., 313–14.

²⁹ Flavia Carbonell Bellolio, “El precedente constitucional en Chile”, en *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, Precedente (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 321–22.

La profesora sostiene que el precedente constitucional puede significar: (i) la noción del autprecedente, a través del cual existe una regla que obliga al juez a incorporar en sus decisiones las razones jurídicas de decisiones pasadas; (ii) la noción de la regla del precedente o del *stare decisis*, en la cual se crea una norma que establece que ciertas decisiones deben ser consideradas como precedentes; (iii) la noción del uso argumentativo del precedente, con la que no existe una regla del precedente sino solamente la *ratio decidendi* que sea aplicable al caso.³⁰

Pese a que en Chile no existe una regla del precedente, si existe un control de constitucionalidad concentrado en el Tribunal Constitucional, esto implica que un juez inferior no puede inaplicar una ley que considere que tiene efectos jurídicos inconstitucionales ni declararla inconstitucional. Sin embargo, todos los jueces pueden interpretar constitucionalmente cuando deciden sus casos.³¹

Hasta este momento, he analizado el llamado precedente constitucional. De los apuntes anteriores se puede evidenciar que no existe una única concepción del mismo, ya que, unos autores buscan darle autonomía frente al verdadero precedente del sistema jurídico del *common law*, y otros autores buscan contrastarlo y conciliarlo.

¿Por qué establezco que el precedente constitucional es un mito? Al igual que en el sistema jurídico del *civil law* han existido propuestas para transformar el derecho codificado en derecho judicial, en el sistema jurídico del *common law* también han existido propuestas para transformar el derecho judicial en derecho codificado.

Jeffrey Goldsworthy, reconocido jurista australiano, trabaja en el mito de la constitución del *common law*. Para Goldsworthy la discusión entre el *common law* y el *statue law* [derecho creado por el parlamento] abarca una controversia mucho más profunda que una simple cuestión interpretativa. Así, ¿cuál es la fuente del poder legislativo?, ¿quién tiene la autoridad para decir lo que es el *common law*?

En la visión ortodoxa establece el parlamento puede crear leyes que afecten a todo el *common law*, por lo que, tiene una autoridad jerárquicamente superior a la del *common law*. En cambio, la popular teoría de la constitución no escrita de Inglaterra establece que el parlamento solo puede hacer leyes que devengan de los principios del *common law*, por lo que, el *common law* es superior a las leyes del parlamento.³²

³⁰ Ibid., 341.

³¹ Ibid.

³² Jeffrey Goldsworthy, "The Myth of the Common Law Constitution", en *Common Law Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 204. Esta y otras traducciones son propias.

El *common law* ha sido definido como un cuerpo de reglas que los jueces han hecho y que luego pueden cambiar, o, como un cuerpo de reglas ubicadas en principios abstractos no escritos de moralidad política que solo los jueces tienen la autoridad para enunciar y exponer. En ambas definiciones, los jueces no están obligados a obedecer las leyes que produce el parlamento, porque son una autoridad jerárquicamente superior. Es decir, el parlamento no puede cambiar la constitución porque son los jueces los que están a cargo de ella; son ellos los que pueden escribir la constitución, aunque el parlamento haga leyes democráticas que no pueden estar por debajo del derecho del *common law*.³³

La idea de un *common law* constitucional deviene de la idea de la constitución escrita. Mark Walters y Trevor Allan asumen que existe un common law constitucional porque las constituciones escritas tienen los principios estructurales que incluyen cuales son las reglas del precedente, la separación de poderes y los derechos individuales. Sin embargo, esta idea puede tener consecuencias drásticas por intentar constitucionalizar el *common law*, y con ello pasar la autoridad al parlamento quitándosela a los jueces.³⁴

John Phillip Reid daba por hecho la existencia del constitucionalismo del common law durante el s. XVII hasta que fue reemplazada por la teoría de la supremacía parlamentaria. J.A.C Pocock argumenta que el *common law* solo podía hablarse por sus practicantes y que Sr. Edward Coke había indicado en el s. XVII la existencia de una antigua constitución que confería y limitaba los poderes de gobierno. Incluso, C. H. McIlwain afirmaba que, durante el periodo medieval, el *common law* creó una ley fundamental que vinculaba al rey y al parlamento, quienes podían enunciarla, pero no cambiarla.³⁵

Aunque las posiciones de Reid, Pocock y MacIlwain han sido desacreditadas, se sigue creyendo que existe un muy antiguo constitucionalismo del *common law*. Brian Tamanaha afirma que la constitución no escrita de Inglaterra tiene una función equivalente a la constitución escrita de Estados Unidos en el sentido que limita a los creadores del derecho.³⁶ Desafortunadamente, Inglaterra nunca ha tenido una constitución equivalente funcional a la de Estados Unidos, tampoco ha declinado la autoridad al parlamento. Aunque, no hay duda que los principios del *common law* han sido parte de la constitución no escrita de Inglaterra.³⁷

³³ Ibid., 205.

³⁴ Ibid., 206.

³⁵ Ibid., 207.

³⁶ Ibid., 207–8.

³⁷ Ibid., 208.

Para dar una respuesta a esta tendencia del constitucionalismo del *common law*, Goldsworthy se hace tres preguntas: (i) ¿cuál es la naturaleza del *common law*?; (ii) ¿cuál es el alcance del *common law*?; y (iii) ¿quién tiene la autoridad final para exponer lo que es el *common law*?

A la primera pregunta hace otras: ¿acaso el *common law* consiste en la costumbre de una comunidad, considerada como inmutable e incambiable, o como gradualmente en evolución?; ¿el *common law* es la erudición de los jueces?; ¿acaso el *common law* es un cuerpo de principios y máximas cuya identificación, exposición y aplicación envuelve una razón moral en un juicio?; ¿acaso es un cuerpo de reglas hechas por las cortes pasadas?; o ¿es una combinación de todas o algunas de estas preguntas?³⁸

Luego, a la segunda pregunta hace otras: ¿acaso el *common law* abarca todos los poderes, derechos y obligaciones respecto de asuntos concretos?, esto quiere decir que otros de derechos y obligaciones subsisten independientemente del *common law*; o ¿acaso el *common law* es omnipresente y abarca todos los poderes, incluidos los que estén fuera de la ley parlamentaria [*statue law*] y el poder para hacer la ley parlamentaria?³⁹

Finalmente, a la tercera pregunta hace otras: ¿acaso la autoridad para decir qué es el *common law* le corresponde a la Corona Británica?; ¿acaso le corresponde al Parlamento Británico?; o ¿acaso le corresponde a las cortes del *common law*? Aquí, se debe aclarar que antes del s. XVII, los abogados y jueces discutían más sobre el procedimiento, en vez del fondo de los derechos, por eso, hay poca literatura sobre los precedentes durante ese periodo.⁴⁰

No hay una sola concepción sobre la naturaleza del *common law*, por un lado, se sostiene que deviene de la costumbre, y por otro, que deviene de la razón. Aunque se alcance a un acuerdo sobre la naturaleza del *common law*, se sigue discutiendo sobre su alcance.

Las respuestas a las preguntas anteriores dependen del tiempo en que se las haga, por ejemplo, en el s. XVII era más aceptado que la autoridad estuviera en el parlamento. Por el contrario, si se acepta que el *common law* es un cuerpo de reglas hecho por los jueces, entonces se le quita al parlamento la autoridad para crear derecho.⁴¹

³⁸ Ibid., 208–9.

³⁹ Ibid., 209.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., 2010.

Durante el s. XV no era clara la relación entre la ley [derecho declarado o escrito] y la costumbre [derecho no declarado pero existente], porque no existían muchos registros sobre lo que las personas de ese entonces consideraban que no se requería una declaración oficial. Sin embargo, cuando los pocos registros que existieron fueron revisados durante el s. XVII, ahí se incluyeron las ideas de una constitución antigua del common law, ya que, establecían que el derecho de coronación de los reyes devenía de esa idea, cuando en realidad devenía de un derecho natural o de la divinidad.⁴²

Además de que se hayan modificado los pocos registros del s. XV, se incluyeron otros de dudoso origen con el fin de justiciar la idea de la antigua constitución, porque esa idea servía como un escudo frente a la tiranía y como una justificación para la rebelión. Cuando se discute sobre el derecho no escrito de Inglaterra, no se hace referencia a la costumbre sino a las decisiones y declaraciones de los Reyes, así como a sus coronaciones. De esta forma, la idea del Rey debajo de Dios y del derecho significa que el Rey se sometía al juicio de los Barones y que practicaba virtudes cristianas. Pero, nada de esto acarrea una noción de una constitución que el rey no podía contravenir.⁴³

Esto fue conocido como el derecho de la realeza. Desde luego, si es que existía algún derecho de la realeza, el Rey no iba a cuestionar ese derecho o el alcance de sus poderes, jurisdicción o autoridad. En el derecho del Rey, los jueces eran sirvientes. Por ello, durante los s. XIV y s. XV el derecho del gobierno de la realeza fue clasificado dentro del *common law*, aunque solo era una costumbre. En otras palabras, el *common law* fue identificado como la costumbre de la realeza. Desde ahí, se empieza a confundir el *common law* con la costumbre, provocado la denominación costumbre del *common law*. Luego, se consideró que esa costumbre de la realeza era la costumbre del pueblo.⁴⁴

Puesto que, la autoridad del Rey devenía de él mismo, los jueces fundamentaban que sus reglas de justicia existían porque ellos estaban de acuerdo con ellas. Además, no fue claro cuál era el fundamento para la sucesión de la realeza, por un lado, se sostenía que era un derecho hereditario, y por otro, que era un derecho de conquista, o inclusive que devenía de un antiguo estatuto. La discusión entre el derecho divino, el derecho de costumbre o del derecho del lugar [*law of the land*], el derecho natural y el derecho escrito [*statue law*], se da por la disputa del poder entre la Realeza y el Parlamento Inglés.⁴⁵

⁴² Ibid., 211.

⁴³ Ibid., 212.

⁴⁴ Ibid., 212–13.

⁴⁵ Ibid., 213–14.

Un ejemplo de lo anterior ocurre en el año 1388; los Lores del Parlamento Inglés preparaban cargos por traición en contra del Rey Ricardo II, sus asociados y algunos jueces de la Realeza. El crimen era tan alto que alcanzaba al Rey y al gobierno de la Realeza, por lo que, el proceso solo podría seguirse por el parlamento y solo podría juzgarse con el derecho y la Corte del Parlamento Inglés.⁴⁶

En 1454 los jueces de la Realeza encontraron que los privilegios de determinación y conocimiento de la Alta Corte del Parlamento pertenecía a los señores del Parlamento Inglés y no a los jueces. De tal forma que, los estamentos [*statue law*] de la Realeza creados por el parlamento fueron considerados como un asunto político que no estaba gobernado por el *common law*. Como consecuencia, las personas de la Edad Media no estaban dispuestas a atribuir al *common law* el alcance constitucional que pregonaba el parlamento.⁴⁷

Ya que el derecho inglés era administrado por diferentes cortes particulares, se empezó a considerar al *common law* como una parte del derecho del lugar [*law of the land*] o *lex terrae*. Además, se consideró que las cortes del *common law* [que devienen de la Realeza] tenían igual jerarquía que las cortes del *civil law* [que devienen del Parlamento Inglés] hasta el s. XVI.⁴⁸

Los jueces del *common law* empezaron a poner prohibiciones contra los jueces del *civil law* porque los casos pendientes de resolución amenazaban la economía. Los abogados del *civil law* no podían recibir asistencia del parlamento porque estaba controlado por los abogados del *common law*.⁴⁹

Entonces, apelaron al Rey argumentado que él era la fuente de la justicia y que como había delegado la facultad de jurisdicción a las diferentes cortes, él tenía originalmente la autoridad para resolver las disputas entre las cortes y limitarlas en sus competencias.

Esto debido a que todas las cortes del *common law*, *del civil law* o las cortes eclesiásticas eran consideradas como constitucionalmente paralelas e iguales, es decir, todas las cortes antes mencionadas estaban subordinadas al Rey, pero ninguna estaba subordinada frente a la otra.⁵⁰

⁴⁶ Ibid., 214.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid., 215.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

Ante esto, los abogados del *common law* argumentaron que sus cortes y su derecho eran superiores a los del *civil law*, porque el *common law* era el derecho de Inglaterra y el protector de las libertades de las personas. Solo el *common law* delimitaba la jurisdicción en la que las leyes civiles u otras leyes podían legítimamente funcionar. Los abogados del *civil law* perdieron su pelea porque la monarquía de los Tudor necesitaba la ayuda de los abogados del *common law* para establecer la supremacía de la Realeza frente a las cortes eclesiásticas y al derecho canónico.⁵¹

Los abogados del *common law* ganaron la pelea del s. XVI, pero les tocaría ganar otra en el s. XVII, esta vez contra la Corte de la Cancillería que aplicaba un derecho de la equidad [equity] y que, habiendo sido creada por el Rey, se afirmaba que impartían la justicia de Dios o justicia divina. Ante esto, los abogados del *common law*, como Sr. Edward Coke, negaron que la Corte de la Cancillería aplicara derecho divino o devenga de él, por el contrario, estaban sometidas a leyes positivas para prevenir que la estricta adherencia a las reglas derrote a la razón.⁵²

En este escenario, el *common law* dejó de ser considerado como la única fuente originaria de todo poder y autoridad; para pasar a ser localizada en el Rey o en la comunidad representada por el Parlamento Inglés. Durante los s. XIV y XV, aquellos que buscaban la autoridad, no acudían al *common law* sino a la voluntad del Rey o al consentimiento del Reino. Por ello, durante el s. XVI se consolidaron dos teorías competitivas, la primera basada en el derecho divino de gobernar, y la segunda, basada en el consentimiento y sabiduría de la comunidad.⁵³

Durante este siglo los fundamentos para crear una ley constitucional fueron inherentemente inciertos, cada intento por establecerlo fue un fracaso porque no se conocía con exactitud cuáles eran todas las reglas del juego. Además, se debatía sobre cuál institución era la más antigua: ¿acaso lo era la Monarquía?, ¿acaso las asambleas representativas de la comunidad?, ¿acaso lo era el *common law*?⁵⁴

Esto es importante, porque todas las autoridades son inferiores a la autoridad originaria o más antigua; cada creador tiene mayor poder que la criatura y cada causa su efecto, de manera que, si se insistía en la idea de una antigua constitución originaria, entonces, ¿cuál era la naturaleza de esa constitución originaria de Inglaterra?⁵⁵

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid., 216.

⁵³ Ibid., 220.

⁵⁴ Ibid., 222.

⁵⁵ Ibid.

Para los escritores de la Realeza, era incomprensible que el *common law* haya venido primero o que sea más fundamental que la autoridad del Rey; él es quien creó el *common law* y quien puede cambiarlo. El *common law* sigue en el tiempo a la Realeza, pero no pudo haber venido antes y muchos menos haber aparecido por una constitución originaria. Así, para los realistas, era obvio que el Rey venía primero bajo la autoridad divina, las leyes lo seguían a él y no él a las leyes.⁵⁶

Esta teoría de la Realeza fue contradicha por la teoría contractualista de los anti-absolutistas. Se argumentó que los poderes del Rey eran otorgados por un pacto entre él y los súbditos. Donde sea que se haya usado por primera vez la palabra *parlamento*, las asambleas representativas de la comunidad existieron desde tiempos inmemoriales.⁵⁷

Janelle Greenberg indica que, la idea del antiguo constitucionalismo es perfectamente compatible con la teoría contractualista, porque el constitucionalismo originario habría sido establecido por el contrato o pacto. De ahí que, en 1640, la idea del antiguo constitucionalismo se haya renovado.⁵⁸ Esto causó que en los s. XVII y s. XVIII sean dominados por la teoría de la soberanía.

En la teoría de la soberanía se considera que la ley es soberana, por lo tanto, el Parlamento Inglés tiene una autoridad intrínseca, es decir, su autoridad no deviene del *common law*, sino de sí mismo, de sus actos y leyes escritas. De forma que, el natural e inherente [originario] derecho le pertenecería al estado para hacer la ley y para cambiarla. Con esto se busca configurar el sistema legal para reemplazar al sistema del *common law*. Así, para Blackstone, la legislatura de Inglaterra estaría establecida por un contrato original, bien sea expreso o implícito, que ha sido aceptado en forma general y desde la antigüedad por la sociedad inglesa.⁵⁹

Goldsworthy concluye su investigación estableciendo que: Primero, no existe evidencia del constitucionalismo del *common law* antes del s. XVII, por el contrario, hay sólida evidencia que esa idea fue rechazada. Aparte, la idea de que el *common law* fuera considerada como la erudición de los jueces [del Rey que los designaba y los desintegraba, de la Alta Corte del Parlamento que anulaba las decisiones de los jueces del *common law*] resultó absurda, por ello, se negó la idea de que el derecho de sucesión hereditaria o de los privilegios del parlamento devinieran del *common law*.⁶⁰

⁵⁶ Ibid., 222–23.

⁵⁷ Ibid., 223.

⁵⁸ Ibid., 227.

⁵⁹ Ibid., 228.

⁶⁰ Ibid.

Segundo, la idea del constitucionalismo del *common law* fue aceptada por muy pocos abogados, como Thomas Hedley. Aparte, Sr. Edward Coke ya había negado que el derecho de sucesión de la Realeza y los privilegios de la Alta Corte del Parlamento Inglés devinieran del *common law*; John Davies, realista, consideraba que el Rey era la fuente humana de toda autoridad; los contractualistas, consideraban que la autoridad devenía de toda la comunidad que había pactado con el Rey para otorgarle sus poderes; y luego del s. XVII llegó la teoría de la soberanía, con la que debía existir un legislador soberano en cada estado que se situara por encima de la ley.⁶¹

Tercero, durante este periodo, casi todos aceptaban que la Alta Corte del Parlamento era la más alta corte de la Realeza, con la última autoridad para declarar e interpretar el *common law* por sí misma. Con el paso del tiempo, la teoría de la Realeza [en la que el Rey tenía poderes superiores al *common law*] fue perdido credibilidad; todos los poderes de la corona dependen del *common law* o del parlamento [*statue law*].⁶²

Cuarto, la soberanía parlamentaria depende de la aceptación judicial. La aceptación judicial es una condición necesaria para la existencia de las reglas parlamentarias, porque se ha reconocido que los jueces tienen la autoridad unilateral para cambiar los principios y las reglas, o para declarar los que han cambiado. Aunque, estas reglas parlamentarias también dependen de la aceptación del gobierno.⁶³ En conclusión, las concepciones antiguas y nuevas del derecho inglés han sobrevivido porque el *common law* las ha absorbido, pero ninguna de estas concepciones ha cambiado el *common law*.

La tendencia a codificar el *common law* o constitucionalizarlo ha persistido a lo largo del tiempo. Bentham, uno de los que más influenció en la codificación del *common law*, despreciaba la teoría tradicional y las enseñanzas de Coke, Blackstone y Hale, ya que, consideraba que los jueces ingleses se parecían a adiestradores de perros por la forma en cómo hacían el *common law*.

Bentham hacía la siguiente analogía: si un perro hacía algo que no le gustaba al adiestrador, entonces, se lo corregía; de esa misma manera los jueces ingleses hacen leyes, ellos no dicen lo que una persona debe hacer, sino que, esperan a que esa persona se equivoque para decirle lo que debería haber hecho.⁶⁴

⁶¹ Ibid., 229.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid., 235–36.

⁶⁴ Thomas da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial: la justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales* (Lima: Ediciones Legales, 2016), 85.

El positivismo radical de Bentham definió la teoría del precedente del s. XIX y la influenció durante más de 100 años. No se codificó el *common law*, pero las decisiones [precedentes] de los jueces fueron más difíciles de cambiar, ya que, se había asentado una estricta vinculación [obligatoriedad] de seguir el precedente. Con lo cual se inaugura la teoría declarativa del precedente, fundada exclusivamente en la autoridad; negando así la teoría de Blackstone, en la que los jueces podían alejarse del precedente injusto.⁶⁵ Inclusive, en 1811, Bentham ofreció sus servicios al presidente Madison para redactar un código de los Estados Unidos de América.⁶⁶

A modo de conclusión sostengo que, si el llamado constitucionalismo del *common law* es un mito, lo es también el llamado precedente constitucional. No existe el precedente constitucional en el *common law*. He analizado en Goldsworthy que la idea del llamado constitucionalismo del *common law* era un intento más por codificar el *common law*, es decir, por convertir el sistema del *common law* en un sistema del *civil law*.

He analizado que el dicho precedente constitucional es una figura extraña que no tiene una única noción y que su enunciación es lógicamente incompatible. En el sistema del *civil law* se puede hablar de jurisprudencia constitucional, pero jamás del precedente constitucional, ya que, su sola enunciación compromete siglos de historia jurídica y filosofía política. Al igual que en el *common law* no existe un antiguo constitucionalismo originario, en el *civil law* tampoco ha existido ni es posible exista el derecho de precedentes del *common law*, peor aún, del llamado precedente constitucional.

1.2. Tópica del precedente

La forzosa incrustación del precedente en el sistema del *civil law* ha generado un lugar a-tópico [un sin lugar] del mismo, ya que, éste solo puede funcionar desde su propio sistema legal del *common law*. Las consecuencias de esta forzosa incrustación ya las he desarrollado en las páginas anteriores. En este apartado me pregunto: (i) ¿qué importancia tiene el lugar para una figura jurídica?, (ii) ¿qué implica un sistema legal o sistema de derecho?, y (iii) ¿son realmente incompatibles los sistemas de derecho del *civil law* y del *common law*?

⁶⁵ Ibid., 102.

⁶⁶ René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11.a ed. (México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010), 287.

Ramón Beltrán Calfurrapa, profesor en la Universidad de Atacama, Chile, tiene un interesante trabajo, publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, que se denomina: la tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia. En ese trabajo, el profesor toma las notas de Aristóteles, Cicerón, Giambattista Vico y Theodor Viehweg para explicar la vinculación entre la tónica jurídica con el precedente y la jurisprudencia.

En Aristóteles, la tónica jurídica adopta rigurosidad metodológica al unir la dialéctica con la retórica. Este es un tipo de razonamiento que se opone al razonamiento demostrativo [que parte de un enunciado verdadero], porque la dialéctica es un diálogo argumentativo en el que se inventa o se resiste una razón, a través de preguntas y respuestas, además, se parte de un enunciado probable. Como plantea Beltrán:

En este sentido, conviene aclarar que la tónica se encuentra emparentada no sólo a la dialéctica sino también a la retórica. Ello, porque la retórica no sólo es persuasión a secas, sino, por el contrario, es persuasión de medios y resultados en el uso de criterios con evidente razonabilidad, es decir, de criterios aceptados por todos, la mayoría o los más reputados. Se trata como se ve, de una misma estructuración base de las proposiciones que sirven de premisas. Así, mientras en la dialéctica las proposiciones se denominan *endoxa*, en la retórica se denominan *entimemas*, pero en uno y otro caso su construcción requiere de *topoi* o lugares sobre los cuales elaborar un horizonte común.⁶⁷

A diferencia del razonamiento demostrativo que se construye con premisas o enunciados verdaderos, universales y verificables [v.gr. la gravedad no se puede tocar, pero existe], la dialéctica se construye con premisas o enunciados probables [v.gr. los precedentes constitucionales si existen y son viables en el sistema del *civil law*]. Para que estos enunciados probables sean razonables, se crea un método epistémico de silogístico dialéctico [*endoxa*] en el que las premisas probables son respaldadas por opiniones de expertos o que la mayoría aprueba.

En Cicerón, la tónica se redefine como un acto inventivo. Se establece que el razonamiento dialéctico se compone de invención [tónica] y juicio [la dialéctica en sentido aristotélico]. De forma que, cuando queremos saber qué es un argumento [v.gr. el precedente] se debe buscar en el lugar o fuente donde fue creado [v.gr. sistema del *common law*]. Caso contrario, se estaría descontextualizando el argumento y la razón [v.gr. precedente jurisprudencial o precedente constitucional].

⁶⁷ Ramón Beltrán Calfurrapa, “La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2012): 591.

El napolitano Giambattista Vico clasifica los métodos de estudio en: (i) métodos científicos; (ii) métodos auxiliares de estudio; y (iii) fines perseguidos con los estudios.⁶⁸ En el método científico distingue el método tópico, que otorga un resultado verosímil a partir de la individualidad del caso, a través del tejido de silogismos [lo que yo llamaría *case law*], y el método crítico, que parte y concluye de lo verdadero, a través de deducciones en cadena.

Para Viehweg, que ayudó a cimentar la Escuela de Magucia, el modo de pensar la tópica en el Derecho es a través de la formulación de problemas, de forma funcional que abra hilos de pensamiento para alcanzar suscitadas conclusiones, es decir, puede existir más de una respuesta al problema formulado.⁶⁹ De ahí que, el razonamiento jurídico no debe ser un sistema cerrado [yo diría: codificado o sistema de *civil law*], por el contrario, el razonamiento jurídico debe ser tópico o abierto, es decir, a partir de problemas o casos abiertos [yo diría: razonamiento por precedentes del sistema de *common law*].

Aunque en sus inicios el sistema romano buscó un sistema tópico o por formulación de preguntas, dicho sistema se descartó desde la modernidad, ya que la tópica se reemplazó por el método axiomático-deductivo, es decir: a partir de principios, axiomas o reglas se otorgan soluciones abstractas.⁷⁰ A diferencia del pensamiento tópica en el que se parte de casos concretos [*case law*] para extraer alguna regla [*ruling o ratio decidendi*] aplicable a la generalidad de casos [*precedent*].

Desde luego, no estoy de acuerdo con que Beltrán cuando afirma que Viehweg confundió lógica formal con formalismo metódico, ya que, Viehweg razonó desde una posición práctica y no abstracta, por lo que, su trabajo demuestra el error del razonamiento silogístico que emplea el derecho codificado, en el que, a partir de premisas abstractas como la ley [que se piensa como verdadera, cuando en realidad es verosímil], se llegan a soluciones abstractas para el caso [lo cual, no es una verdadera solución para la persona].

El razonamiento jurídico y práctico no responde a un esquema lógico-deductiva [silogismo jurídico donde se busca una premisa normativa, un hecho descrito en la norma y la consecuencia jurídica]. Este razonamiento del silogismo jurídico es un razonamiento lineal [*civil law*] que no guarda coherencia con un razonamiento abierto [*common law*].

⁶⁸ Ibid., 593.

⁶⁹ Ibid., 595.

⁷⁰ Ibid., 597.

Sin embargo, apoyo en Beltrán que no se confundan precedentes con jurisprudencia, “se comete un error metodológico al confundir lo que es, por una parte, la jurisprudencia, de lo que es por otra, el precedente. Ello, porque si bien ambas figuras se encuentran emparentados por emanar de una misma fuente generativa, no son iguales, ya que presentan una serie de diferencias tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo”.⁷¹

Desde lo cuantitativo, el precedente se hace referencia a una decisión sobre un caso particular, y desde la jurisprudencia, se hace referencia a varias decisiones. En lo cualitativo, el precedente crea una regla con identidad fáctica que puede ser aplicada en casos similares futuros, en cambio, en la jurisprudencia falta el análisis comparativo de los hechos, porque no se crea una regla, sino que constituye una a través de enunciados descriptivos de una interpretación reiterada.⁷²

Hasta este punto he analizado en Beltrán en el que, revisando las posturas de Aristóteles, Cicerón, Giambattista Vico y Theodor Viehweg, se puede afirmar que el pensamiento tópico es fundamental para razonamiento jurídico y judicial. Así, la respuesta a mi primera pregunta es: La figura jurídica del precedente solo puede pensarse desde el lugar para el cual fue creado. Paso ahora a mi segunda pregunta.

Resulta importante resaltar dos ideas que están muy cercanas, la una sobre el orden legal y la otra sobre el sistema legal, la primera nos referencia a la normatividad, que es entendida como la conducta que es observada en una sociedad, en otras palabras, la expectativa que se tiene respecto a la conducta que cada individuo debe observar dentro de la sociedad; y la segunda [sistema legal], nos referencia a un ideal que construimos como sociedad, v.gr: igualdad, justicia, libertad, por consiguiente: ambas ideas [orden legal y sistema legal] se enmarcan en una realidad de lo social.⁷³

“[P]odemos decir que una decisión institucional existe dentro y para el contexto pertinente”.⁷⁴ Es importante considerar que el derecho de precedentes solo puede funcionar como orden legal dentro y para el sistema del *common law*. Porque, siguiendo a MacCormick, el derecho es un orden normativo institucional. Un orden normativo necesita ser interpretado continuamente; un institucional depende de cómo las personas actúen e interpreten sus acciones para comprenderse dentro de un contexto social.⁷⁵

⁷¹ Ibid., 601.

⁷² Ibid., 601–2.

⁷³ Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning* (New York: Oxford University Press, 2005), 2–3. Traducción propia.

⁷⁴ Ibid., 4.

⁷⁵ Ibid., 6.

Si el derecho de precedentes no perteneciera a un exclusivo orden normativo institucional dentro y para el sistema del *common law*, entonces, ¿por qué los abogados del *common law* argumentan sobre precedentes?, ¿por qué los jueces del *common law* justifican sus decisiones con los precedentes? La respuesta es simple: porque el derecho de precedentes se conecta con el sistema del *common law*, en el que se busca un sistema de justicia imparcial, esto es: que en el pasado y en el futuro se tengan las mismas razones de justicia para todos los casos iguales.⁷⁶

Desde esta óptica, doy una respuesta a la segunda pregunta formulada al inicio de este apartado: Un sistema legal o de derecho implica un orden establecido, un orden establecido solo funciona con las figuras creadas para dicho sistema. En este sentido, el precedente no puede funcionar si se lo extrae de su sistema y se lo coloca en otro. El efecto de hacer esto es similar a cuando se extrae a un pez del agua para colocarlo sobre la hoja de una planta. Ahora bien, paso a argumentar la tercera respuesta.

Pamela Aguirre Castro, doctora por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, muestra el valor de la creación judicial del derecho en los sistemas del *common law* y del *civil law*. En Aguirre encuentro una división entre estos dos sistemas, porque en el *civil law* se hace un análisis desde el derecho romano y se avanza por su influencia en las cortes francesa y española; luego, en el *common law* se estudia el precedente en Inglaterra y en Estados Unidos.

El derecho romano fue en sus inicios un derecho consuetudinario y religioso. A partir del s. V a. C, por la inconformidad que causaban las decisiones arbitrarias de pontífices y sacerdotes, se crea la Ley de las XII Tablas que daba certeza sobre las antiguas costumbres.⁷⁷

El derecho romano se concretiza como ritualista y solmene, sistema de derecho del que nacen jurisconsultos como Gayo, Paulo y Ulpiano. Con esto, el derecho se codifica y se destaca el *Corpus Iure Civile*.⁷⁸ Aguirre concluye que “el derecho romano nace muy alejado de la idea de jurisprudencia, y se va acercando a ella por dos caminos: el primero referente a la obra de los grandes jurisconsultos romanos, y el segundo relativo al valor de autoridad que se le otorga a las codificaciones tardo imperiales”.⁷⁹

⁷⁶ Ibid., 143.

⁷⁷ Pamela Juliana Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: El precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 20, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5296/1/TD072-DDE-Aguirre-La%20transformacion.pdf>.

⁷⁸ Ibid., 21.

⁷⁹ Ibid., 22.

En este periodo, los criterios de los jurisconsultos [externos de la administración de justicia] fue uno de los fundamentos de las decisiones. Es decir, el derecho se hacía desde el exterior de la justicia. El segundo fundamento lo encontramos en el derecho codificado. Una lectura del *Digesto* lo ve como una recopilación del derecho, más no como fuente, pero, otra lectura el derecho se originaba del texto de estas normas.⁸⁰

Aguirre avanza y encuentra que, por las decisiones arbitrarias, existía desconfianza en los jueces de las cortes francesas del antiguo régimen monárquico.⁸¹ Por lo que, luego de la revolución francesa para pasar a un régimen francés, se pensó en eliminar la palabra jurisprudencia del vocabulario. Los jueces tendrían la obligación de aplicar el derecho codificado haciendo declaraciones repetidas de lo que dice el texto de la ley y la Corte de Casación tendría la obligación de frenar toda interpretación, ya que, esa facultad para interpretar el texto de la ley le correspondería al legislativo.⁸² Por lo tanto, el desarrollo del *civil law* está en la soberanía parlamentaria para crear derecho.

Esta posición se fue debilitando para que los jueces puedan hacer jurisprudencia, cuyo valor era el de unificar los criterios interpretativos del texto de la ley, sin mirar los hechos o al fondo del caso. En cambio, en la corte casacional española existe la posibilidad que se resuelva el fondo del caso.⁸³

Contrario a las líneas antes escritas está el *common law*, sistema de derecho en el cual los jueces si podían crear derecho porque desempeñaban un rol más activo para la protección de derechos y garantías de la comunidad.⁸⁴ Aguirre encuentra al precedente declarativo en Coke, Hale, Blackstone y Bentham. Para esta concepción del precedente, se considera que las decisiones solo ponen en evidencia la costumbre del lugar, pero no se crean leyes.⁸⁵ Sin embargo, el precedente requiere identificar los hechos relevantes del caso.⁸⁶ De esto se sigue que el precedente no es un mecanismo para declarar la costumbre.

Prueba de esto, lo encontramos en el caso *Donoghue v. Stevenson*. Una persona compra un refresco y encuentra una caracola en descomposición dentro del mismo, ¿debe responder por los daños el vendedor o el fabricante? El razonamiento del cuidado de tu prójimo estableció que la responsabilidad por negligencia correspondía al fabricante.⁸⁷

⁸⁰ Ibid., 27.

⁸¹ Ibid., 29.

⁸² Ibid., 31.

⁸³ Ibid., 45.

⁸⁴ Ibid., 67.

⁸⁵ Ibid., 76.

⁸⁶ Ibid., 90.

⁸⁷ Ibid., 95.

En Estados Unidos de Norteamérica, EUA, no cambió la noción de que el precedente crea el derecho desde los hechos. Así, en el caso *Erie Railroad Corporation v. Tompkins*. En el estado de Pennsylvania, en horas de la noche, el señor Tompkins caminaba por el camino de terracería, muy cercano a la vía férrea. Un tren de Erie Railroad Corporation pasó a gran velocidad y una de las puertas abiertas del vagón golpeó a Tompkins.⁸⁸

La corporación tenía su sede en Nueva York, NY, por el que se la demandó en ese lugar. Sin embargo, Erie Railroad contestó que Tompkins no tenía derecho de demandar daños y perjuicios porque, de acuerdo a los precedentes de la Suprema Corte de Pennsylvania, Tompkins debía ser considerado un intruso en propiedad privada. El camino de terracería era de propiedad privada de la corporación, por lo que, Tompkins no tenía motivo de andar por ahí. Erie Railroad Corporation solo podría responder en caso de dolo.⁸⁹

Tompkins rebatió indicando que el precedente del Judiciary Act de 1789, que obliga al juez federal a aplicar las leyes de Pennsylvania, solo debía ser interpretado para las leyes escritas, por lo que, el juez federal de NY debía aplicar el *common law* general de EUA y no el *common law* particular de Pennsylvania. El juez de NY aceptó el caso Tompkins aplicando el *common law* general.⁹⁰

La Corte Suprema de EUA revocó la sentencia y dispuso que se aplique el *common law* de Pennsylvania porque no existe un *common law* general. Las jurisdicciones federales no pueden crear derecho propio [*common law* general], deben resolver el caso aplicando el derecho de la entidad federativa.⁹¹

Otro ejemplo se encuentra en el caso de Abraham Thornton, quien fue acusado de robar y asesinar a Mary Ashford, la hija de un jardinero. Thornton pidió defender su honra batiéndose en duelo con el acusador particular, el hermano de la víctima. Aunque esta prueba de descargo era un medio medieval que había caído en desuso, el tribunal lo declaró como derecho válido. El hermano de la víctima no se iba a batir en duelo, por lo que, retiró la acusación.⁹² Estos ejemplos dan cuenta que el derecho por precedentes no es meramente declarativo, por el contrario, este derecho con tradiciones arraigadas debe aplicarse conociendo la historia como sostienen Maitland, Pollock, Holdsworth.

⁸⁸ David y Jauffret-Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 297.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, 298.

⁹² Gustav Radbruch, *El espíritu del derecho inglés* (Madrid: Marcial Pons, 2001), 28.

A esta posición de Aguirre, de diferenciar el sistema del *civil law* del *common law*, se suman otras, como la de Luiz Guilherme Marioni. Este autor niega la tesis de la seguridad jurídica en el *civil law*, porque la hiperinflación de leyes y el contenido abierto con las que se redactaba, creaban situaciones imprevisibles por el legislador. Inversamente, el *common law* otorgaba mayor seguridad jurídica, porque la previsibilidad no está en el conocimiento de la ley sino de las decisiones judiciales.⁹³

En esta dimensión, como es evidente, no sería si quiera pensado un sistema de respeto a los precedentes. Ahora, si la Corte existe exactamente porque el juez no merece respeto o confianza, no hay cómo construir un sistema que, para funcionar, deba partir de la premisa de que el juez respeta a la Corte. Como se ve, las lógicas de las tradiciones de *civil law* y de *common law* son absolutamente contrarias. Y eso es extremadamente importante y sugestivo.⁹⁴

La previsibilidad solo puede darse dentro de un sistema en el que se confíe en los jueces. Aguirre reporta que la corte de casación francesa post revolución francesa tenía la obligación de negar la interpretación de la ley,⁹⁵ Si el juez interpretaba la ley, entonces, tenía el poder para limitar el poder y las intenciones del nuevo régimen político francés.

Para Guilherme es claro que “[e]l precedente está destinado a garantizar la estabilidad de la aplicación del derecho, mientras que la cosa juzgada garantiza la inalterabilidad de la aplicación del derecho en determinado caso concreto”.⁹⁶ Con este análisis de la seguridad jurídica es lógicamente demostrable que ambos sistemas son diferentes e incompatibles.

A la posición de Aguirre y Guilherme se suma la de Michelle Taruffo. El autor aborda la diferencia estructural de los dos sistemas desde la óptica de la estructura de la argumentación. De forma que, el precedente abarca una estructura tópica en su argumentación, a diferencia del razonamiento silogístico deductivo de la jurisprudencia.

En las primeras ideas de este ensayo he utilizado deliberadamente, por sencillez, los términos precedente y jurisprudencia como si fueran sinónimos. Las cosas, sin embargo, nos son en realidad así, aunque en el lenguaje corriente los significados de ambos términos no sean generalmente diferenciados. Considero en cambio, que entre precedente y jurisprudencia existe una neta distinción, de la cual buscaré aclarar algunos aspectos.⁹⁷

⁹³ Luiz Guilherme Marioni, “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, *Revista Ius et Praxis* 18, n° 1 (2012): 253, doi:<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n1/art08.pdf>.

⁹⁴ *Ibid.*, 259.

⁹⁵ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: El precedente constitucional”, 38.

⁹⁶ Guilherme Marioni, “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, 265.

⁹⁷ Michele Taruffo, “Precedente y jurisprudencia”, *Precedente*, 2007, 87, doi:<http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1434>.

Desde el punto de vista de Taruffo cuando se habla de precedente se hace alusión a una decisión sobre un caso particular, en cambio, en la jurisprudencia se hace alusión a varias decisiones cuyos casos diferentes casos particulares no son considerados.⁹⁸ De ahí que, sea más fácil identificar el precedente y el caso particular.

El precedente provee una regla susceptible de convertirse en general y su aplicación puede ser por identidad o analogía con un caso pasado. En cambio, en la jurisprudencia no se hace el análisis comparativo de los hechos para elaborar las máximas, ya que, estas son como reglas jurídicas, es decir, como enunciados abstractos, generales y prescriptivos.⁹⁹ Esto implica que la aplicación de la regla jurisprudencial puede hacerse a cualquier caso, porque usa un razonamiento silogístico.

En el precedente se distingue entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. En la primera se construye la regla de derecho que tenga un fundamento directo con la decisión del caso particular, en la segunda, son todas las opiniones que no tienen una conexión directa con la decisión del caso particular. En cambio, en la jurisprudencia se suelen establecer reglas jurisprudenciales que no necesariamente están conectadas directamente con la decisión, mucho menos con el caso particular.¹⁰⁰

De lo antes anotado, concluyo que en Aguirre, Guilherme y Taruffo hay una clara posición en la que el *common law* no es lo mismo que el *civil law*. Aguirre plantea esta diferencia desde la estructura de los dos sistemas, Guilherme lo deduce de la seguridad jurídica y Taruffo lo destaca con la argumentación jurídica. Sin embargo, existen autores que postulan que el *common law* no es realmente diferente del *civil law*.

Thomas da Rosa de Bustamante, al que ya he referenciado en páginas anteriores, hace un estudio comparativo entre el estilo de redacción judicial [*style judique*] de Inglaterra [*common law*] y Francia [*civil law*]. En ambos sistemas existen los mismos problemas de legitimación de la decisión, porque el fundamento del derecho jurisprudencial es el mismo.¹⁰¹

Desde la posición de Bustamante, el *civil law* del derecho romano preclásico [s. II a. C – III d. C] tiene identidad metodológica con el *common law* de Inglaterra, porque ambos sistemas utilizaron un pensamiento tópico: no deducían la respuesta desde un sistema de reglas preestablecido, sino que creaban respuestas concretas y casuistas.¹⁰²

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid., 88.

¹⁰⁰ Ibid., 91.

¹⁰¹ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 13.

¹⁰² Ibid., 17.

Esta idea de la identidad metodológica también es compartida por Radbruch, él señala que “[e]l juicio jurídico inglés, al igual que el romano, no se basa en primer lugar en la ley, sino en la casuística. Ambos constituyen un juicio jurídico caso por caso, ambas son *case-law*”.¹⁰³ En otras palabras, el derecho inglés no se ha mantenido alejado del derecho romano. Las codificaciones continentales también se basan en casos típicos, por ejemplo: en la provincia de Quebec, Canadá, se creó un código civil posterior al código de Napoleón.¹⁰⁴

Martínez concuerda que Escocia haya sido un sistema mixto de origen romano. Agrega que no solo en Québec hay una codificación civil, sino también en Luisiana. Además, el *civil law* también tiene influencia en Florida, Texas, Nuevo México, Arizona y California, porque estos territorios fueron colonias españolas.¹⁰⁵ Por ello, Radbruch y Martínez sostienen que no existe un sistema de derecho puro, por el contrario, ha existido una influencia mutua.

Bustamante niega la tesis de la autonomía del *common law*. Acusa de falsedad a la posición purista y aislacionista de Maitland, ya que, en Helmholz, la idea del aislacionismo e individualidad del *common law* es una influencia de la concepción positivista de derecho decimonónico, pues, antes del s. XIX no existían barreras entre los dos sistemas.¹⁰⁶

De acuerdo con Bustamante, el *stylus curiae* [estilo judicial] no es solo el uso del lenguaje, sino al modo de hacer la sentencia. En la corte de casación francesa, al no analizar los hechos, usaba el estilo judicial de *phrase unique*, esto implicaba que los fundamentos [del texto de la ley] y la disposición de la decisión sean comprendidos en una *única frase*. Es decir, que la disposición de la decisión sea una consecuencia lógica de sus fundamentos.¹⁰⁷

La huella ideológica del estilo francés hace pensar que la decisión judicial es impersonal, deductiva y demostrativa, ya que, simplemente se declarararía el derecho como un acto de conocimiento previo de la ley y se esconderían las razones de la elección voluntaria de la decisión. En otras palabras, se establecería que una persona tiene un derecho porque el texto de la ley reconoce ese derecho, pero no se haría una interpretación del derecho, o de su contenido, o de las razones por las que se tomó esa decisión.

¹⁰³ Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, 23.

¹⁰⁴ *Ibid.*, 26.

¹⁰⁵ Martínez Verástegui, “Introducción. El precedente judicial en la tradición continental”, 23.

¹⁰⁶ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 24.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 27.

La anterior posición ya ha sido abandonada por la corte de casación francesa, porque “[j]ueces y su jurisprudencia pueden legítima e intencionalmente modificar las reglas legislativas”.¹⁰⁸ El juez no puede justificarse simplemente declarando que el derecho está en un texto, sino que, su obligación es crear una conexión entre el derecho y los valores de la sociedad en la que vive, porque hay una multiplicidad de elecciones interpretativas en el proceso decisivo.

En los documentos internos [*conclusions, rapports, projets d’arrêt*] de la corte se usa el argumento por prolepsis, en el que existe un “carácter indiscutiblemente abierto y discursivo a las argumentaciones [...]”.¹⁰⁹ Esto desmiente que el estilo de frase única [con la que se expresaba la voluntad del legislador] sea el modo de pensar de los jueces. Por el contrario, la jurisprudencia francesa toma en serio su deber de motivar sus decisiones. Este es un mecanismo por el cual se genera un posición oficial y judicial sobre cómo debe entenderse y aplicarse una cuestión de derecho.¹¹⁰ Por lo tanto, hay una actividad racionalizadora [no solo declarativa] que tiene implicaciones normativas.

En el *stylus curiae* del *common law*, el juez inglés es más discursivo, porque afronta directamente la esencia del caso con valores, opiniones políticas y comunitarias. No hay un patrón típico argumentativo sino la mezcla de varios. Es una actividad que acumula varias razones al analizar los argumentos de las partes y explicar el motivo por el que estos son correctos o incorrectos.¹¹¹

La relación entre el *common law* con el *civil law* se da con los autores Hale y Blackstone. Para estos autores el precedente tenía una naturaleza declarativa [y no creativa] del derecho consuetudinario, debido a que, el juez era considerado como el oráculo del derecho estático. En cambio, Bentham buscaba la codificación, porque el juez inglés si creaba derecho, ya que, para justificar su decisión, éste no dependía ni de algo externo ni de la razón ni del previo establecimiento de las costumbres.¹¹²

En otro orden de ideas, Rudden señala que el método judicial inglés tiene cuatro diálogos: el primer diálogo [*Brench and Bar*] se da entre magistrados y abogados; el segundo [*among the Brench*] se da entre los propios jueces; en el tercero, se toma en cuenta las decisiones pasadas y en el cuarto, las consecuencias futuras de la decisión.¹¹³

¹⁰⁸ Ibid., 37.

¹⁰⁹ Ibid., 41.

¹¹⁰ Ibid., 50–51.

¹¹¹ Ibid., 55.

¹¹² Ibid., 60.

¹¹³ Ibid., 63–64.

Es necesario recalcar que, desde Jolowicz, se sostiene que la idea de la supuesta rivalidad entre el *common law* y el *civil law* fue promovida por Coke, acentuada por Blackstone y desarrollada detalladamente por Maitland.¹¹⁴ Sin embargo, la supuesta rivalidad no era por el sistema jurídico, sino que, tenía su origen en el nacionalismo parlamentario que buscaba quitarle el poder a la monarquía. Más aún, cuando existía una disputa religiosa entre el clero anglicano y la Iglesia Católica. Esto se traduce en una oposición al derecho canónico, asociado al derecho romano.¹¹⁵

La búsqueda por monopolizar el poder desembocó en crear dos tipos de juristas: por un lado, estaban los *common lawyers* encargados de estudiar y aplicar el derecho inglés consuetudinaria y judicial de las cortes reales; y, por otro, los *civilians* [*civil lawyers*], formados en la tradición continental desde las universidades inglesas de Oxford y Cambridge, lugares donde se enseñaba el derecho canónico y romano para las cortes eclesiásticas en Inglaterra.¹¹⁶

Aunque en páginas anteriores ya he descrito cómo terminó esa relación, es importante resaltar que, en Bustamante es posible encontrar la relación entre estos dos sistemas en documentos como la Carta Magna de 1215, donde se recoge la libertad probatoria y garantías a la propiedad de las viudas.¹¹⁷ Es decir, para Bustamante existió un periodo de derecho romano inglés.

Finalmente, el autor enfatiza que la configuración del Estado Constitucional permite modificar el modo de construcción de las leyes escritas y la incorporación de un sistema de principios en que el establecen un estado ideal de la realidad. Con esto, desaparece la diferencia entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, porque le método para concretizar estos principios del derecho es la misma en ambos sistemas.¹¹⁸

A lo largo de este apartado he construido dos posiciones contrarias a la última de mis preguntas iniciales: ¿son realmente incompatibles los sistemas de derecho del *civil law* y del *common law*? La primera posición, sostenida por Aguirre, Guilherme y Taruffo, establece una clara diferencia entre estos dos sistemas. La segunda posición, sostenida por Bustamante, Martínez y Radbruch, determinan que, aunque puedan existir pequeñas diferencias, no hay una diferencia esencial entre estos sistemas, es más, el método para justificar las decisiones es el mismo.

¹¹⁴ Ibid., 65.

¹¹⁵ Ibid., 67.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid., 69.

¹¹⁸ Ibid., 128.

Mi posición concuerda con la de Aguirre, Guilherme y Taruffo. Por lógica, cuando existe una diferencia, por más mínima que esta sea, no podemos hablar que dos conjuntos o sistemas sean iguales. Histórica, política y filosóficamente los dos sistemas han trazado desarrollos distintos. Aún hoy, el intento de incrustar el un sistema en el otro, se realiza desde argumentos forzados.

Y, sin embargo, dentro de las leyes y la constitución, el Estado Constitucional del Ecuador, que jamás fue conquistado por Inglaterra o EUA, reconoce al precedente como derecho, sin que haya existido históricamente en el Ecuador una lucha por el poder entre la monarquía o el parlamento. No puede pensarse siquiera en un *common law* del Ecuador, que sería un requisito inevitable para aplicar un derecho de precedentes.

1.3. ¿Línea jurisprudencial o línea del precedente?

La línea del precedente no existe, porque el precedente crea derecho desde una decisión que es obtenida y seguida por las cortes judiciales futuras. La noción de línea jurisprudencial pertenece exclusivamente al *civil law*, ya que, la jurisprudencia constituye, concretiza y desarrolla [a través de varias sentencias] un sentido de derecho ya creado por el legislador.

Diego López Medina, al que ya he mencionado en páginas anteriores, postula que una línea jurisprudencial es un resumen de sentencias que den razón de la cadena de argumentos sobre un asunto en particular. Un ejemplo de esto es la línea jurisprudencial sobre los derechos de las personas homosexuales. López señala que en la constitución colombiana de 1991 no se reconocía a las personas homosexuales. Por el contrario, el tinte religioso marcó prejuicios que permitieron una discriminación basada en la orientación sexual.¹¹⁹

En el comienzo, la visión restrictiva de derechos se refleja en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia [1977-1990] y en la Corte Constitucional de Colombia [1992-1998]; la jurisprudencia cambia desde el 1998, porque se busca proteger al homosexual de tratos discriminatorios que provengan del derecho disciplinario, pero, sin tratar asuntos de parejas homosexuales; finalmente, desde el 2007 se consolidan los derechos de la pareja homosexual sobre el matrimonio, la familia y la maternidad o paternidad por la vía de la adopción.¹²⁰

¹¹⁹ Diego Eduardo López Medina, *Cómo se construyen los derechos: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*, Legis Editores (Colombia: Universidad de los Andes, 2016), 1-2.

¹²⁰ *Ibid.*, 3.

En el primer periodo [1992-1998], la relación marital solo se reconocía entre un hombre y una mujer. De ahí que, las parejas homosexuales que convivían no pudieran acceder a ese derecho, porque la ley no reconocía su existencia. Se demandó la inconstitucionalidad de esa ley, porque no había un trato igualitario. La corte constitucional rechazó el pedido, ya que, la ley no hacía una diferencia de trato, la norma estaba dirigida a la mujer concubina de las relaciones heterosexuales; el reconocimiento de parejas homosexuales correspondía al legislador democrático y no a la corte por la vía de la interpretación.¹²¹

En el segundo periodo [1998-2007], la corte reconoce que los homosexuales son un grupo social que ha sido víctima de prejuicios por no ser tratados en condiciones de igualdad. Las distinciones legislativas basadas en la orientación sexual se tomaron por sospechosas. Esta posición garantista se construyó desde el respeto a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad de trato y prohibición de discriminación.¹²²

En el tercer periodo [2007-hasta la actualidad], la corte establece que la exclusión de los homosexuales del régimen legal constituía una omisión inconstitucional del legislador que la corte debía reparar directamente. Por lo que, redefinió la unión marital de hombre y mujer, por el de compañeros permanentes y extendió sus efectos a las parejas formadas por más de dos hombres o más de dos mujeres. Esto modificó la estructura del régimen jurídico.¹²³

En suma, los tres periodos anteriores permiten apreciar que la línea jurisprudencial es un mecanismo que refleja la estructura y el desarrollo sobre la interpretación que hace la corte de un asunto concreto. Ahora bien, ese desarrollo que muestra la línea jurisprudencial es lento y progresivo, porque se lo hace desde un momento histórico donde convergen valores concretos.¹²⁴

La interpretación aislada de las sentencias no puede reflejar un desarrollo estructural de la jurisprudencia. Esto indica que, la determinación de la subregla se construye con una narración entre varios pronunciamientos judiciales. Sin el trabajo de racionalización de la jurisprudencia, el derecho sería incomprensible.¹²⁵

¹²¹ Ibid., 4-5.

¹²² Ibid., 5.

¹²³ Ibid., 6.

¹²⁴ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2.a ed. (Bogotá: Legis, 2006), 139.

¹²⁵ Ibid., 140.

Una línea jurisprudencial será sólida si tiene más reiteraciones futuras, porque eso muestra su grado de vinculatoriedad u obligatoriedad.¹²⁶ La línea jurisprudencial está encabezada por un problema jurídico. El problema jurídico se ha venido identificando de forma abstracta, por ejemplo: cuál es el significado y desarrollo del derecho del debido proceso. Esto no implica que cada artículo de la constitución tenga una línea jurisprudencial distinta, porque un solo derecho puede tener distintas líneas jurisprudenciales. En teoría, la línea jurisprudencial debería ubicarse en un punto medio entre la abstracción y los patrones fácticos típicos o escenarios constitucionales.¹²⁷

Por ejemplo, en el derecho constitucional a la intimidad y al buen nombre pueden construirse diferentes líneas jurisprudenciales si el contexto se refiere a información divulgada por medios de comunicación, o si la información tiene contenido crediticio y a sido divulgada por un banco de datos, o si por razones de seguridad el estado puede interceptar esa información, o si se trata de información sobre historias médicas.¹²⁸

Desde el punto de vista de López, el problema jurídico es una construcción entre los hechos y el derecho. Un problema que no es adecuadamente formularia sería: ¿en qué consiste el derecho al buen nombre?, en cambio, su construcción sería correcta de la siguiente forma: ¿se vulnera el derecho al buen nombre cuando una institución financiera divulga información crediticia que ya ha prescrito? Sin embargo, la corte casi siempre realiza preguntas mal construidas que apuntan a conceptualizar el derecho.¹²⁹

Lo que yo debo hacer notar es que, en la construcción del elemento fáctico [escenario constitucional] que propone López, no existen elementos fácticos o hechos. Fíjese que la construcción del hecho se lo hace en forma abstracta, en el ejemplo de la institución financiera que divulga obligaciones crediticias prescritas no se establece qué institución financiera, qué tipo de obligación crediticia, qué persona era el deudor, cuándo divulgó la información, hasta cuándo divulgó la información, en qué medios divulgó la información, qué repercusiones tuvo esto para el deudor, etc.

Un correcto elemento fáctico sería el caso del señor Tompkins, al que ya hice referencia en páginas anteriores. En ese caso, se describe qué estaba haciendo el señor Tompkins, en dónde estaba, qué momento del día era, qué velocidad tenía el tren, cómo ocurrió el accidente, qué repercusiones tuvo para el señor Tompkins ese accidente, etc.

¹²⁶ Ibid., 145.

¹²⁷ Ibid., 148.

¹²⁸ Ibid., 149.

¹²⁹ Ibid., 150–51.

Concluyo que, la propuesta de López es correcta para elaborar jurisprudencia constitucional, porque, al igual que la jurisprudencia legal, se busca constituir y desarrollar significados de un derecho previamente creado, es decir, los hechos se interpretan en abstracto porque la formulación de derechos constitucionales o legales es abstracta, de ahí que, la corte constitucional puede declarar la inconstitucionalidad o salvar una ley si se interpreta de una forma constitucional específica. Muy a diferencia del precedente en el que se crea nuevo derecho desde los hechos; la descripción detallada de estos resulta fundamental para seguir, anular o no seguir [*distinguish*] un precedente.

1.4. La regla jurisprudencial en el *código del civil law*

Bustamante, aunque niegue la autonomía del *common law* y del *civil law*, encuentra dos diferentes formas de razonar en estos. El jurista del *civil law* razona de principios a instancias [hechos], cree en el silogismo y para resolver un caso se pregunta: ¿qué se debe hacer esta vez? En cambio, un jurista del *common law* razona de hechos a principios, cree en el precedente, y para resolver un caso se pregunta: ¿qué se hizo la última vez?¹³⁰

La técnica del juez del *common law* para extraer reglas y principios del precedente es inductiva y particular [de caso en caso]. A partir del hecho traído a la corte [*case law*] se buscan las decisiones anteriores que mejor puedan aplicarse. Este ejercicio reconoce reglas [*ruling*], es decir, soluciones anteriores, particulares y concretas, que fueron históricamente refinadas por otros precedentes anteriores. Hay una práctica temporal sobre la cual surgen aquellos principios y *standars* que construyen una decisión presente.¹³¹ Esta técnica no ha sufrido cambios sustanciales hasta la actualidad.

En cambio, la técnica del juez en el *civil law* hace ejercicios deductivos e interpretativos de textos de ley para su uniforme aplicación. Para hacer reglas de jurisprudencia se debía contar con tres criterios reiterativos sobre el mismo asunto; idea que ha venido siendo arrastrada desde el Código de Enjuiciamiento Civil Español de 1855.¹³² Esta práctica reiterativa aún la podemos encontrar en el estado constitucional, por ejemplo, el art. 185 de la constitución ecuatoriana la reconoce para crear la regla jurisprudencial que tiene el carácter de obligatoria o vinculante.

¹³⁰ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 22.

¹³¹ *Ibid.*, 23.

¹³² Corte Nacional de Justicia, *Precedentes jurisprudenciales obligatorios de la Corte Nacional de Justicia 2009-2017*, 16.

La creación de la regla jurisprudencial ha sido modulada por momentos históricos. En la tradición jurídica francesa, el juez en el *civil law* no tenía facultades interpretativas, sino meramente aplicativas. De manera que, solo al legislador le estaba permitido hacer un acto interpretativo del texto de la ley, “[l]a jurisprudencia en este esquema, no es Derecho en el sentido fuerte del término y tan solo sirve como criterio auxiliar de interpretación”.¹³³

Luego, la creación de la regla jurisprudencial fue flexibilizada con la idea de la jurisprudencia constante. Esta idea sostiene que el derecho legislado no es ni completo ni claro ni perfecto, ya que, en la práctica era necesario contar con la jurisprudencia como fuente del derecho, para resolver las lagunas y antinomias. De ahí que, el ejercicio interpretativo [pero no creativo] del Juez en el *civil law* se convierta en vinculante, pues, su vulneración o falta de aplicación es causal de casación.¹³⁴

Sobre este punto es menester advertir que históricamente en el sistema de *civil law* no se hace alusión a la regla del precedente sino a la jurisprudencia, de ahí que, en la jurisprudencia la creación de la regla requiera de: (i) la interpretación reiterada sobre algún punto de derecho sin que cambie el texto de la ley, y (ii) el reconocimiento legal de dicha práctica, en otras palabras, los jueces son los responsables de otorgar coherencia al derecho porque la ley les obliga a hacerlo, más no crean derecho ni hacen reglas por su sola voluntad.¹³⁵

Debo resaltar la importancia del derecho romano-germánico en la jurisprudencia, ya que, esta corriente no admite otra forma de pensamiento que no sea la codificada, pues el objeto de estudio del derecho es esencialmente normativo, esto significa que el derecho es lo que está escrito en el texto [la regla de derecho], en otras palabras, la regla escrita determina qué es o qué no es derecho. Con ello, se genera estabilidad, porque el derecho se transformaría si se transforman las reglas.

Además, los conceptos jurídicos se vuelven permanentes [no son tocados por el tiempo], porque lo que cambia es la redacción de la regla y no del concepto, “[a] lo largo de múltiples cambios y de revoluciones mantenemos los conceptos de propiedad, de contrato, de matrimonio, de hipoteca [...]”.¹³⁶ A diferencia del *common law* en el que:

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid., 17.

¹³⁵ Aguirre Castro, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: El precedente constitucional”, 119.

¹³⁶ David y Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 231–32.

El derecho inglés, en este respecto, va aparecer muy diferente al derecho francés y a los derechos de la familia romano-germánica. [...] En un enfoque conceptual [no se puede identificar] la idea de patria potestad, ni la relativa al de reconocimiento de hijos naturales, ni la del usufructo, la de persona moral, la noción de dolo o de fuerza mayor; pero otras nociones dominarán el análisis [en el derecho inglés] cómo la del trust, la del bailment, la del estoppel, (protección de la confianza legítima), la de la consideration, la del trespass, que no evocan nada en nuestros espíritus. No corresponden a ninguna noción conocida por nosotros, los términos del derecho inglés son intraducibles en nuestras lenguas [...] Cuando se desea forzosamente traducirlos, la dificultad no es menor, ya que comúnmente se desnaturaliza el sentido, cuando el término se extrae de su contexto: así verbi gratia la noción de contrato del derecho inglés no es el equivalente a la noción de contrato del derecho francés; de igual manera la noción de equity inglesa, no corresponde a la noción de la equité francesa; administrative law no significa derecho administrativo, civil law no significa derecho civil, y *common law* no puede traducirse cómo derecho común.¹³⁷

Con la cita anterior, es fácil deducir que el sistema romano-germánico se entendía como un sistema claro, coherente, racional en el que las soluciones eran extraídas del texto de la ley con un método lógico-deductivo; el desarrollo que esto tuvo en Francia motivó las tesis del positivismo empirista y la Escuela de la Exégesis, causando que la codificación sustituya a las otras fuentes del derecho, porque el texto de la ley era único, cierto y estable.¹³⁸ Los conceptos jurídicos que reconocía el texto de la ley se volvían permanentes, es decir, un mismo derecho para diferentes tiempos. Los conceptos: personalidad jurídica, dolo, caso fortuito o fuerza mayor no están en el derecho inglés.

Por el contrario, el sistema del *common law* se ordenó al margen de esa lógica. Para el jurista inglés “sobresalen términos como contract (contrato), torts (daño), real property (derechos reales), personal property (propiedad personal), trusts evidence (monopolio), companies (sociedades mercantiles), bailment (transporte), restitution (restitución) [...]”.¹³⁹ Estos términos no encuentran un asidero o traducción en los conceptos que configuró la codificación continental. Con esto, se busca resaltar que la estructura y las categorías conceptuales de estos sistemas no son, en esencia, equivalentes.

En conclusión, la creación de la regla jurisprudencial la hace la más alta corte de justicia legal para esclarecer y unificar los conceptos jurídicos que tiene previamente establecido el texto de la ley, el sentido de la regla jurisprudencial no difiere en un estado constitucional, porque la corte constitucional también hace reglas jurisprudenciales constitucionales a partir de los derechos reconocidos previamente en un texto constitucional, e inclusive controla la constitucionalidad de los derechos en la ley.

¹³⁷ Ibid., 232.

¹³⁸ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 30.

¹³⁹ David y Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 233.

1.5. La regla del precedente en el *case law* del *common law*

Es importante conocer que el precedente ha venido desarrollándose desde dos aristas principales: la primera del *case law* y la segunda del *stare decisis*. El *case law* puede ser entendido como los hechos de los cuales se crea un precedente judicial, pues este es un recurso de la autoridad para desarrollar la costumbre legal [*customary law*].¹⁴⁰ Al *stare decisis* lo describiré posteriormente.

Se ha identificado tres tipos de *customary law*, a saber: (i) *official customary law* [estatutos, *case law*, textos autorizados], (ii) la enseñanza académica, y (iii) vivir el *customary law*, que es hacer un cuerpo de ley no escrito [*unwritten law*].¹⁴¹ Con ello, se intenta decir que la forma de traducir reglas obligatorias de las prácticas sociales nace de los casos que se van resolviendo [*case law*].

A diferencia del derecho romano-germánico, el derecho inglés no estima una diferencia entre derecho público y privado, sin embargo, si se reconoce la diferencia entre el *common law* y el *equity*; la primera desarrollada por las cortes de Westminster y la segunda por la corte de la Cancillería. El *equity* promovió que el canciller hiciera una intervención moral, pues, lo que procuraba era respetar el derecho [*Equity follows the law*], de manera que, “[p]ara el canciller, como para la sociedad inglesa, resultaba inaceptable de hecho, que el *summum jus* derivase en una *summum injuria*”.¹⁴²

Un ejemplo lo podemos encontrar en la reparación de daños; el *common law* solo reconocía un daño de índole patrimonial pero no uno moral, por ello, a través de la intervención del canciller en el sistema del *equity*, se podía impedir el enriquecimiento indebido por la ejecución coactiva de un contrato que había sido suscrito con vicio o prevaleciendo de una posición asimétrica de poder [padre, confesor, médico, etc.], a esto se lo conoció como la doctrina del *undue influence*.¹⁴³

El *equity* sigue un procedimiento escrito y el *common law* un procedimiento oral. La competencia de cada uno se circunscribe a la disciplina jurídica, por ejemplo, en el *common law* se debaten temas de contratos y responsabilidad civil [*torts*], acudiendo a doctrinas como el *undue influence* o el *estoppel* [protección de la confianza legítima].¹⁴⁴

¹⁴⁰ Christa Rautenbach, “Case Law as an Authoritative Source of Customary Law: Piecemeal Recording of (Living) Customary Law?”, *Pioneer in peer-reviewed, PER*, n° 22 (2019): 3, doi:<http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2019/v22i0a7591>.

¹⁴¹ *Ibid.*, 5.

¹⁴² David y Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 236.

¹⁴³ *Ibid.*, 237.

¹⁴⁴ *Ibid.*

En cambio, el *equity* comprende el derecho del *real property*, el del *trust* [fideicomiso], el de las sociedades mercantiles, el de las insolvencias, el de la interpretación de disposiciones testamentarias y liquidación de sucesiones.¹⁴⁵ Esta diferenciación también siguió a las cortes que lo aplicaban. Por un lado, las cortes del *King's Council* crearon la *Star Chamber* como espacio puesto por el Rey para disposición y protección del súbdito, sin embargo, esta cámara fue usada para castigar cualquier acto contrario al soberano.¹⁴⁶ Por otro lado, la cancillería fue ejercida por eclesiásticos antes de ser autónoma, además, aplicaba un procedimiento romano-canónico.¹⁴⁷

Esta diferenciación entre competencias de distintas cámaras políticas dentro del *common law* fue eliminada posteriormente y se consolidaron en una sola. Sin embargo, el *case law* se crea para configurar la noción del derecho del lugar que podía terminar en un estamento [state law]. La ley [state law] requiere de jueces que la apliquen, los jueces aplican la ley en decisiones legales, estas decisiones legales [*legal ruling*] son vinculantes en lo que respecta a la aplicación de una regla legal o *case law*. El juez tiene el poder de cambiar la posición legal de las personas que intervienen en un juicio, de los que ejecutan la decisión, pero no puede cambiar la ley del proceso ni el *case law*.¹⁴⁸

Un *case law* implica que los jueces adhieren las reglas del precedente a sus decisiones cuando aplican la ley, por ello, en caso de existir un error en la decisión, otros jueces pueden anularla [*overrule*] con la luz de casos futuros. Las leyes judiciales [decisiones] hechas sin el soporte una ley existente, se asemejan a una actividad legislativa, pero no lo es, ya que los legisladores no hacen ley nueva aplicando la ley anterior, “[e]n cuanto a los legisladores, ellos hacen reglas legales [legal rule] pero no decisiones legales [legal rulings] [...] Cada vez que los jueces hacen un precedente [case law] hacen ley por aplicar la misma ley que hacen”.¹⁴⁹

En conclusión, un *case law* no es ni derecho legislado ni derecho consuetudinario, o por decirlo de otra manera, tiene algo de ambas. El *case law* es una especie de ley hecha por los jueces a través de argumentos que incluyen una interpretación de los hechos, de la ley existente y de las decisiones anteriores.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Ibid., 241.

¹⁴⁶ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 73.

¹⁴⁷ Ibid., 73–74.

¹⁴⁸ John Gardner, “Some Types of Law”, en *Common Law Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 66, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&AN=269190>.

¹⁴⁹ Ibid., 67.

¹⁵⁰ Ibid., 69–70.

2. Evolución del precedente

Radbruch, aunque afirme que los sistemas del *common law* y *civil law* no son del todo diferentes, distingue una particularidad en el *common law*: el espíritu del derecho inglés nunca se dividió por el paso del tiempo; en Inglaterra, la Edad Media y la Edad Moderna siguieron una continuidad, a diferencia del continente europeo en que el hay una ruptura entre estas edades. “Y es que, en definitiva, ¿qué es el ideal del *gentleman* sino la continuación del ideal caballeresco medieval”.¹⁵¹

Allan C. Hutchinson [jurista británico-canadiense que lleva su cátedra en la Universidad de York] tomando como antecedente a Roscoe Pound, sostiene una teoría dinámica que permite explicar el cambio y la estabilidad en la historia del *common law*. Porque la ley puede ser entendida como una actividad retórica hecha para un determinado contexto político e histórico, o puede ser entendida como un proceso orgánico.

Debo advertir a los que se formaron en el *civil law* que el concepto *ley* no es el mismo en el *common law*. Para el *civil law* la ley puede entenderse como un texto, un código o una regla, a diferencia del concepto de *derecho*, que puede estar referenciado a lo que es correcto o justo. Para un jurista inglés, el concepto *ley* puede estar referenciado a lo que es correcto o justo, antes que, a lo que es codificado, “[t]al vez, en los orígenes del *Case-Law*, la palabra *law* sirviese para poner énfasis en el postulado de que las decisiones judiciales fuesen tan válidas como las leyes reales”.¹⁵²

Así las cosas, ¿cómo se puede hablar de cambio en un sistema judicial que solo aplica la ley o los precedentes pasados? Para Bentham y Austin, el *common law* era un asunto imaginario, una ficción infantil. El *common law* no podía ser aplicado por un sistema de reglas, cuya estructura y aplicación era incontrovertible.¹⁵³

Lo que Bentham y Austin no decían era que, la ley no es solo un sistema de reglas. Si la ley solo fuera eso, entonces, ¿cuál sería el fin de la jurisprudencia? Ninguna sociedad podría ser entendida sin una teoría legal; importan las fundaciones ideológicas, culturales y morales, porque reflejan los valores de las relaciones sociales.¹⁵⁴ Desde este punto de vista, explicar qué es la ley y cuáles son sus consecuencias no es un asunto tan simple, porque las leyes no son creadas al azar.

¹⁵¹ Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, 21.

¹⁵² *Ibid.*, 39.

¹⁵³ Allan C Hutchinson, *Evolution and the Common Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 3.

¹⁵⁴ Raymond Wacks, *Understanding jurisprudence: an introduction to legal theory*, 3.a ed. (New York: Oxford University Press, 2012), 4.

Hay una falla inevitable en ver al derecho como un simple sistema de reglas; esa visión no responde a la pregunta: en un caso concreto, ¿la decisión está justificada solo por fundarse en leyes formalmente válidas?¹⁵⁵ De esto se sigue que, el *common law* puede ser abordado desde diferentes visiones: como un sistema institucional de normas, como algo eterno, como un proceso [algo que se hace y no algo que se tiene a consecuencia de algo que se hace]. Así, el *common law* se vuelve una actividad dinámica que muestra cómo los jueces tratan con las reglas vitales para la legitimación política.¹⁵⁶

En el *common law* se entiende que el pasado tiene autoridad y significado para resolver casos presentes y negociar con el significado del futuro.¹⁵⁷ Este sistema permite considerar qué es lo que no funciona en el derecho, y qué debe o no debe mantenerse. Como consecuencias, los jueces pueden adaptar las reglas del precedente a las necesidades contemporáneas de la sociedad.¹⁵⁸

Con el método evolutivo de Hutchinson los jueces no están obligados a seguir las decisiones del pasado, por el contrario, son libres de decidir con qué aspectos del pasado desean tratar para que sean dominantes en sus interpretaciones.¹⁵⁹ La libertad de decisión en los jueces y la independencia del sistema judicial son requisitos fundamentales del *common law*.¹⁶⁰

El juzgamiento en el *common law* depende de aspectos subjetivos e intersubjetivos, combina imaginación y entendimiento, sentimiento y razón, creación y reflexión, que van a ser evaluadas y validadas por la comunidad.¹⁶¹ Por eso, la actividad de juzgamiento no es mecánica sino dinámica, las personas tienen derecho a una extensión coherente de las decisiones pasadas y a conocer porqué se decidió de esa manera en ese entonces.¹⁶²

Hutchinson concluye que la fórmula para mantener la estabilidad y el cambio en el *common law* es el *work in progress* [trabajo en progreso o trabajo inacabado]. Al *common law* se lo entiende mejor como una variedad de caminos de innumerables giros y vueltas. El camino que se escoja siempre tendrá la posibilidad de cambiar, pero sin dejar de entender el camino por el que ya se transitó: el pasado.

¹⁵⁵ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 294.

¹⁵⁶ Hutchinson, *Evolution and the Common Law*, 4.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*, 6.

¹⁵⁹ *Ibid.*, 8–9.

¹⁶⁰ Douglas E. Edlin, *Common law judging: subjectivity, impartiality, and the making of law* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016), 57.

¹⁶¹ *Ibid.*, 66.

¹⁶² Hutchinson, *Evolution and the Common Law*, 14.

Por este motivo, erróneamente se ha creído que el corazón del precedente es el *stare decisis* escrito en el papel [algo ya establecido], sin embargo, el verdadero corazón es la costumbre, no siempre escrita y no siempre judicial, pero sí con autoridad; los sistemas legales más antiguos como el chino, sumerio, asirio, hebreo y árabe se han basado en el precedente como costumbre ancestral.¹⁶³

En el sistema legal romano existió en el año 19 a.C. el principio *responsa prudentium* que permitía emitir decisiones u opiniones vinculantes de quienes tenían un alto pensamiento jurídico para interpretar la ley [jurisconsultos], luego, si la opinión se volvía común adquiría fuerza de ley y era obligatoria para los jueces.¹⁶⁴

Las tribus celtas reconocían el precedente [ley consuetudinaria] previa invasión de los anglo-sajones, cuestión que se verifica en las *leges barbarorum* [leyes de los bárbaros]. Los casos citados en el registro de los *year books* [1290-1535] muestran cómo los jueces emplean y siguen decisiones anteriores, pero no se encuentran obligados a haberlo.¹⁶⁵

En el sistema legal chino, a lo largo de los 5000 años de tradición cultural, aparecieron normas consuetudinarias sobre esclavitud en la dinastía *Xia*, en el año 21 a.C., luego, en la dinastía Han (202 a.C.-220 d.C.) se incluyó el *li* [ritual o moral], con lo cual, el derecho que empezaba a ser escrito fue una representación de valores y costumbres chinas, finalmente, en la guerra de opio de 1840 se habían intentado incorporar valores occidentales, lo que conllevó a la revolución *Xinhai* en 1911 a ser una república democrática capitalista.¹⁶⁶

El sistema jurídico sumerio (2.400 a.C.) incrustó en su lenguaje cuneiforme no solo datos para la administración de sembríos, sino también, la inscripción de una tradición sagrada para el grupo social, esta fue la técnica de comunicación que obvió el habla y trascendió en el tiempo; esto también lo hicieron otros grupos sociales, de tal manera que en la Mesopotamia habían siete leyes cuneiformes “las leyes de Ur-Namma y las de Lipit - Istar, escritas en sumerio, las leyes de Hammu-rapí, las asirias y neobabilónicas, escritas en acadio, y las leyes hititas, escritas en la compleja lengua hitita”.¹⁶⁷

¹⁶³ Sumner Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, *Michigan Law Review* 44, n° 6 (1946): 956–57, doi:<http://www.jstor.org/stable/1283471> .

¹⁶⁴ Pablo Fuenteseca, “La eficacia vinculante de los *responsa prudentium* romanos”, *AFDUDC*, n° 10 (2006): 413–15, doi:<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2453/AD-10-20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

¹⁶⁵ Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, 960.

¹⁶⁶ Li Lin, “Historia del derecho chino y su sistema jurídico contemporáneo”, en *El sistema jurídico en la república popular China* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009), 1.

¹⁶⁷ Carlos Andrés Orozco Arcieri, “La escritura cuneiforme en la evolución del derecho. Investigación en torno a los orígenes del derecho occidental desde la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann”, *Revista de Derecho*, n° 44 (2015): 215, doi:<http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n44/n44a08.pdf>.

El sistema jurídico hebreo se remite a las creencias de la religión semita, cuyo sistema normativo y valorativo se encuentra en el Torá, en este sentido, quienes son erigidos como jueces, tienen la autoridad para determinar si una ley se adecúa o no las leyes básicas del estado —aunque el poder de legislar sigue perteneciendo al *Knéset*—. La interpretación judicial se la hacía sobre “la luz de los principios de libertad, justicia, equidad y paz del legado de Israel”.¹⁶⁸

En el derecho inglés no se abarca la totalidad del territorio insular, sino apenas Inglaterra y Gales, en virtud de ser zonas donde se concentró el poder monárquico, en otras palabras: el conocido derecho inglés no es la totalidad de Reino Unido ni de Gran Bretaña; en otros lugares no tiene vigencia, como lo es en Irlanda del Norte, Escocia, las Islas de la Mancha y la Isla de Man.¹⁶⁹ El derecho inglés debe entenderse como un derecho antiguo, pues históricamente no siguió la codificación romana ni las innovaciones del derecho francés [racionalidad y lógica], sin embargo, esto contribuyó a su desarrollo autónomo, porque no ha sido cambiado por las revoluciones sociales.

Para entender el precedente es necesario entender la historia del derecho inglés, de otra forma, estaríamos simplemente suponiendo, aseverando o desnaturalizando este derecho, de modo que, adscribo a la concepción de dividir la historia del derecho inglés en cuatro periodos: (i) antes de la conquista normanda de 1066 que tenía costumbres locales; luego, (ii) el advenimiento de la dinastía de los *Tudores*, 1485, ahí nace el *common law*; (iii) el tercer periodo de 1485 a 1832 en el que se desarrollan las *reglas de equity*; finalmente, (iv) el cuarto periodo en el que el *common law* evoluciona de sus concepciones anteriores.¹⁷⁰

En el primer periodo, antes de la conquista de los normandos en 1066 el derecho inglés era derecho anglosajón [por su idioma]; el dominio romano que empezó con el emperador Claudio y se extendería cuatro siglos no dejaría mayor huella en Inglaterra, más bien, su derecho empieza cuando cesa la dominación romana y las tribus germanas [Sajones, Jutes, Anglos, Daneses] expanden su territorio, aunque, ciertamente, lo que sí dejó huella fue el dominio religioso [cristianismo] con la obra apostólica de San Agustín de Canterbury.¹⁷¹

¹⁶⁸ Norma Castañeda Rivas, Ángel Morales Chaine, y Margarita Palomino Guerrero, “Derecho Hebreo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 213–214 (1997): 219–34, doi:<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28334/25601>.

¹⁶⁹ David y Jauffret-Spinozi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 210.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 211.

¹⁷¹ *Ibid.*, 212.

Con la invasión de Normandía, Guillermo el Conquistador [de Inglaterra] cometió el error de gobernar con el derecho hereditario del rey Eduardo el Confesor, antes que, con la ley de conquista, de tal manera que declaró vigente la ley anglosajona, y hasta nuestros días se sigue invocando la ley anglosajona como sinónimo de derecho inglés, no obstante, se centralizó el poder y la administración a la vez que se incrustaba el feudalismo en Inglaterra.

A diferencia del sistema típico feudal, Guillermo el Conquistador optó por no conceder poder a ningún feudo, de manera que no existiera ningún barón que lo desafíe, con ello, la invasión se siguió manteniendo como un ejército y la forma de control se lo realizó a través del *Domesday*, un documento que abarcaba los dominios y hogares existentes en Inglaterra; esta diferente implementación del sistema feudal permitió el desarrollo del *common law*.

El *common law* o *comune ley* [jerga utilizada hasta el s. XVII] es el derecho común a Inglaterra, no es una costumbre local; este derecho del *common law* era inexistente en 1066, porque la costumbre local era aplicada por la asamblea de hombres libres llamada *County Court* o *Hundred Court*, como consecuencia, la decisión judicial debía tener un fundamento cuyo fin último no era la racionalidad, sino el respeto de la costumbre local.¹⁷²

Luego de la invasión de los normandos, la asamblea de hombres libres fue sustituida por jurisdiccionales señoriales, denominándose *Courts Barón*, *Court Leet*, *Manorial Courts*, mismas que seguirían aplicando el derecho de la costumbre local, sin embargo, luego se aplicaría la jurisdicción eclesiástica que impondría un derecho canónico, común a la cristiandad, lo cual supone una exclusión del derecho a la costumbre local; de todas estas formas, el resultado va a ser la elaboración de la *comune ley* por las cortes reales de justicia, conocidas como *Cortes de Westminster*, por el lugar donde sesionaban.¹⁷³

El *comune ley* fue jerárquico en sus orígenes, ya que el rey era el que ejercía justicia suprema en la *Curia Regi*, un espacio donde el rey estaba asesorado por grandes personajes del reino, y, desde luego, un lugar donde no todos podía acceder, pues los casos ahí remitidos eran solo en circunstancias excepcionales o extraordinarias donde se amenace la paz del reino o cuando los asuntos no pudieran ser resueltos por las cortes ordinarias.

¹⁷² Ibid., 213.

¹⁷³ Ibid., 214.

En el segundo periodo, los asesores del rey empezaron a desplazarse del centro de poder y ganaron autonomía; surge el parlamento y diferentes comisiones con competencia jurisdiccional para atender los casos de los señores feudales que habían adquirido cierto poder. Esta intervención causó rechazo pues estaba dirigida principalmente a controlar el derecho a la propiedad, recuérdese que el Rey no quería un poder adverso que lo amenazara, y en ese entonces, el poder devenía de la propiedad terrenal por la capacidad de producción económica, de manera que poder y economía se encuentran interrelacionadas en el resultado político y religioso.

Las cortes reales [del rey] conocidas como: la Corte de la Realeza [*Exchequer*], la corte de litigios comunes [*Common Pleas*], y la corte del trono del Rey [*King's Bench*], fueron pensadas para que cada una circunscribiera sus competencias a asuntos particulares de finanzas reales, propiedad hacendaria [*foncière*], posesión de inmuebles y controversias criminales, sin embargo, esta división quedó inaplicada y causó que las cortes sean multicompetentes.¹⁷⁴

Los asuntos que no encajaran a las jurisdicciones reales antes mencionadas, deberían ser tratados por jurisdicciones eclesiásticas, jurisdiccionales señoriales y jurisdicciones municipales o comerciales [ley de mercaderes o *lex mercatoria*]. El *common law* adapta su intervención y permite que otros problemas ajenos al reinado sean resueltos por otras jurisdicciones.

Con el tiempo, fueron los mismos vasallos los que permitieron que el poder de las cortes reales se extendiera, pues consideraban a esa justicia como de calidad, porque las decisiones tenían que ejecutarse, por lo tanto, era una jurisdicción efectiva; a diferencia de las jurisdicciones eclesiásticas [controversias relativas al matrimonio y disciplina del clero] o soberanas, municipales o comerciales [que atendían controversias de poca cuantía]. Las cortes reales innovaron su sistema judicial cuando sometieron las controversias a un jurado, la justicia se institucionalizaba como comunal, ya que implicaba e importaba a todos, por consiguiente, eran jurisdicciones de derecho común.

Paradójicamente, a pesar de ser un derecho común, quienes podían acceder a las cortes reales no eran todos, ya que, este acceso se consideraba un privilegio y se debía contar con el beneplácito del canciller de la corona, quien delibera de un *writ* [breve] con el pago de derechos a la cancellería, también se podía acceder por vía de queja o petición de parte.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid., 215.

Lo que ha caracterizado al *common law* es su énfasis en el procedimiento antes que en el contenido de los derechos [*remedies precede rights*], de manera que “[e]l procedimiento que finalmente prevaleció, tenía un objetivo único: formular las interrogantes de hecho que resolvería un jurado”.¹⁷⁶

Así surgieron en materia de contratos el *writ of detinue* [carencia de título antes que incumplimiento de obligaciones], el *writ of debt* [se demanda al deudor por haber suscrito un documento formal y abstracto] y el *writ of trespass* [sanciona una acción delictiva contra una persona o sus bienes], este ciclo evolutivo hizo que en 1602 las cortes reales consideraran que en toda promesa existía la obligación implícita de ejecutarla [*indebitatus assumpsit*],¹⁷⁷ la fusión de esta última con el *trespass* originaría la acción por daños y perjuicios y un delito especial: negligencia.

En el tercer periodo, de 1485 a 1832, el sistema del *common law* —dependiente de procedimientos formalistas— se vio afectado: (i) por no responder a las necesidades de la época, (ii) por volverse rutinario y (iii) por un sistema de justicia paralelo denominado *equity*. En el *equity* hay la posibilidad de recurrir ante el rey, sin embargo, por la gran cantidad de casos esta competencia pasó al canciller [que desde 1529 dejó de ser confesor del rey y eclesiástico para convertirse en jurista], como un juez autónomo.

El *equity* quedó solo como una etiqueta, ya que, en la dinastía de los Tudor en el s. XVI d.C. la sala de las estrellas [*camera stellata, Star Chamber*] fue una amenaza a la libertad de los súbditos, además, las resoluciones no se fundaban en el derecho anglosajón del *common law* [arcaico y obsoleto] sino en el derecho canónico y romano-germánico, por lo que no se requería del jurado, el procedimiento no era oral y público, sino escrito, secreto e inquisitorio.¹⁷⁸

En 1616 los sistemas del *common law* y *equity* llegan a un acuerdo tácito, debido a que, el *common law* se uniría políticamente al parlamento [en su momento liberal] para confrontar el poder del monarca. A fin de mantener el orden, el monarca se abstendría de crear más jurisdicciones aparte de las del *common law*, quienes, a su vez, para evitar la arbitrariedad, sancionarían según sus precedentes. Finalmente, el canciller no extendería su competencia a expensas de las cortes del *common law* y solo a partir de 1621 se permitió el control de la cámara de los *Lords* sobre la Corte de la Cancillería.

¹⁷⁶ Ibid., 217.

¹⁷⁷ Ibid., 219.

¹⁷⁸ Ibid., 222.

En el cuarto periodo, durante los siglos XIX y XX se marca una transformación en el derecho inglés por su corriente democrática y el desarrollo de sus precedentes que desecharían un análisis procedimental para enfocarse en el análisis de fondo de los derechos, luego, se crearía la Corte Suprema de la Judicatura [*Supreme Court of Judicature*] suprimiéndose de esta manera la distinción formal entre las cortes del *common law* y las del *equity*, en otras palabras, las jurisdicciones inglesas se volvieron competentes para aplicar indistintamente cualquiera de los dos sistemas, además, el derecho se seguía creando en las cortes y no por el Parlamento Inglés.

En el *Welfare State* [Estado de Bienestar], las corrientes socialistas que surgían en Europa, así como las reformas constitucionales, tuvieron un efecto considerable en el derecho inglés, ya que el clásico *common law* no podía dar una respuesta como el derecho romano —cuyo derecho era doctrinal y su elaboración legislativa—, motivo por el cual Reino Unido ingresa a la Unión Europea en 1972 [con la aplicación directa de instrumentos internacionales] y el poder se descentraliza [vuelve a ser local].

Finalmente, en el año 1998 se crea una asamblea en Irlanda del Norte, un parlamento en Edimburgo, la asamblea nacional para Gales, cada una con competencia legislativa en materias sociales como: agricultura, salud, educación, vivienda, medio ambiente y servicios sociales. Esto da cuenta de un movimiento federalista en Europa y las cortes podían sancionar los abusos del poder público a través del *Human Rights Act*, es decir, actos soberanos que sean contrarios a derechos fundamentales.

Llegado a este punto, me pregunto: ¿cómo se desarrolló el derecho inglés fuera del territorio de Inglaterra? ¿hay diferencias substanciales en los Estados Unidos de Norteamérica [EUA], Canadá o Australia? Es conocido que, en 1630, las colonias inglesas invadieron varias zonas de lo que ahora se conoce como Estados Unidos. Un grupo de puritanos [peregrinos] atravesó el Atlántico en un barco llamado *Mayflower* y se estableció en lo que hoy se conoce como Boston.

Posterior a esto, la guerra anglo-estadounidense librada en 1812 para emanciparse de la corona inglesa trajo dificultades en la aplicación normativa del precedente, porque “se promulgaron estatutos en Nueva Jersey [1799], Kentucky [1807] y Pennsylvania [1810] que prohibían citar a cualquier autoridad inglesa en los tribunales”.¹⁷⁹ Sin embargo, en EUA siguieron aplicar un derecho de precedentes sin adherirse a las decisiones pasadas del Parlamento de Inglaterra.

¹⁷⁹ Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, 962.

Pasando a Canadá encuentro que, en 1867 se obtiene su independencia de Reino Unido, esto representó, al igual que en Estados Unidos, un problema en la aplicación del precedente. Un nuevo país y una emergente democracia constituyeron un reto para la suprema corte de justicia de Canadá, pues la confianza y estabilidad dependían del distanciamiento del anterior comité judicial del consejo privado de Inglaterra.¹⁸⁰

La función de los jueces versó, en sus inicios, en examinar si el acusado ha recibido un juicio justo e imparcial, porque “la parcialidad, la seccionalidad y la intolerancia contaminaba un juicio y lo convertían en una parodia de la justicia”.¹⁸¹ Luego, con el avance en la protección de derechos y la Carta de Derechos de Canadá de 1960, se generaron altas expectativas para el funcionamiento de la cortes, ya que, estas tenía el poder de privar de validez a las leyes que estuvieran en contra de la constitución o Carta de Derechos de Canadá.¹⁸²

Termino este análisis con Australia. En 1986 se independiza de Reino Unido, sin embargo, su justicia [por precedentes] imitó a la *Commonwealth* Británica. Las cortes mantuvieron una autoridad derivada antes que originaria, ya que, en sus decisiones se citaban las decisiones anteriores sobre la misma cuestión legal. Las decisiones citadas no eran obligatorias, sino, persuasivas. Esto fue determinante para sostener una comunicación entre cortes hermanas, puesto que, estas decisiones se enfrentaban a la variabilidad de la ecología estatal [state social ecology], definida como las enormes características demográficas, sociales y económicas de los Estados.¹⁸³

A lo largo de este apartado he podido describir y sistematizar el *common law* a través de la historia que originariamente tiene en Inglaterra y una breve descripción en EUA, Canadá y Australia. La síntesis de lo anterior establece que el *common law* y el precedente no siempre han sido definidos por la teoría positivista del *stare decisis* —a la que describiré más adelante—, sino por la costumbre o la ley del lugar. La perspectiva estadounidense y canadiense marcan una mayor flexibilidad al cambiar un precedente, porque fueron colonias, es decir, el precedente es más persuasivo y no tanto obligatorio, en cambio, desde Inglaterra y Australia es más rígido el cambio de precedentes.

¹⁸⁰ Supreme Court of Canada, *The Supreme Court of Canada and its justices, 1875-2000: A commemorative book* (Toronto: Dundurn Group and the Supreme Court of Canada in cooperation with Public Works and Government Services Canada, 2000), 12.

¹⁸¹ Madge Macbeth y Leslie T. White, “The Seven Justices of the Red Robes”, *Macleans*, 1936, 15.

¹⁸² Supreme Court of Canada, *The Supreme Court of Canada and its justices, 1875-2000*, 27.

¹⁸³ Russell Smyth y Vinod Mishra, “The Transmission of Legal Precedent across the Australian State Supreme Courts over the twentieth century”, *Law & Society Review* 45, n° 1 (2011): 139–40, doi:<http://www.jstor.org/stable/23011961>.

Siguiendo a Hutchinson, las posturas contemporáneas del *common law* han reelaborado su visión retroactiva del derecho, en razón de que las virtudes de la autoridad del precedente [certeza, confianza, freno a la arbitrariedad] no se desestiman. Pero, la percepción moderna no se inclina por una aplicación mecánica de decisiones pasadas, sino por un razonamiento sobre los fundamentos de esa decisión pasada, “[s]e acepta que el pasado importa, pero existe un desacuerdo considerable sobre por qué y cómo importa”.¹⁸⁴ Por esta razón el pasado se vuelve persuasivo:

En otras palabras, no hay forma de que los jueces simplemente sigan el pasado de una manera mecánica o legal sin adoptar una postura crítica y política sobre el pasado particular que pretenden seguir, su significado presente y sus implicaciones para la actividad futura. Por lo tanto, el recurso absoluto a la tradición es una postura declaradamente política más que una protección contra la política. Por supuesto, los juristas contemporáneos han tratado de resistir este resultado con todo el poder teórico y los medios a su disposición.¹⁸⁵

En consecuencia, la tradición del *common law* pasó de ser un sistema estrictamente procesal, a ser un ejercicio justificativo de principios y derechos, ya que, el cuerpo de las decisiones presentes contiene argumentos, analogías y axiomas autorizados por las decisiones pasadas. Es así que, “[l]a fidelidad al Estado de Derecho [Rule of Law] exige que se eviten las variaciones frívolas del patrón de toma de decisiones de un juez o un tribunal a otro”.¹⁸⁶ Esto implica que, los jueces deben jurar defender la constitución y no la luz [precedente] que sus predecesores hayan puesto sobre ella.¹⁸⁷

Se concluye que, el momento fundacional de un Estado es el eje sobre el cual se debe asentar la práctica judicial. En los sistemas jurídicos del *common law*, la confianza está en los jueces y en sus dichos; en cambio, en Europa, la confianza está en la ley y no en los jueces, por consiguiente, el precedente necesariamente debe derivar de un sistema que confíe en los jueces.¹⁸⁸ Además, el entendimiento y viabilidad del precedente solo puede hacerse desde el *common law* y no desde el *civil law*, porque el precedente es un mecanismo que permite al *common law* tener una continuidad en el tiempo, ya que, permite al estabilidad y el cambio en la creación del derecho.

¹⁸⁴ Hutchinson, *Evolution and the Common Law*, 9.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ McCormick, *Rhetoric and the rule of law*, 143.

¹⁸⁷ Clarke D. Forsythe, “A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*”, *The Georgetown journal of law & public policy* 16, n° 2 (2018): 449, doi:<https://www.law.georgetown.edu/public-policy-journal/wp-content/uploads/sites/23/2018/10/16-2-Draft-Opinion.pdf>.

¹⁸⁸ Roberto Niembro Ortega, *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, Filosofía y derecho (Madrid: Marcial Pons, 2019), 18–20.

2.1. *Law-making*

La mayor familia de sistemas constitucionales europeos [*civil law*] —como Francia e Italia— niegan que las cortes tengan el poder de hacer ley o crear derecho [*law-making*], ya que, esa es responsabilidad del legislador. ¿Cómo entonces identificar la jurisprudencia constitucional [a la que equivocadamente se la llama como precedente] en un estado constitucional? Una aproximación de esto lo encontramos en el sistema de tesis de México, en la que:

Al menos a primera vista, en México el proceso de identificación de la *ratio* parece ser distinto al de los países anglosajones. En estos países el órgano judicial no suele identificar la norma adscrita, sino que son los intérpretes en casos siguientes quienes infieren la *ratio*. En cambio, en México, los Tribunales Colegiados y en la Suprema Corte tratan de expresar la *ratio* de una sentencia de manera explícita, abstracta e impersonal conocida como tesis. El mismo órgano que resolvió el juicio aprueba el texto que identifica el criterio jurídico para que después se publique de manera independiente a la sentencia en el *Semanario Judicial de la Federación*.¹⁸⁹

El sistema de tesis se desconecta de la sentencia y de los hechos. La identificación del llamado precedente constitucional [jurisprudencia constitucional] es fácil de identificar si la corte lo recoge en un cuaderno aparte. En el Ecuador, no existe un sistema de tesis, la jurisprudencia constitucional se establece en la misma sentencia, pero no necesariamente sigue los hechos.

Ya en páginas anteriores he estudiado el motivo por el cuál las altas cortes legales no podían crear derecho, sin embargo, en este apartado, analizo si las cortes constitucionales del *civil law* pueden o no crear derecho [*law-making*] al estilo de las cortes supremas del *common law*.

En este orden de ideas, para un Kelsen inicial, los derechos políticos [igualdad ante la ley, libertad de propiedad, libertad de opinión, libertad personal, etc.] regulados en las constituciones de los estados modernos del s. XIX no constituían derechos subjetivos judicialmente exigibles, pues, dichas garantías constitucionales de derechos y libertades solo determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, es decir, que el contenido de la ley no sea algo prohibido por la constitución.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Camarena González, “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, 112.

¹⁹⁰ Hans Kelsen y Roberto José Vernengo, *Teoría pura del derecho*, Serie G--Estudios doctrinales 20 (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981), 152–53.

Por ejemplo, cuando se regulaba constitucionalmente el derecho a la libertad, esto no significaba que el juez o la ley debían garantizar un trato igual para todas las personas, pues, sería inconcebible otorgarle los mismos derechos y las mismas obligaciones a todos sin hacer ciertas distinciones como entre niños y adultos.¹⁹¹

Esta igualdad era garantizada solo si discriminaciones como la raza, religión, sexo, etc., no eran adoptadas por la legislación, en otras palabras, la ley no debería tomar en consideración la raza o la religión de una persona para determinar el tipo penal en una sentencia.¹⁹² Hay, por tanto, una cadena de validez entre normas¹⁹³ de diferente rango jerárquico.

Para un Kelsen tardío, se terminará reconociendo el carácter ficcional de la norma, ya que, la función de la constitución es fundamentar la validez, es decir, todo acto de creación normativa es a la vez un acto de aplicación normativa y viceversa, pues, la única forma de crear norma es aplicarla y al aplicarla se crea la norma; así, el juez crea una sentencia [norma individual] aplicando la ley.¹⁹⁴ En este sentido:

Una ficción se caracteriza por el hecho de que no solamente se contradice con la realidad sino que además es contradictoria consigo misma. Pues la suposición de una norma básica -como por ejemplo la norma básica de un orden religioso moral: "Deben ser obedecidos los mandamientos divinos" o la norma básica de un orden legal "Debemos comportarnos como lo indica la constitución históricamente primera" -contradice no sólo a la realidad, ya que no existe una norma tal como un sentido de un acto de voluntad real, sino que ella además es autocontradictoria, dado que representa la autorización de la autoridad moral o legal más elevada, partiendo de esta manera de una autoridad -por cierto que sólo fingida- situada aún por encima de esa autoridad.¹⁹⁵

Kelsen reconoció que era necesario la creación de un Tribunal Constitucional para realizar un control de los derechos constitucionales, por ello, en su calidad de miembro permanente del Tribunal Constitucional contribuyó al análisis de las constituciones de Weimar y Austria en un periodo de integración política.¹⁹⁶

¹⁹¹ Ibid., 153.

¹⁹² Ibid., 154.

¹⁹³ En Kelsen, el término *norma* hace referencia al objeto de interpretación [como los significados] y también al producto de la interpretación [crear una norma jurídica diferente]. Véase: Álvaro Núñez Vaquero, "Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho", *Ius et Praxis*, n° 2 (2014): 417, doi:<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n2/art12.pdf>.

¹⁹⁴ Diego Duquelsky Gómez, "De cómo los cántaros se volvieron fuentes", en *Anuario de filosofía jurídica y social: Ponencias en Valparaíso I*, 29 (Valparaíso: Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, 2011), 60.

¹⁹⁵ Hans Kelsen, "La función de la constitución", *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, n° 5 (2010): 155, doi:<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/351>.

¹⁹⁶ Óscar Correas, *El otro Kelsen*, Estudios doctrinales 122 (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989), 22.

Existe un reciente estudio sobre la creación de leyes [*law-making*] de las Cortes Constitucionales Europeas posteriores a la segunda guerra mundial —Alemania, Italia, Francia y España—, de los países posteriores a la caída del comunismo como el grupo de Visegrado —Polonia, Hungría, República Checa y República Eslovaca—, los Estados Bálticos —Letonia— y los Estados Balcánicos —Bulgaria—; así como, de los tribunales internacionales que operan dentro de las estructuras de la integración europea, esto es: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH] y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE].¹⁹⁷

En este estudio se indica que, la labor de las Cortes Constitucionales Europeas y de las Cortes Internacionales es similar en sus estándares de no-discriminación, protección de los derechos fundamentales y libertades, la independencia del poder judicial y la separación de poderes. Sin embargo, cada una defiende un acto constitutivo diferente, las primeras protegerán la supremacía de la constitución y la constitucionalización de la ley por ser cortes nacionales; las segundas, protegen sus convenios constitutivos, como: el Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH] y los Tratados de la Unión Europea.¹⁹⁸

La Corte Constitucional de Francia adopta las decisiones que pueden informar sobre un marco legal para la acción futura del legislador, esto consiste en formular indicaciones normativas para que las futuras disposiciones legislativas sean acordes con la constitución.¹⁹⁹ Esto implica que, el papel interventor de la corte tiene efecto directo en la creación de las leyes por parte del legislador.

En la Corte Constitucional de Alemania, las decisiones y las razones de apoyo a esas decisiones son legalmente vinculantes porque su motivación es ubicada en las secciones de escala [*Maßstabsteile*] de su propia jurisprudencia constitucional, en este sentido, para tomar una decisión, hay una aproximación doctrinal que toma los conceptos de la ciencia legal y las decisiones de la propia corte para el desarrollo de sus líneas jurisprudenciales.²⁰⁰

¹⁹⁷ Monika Florczak-Wątor, *Judicial law-making in European constitutional courts*, Comparative constitutional change (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020), 3.

¹⁹⁸ *Ibid.*, 3–4.

¹⁹⁹ Julien Mouchette, “The French Constitutional Council as a Law-Maker: From Dialogue with the Legislator to the Rewriting of the Law”, en *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*, Comparative Constitutional Change (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020), 15.

²⁰⁰ Ruth Weber, “Law-making activity of the German Federal Constitutional Court: A case-law study”, en *Judicial law-making in European constitutional courts*, Comparative constitutional change (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020), 42–43.

La Corte Constitucional de Italia tiene una función de revisión de las leyes que es vista como una cooperación con la función legislativa del parlamento, ya que, permite erradicar reglas que se consideran inconstitucionales. Además, las interpretaciones en una decisión tienen un efecto vinculante. Este desarrollo judicial detrás del texto [sin el texto] ilustra la incidencia de una mayor creación legal [*law-making*] de la Corte.²⁰¹

Lo antes indicando atraviesa el debate sobre el activismo judicial, de ahí que, la doctrina de las rimas obligadas o versos prescritos elaborada por el Prof. Vezio Crisafulli sostiene un “estándar autoimpuesto para cuando la Corte puede reaccionar a omisiones legislativas (a través de sentencias aditivas) permitiendo una intervención solo cuando la Constitución lo requiera”.²⁰²

Posición que ha sido cuestionada por la Prof. Claudia Storini, pues, las sentencias normativas no son “el mero resultado de las ‘rimas obligadas’ impuestas por la ‘métrica’ de las normas constitucionales, pues es evidente que en muchas ocasiones se trata de una elección concientemente adoptada aun existiendo multitud de soluciones posibles”.²⁰³

La Corte Constitucional de España no tiene un rol del legislador negativo, más bien, su actividad es creativa a través de sus juicios interpretativos. En consecuencia, no solo se determina el contenido de la constitución sino también de las normas legales. Esta interpretación se la hace desde la realidad cultural y social para delatar las omisiones del legislador. A través de interpretaciones reconstructivas de las normas, la corte construye principios de rango constitucional, de esta manera participa en la creación de la ley junto con el legislativo.²⁰⁴

En cambio, la Corte Constitucional de Bulgaria es un verdadero juez del legislador, porque sus decisiones pueden abolir o restaurar una ley.²⁰⁵ Aunque la actividad de la corte sea la protección de derechos humanos y constitucionales, no es claro cuál es su impacto, ya que, su actividad es problemática para la división de poderes.

²⁰¹ Nausica Palazzo, “The law-making power of the Constitutional Court of Italy”, en *Judicial law-making in European constitutional courts*, Comparative constitutional change (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020), 47.

²⁰² *Ibid.*, 65.

²⁰³ Claudia Storini, “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas” (Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2001), 261.

²⁰⁴ Martín de Vidales Covadonga Ferrer, “The Spanish Constitutional Court as a law-maker: Functioning and practice”, en *Judicial law-making in European constitutional courts*, Comparative constitutional change (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020), 74.

²⁰⁵ Martin Belov y Aleksandar Tsekov, “The Constitutional Court of the Republic of Bulgaria as a law-maker”, en *Judicial law-making in European constitutional courts*, Comparative constitutional change (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020), 107.

Por otro lado, la Corte Constitucional Checa sigue la doctrina del legislador negativo, ya que, puede anular una ley al declararla inconstitucional, pero, su tendencia al *law-making* es crear reglas de interpretación constitucional que van más allá del texto.²⁰⁶ Es difícil decir que esta corte hace *law-making* al estilo del *common law*, porque estas reglas interpretativas sirven para clarificar el sentido del texto constitucional.

En el recorrido del llamado *law-making* continental se puede determinar que la principal función de las cortes constitucionales es garantizar la supremacía de la constitución y ser garante de su espíritu. Aunque, en las cortes constitucionales de Alemania, Francia, Italia y la República Checa existan disposiciones inmutables, en otras constituciones [como la de Polonia] se otorga la facultad a las cortes constitucionales de proteger la inviolabilidad de los principios que determinan la identidad de la constitución.²⁰⁷

Por el contrario, un *law-making* similar al *common law* lo encuentro en Bulgaria y he dejado para el final la actividad de la Corte Constitucional de Eslovaquia. En enero del 2019, esta corte derogó una parte de la constitución relacionada con la evaluación de los jueces activos, porque consideró que, esa regulación vulneraba el núcleo material de la constitución.²⁰⁸

A modo de conclusión, el llamado *law-making* continental y constitucional es una facultad judicial, constitucionalmente reconocida, para derogar, modificar y complementar la ley. Sin embargo, el *law-making* del *common law* es la prerrogativa judicial para crear nuevo derecho desde el *case law*. Por consiguiente, las cortes constitucionales no hacen un verdadero *law-making*, pero su jurisprudencia constitucional y activismo sirve para el desarrollo de los derechos previamente reconocidos.

3. Precedent

A lo largo de este capítulo se pueden encontrar referencias históricas, filosóficas y jurídicas del precedente. En este apartado hago un trabajo de sistematización del precedente, para lo cual ensayo un concepto del mismo, explico su función y su estructura para tener la idea correcta de lo que significa el precedente.

²⁰⁶ Jan Malír y Jana Ondřejková, “Law-making activity of the Czech Constitutional Court”, en *Judicial law-making in European constitutional courts*, Comparative constitutional change (New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020), 116.

²⁰⁷ Florczak-Wątor, *Judicial law-making in European constitutional courts*, 249.

²⁰⁸ *Ibid.*, 251.

3.1. ¿Qué es el precedente?

En la actualidad, el término precedente es usado en nuestro vocablo común, por ejemplo, cuando afirmamos que tal decisión u ocurrencia es sin precedentes, o cuando decimos que tal acontecimiento o decisión va a dejar precedentes. Así, las decisiones u acciones que se tomaron en el pasado son un referente para volver tomar o no esas mismas decisiones u acciones en el presente.

Este hecho pasado y social es, en realidad, el que fundamenta el concepto del precedente, es decir, una teoría legal sobre el precedente no puede ser entendida sin el contexto social, por ello “[l]a teoría legal tiene un papel crucial que jugar en la definición, formación y salvaguarda de valores que fundan nuestra sociedad”.²⁰⁹

En este sentido, la doctrina del precedente es un asunto no definido, porque, se debe entender cómo funcionan los precedentes para construir un concepto. Sin perjuicio de aquello, se asume que el precedente crea leyes y el *common law* se entiende como la creación de esas leyes [*law making*]. Esas leyes se crean de caso en caso, pero el primer caso no se entiende como precedente, sino como un tipo especial de razón. El precedente se crea cuando las cortes futuras sigan la recta aplicación en los casos pasados, para lo cual buscarán ese tipo especial de razón.²¹⁰

En suma, se puede caracterizar al precedente en cuatro aspectos: (i) Los precedentes crean reglas en sus razones, y esas reglas son obligatorias para casos futuros si los hechos concuerdan con el alcance de esas reglas; (ii) Solo algunas cortes pueden anular el precedente, pero todas pueden distinguirlo [no seguirlo]; (iii) La aplicación de la regla para casos futuros está determinada por la justificación que tome la corte presente; (iv) La función del precedente es crear nuevas reglas para resolver la incertidumbre de la ley y proporcionar orientación a las personas y a los tribunales.²¹¹

Desde esta visión, lo que es obligatorio en el precedente es la razón [*ratio*] de la sentencia. La razón de la sentencia es la regla que debe seguirse para casos futuros, no es la resolución del caso, sino lo que fundamenta a esa resolución. La dificultad de esto consiste en que, la razón debe construirse desde el caso que se juzga, porque la razón no es abstracta. En otras palabras, no hay una formulación canónica de la razón en el caso pasado.²¹²

²⁰⁹ Wacks, *Understanding jurisprudence*, 9.

²¹⁰ Grant Lamond, “Do precedents create rules?”, *Legal Theory* 11, n° 1 (2005): 1, doi:10.1017/S1352325205050019.

²¹¹ *Ibid.*, 2.

²¹² *Ibid.*

Cuando se habla de razones o reglas no es claro a qué tipo de razones o reglas o a qué estándares. La visión convencional establece que el precedente crea reglas en sus razones, y que esas reglas son de obligatorio seguimiento. De manera que, lo único que cambia, entre la regla judicial y la regla del parlamento, es el proceso de creación.²¹³

La regla [R = si A entonces B] provee certeza para hacer la decisión judicial. En A se determina un resultado normativo si la situación cae dentro del alcance del antecedente; en B se justifica la aplicación de la regla por la corte futura; el hecho es el que valida la regla que justifica la aplicación del precedente [A].²¹⁴ Esta fórmula puede traducirse en la visión convencional de la siguiente manera: Regla = Si precedente entonces vinculación o seguimiento con la corte futura.

Para el creador de la decisión no es lo mismo seguir una regla que seguir una razón. La decisión basada en el balance de las razones relevantes busca justificar un resultado correcto en el caso presente. Por contraste, la decisión basada en la regla debe tener el mismo alcance del antecedente de esa regla, inclusive en los casos donde no existan razones [razones subyacentes] que la justifiquen.²¹⁵

En cualquier caso, el precedente es a menudo seguido, porque hay varios casos en los que se está de acuerdo que el resultado que indica el precedente está justificado en los hechos anteriores a este.²¹⁶ Aunque, las cortes tienen el poder para no seguir el precedente [*distinguish*], es decir, justifican que los hechos presentes no son los mismos que los hechos pasados para que se aplique la misma razón o regla.

Quizá una mejor aproximación al precedente empieza desde el caso antes que desde las razones. Así, se entendería que el precedente es aquel caso en el que resolvió un asunto particular y que da bases para las circunstancias que justificaron ese resultado o resolución. Estas bases permiten que las cortes futuras decidan de la misma manera cuando se presenten las mismas circunstancias.²¹⁷

Pasando a otro aspecto, en el pasado, el precedente no creaba reglas del *common law*; este se concebía como un entendimiento colectivo de un asunto y existía sin el precedente. La decisión en el pasado no constituía un precedente y si la decisión era errada no se seguía, porque el derecho se entendía como un consenso sobre un asunto.²¹⁸

²¹³ Ibid., 5.

²¹⁴ Ibid., 6–7.

²¹⁵ Ibid., 7.

²¹⁶ Ibid., 11.

²¹⁷ Ibid., 15.

²¹⁸ Ibid., 24.

Esta concepción cambió con la doctrina del precedente vinculante en la que se exigía a las cortes futuras que traten a sus casos de la misma manera en que fueron tratados en el pasado. Con esto se fija el punto de partida para el razonamiento jurídico y vuelve predecible la aplicación de la regla del precedente o la razón para alcanzar una conclusión cierta.²¹⁹

En suma, el precedente puede ser visto, por un lado, como el corazón de la costumbre [ley del lugar] del *common law*, por otro lado, como una regla vinculante o persuasiva. Me inclino a considerar que, por motivos históricos, el precedente es el orden de derecho de la ley del lugar [*law of the land*] que se ubica dentro del sistema de derecho del *common law*. El precedente funciona como un mecanismo que permite a una corte futura decidir su caso buscando en las razones de la decisión de la corte pasada. Estas razones dependen de los hechos del caso y del derecho que se crea para resolver ese caso.

3.2. ¿Cómo funciona el precedente?

Las cortes crean una regla general o principio [*ruling*] para el caso presente y para casos futuros, este acto creativo tiene como sustento la ley o derecho [*supported at law*] que se extrae del *case law*.²²⁰ Comparar el precedente con la ley ayuda a explicar la razón por la cual las cortes futuras están obligadas a seguir una decisión anterior, aunque esa decisión haya sido errónea, pues, así como no se cuestiona la ley [*authority*], tampoco se cuestionan las decisiones [*authority*] anteriores, “solo si la Corte tiene el poder de anular el precedente, entonces tienen derecho a cuestionar su corrección”.²²¹

En páginas anteriores ya he indicado que el precedente se ha venido desarrollando desde dos aristas: el *case law* y el *stare decisis*. Ahora corresponde referirme al *stare decisis*. En el *stare decisis*, la distinción tradicional del precedente como acto creador de ley [*rule-making* o *law-making*], abarca: (i) *ratio decidendi* y, (ii) *obiter dicta*. La *ratio decidendi* representa lo obligatorio [*binding*] para las futuras cortes; y la *obiter dicta* representa las observaciones o comentarios no vinculantes. Hay dos líneas de pensamiento que critican la distinción clásica: (i) la forma de las decisiones judiciales y, (ii) la práctica de distinguir los precedentes [*distinguishing*].

²¹⁹ Ibid., 24–25.

²²⁰ MacCormick, *Rhetoric and the rule of law*, 169–70.

²²¹ Grant Lamond, “Precedent”, *Philosophy Compass* 2 (2007): 700, doi:10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x.

En la primera, se observa que, contrario a la común idea de que la *ratio decidendi* sea una regla clara, fija y establecida [como una ley] para seguirla, se tiene que, la *ratio decidendi*, en realidad es una decisión judicial sobre lo cual se pueden hacer inferencias o construcciones, en otras palabras: “la práctica legal sugiere que la *ratio* podría ser simplemente una forma de resumir el efecto de un caso, en lugar de ser ese efecto”.²²²

En la segunda, aunque los precedentes sean vinculantes u obligatorios [*binding*], las cortes inferiores tienen la facultad de distinguir [*distinguishing*] un precedente, por existir alguna diferencia en los hechos entre el caso presente y el precedente. Por ejemplo, un precedente puede decir que el propietario puede recuperar su propiedad si esta fue adquirida de buena de fe por un tercero [un comprador inocente], sin embargo, una corte futura tiene la libertad de sostener que un propietario no puede recobrar su propiedad si por su propia negligencia ha llevado al comprador a creer que el ladrón era el auténtico propietario [v.gr. confiándole al ladrón los títulos de propiedad].²²³

La única restricción del *distinguishing* es que, sin esa diferenciación en los hechos, el precedente hubiera seguido siendo alcanzado. Esto último representa un agujero de análisis, ya que las cortes inferiores, pueden modificar la *ratio decidendi* del precedente, como subsecuentes actos creativos. Los abogados que no pertenecen al sistema del *common law* creen que un precedente se agotaba en la *ratio decidendi*, no obstante, los abogados del *common law* creen que cualquier *ratio decidendi* es un dicho incompleto de la ley, es decir, que la *ratio decidendi* está sujeta a muchas distinciones.

De esta manera, la *ratio decidendi* no le dice a una futura corte cómo tiene que decidir [eso lo hace la ley], sino que, le dice a la futura corte que considere una decisión anterior y determine si es posible o no hacer una distinción, pues, si hay buenas razones para hacer una distinción, no es obligatorio seguir un precedente, en otras palabras, las cortes a lo que están obligadas es a seguir o distinguir la *ratio decidendi* de un precedente.²²⁴

El problema relacionado con la concepción de la creación de regla [*rule-making*] del precedente ha generado concepciones alternativas: (i) Principios, (ii) Razones, (iii) Por Ejemplos. La concepción de los principios sostiene que, lo que es realmente obligatorio en un precedente son los principios que sirvieron para justificar una decisión, bien sea si estos principios son de una sola decisión o de un conjunto de decisiones.

²²² Ibid., 701.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid., 702.

La concepción de las razones sostiene que, en una *ratio decidendi* no se considera una regla que debe aplicarse a futuro, sino, un conjunto de condiciones que sirvieron para justificar esa decisión; en este sentido, habría una diferencia fáctica. La esencia de esta concepción reside en que las futuras cortes traten el caso como si hubiera sido decidido correctamente. Por ejemplo, si volvemos sobre el caso del comprador inocente de un objeto robado, se puede establecer que, en un caso futuro, el legítimo propietario podrá de cualquier forma recobrar su posesión, inclusive si el comprador hizo todo lo posible por comprobar la buena fe del ladrón.²²⁵

La concepción de los ejemplos sostiene que, el *rule-making* es un ejemplo a seguir en futuras decisiones, en otras palabras, el precedente determina la forma en que se decidirán tales casos en el futuro. De esta manera, si los hechos del caso pasado encajan en los hechos del caso presente, entonces, el precedente puede seguirse. Además, a diferencia de la concepción de principios, el precedente no se busca en los fundamentos subyacentes de la decisión, sino que, el precedente es la mejor decisión de esos hechos.

Ahora bien, si el precedente significa el pronunciamiento judicial sobre un problema legal, entonces, el *stare decisis* se origina con las decisiones tomadas directamente sobre ese problema legal, estas decisiones suelen ir acompañadas de una opinión, sin embargo, las decisiones no son, en estricto sentido, un precedente.

La *ratio decidendi* tampoco es necesariamente parte de la opinión, porque diferentes razones de las opiniones pueden entrar en conflicto, no obstante, solo la *ruling* [regla del fallo] sobre la que la mayoría de jueces están de acuerdo, se convierte en precedente. La opinión es autoritativa pero no vinculante, además, no todo el contenido de esa opinión es autoritativo, por ejemplo, se excluye la *obiter dicta*. Así, un *ruling* dado en Texas, si es aceptado por la corte, se convierte en un precedente, pero, se puede anunciar un *ruling* distinto en Nebraska.²²⁶

Recapitulando, el análisis del precedente se ubica en dos ejes: (i) *stare decisis* y (ii) *obiter dicta*. El *stare decisis* es una decisión tomada luego de un razonamiento en derecho, en tanto que hay dos tipos de *obiter dicta*, el primero es aquel que no tiene relevancia con los supuestos de hecho, y el segundo son consecuencias lógicas que son relevantes con la elección interpretativa del Juez.²²⁷

²²⁵ Ibid., 703.

²²⁶ Lobingier, "Precedent in Past and Present Legal Systems", 965–66.

²²⁷ Vicotria Iturralde, "Precedente Judicial", *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad.*, n° 4 (2013): 194–96, doi:<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2105>.

El *stare decisis* es lo que permite y promueve el desarrollo imparcial, predecible y consciente de los principios legales, además, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la integridad real del proceso.²²⁸ Sin embargo, el *stare decisis* no es un mandamiento inexorable ni un principio constitucional, sino un juicio pragmático, porque los jueces deben proteger la constitución antes que el brillo de sus predecesores.²²⁹

La práctica del precedente es una forma de raciocinio que implica seguir una decisión anterior en un caso posterior, lo cual ha merecido su diferenciación con el concepto de analogía, esto último implica seguir una decisión anterior porque el caso posterior es similar, pero no igual; de cualquier forma, la coherencia es medular en la adscripción a un precedente, esto se lo conoce como el argumento de consistencia.²³⁰

En conclusión, el precedente funciona a través del tiempo. Las cortes transmiten y sostienen el sentido del derecho en sus decisiones. Estas decisiones contienen razones que vinculan a las cortes futuras. Aunque, la forma de entender esas razones puede ser diferente [como principios, condiciones o ejemplos a seguir], esto no priva su observancia en la toma de la decisión presente.

3.3. Tipos de precedente

Los precedentes pueden ser clasificados en obligatorios o persuasivos, dependiendo si devienen o no de un orden jerárquico [*Highest Courts*]; en originales o declarativos, pero estos últimos se adhieren a los primeros por no ser precedentes verdaderos; en legales o históricos, pero estos últimos, al no ser judiciales, no son autoritativos.²³¹

Los precedentes han sido divididos en teorías sobre su naturaleza jurídica. La primera de estas se denomina en teoría declaratoria y fue anunciada en 1341 por el Juez Scot. Esta teoría establece que los jueces no crean ley —ya que esta es tarea del legislador—, sino que debaten sobre sus distintos significados.²³² La segunda teoría trata sobre la naturaleza jurídica de los precedentes y lleva el nombre teoría creativa, fue anunciada en 1469 y establece que cada nuevo precedente crea una nueva ley.²³³

²²⁸ Forsythe, “A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*”, 448.

²²⁹ *Ibid.*, 449.

²³⁰ Grant Lamond, “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016, 1–5.

²³¹ Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, 966–67.

²³² *Ibid.*, 967–69.

²³³ *Ibid.*, 969–70.

La oposición entre estas dos teorías ha marcado una distinción entre procesos legislativos y judiciales. Indicar que *las decisiones no son ley* se contrapone al *overruling* de esas mismas decisiones [eliminar un precedente]; señalar que *el legislativo legisla y las cortes interpretan* se opone a considerar el papel interpretativo del legislador, “[e]n la etapa más temprana de la legislación inglesa, ‘la legislatura emite su propia interpretación de sus actos’ y, al menos en los Estados Unidos, las leyes a menudo prescriben el significado que debe interpretarse”.²³⁴

Es necesario considerar también que, las cortes limitan el uso del precedente, ya sea para evitar la perpetuación de un error de una decisión anterior, ya sea por ser decisiones obsoletas; esto permite a las cortes afrontar nuevos casos con nuevas razones [*res integra o res nova*], en otras palabras: “[e]l deber de seguir el precedente está siempre calificado por el derecho de anularlo [...]”.²³⁵

Esto propone una confrontación con los valores del *rule-of-law*, ya que, se pretende que un precedente otorgue estabilidad y previsibilidad a fin de que los ciudadanos conozcan cómo serán tratados sus casos en el presente. “Para realizar estos valores, el razonamiento basado en precedentes debe funcionar de modo que los precedentes tengan un efecto restrictivo en la decisión presente”.²³⁶

Por esta razón, la labor judicial encuentra un balance entre estabilidad y flexibilidad en el desarrollo de la regla del precedente, porque, confronta constantemente los valores de eficiencia [distinguir o anular un precedente] contra los valores de estabilidad y previsibilidad [seguir un precedente]. Debo resaltar que para anular un precedente es necesario: (i) considerar si el precedente está o no asentado [si se sigue o no]; (ii) considerar si la decisión original estaba mal decidida; (iii) si el caso original es viable; (iv) los hechos actuales cambian la decisión anterior; (iv) los cambios legales.²³⁷

En conclusión, el precedente es vertical y obligatorio para las cortes inferiores y, es horizontal y persuasivo para la misma corte. Los términos obligatorio y persuasivo son relativos, porque, las cortes inferiores pueden no seguir el precedente utilizado la técnica del *distinguish*, aunque esto no anula el precedente, simplemente lo inaplica. En cambio, la alta corte puede anular el precedente anterior, lo cual tiene efectos retroactivos.

²³⁴ Ibid., 972.

²³⁵ Ibid., 976.

²³⁶ Katharina Stevens, “Reasoning by precedent: Between rules and analogies”, *Legal Theory*, n° 24 (2018): 220.

²³⁷ Forsythe, “A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*”, 450.

3.4. Enfoque del precedente

¿Cómo se puede identificar si un caso es resuelto con un precedente o no? Si se asume un sistema legal en el que el precedente tiene una autoridad vinculante, entonces, el juez se ve obligado a tomar el mismo fallo una vez más. Hay más de una sola forma de razonar a través del precedente; porque este le otorga al juez la razón autoritaria para resolver un caso presente [*present case*] basado en un caso anterior [*precedent*], el precedente se distingue [*distinguish*] únicamente si el juez tiene una razón para excluir el razonamiento del precedente.

En el proceso de razonamiento judicial se ubica la existencia del precedente que brinda las razones obligatorias y autorizadas para seguirlo [*binding and authoritative reasons to decide*].²³⁸ En principio, se puede pensar que un precedente se aplica si hechos del pasado son los mismos que los del futuro, de esa manera, la decisión sería la misma, este es el punto controvertido, ¿qué significa que dos casos sean iguales? No implica que sean necesariamente idénticos pues pueden diferir en tiempo, en lugares, etc., y, aun así, seguir siendo los dos casos iguales; esto propone que los casos sean iguales en todos los aspectos relevantes, esto plantea una nueva interrogante, ¿qué hace relevante a un caso?²³⁹

Cuando se enfoca esta pregunta en los casos legales, se puede observar que no todos los casos crean precedentes, de manera que, se puede discutir sobre los hechos [quién hizo qué], sobre las pruebas [evidencia] o sobre la ley aplicable. De ahí que, la estructura de la sentencia tenga cinco aspectos: (i) un relato de los hechos; (ii) la identificación del problema jurídico a resolverse; (iii) el razonamiento sobre la adecuada resolución; (iv) la sentencia que resuelve el problema jurídico; (v) el resultado del caso [qué parte ganó].²⁴⁰

Como consecuencia, el razonamiento jurídico, en el sistema del *common law*, se desenvuelve principalmente en argumentos [enfoques]: (i) Por reglas; (ii) Por analogía. El primero, implica seguir una decisión anterior en un caso posterior, pues ambos son *iguales*, en el segundo, implica seguir una decisión anterior en un caso posterior, porque el anterior es *similar* al posterior.²⁴¹

²³⁸ Stevens, "Reasoning by precedent: Between rules and analogies", 216.

²³⁹ Lamond, "Precedent and Analogy in Legal Reasoning", 4.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid., 1.

Los dos niveles en el enfoque por regla son: (i) el razonamiento autoritario [donde se hace la distinción] y (ii) el razonamiento no autoritario [donde no se hace la distinción], de esa manera, los fallos que se toman a través del precedente son justificables, ¿qué quiere decir justificable? Esa palabra no tiene un contenido definido, aunque lo más cercano es intentar dar cierta flexibilidad a los jueces, para que, desarrollen partes del derecho que no están abarcadas por los estatutos legislativos o por los precedentes.

El precedente es, desde otra óptica, una forma de limitar la acción del Juez y dar estabilidad y flexibilidad a sus decisiones, con ello, el razonamiento se vuelve metódico con el enfoque por reglas, por ejemplo, en el argumento de una opinión experta tenemos: A dice x, A es un experto en el área, por lo tanto, x; tenemos las preguntas: ¿x pertenece al área y?, ¿es confiable A?, ¿otros expertos están de acuerdo con A en el área y?²⁴²

En un precedente por reglas, el juez primero identifica cuales son las reglas que se representan en ese caso, luego, extrae esas reglas y lo lleva al caso presente que está tratando de resolver, aplican esa regla al caso presente y toma su decisión por la lógica deductiva, de manera que, tenemos por un lado la regla del precedente, las propiedades del caso, por lo tanto, la conclusión debe seguirse de manera deductiva, sin poder salirse de esa esfera, porque lo único que se tiene que ver es si el argumento es válido o no.²⁴³

En el precedente por analogías, el Juez toma ambos casos al mismo tiempo, razona con ellos al mismo tiempo, trata de encontrar similitudes y diferencias para poder tomar su decisión. La gran diferencia con el enfoque anterior es el orden del razonamiento; en las reglas los casos no se chocan, ya que tenemos que razonar con el precedente para poder llegar a la regla y utilizar la misma en el caso presente, mientras que, en la analogía se chocan ambos casos a la vez, porque hay que encontrar las similitudes y diferencias entre ambos.²⁴⁴

Las analogías son la comparación entre dos objetos análogos, un objetivo-análogo sobre el cual se dice algo y una fuente-análogo que es usada para decir ese algo. Por ejemplo, en el caso *Dillon vs. Legg* se ordenó que la madre y su hija sean indemnizadas por presenciar el atropellamiento y muerte de su hijo. Ahora, ¿qué tal si quien presenció el accidente no fuera la madre sino la maestra de escuela? ¿Se puede seguir el precedente? Podría señalarse que las maestras del jardín son como madres.²⁴⁵

²⁴² Stevens, "Reasoning by precedent: Between rules and analogies", 224.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid., 235.

²⁴⁵ Ibid., 236.

En este ejemplo, maestras del jardín es el objetivo-análogo y madres es la fuente-análogo. En el razonamiento por analogía, el caso precedente sirve como fuente-análogo y el caso presente sirve como objetivo-análogo.²⁴⁶ Razonando el precedente como una analogía, se tiene, por ejemplo: el caso precedente A y el caso presente B son similares, por lo tanto, ambos casos son legalmente iguales, cuando el caso presente B es igualmente legal al caso precedente A, entonces A debe seguir lo mismo B.

Las preguntas críticas son: ¿qué tan similares son los casos A y B?, ¿hay una diferencia entre A y B? Esto nos revela lo que significa legalmente iguales, es decir: sin diferencias relevantes. La desventaja es que debemos tener una buena explicación de qué es relevante y de qué es irrelevante. Aquí no podemos determinar con claridad cuáles son estas limitantes para el juez.

En cualquiera de los enfoques, el problema existe cuando se llega a una mala decisión, pues el precedente debe seguirse a cualquier costo, ello determinará los pilares de eficiencia, estabilidad y flexibilidad de la creación judicial de leyes, sin embargo, al ser flexible es posible la enmendadura de errores, y por ello el derecho inglés ha sobrevivido hasta nuestros días con su fenómeno de adaptabilidad.²⁴⁷ Concluyo que el enfoque que se le de al precedente determinará su vinculatoriedad y su corrección.

4. Líneas finales

A lo largo de este primer capítulo mi objetivo principal era separar al precedente de la jurisprudencia a través del método dogmático, con enfoque descriptivo y sistematizador, eligiendo autores relevantes por la temática a tratar. A este objetivo lo abordé desde una aproximación histórica, filosófica-política y jurídica, para hacer un correcto estudio del precedente.

Para cuestionar la coherencia entre precedentes se tiene que saber qué implica la palabra precedente en el *common law*, en vez del *civil law*. De ahí que, he revelado el mal uso que se le ha dado al precedente en el *civil law* y las consecuencias de su forzosa incrustación.

Además, he identificado que los llamados precedentes constitucionales y el *law making* continental de las cortes constitucionales, difícilmente puede catalogarse dentro del verdadero *precedente* y *law-making* del *common law*; porque estos elementos se rigen, clasifican, enfocan y funcionan por las consideraciones propias de su sistema.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid., 219.

En este orden de ideas, establezco que la jurisprudencia es un dispositivo abstracto que faculta al juez del *civil law* a crear interpretaciones restringidas a la correcta aplicación de la ley emitida por el parlamento o función legislativa del estado. La jurisprudencia no crea nuevo derecho, por el contrario, la jurisprudencia sostiene el sentido del derecho que ya ha sido creado por el legislador. En cambio, el precedente si le faculta al juez a crear nuevo derecho desde los hechos del caso [*case law*], interpretaciones que son vinculantes o persuasivas para casos futuros.

Es clara esta diferencia estructural entre distintos sistemas de derechos, sin embargo, evidencio la existencia del llamado precedente constitucional, en su análisis concluyo que no existe una única concepción del mismo por el diferente desarrollo que ha tenido en Latinoamérica. Unos autores buscan darle autonomía frente al verdadero precedente del sistema jurídico del *common law*, y otros autores buscan conciliarlo.

En el *common law* también han existido intentos de codificarlo a través de la idea de la constitución originaria de Inglaterra y del contractualismo, sin embargo, aquello ha sido descartado como un mito. Con lo que, en el sistema del *civil law* se puede hablar de jurisprudencia constitucional, pero jamás del precedente constitucional, ya que, su sola enunciación compromete siglos de historia jurídica y filosofía política.

He marcado que el precedente no puede entenderse fuera de su historia, para lo cual, atraveso la historia del *common law* y encuentro que la concepción del precedente se desarrolla con la elaboración de las cortes, que sirvieron como mecanismo para hacer justicia. Además, causaron una continuidad lineal en el tiempo que no siguió la idea de la codificación, con esto, el *common law* fue evolucionando y manteniendo el equilibrio entre la firmeza del derecho y el cambio.

Este acto creativo de la ley, a través del *law making* fue adoptado con el nacimiento de los estados constitucionales. Sin embargo, su aplicación no libre, sino que, está restringida a los mandatos de la ley parlamentaria. Avanzo en la construcción del concepto del precedente y encuentro distintas formas de razonarlo, una forma se asemeja al silogismo jurídico, porque, en un caso presente se aplica la misma regla del caso anterior, otra forma es analógica, en la que, se evalúan en conjunto ambos casos.

Ratifico en considerar al precedente como el orden de derecho [*legal order*] de la ley del lugar [*law of the land*] que se ubica dentro del sistema de derecho [*legal system*] del *common law*. El precedente funciona como un mecanismo que permite a una corte futura decidir su caso buscando en las razones de la decisión de la corte pasada. Estas razones dependen de los hechos del caso y del derecho que se crea para resolver ese caso.

Capítulo segundo

El precedente en la Corte Constitucional del Ecuador

¿Qué es la teoría democrática de la constitución? ¿Por qué es importante la coherencia? ¿Por qué debe respetarse el precedente? ¿Qué es el precedente para la Corte Constitucional del Ecuador, CCE? ¿Hay un precedente sobre la motivación? ¿Hay coherencia en los precedentes sobre el control de constitucionalidad? En este capítulo segundo pretendo abordar una respuesta a cada una de estas preguntas.

El Ecuador, al haberse auto-declarado como Estado Constitucional, se adentra en el giro constitucional que apuesta a la reorganización del sistema jurídico poniendo como eje de referencia a la constitución. Esta precisión resalta el cambio de concebir a la constitución como un proyecto político, para pasar a concebirlo como un sistema normativo de directa aplicación. En este marco es donde aparece la teoría democrática de la constitución para establecer vínculos y límites al poder.

Desde esta ubicación teórica es posible avanzar al resto de preguntas, porque la CCE no es indiferente al contexto constitucional. Tanto más que, la coherencia no es solo interna [la labor de la CCE], sino también externa [la práctica judicial debe ser coherente con la teoría constitucional].

Como consecuencia, es preciso insistir en la importancia de la coherencia como elemento fundamental de toda teoría y práctica jurídica. Aunque la coherencia pueda ser enfocada y estudiada desde diferentes ángulos, lo que me interesa es aplicarla como elemento de análisis a los llamados precedentes de la CCE.

Ya en este punto, es preciso enfocar el análisis a la importancia de respetar los precedentes, es decir, respaldar teóricamente el motivo por el cual la CCE está obligada a respetar sus propios precedentes y el enfatizar que solo este respeto a los precedentes da vida y sentido a una práctica jurídica.

De ahí, establezco lo que la CCE entiende por precedente para contrastarlo con el precedente en el *common law*. En efecto, es claro que una sola de las varias concepciones que la CCE tiene sobre el precedente puede adscribirse al *common law*. No obstante, aunque la CCE se acerque a una correcta elaboración teórica, eso no implica que la práctica constitucional coincida con esa elaboración teórica.

Hasta este punto habré hecho una revisión bibliográfica y legal para desarrollar las cuestiones más relevantes en las preguntas anteriores. Esclarezco sobre qué estoy tratando para pasar al análisis de los precedentes de la CCE. Particularmente, delimito el examen a la motivación y al control de constitucionalidad.

A través del método jurisprudencial y con un enfoque descriptivo y sistematizador elijo las sentencias que originan la regla judicial sobre estos asuntos y luego selecciono las subsiguientes sentencias que la desarrollan o la cambian. En la motivación, encuentro que la CCE hace la regla sobre el control de motivación en forma abstracta desde el texto de la constitución y no desde los hechos del caso. Luego, observo que el cambio o anulación sobre esta regla no está injustificada.

Con esto, concluyo que, lo que realmente viene haciendo la CCE es desarrollar una jurisprudencia constitucional. Luego, analizo el control de constitucionalidad y encuentro que en este se crean reglas en abstracto [sin aplicación a los hechos del caso]. De ahí que, demuestro que la CCE antigua declaró que el Ecuador tiene un control de constitucionalidad abstracto. Esto implica que la CCE futura debía seguir ese llamado precedente sobre el control abstracto de constitucionalidad. Sin embargo, no lo hace y declara posteriormente que en el Ecuador hay control de constitucionalidad difuso. Por consiguiente, no hay coherencia entre estos precedentes.

1. Teoría democrática de la constitución

Para pensar en una teoría democrática de la constitución se debe advertir que los presupuestos jurídicos entre derecho y estado han diferido con el desarrollo de las sociedades. Conceptos tales como derechos fundamentales, garantías constitucionales, validez formal, validez sustancial, acto constituyente, solo tienen relevancia para el derecho moderno o de las actuales democracias constitucionales.²⁴⁸

El paradigma del estado legislativo de derecho, para el cual es relevante el principio de legalidad como fuente de legitimación del derecho, resulta indiferente en el paradigma del estado constitucional de derecho, para el cual, es relevante la subordinación de la ley a los principios constitucionales como condición de validez.²⁴⁹ Por consiguiente, cambia la forma de pensar el derecho del s. XIX en el s. XXI.

²⁴⁸ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho* (Madrid: Trotta, 2013), 4–6.

²⁴⁹ *Ibid.*, 6.

El estado, como una creación artificial de la razón,²⁵⁰ tiene tres etapas de análisis. La primera, un estado premoderno en el que el derecho se piensa desde la jurisprudencia, es decir, como una creación evolutiva desde los juristas [iusnaturalismo]; la segunda, un estado legal en el que el derecho se piensa desde la ley, es decir, como una creación desde el estado [positivismo]; la tercera, un estado constitucional en la que el derecho se piensa desde la constitución [garantismo].

¿Existe una teoría formal y general de la democracia constitucional? Una teoría general y formal, como un sistema de conceptos y enunciados diferenciado de materias especiales [civil, penal, procesal] es un producto del s. XX.²⁵¹ En cambio, una teoría de la constitución configura la manera práctica de organizar, distribuir y limitar el poder del estado a través de la constitución y “la satisfacción de ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública”.²⁵²

De ahí que, el constitucionalismo jurídico designe un sistema de derecho y el constitucionalismo político establezca límites y garantías de políticas externas de los sistemas jurídicos.²⁵³ Más allá de esto, es importante reconocer que esta construcción discursiva vio enfrentado por un lado a la dogmática jurídica [normas jurídicas que regulan los comportamientos humanos —verdad jurídica—, por ejemplo: todo hurto es penado] con la sociología jurídica [el comportamiento humano sobre el cual se constata de manera realista la efectividad normativa —verdad fáctica—, por ejemplo: solo ciertos tipos de hurto son penados].²⁵⁴

La divergencia entre normas y hechos producida por el iuspositivismo es una separación entre justicia y validez [moral y derecho], misma que es superada en los estados constitucionales de derecho, porque el fenómeno jurídico es visto, a la vez, como norma y hecho o acto.²⁵⁵ La nueva divergencia la produce el iusconstitucionalismo, porque separa validez de vigencia, es decir, una ley es válida no solo por la forma en que ha sido producida, sino también, por la coherencia de sus contenidos o significados con la constitución.²⁵⁶

²⁵⁰ Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, 4.ª ed. (Madrid: Alianza Editorial, 2018), 279–80.

²⁵¹ Ferrajoli, *Principia iuris*, 2013, 4.

²⁵² Martín Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2022), 21.

²⁵³ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *DOXA*, n.º 34 (2011): 17, doi:<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>.

²⁵⁴ Ferrajoli, *Principia iuris*, 2013, 9.

²⁵⁵ *Ibid.*, 11.

²⁵⁶ *Ibid.*, 16.

En este sentido, la teoría democrática de la constitución no es en modo alguno una teoría formal, sino una interpretación axiológica del paradigma constitucional formal elaborado por la teoría del derecho.²⁵⁷ La concepción a-valorativa y descriptiva del derecho en la que todo juicio valor carece de relevancia [enmascaramiento ideológico], resulta irrealizable en las actuales democracias constitucionales.²⁵⁸

La democracia, en general, es un método de construcción de las decisiones públicas, ya que, atribuye al pueblo o a su mayoría el poder —directo o mediante representantes— de asumir sus decisiones.²⁵⁹ Esta concepción de la relación entre pueblo y democracia lleva el nombre de soberanía popular o expresión popular [en el sentido de poder absoluto impuesto por la omnipotencia de la mayoría] que resulta contradictoria con el modelo de democracia constitucional.²⁶⁰

La base de la teoría de la democracia constitucional es la teoría de la validez. Por un lado, la vigencia y validez en lo formal [quién y cómo se decide] satisface el principio de mera legalidad, es decir, la forma democrática de producción de la ley; por otro, la vigencia y validez en lo sustancial [qué está permitido decidir] atiende al contenido que satisface el principio de estricta legalidad.²⁶¹

La democracia constitucional es la conjunción de la democracia formal con la democracia constitucional. La democracia formal es entendida como una institución política que mediante la constitución reconoce en el ámbito público la división de los poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno, la separación de funciones; y, la democracia sustancial es la que tiene como razón social la garantía de los derechos de libertad y sociales.²⁶²

El paradigma complejo de la democracia constitucional posibilita la unión entre la dimensión formal y sustancial de la democracia, lo cual importa al contenido de las decisiones, es decir a los límites [lo que está prohibido] y a los vínculos [lo que es obligatorio] impuestos a los poderes representativos.²⁶³ Por lo que, la democracia constitucional funciona como un método de civilización y solución pacífica de conflictos.²⁶⁴

²⁵⁷ Ibid., 19.

²⁵⁸ Ibid., 20.

²⁵⁹ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia* (Madrid: Trotta, 2000), 9.

²⁶⁰ Ibid., 13.

²⁶¹ Ferrajoli, *Principia iuris*, 2013, 879–80.

²⁶² Ibid., 881.

²⁶³ Ferrajoli, *Principia iuris*, 2000, 15.

²⁶⁴ Ibid., 62.

De esto se sigue que, los derechos fundamentales dan forma y contenido a la voluntad popular, es decir, limitan o vinculan al poder ejercido por las contingentes voluntades que son la expresión de la democracia.²⁶⁵ Límites al poder, para garantizar los derechos de libertad y el principio de igualdad, siendo que, el sobrepasar a esto límites por acción conlleva a antinomias, es decir, leyes inválidas que requieren ser anuladas por intervención judicial.

Vínculos al poder, para garantizar derechos sociales, siendo que, el incumplimiento por omisión ocasiona lagunas que deben ser llenadas por intervención legislativa.²⁶⁶ En otras palabras, los derechos fundamentales de libertad imponen prohibiciones al poder y los derechos fundamentales sociales imponen obligaciones al poder.

En conclusión, el paradigma complejo de la democracia constitucional posibilita la unión entre la dimensión formal y sustancial de la democracia, lo cual importa al contenido de las decisiones, es decir a los límites [lo que está prohibido] y a los vínculos [lo que es obligatorio] impuestos a los poderes representativos. Por lo que, la democracia constitucional funciona como un método de civilización y solución pacífica de conflictos. Esto atraviesa las relaciones entre las personas y el derecho.

2. ¿Por qué es importante la coherencia?

La coherencia tiene varias virtudes, una de ellas es controlar las decisiones futuras con las mismas decisiones pasadas, otra virtud es, la justificación racional de una decisión. Además, la coherencia viabiliza una práctica social común en el que los diferentes actores de la sociedad tienen un entendimiento común de algún asunto y de la forma cómo es tratado ese asunto ante la justicia. Este entendimiento común, promovido por la coherencia, entraña una producción de principios que guardan sintonía con el tiempo, la moral y la ley.²⁶⁷

La coherencia es, por tanto, una práctica de la razón y la racionalidad teórica. Se puede buscar la justificación de una decisión y de un conjunto de decisiones con la coherencia. Aunque, hay diferentes niveles de coherencia en la teoría y en la práctica, de ahí que, el razonamiento necesite constantes elecciones entre diferentes alternativas más o menos coherentes.

²⁶⁵ Ibid., 18.

²⁶⁶ Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, 25.

²⁶⁷ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 150.

En primer orden, esa decisión debe ser internamente coherente o hacer sentido en su conjunto. En segundo orden, esa decisión debe ser coherente con el ordenamiento jurídico u otro conjunto de decisiones pasadas, así como con los principios subyacentes.²⁶⁸

En tercer orden, las normas adscritas de esa decisión deben ser coherentes con el derecho positivo y con las prácticas sociales. En cuarto orden, la fundamentación de esa decisión debe ser coherente con las transformaciones jurídicas y sociales. Finalmente, en el quinto orden, esa decisión debe ser coherente con la moralidad crítica.²⁶⁹ El postulado de coherencia implica la noción de sistema, porque un sistema legal debe estar orientados a principios y valores comunes con el sistema. De ahí que, hablar de precedentes en el *civil law* sea incoherente:

La coherencia del sistema normativo es un requisito elemental de una teoría científica. Incluso cuando un operador jurídico pueda determinar muy poco en su primera decisión de ponderación, con cada decisión consigue una determinación normativa que, con un número creciente, puede desarrollar cada vez más un sistema abstracto de relaciones de prioridad. Al llegar a una decisión, la cual no pueda integrarse al sistema coherente de decisiones hasta ese momento, entonces, el operador jurídico actúa de manera contradictoria. Si el operador jurídico es un tribunal, no sólo éste se encuentra vinculado en principio a sus decisiones pasadas. Si bien es verdad que otros operadores jurídicos pueden apartarse de un precedente, no obstante, éste impone una carga argumentativa.²⁷⁰

La coherencia decisional se encuentra vinculada a la coherencia normativa conformada de cuatro elementos: (i) que una regla sea compatible con otra y encuentre fundamentos formales —como la seguridad jurídica— y sustantivos —un derecho constitucional—; (ii) que los jueces elaboren conjuntos de normas compatibles y vinculadas por principios; (iii) que el precedente se aplique vertical y horizontalmente; (iv) se busca que los conflictos normativos se solventen a través de la reconciliación o con la compatibilidad del resto de normas.²⁷¹

Así también, la coherencia decisional desde ser entendida desde la uniformidad en la interpretación: (i) para proteger la seguridad jurídica —terminar con la incertidumbre y constreñir a órganos inferiores—; (ii) para adscribir una sola norma a una disposición.²⁷²

²⁶⁸ Ibid., 362.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Borowski, *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*, 47–48.

²⁷¹ Camarena González, “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, 123–24.

²⁷² Ibid., 124.

En contraste, si no se respeta la coherencia “no sólo afecta a las partes en juicios, como sucede en el caso del derecho a la igualdad, sino a la ciudadanía en general pues se le adscriben normas contradictorias a una misma disposición sin que el ciudadano pueda conocer si una actividad está permitida, prohibida u obligada por el ordenamiento.”²⁷³

Es necesario considerar también que existen diferentes circunstancias que contribuyen a la coherencia, por ejemplo, mientras mayor número de enunciados sustentados, mayor será la coherencia, es decir, para una teoría o práctica [del precedente] se deben justificar más enunciados, haciendo de este modo una cadena de razones que conformen una estructura sólida.²⁷⁴ A través de estos enunciados se crea el sentido.

Hay, por lo tanto, factores empíricos cuando la coherencia protege institucionalmente derechos fundamentales, factores analíticos cuando la coherencia marca una relación recíproca entre los derechos fundamentales y el estado, factores normativos cuando la coherencia establece mutua dependencia entre reglas de un mismo ordenamiento.²⁷⁵

En conclusión, la coherencia existe cuando hay conceptos universales que designan de la misma forma un objeto, cuando dichos conceptos están interconectados uniformemente, cuando la práctica jurídica es racional con aquellos conceptos y cuando todo lo anterior se sostiene en el tiempo.

3. ¿Por qué debe respetarse el precedente?

El precedente debe respetarse porque evidencia la coherencia de la práctica judicial, es decir, mientras más se respete un precedente por la misma corte como por las cortes infra constitucionales, más se concretizará el respeto de los derechos constitucionales. En otras palabras, el respeto del precedente implica necesariamente el respeto de los derechos constitucionales. Así, el respeto al precedente garantiza los principios que lo definen, a saber: (i) equidad; (ii) expectativas y confianza; (iii) previsibilidad; (iv) consistencia entre la decisión y los creadores [jueces], y (v) pericia.

Garantiza la equidad porque trata casos similares de la misma manera. La regla del precedente se aplica de manera imparcial a todos, es decir, si a una parte se la trató de una manera particular en un caso, entonces, todas las partes en situaciones similares deben ser tratadas de la misma manera.²⁷⁶

²⁷³ Ibid., 123.

²⁷⁴ De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 366.

²⁷⁵ Ibid., 371.

²⁷⁶ Lamond, “Precedent”, 707.

Pero este razonamiento presenta dificultades, ya que, para que un precedente deje asentado un punto de derecho, debe: (a) haber hecho un juicio correcto sobre el fondo [*of the merits*] del asunto a la luz de la ley existente; (b) haber hecho un juicio incorrecto; o, (c) haber tomado una decisión entre dos reclamos igualmente elegibles. En estos tres casos, las cortes futuras deben repetir la decisión, pero solo en el tercer caso, la equidad entra en cuestión.

Si la decisión fue incorrecta [haber perdido cuando se debía ganar o ser absuelto cuando debía ser condenado], entonces la Corte debe corregir ese error en los casos futuros, por ello, la equidad explica el motivo por el cual los precedentes son obligatorio si el fondo [mérito] es indiscutible, pero no respalda la repetición de decisiones erróneas.²⁷⁷

Volviendo a lo anterior, el respeto al precedente garantiza las expectativas y la confianza, porque las partes saben que se va a seguir el precedente, aunque esto es discutible cuando estas expectativas son frustradas en la práctica por no seguirse el precedente. Sin embargo, si no hay buenas razones para seguir un precedente, entonces debe abandonárselo, y las legítimas expectativas se deben tener en cuenta al llegar al fondo de la decisión.²⁷⁸

El respeto al precedente también garantiza la previsibilidad ya que el precedente completa el sentido de la ley. La ley es inevitablemente incompleta en su sentido, v.gr. La mujer que dona óvulos a otra mujer para la fecundación *in vitro*, ¿es la madre del niño? Por ello, las decisiones de la Corte ayudan a que el contenido de la ley sea más concreto y específico, y por lo mismo, más predecible. La previsibilidad es valiosa si los demás casos son iguales.²⁷⁹

Garantiza la consistencia entre la decisión y los creadores [jueces] porque unifica la diáspora de opiniones. La ley codificada es el resultado de la discusión de un cuerpo colegiado de legisladores. Pero, en la práctica judicial, los jueces pueden tener diferentes puntos de vista sobre asuntos sustanciales, por ello, el precedente funciona como un filtro a través del cual se puede reducir la variabilidad de los resultados [puntos de vista]. Con lo cual, al seguir un precedente se logra un mayor grado de consistencia en el tiempo.²⁸⁰

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid., 707–8.

²⁷⁹ Ibid., 708.

²⁸⁰ Ibid.

Finalmente, seguir obligatoriamente un precedente garantiza pericia, porque, la decisión que se sigue es más probable que sea correcta que una decisión que se tome ahora o al azar. Además, se entiende que quienes crean un precedente [hacer una correcta formulación sobre un punto en derecho] son jueces de mayor pericia que los jueces inferiores.²⁸¹

En conclusión, el respeto al precedente garantiza: (i) el cumplimiento de la constitución y la ley; (ii) coherencia lógica y práctica; y, (iii) principios de justicia. Por ello, seguir el precedente resulta necesariamente obligatorio [*binding*], salvo que éste sea incorrecto, en otras palabras, no es necesariamente obligatorio seguir un precedente erróneo. Sin embargo, deben existir justificadas razones para catalogar de erróneo a un precedente.

3.1. ¿Qué es el precedente para la CCE?

El art. 429 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce a la Corte Constitucional del Ecuador [CCE] como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia constitucional. Además, establece que la esta CCE tiene jurisdicción a nivel nacional y su sede es en la capital del Ecuador, Quito. Además, este órgano colegiado goza de autonomía administrativa y financiera. Con lo que supone su libertad institucional y decisional.

En el Ecuador, el llamado precedente debe respetarse porque es constitucional y legalmente obligatorio. Es constitucionalmente obligatorio respetar un precedente porque la Constitución de la República del Ecuador [CRE] establece en su artículo 436 numeral 6 la atribución de la CCE de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante. Es legalmente obligatorio respetar un precedente porque la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC] establece en su artículo 2 numeral 3 un principio de obligatoriedad del precedente constitucional.

En este sentido, la Constitución no elabora una lógica del precedente desde el sistema anglosajón, sino que, crea un nuevo tipo de jurisprudencia desde la lógica del sistema romano, este nuevo tipo de jurisprudencia es jurisprudencia en materia constitucional. Hay, pues, un equívoco en los principios de justicia constitucional que ha desarrollado el legislador ecuatoriano.

²⁸¹ Ibid., 709.

Fuera de las disposiciones codificadas, resulta intrigante explorar las concepciones sobre el precedente que ha tenido la CCE a través del tiempo. En el año 2009, la CCE considera que el juez constitucional crea derecho y solo en asuntos de control constitucional los efectos son para todos [*erga omnes*], pero, en otras garantías constitucionales, los efectos son, por lo general, solo para las partes [*inter partes*].²⁸²

Esto último admite las siguientes excepciones: un efecto *inter pares* supone que la regla puede aplicarse a futuro; un efecto *inter comunis* supone que los efectos alcanzan y benefician a terceros que no son parte del proceso; un efecto de *estado de cosas constitucionales* en el que se disponen políticas y programas que benefician a terceros.²⁸³

En el año 2012, la CCE considera que los jueces ordinarios actúan en calidad de jueces de constitucionales y que las sentencias que expidan deben mantener armonía con la línea jurisprudencial constante de la CCE, ya que, estas líneas son precedentes jurisprudenciales obligatorios.²⁸⁴ Para el año 2015, la CCE empieza a citar la *ratio decidendi* [parte motiva] de las sentencias de la CCE del año 2009, porque adopta la doctrina del *stare decisis*; reconoce a las decisiones anteriores como fuente del derecho.²⁸⁵

En este periodo, se considera a las decisiones anteriores como reglas que obligan a la CCE a “respetar sus propios precedentes para mantener la coherencia en las argumentaciones y soluciones enunciadas en aras de la uniformidad”.²⁸⁶ De ahí que, cuando cualquier persona presenta una acción sobre cualquier garantía constitucional, y ese caso tiene una sentencia pasada en la que se reconoce o se niega el derecho, entonces, se crea la predictibilidad para que el caso presente guarde armonía con el caso pasado.²⁸⁷

Luego, en el año 2020, la CCE inventa el precedente *en sentido estricto*; se ubica en la parte motiva, para buscar la *ratio decidendi* o conjunto de razones esenciales e identificar la *regla* en la que el juez subsume los hechos para extraer la decisión. Finalmente, si esta regla es producto de una interpretación, entonces existe precedente vinculante en sentido estricto, pero, si la regla es producto de la aplicación de una norma preestablecida en el ordenamiento jurídico, entonces, no hay precedente.²⁸⁸

²⁸² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 031-09-SEP-CC, en *Caso n.º: 0485-09-EP*, 24 de noviembre de 2009, 8.

²⁸³ *Ibid.*, 9.

²⁸⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 105-12-SEP-CC, en *Caso n.º: 0752-10-EP*, 3 de abril de 2012, 16.

²⁸⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 139-15-SEP-CC, en *Caso n.º: 1096-12-EP*, 29 de abril de 2015, 17.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 109-11-IS, en *Caso n.º: 109-11-IS*, 26 de agosto de 2020, 5.

Además, establece que las sentencias de las cortes inferiores o de instancia no constituyen precedentes [precedente horizontal hetero-vinculante]. El único órgano que puede hacer precedentes vinculantes es la CCE. Vinculación horizontal para cortes futuras en casos análogos [autoprecedente] y vertical para cortes de instancia.²⁸⁹ Finalmente, en 2021, la vinculatoriedad se da solo cuando existan similares situaciones fácticas en casos pasados.²⁹⁰

De todo lo antes anotado, observo que no hay un criterio claro sobre qué es un precedente para la CCE, por el contrario, existen nuevas categorías como precedente en sentido estricto que nunca han sido mencionadas por CCE. De similar modo, la LOGJCC y la CRE establecen categorías que conjugan aspectos de dos sistemas diferentes, como precedente jurisprudencial

A pesar de todo esto, la verdad sea dicha, lo más cercano al precedente es el caso referenciado del año 2015, es la única sentencia que justifica su decisión con casos de muchos años pasados. Además, en forma correcta, establece que esta acción la hace por la doctrina del *stare decisis* para guardar coherencia decisional.

3.2. ¿Hay un precedente sobre la motivación?

¿Qué es motivar? Motivar es argumentar, es decir, es la manera en cómo se construye un pensamiento jurídico, *ergo* no es motivar simplemente hacer citas incoherentes o sin sentido dentro de un documento. Cuando una autoridad motiva sus decisiones, lo que hace es garantizar una posición imparcial que en su vertiente subjetiva implica —o da la apariencia de— carecer de perjuicio personal y en la vertiente objetiva de imparcialidad se ofrece confianza en las decisiones.²⁹¹

En un Estado constitucional de derechos y justicia —como lo es el Ecuador a partir de la Constitución del 2008—, los jueces tienen un rol fundamental, pues ellos son los llamados a garantizar los derechos de las personas y este ejercicio de garantismo jurisdiccional implica revisar la motivación de las resoluciones o actos emanados del poder público [esto incluye sus mismas decisiones judiciales].²⁹²

²⁸⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 1035-12-EP/20, en *Caso n.º: 1035-12-EP*, 22 de enero de 2020, 4.

²⁹⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 1791-15-EP/21, en *Caso n.º: 1791-15-EP*, 27 de enero de 2021, 4.

²⁹¹ Verónica Hernández Muñoz, “El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Cómo conocer si una sentencia está correctamente fundamentada?”, *Yachana* 7, n.º 1 (2018): 25, doi:<http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/3659>.

²⁹² Carla Espinosa Cueva, *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*, Justicia electoral y democracia 2 (Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010), 9.

En el Ecuador y otros países latinoamericanos, al menos en teoría, se considera a la motivación como uno de los elementos fundamentales de prevención y control frente a la arbitrariedad de la apreciación de las pruebas de los jueces y como presupuesto del derecho a los recursos. Por ello, se considera que la motivación debe justificar y rendir cuentas de los razonamientos por los cuales se ha llegado a la solución adoptada, lo cual en nuestro país no siempre se cumple, ya que en múltiples ocasiones no existe una debida armonía y coherencia lógica entre las premisas y las conclusiones del fallo, pese a la exigencia constitucional.²⁹³

En este contexto, la motivación no es una mera explicación, peor aún, una comprobación de requisitos, sino, un acto intelectual que se realiza sobre el caso concreto, esto tiene un fin endo-procesal al “permitir que las partes puedan entender con claridad el contenido de la decisión [...]”.²⁹⁴ En otras palabras, con la motivación de la sentencia o de los actos públicos se justifica que el ejercicio del poder tiene un fundamento y no se lo hace al azar o de forma prepotente ni arbitrario. Con lo cual, se dota de contenido y vigencia al Estado Constitucional y su teoría fundante, es decir, a través de la motivación se frena el abuso del poder.

Este mecanismo coadyuva al control externo [social] de la decisión y permite al juez que conoce un recurso hacer una valoración adecuada de la sentencia,²⁹⁵ sin que esto último sea visto como una violación al principio de independencia interna o externa de la función judicial, pues esta revisión se la hace a través de algún recurso impugnatorio [ordinario o extraordinario] propuesta por alguna de las partes interesadas.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia n.º 017-10-SEP-CC, caso No. 0241-09-EP, de fecha 11 de mayo del 2010 estableció un control de motivación a partir de tres estándares: (i) falta de motivos, (ii) falta de base legal y (iii) deturpación de un escrito; esto significa:

La falta de motivos puede ser caracterizada por la ausencia absoluta de motivos, por la contradicción de motivos, por el motivo hipotético o por la falta de respuesta a la conclusión. ***La falta de base legal*** es la medida a partir de un control sustancial, implicando en la insuficiencia de mérito de los motivos fácticos. Y, ***la deturpación de un escrito*** puede ser definida como un error flagrante de apreciación y no como falta de apreciación.²⁹⁶

²⁹³ Ibid., 15.

²⁹⁴ Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006), 306.

²⁹⁵ Ibid., 339.

²⁹⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 017-10-SEP-CC, en *Caso n.º: 0241-09-EP*, 11 de mayo de 2010, 10.

Tabla 1

Análisis de la sentencia 017-10-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional

Sentencia n.º: 017-10-SEP-CC, Caso n.º: 0241-09-EP de fecha 11 de mayo del 2010 Juez Constitucional Ponente: Doctor Patricio Herrera Betancourt	
Hechos	El viernes 24 de abril del 2009, el presidente ejecutivo de la línea aérea TAME, Teniente General, César Alfonso Naranjo Anda, plantea una acción extraordinaria de protección, mediante la cual, se impugna la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia [actual Corte Nacional de Justicia]. Sentencia que casa la sentencia del Tribunal a quo, en la que, se acepta parcialmente la demanda declarando nulo el Memorando AL-B2-03-000078 del 05 de febrero del 2004, y ordena la restitución del actor Dr. Mario Patricio Chávez Salazar, al cargo que venía desempeñando y al pago de las remuneraciones que dejó de percibir durante el tiempo de su ilegítima separación. El problema se ubica en enero del 2004 cuando TAME le acepta al actor su retiro voluntario, pero, sin las compensaciones que establecía la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa [LOSCCA], en virtud, que los empleados de TAME son considerados como empleados civiles de las Fuerzas Armadas, por consiguiente, no aplican los beneficios de la LOSCCA.
Problema jurídico	La sentencia impugnada ¿cumple con el principio de motivación previsto en el art. 76 numeral 7, literal I de la Constitución?
Argumento principal	El casacionista reiteradamente ha manifestado que, efectivamente, el 19 de enero del año 2004, presentó su retiro voluntario del cargo de Jefe del Departamento de Trámites Judiciales de la Asesoría Jurídica de TAME, lo cual fue aceptado por el presidente ejecutivo de TAME en memorando N.º AL-B2-03-000078 del 05 de febrero del 2005; sin embargo, la aceptación de una renuncia que no fue presentada por el actor, es un acto inmotivado [el memorando], pues, no se ajusta a los términos del proceso previo [petición de retiro voluntario]. Por lo tanto, se trata de una cesación arbitraria de las funciones que venía desempeñando el actor que derivan en la nulidad del acto administrativo que acepta una renuncia que jamás fue presentada. Visto de ese modo, hay falta de motivación.
Conclusión	Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por el presidente ejecutivo de TAME, línea aérea del Ecuador, Teniente General, señor César Alfonso Naranjo Anda, en consecuencia, se deja sin efecto la sentencia en la cual se aceptó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo

Fuente y elaboración propias sobre la base de documentos de la CCE.

Con el contenido de esta tabla se puede observar que la CCE crea una regla desde la normativa para resolver el caso concreto, es decir, no extrae del caso concreto la regla del derecho. Por lo tanto, la CCE no hace una regla del precedente, sino más bien, una suerte de jurisprudencia constitucional, ya que, utiliza el mismo método de esta, es decir, configurar una regla abstracta para dotar de sentido o concretizar un derecho constitucional. Este es el caso guía o *leading case* que debe servir de fundamento para las CCE, pues, en este caso la CCE advierte la necesidad de un control de motivación para los actos públicos o que devengan del ejercicio del poder y con esto, poder limitarlos.

La Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia nro. 227-12-SEP-CC, caso nro. 1212-11-EP, de fecha 21 de junio de 2012, avanza en la configuración de la motivación bajo tres parámetros de estricta observancia: (i) razonabilidad, (ii) lógica y (iii) comprensibilidad, de manera que:

Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.²⁹⁷

Tabla 2
Análisis de la sentencia 227-12-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional

Sentencia n.º: 227-12-SEP-CC, Caso n.º: 1212-11-EP de fecha 21 de junio del 2012 Juez Constitucional Ponente: Doctor Patricio Herrera Betancourt	
Hechos	Comparece el Ing. Jaime Guerrero Ruiz, ministro de Telecomunicaciones y presidente del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, CONATEL, plantea una acción extraordinaria de protección, mediante la cual, se impugna la sentencia dictada por los jueces de la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja, de fecha 31 de mayo del 2011; en la que, se declaró con lugar la acción constitucional propuesta por Germán Cueva Atarihuana, pues, se estimó que el acto impugnado, que declaró la terminación anticipada la concesión de frecuencia a favor de ECOTEL RADIO y sus repetidoras, vulneró derechos constitucionales, entre ellos, el de falta de motivación de la resolución.
Problema jurídico	La sentencia impugnada, ¿vulnera los derechos a la tutela judicial efectiva, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a la motivación previstos en los artículos 75, 76 numerales 1, 7 letras a, k, l, y 82 de la CRE, respectivamente?
Argumento principal	En el caso enjuiciado, la sentencia de segunda instancia basó su decisión en los recaudos procesales obtenidos por el juez a quo, sin que, su negativa a considerar nuevos hechos o argumentos se base en la falta de necesidad, sino en la formalidad condicionada y el estado del proceso. Con tal motivación, se da a pensar que el juez, a pesar de considerar que no posee los elementos suficientes para tomar la decisión, se ve impedido legalmente a hacerlo, cuando, el artículo 24 de la LOGJCC le faculta plenamente a hacerlo, de considerarlo necesario. Esto afecta la pertinencia de la aplicación del derecho en la providencia y repercute en la plenitud de la decisión expresada en la sentencia. Por ende, la sala no cumplió enteramente con su atribución de motivar en la sentencia impugnada.
Conclusión	(i) Declarar vulnerados los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica y al debido proceso, en la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, así como al derecho a la defensa, en las garantías de continuidad y permanencia, la garantía de un juez imparcial y la obligación de motivar, consagrados en los artículos 75, 82, 76 numerales 1 y 7, literales a, k y l, respectivamente, de la Constitución de la República. (ii) Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada. (iii) Dejar sin efecto la sentencia del 31 de mayo del 2011, dictada por la Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Loja. (iv) Retrotraer la causa hasta el momento procesal en que se constató la vulneración de los derechos constitucionales, esto es, al momento de dictarse la sentencia. (v) Devolver el proceso a la Corte Provincial de Justicia de Loja para que, previo sorteo, otra sala conozca y resuelva la causa, observando las garantías.

Fuente y elaboración propias sobre la base de documentos de la CCE.

²⁹⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 227-12-SEP-CC, en *Caso n.º: 1212-11-EP*, 21 de junio de 2012, 14.

Este test de motivación fue utilizado y aplicado por el sistema judicial, pero, perdió su efectividad, ya que, se utilizó como un *check list*, es decir, se verificaba formalmente si una decisión cumplía con los tres requisitos [lógica, comprensibilidad y razonabilidad] y no se hacía un análisis de fondo.

Un ejemplo claro de esto lo encontramos en el caso de Nelly Yolanda Garcés Núñez, quien trabajó 11 años en la Dirección de Educación de Chimborazo, no contaba con nombramiento, ganaba un sueldo muy inferior a la canasta básica y no estaba afiliada al IESS. Ella presenta la acción protección alegando vulneración a sus derechos laborales.

El juez de primera instancia, inadmitió la acción de protección porque: (i) no existe un *documento* que manifieste la voluntad de la administración pública de dar por terminado el vínculo laboral; (ii) Existen otras vías idóneas para resolver la petición, y (iii) porque de la *simple* lectura de la acción de protección, no existe ninguna violación de los derechos fundamentales ni humanos ni constitucionales de la accionante.

Los jueces de segunda instancia que conocieron el recurso de apelación inadmitieron la acción de protección, porque, no había un acto administrativo donde se evidencie la terminación de la relación laboral, además, Nelly Garcés no podía solicitar que vía acción de protección, se le otorgue un nombramiento definitivo, porque en esta vía no puede declararse un derecho.

Finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador manifestó que, los jueces de instancias inferiores erraban al decir que vía garantías jurisdiccionales no se podían declarar derechos, puesto que, los derechos no son declarados sino tutelados, dado que estos preexisten, así, lo único que se declara en una acción de garantía jurisdiccional es la vulneración o no de derechos constitucionales.

Además, los jueces no cumplieron con el requisito de razonabilidad de una sentencia porque inobservaron las disposiciones que sobre la sustanciación de las acciones constitucionales. Tampoco cumplieron con el requisito de lógica, porque los jueces llegaron a la conclusión de improcedencia de la acción de protección, pero, jamás manifestaron el por qué no había vulneración de derechos constitucionales.

La Corte Constitucional del Ecuador declaró que los jueces no motivaron correctamente sus sentencias y aceptó la acción extraordinaria de protección dejando sin efecto las sentencias anteriores y disponiendo que la sustanciación sea de conformidad con la Constitución y la LOGJCC.²⁹⁸

²⁹⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 065-14-SEP-CC, en *Caso n.º: 0807-10-EP*, 9 de abril de 2014, 14.

Insólitamente, este mismo caso regresa a la CCE luego de dos años. En esta ocasión la CCE declara que, no se han vulnerado derechos constitucionales de fondo, porque, si se aplica el test de motivación, se puede verificar que la sentencia de instancia es razonable, lógica y comprensible.²⁹⁹

Es paradójico que una garantía constitucional siga siendo vulnerada por quienes son llamados a protegerla, es como si un bombero ayude a expandir un incendio antes que apagarlo, o como si un médico recete medicamentos y tratamientos que agraven la enfermedad antes que curarla. Traigo el siguiente caso:

Tabla 3
Análisis de la sentencia 133-17-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional

Sentencia n.º: 133-17-SEP-CC, Caso n.º: 0288-12-EP de fecha 10 de mayo de 2017 Juez Constitucional Ponente: Doctor Alfredo Ruiz Guzmán	
Hechos	Bruno Paolo Calderón Pazmiño, BC, [antes Karla Paola Calderón Pazmiño], una persona transexual masculina, inició en 2011 el procedimiento para el cambio de nombre y sexo en su partida de nacimiento ante el registro civil de Manabí. Aunque pudo modificar lo primero –el nombre de femenino a masculino– y obtener la resolución administrativa No. 1754-2011-DPRCICM-DJ en la que se disponía la rectificación de la inscripción, la dirección nacional de la misma institución se lo negó. La justificación: la existencia de una norma –el art. 89– dentro de la entonces vigente Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, que establecía un proceso judicial específico para tal solicitud. Esta norma no atendía a casos como el de Bruno Calderón. Se presenta la acción de protección para que se ordene al registro el cambio de sexo de femenino a masculino, determinante para la vida del actor. La corte de segunda instancia niega esta acción, porque existen vías legales, con lo que se presenta acción extraordinaria de protección ante la CCE.
Problema Jurídico	La sentencia objeto de la presente acción extraordinaria de protección ¿vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 75 de la CRE? ³⁰⁰
Razonabilidad	Al abordar la razonabilidad, la CCE concluye que el fallo es razonable porque identificó de manera clara y precisa las fuentes del derecho. Sin embargo, aunque en efecto la razonabilidad se relaciona con esas fuentes, no se agota en ellas, de hecho, <i>limitar la razonabilidad de una decisión judicial a la cita de fuentes resulta cercano al formalismo jurídico que la Constitución de 2008 pretende superar</i> . La noción de razonabilidad implica que la sentencia sea ontológica y axiológicamente buena y que procure tener, como se conoce doctrinariamente, un alto grado de adhesión por parte del auditorio jurídico universal. Es decir, <i>el caso de BC trasciende la obligación de jueces de constatar la cita de las fuentes del derecho</i> porque se relaciona con el cuestionamiento a una práctica ya habitual en algunas instituciones públicas de crear deliberadamente obstáculos a los ciudadanos para materializar sus proyectos de vida. ³⁰¹
Conclusión	BC <i>esperó seis años para obtener el cambio de sexo</i> en la inscripción de su nacimiento, es decir, la modificación de un dato en un archivo. Se deja sin efecto los fallos de primera y segunda instancia; se dispone a la Asamblea Nacional que reforme la ley, y se ordena el cambio de sexo en la inscripción de su nacimiento.

Fuente y elaboración propias sobre la base de documentos de la CCE.

²⁹⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 329-17-SEP-CC, en *Caso n.º: 1917-14-EP*, 4 de octubre de 2017, 11-2.

³⁰⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 133-17-SEP-CC, en *Caso n.º: 0288-12-EP*, 10 de mayo de 2017, 15.

³⁰¹ Diego Jadán Heredia, “Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador”, *FORO*, n.º 29 (2018): 195, doi:<https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.9>.

A todo esto, la CCE ha variado su forma de evaluar la vulneración a la motivación, en un primer momento aplicó un llamado control [falta de motivos, falta de base legal y deturpación], luego un test [razonabilidad, lógica, comprensibilidad] y en la actualidad plantea cargos [inexistencia, insuficiencia, apariencia] para decir que un acto emanado del poder se encuentra inmotivado, vale decir que el test exigía una motivación máxima, mientras que los cargos de motivación ahora instaurados exigen una motivación mínima, porque las razones ya no son del tipo analíticas, exhaustivas y correctas, sino simplemente suficientes.³⁰² Así, la motivación puede ser incorrecta pero suficiente.

Luego de una década, la CCE declara que se aleja de su precedente sobre la motivación. Cambia el test de motivación por los cargos de vulneración de la garantía de motivación, dichos cargos son: (i) inexistencia, (ii) insuficiencia y (iii) apariencia, esta última tiene tipos de vicios motivacionales, como son: (i) incoherencia, (ii) inatinencia, (iii) incongruencia y (iv) incomprendibilidad. Esto es:

Una argumentación jurídica es inexistente cuando la respectiva decisión carece totalmente de fundamentación normativa y de fundamentación fáctica. *Una argumentación jurídica es insuficiente* cuando la respectiva decisión cuenta con alguna fundamentación normativa y alguna fundamentación fáctica, pero alguna de ellas es insuficiente porque no cumple el correspondiente estándar de suficiencia. *Hay incoherencia* cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se verifica: o bien, una contradicción entre los enunciados que las componen –sus premisas y conclusiones– (incoherencia lógica), o bien, una inconsistencia entre la conclusión final de la argumentación y la decisión (incoherencia decisional). *Hay inatinencia* cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica se esgrimen razones que no “tienen que ver” con el punto controvertido [...]. *Hay incongruencia* cuando en la fundamentación fáctica o en la fundamentación jurídica, o bien, no se ha contestado algún argumento relevante de las partes procesales (incongruencia frente a las partes), o bien, no se ha contestado alguna cuestión que el sistema jurídico –ley o la jurisprudencia– impone abordar en la resolución de los problemas jurídicos conectados con cierto tipo de decisiones, generalmente, con miras a tutelar de manera reforzada un derecho fundamental (incongruencia frente al Derecho). *Hay incomprendibilidad* cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica de toda argumentación jurídica no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho o –cuando la parte procesal interviene sin patrocinio de abogado (como puede suceder, por ejemplo, en las causas de alimentos o de garantías jurisdiccionales)– para un ciudadano o ciudadana.³⁰³

³⁰² “[U]na motivación correcta, en el sentido de que toda decisión de autoridad debe basarse en: (i) una fundamentación normativa correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica correcta, entendida como la mejor argumentación posible conforme a los hechos”; “[L]a motivación sea suficiente, es decir, que satisfaga los referidos elementos mínimos con miras al ejercicio efectivo de los derechos al debido proceso y a la defensa”; “[E]structura mínimamente completa conlleva la obligación de: “i) enunciar en la sentencia las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron [los juzgadores] y ii) explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.

*Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 1158-17-EP/21, en *Caso n.º: 1158-17-EP*, 20 de octubre de 2021, 6-8, 18.

³⁰³ *Ibid.*, 23–33. Selección y énfasis añadido.

Tabla 4

Análisis de la sentencia 1158-17-EP/21 emitida por la Corte Constitucional

Sentencia n.º: 1158-17-EP/21, Caso n.º: 1158-17-EP de fecha 20 de octubre del 2021 Juez Constitucional Ponente: Doctor Alí Lozada Prado	
Hechos	El 13 de febrero de 2013, Rafael Patricio García Ledesma presentó una demanda laboral en contra de la compañía Agencia Naviera AGNAMAR S.A. y cuatro personas más, en calidad de representantes de la mencionada compañía y también por sus propios derechos. En el juicio (que se identificó con el No. 09353-2013-0151), el demandante requirió el pago de varios rubros, entre ellos, los correspondientes a despido intempestivo, y se fijó la cuantía de la demanda en USD 31.352,66. El demandante señaló, principalmente, que fue despedido al no haberse reintegrado a su puesto de trabajo después de que el inspector de trabajo negara la solicitud de visto bueno realizada por AGNAMAR S. A. En sentencia de 8 de septiembre de 2014, el Juzgado Tercero de Trabajo del Guayas negó que se hubiera producido un despido intempestivo, por considerar inmotivada la negativa del visto bueno, pero, dispuso el pago de haberes pendientes de percibir por un monto de USD 1.320,00. En sentencia de mayoría, dictada el 2 de diciembre de 2014, la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial del Guayas también determinó que existían haberes pendientes de pago, pero estableció, además, que se produjo el despido intempestivo. En consecuencia, dispuso que los demandados paguen al ex trabajador un valor total de USD 24.270,66. Luego, interpusieron recurso extraordinario de casación que fue negado en fecha 13 de marzo de 2017, finalmente, en fecha 13 de abril de 2017 se presentó una acción extraordinaria de protección.
Primer problema jurídico	¿Se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de los accionantes porque la sentencia impugnada habría incumplido el test en el parámetro de razonabilidad, por cuanto las normas y principios en que se fundamenta para responder a uno de los cargos casacionales no serían aplicables al <i>tema decidendum</i> y, por tanto, no justificarían la decisión de no casar la sentencia?
Argumento	El hecho de que las disposiciones invocadas por los jueces no sean las correctas no constituye un vicio de inatención, porque si explican la pertinencia de esas normas, para ser aplicadas a los antecedentes de hecho.
Segundo problema jurídico	¿Se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de los accionantes debido a que la sentencia impugnada habría incumplido el test en el parámetro de razonabilidad, por cuanto, las juezas nacionales no se amparan en ninguna norma legal o constitucional para corregir los yerros cometidos en la sentencia de apelación sin casar la sentencia?
Argumento	Nuevamente se incurre en acusar de incorrecta la fundamentación [la de no hacer lo que jurídicamente correspondía], pero, esto no implica que la motivación sea inexistente, insuficiente o aparente.
Tercer problema jurídico	¿Se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía del trámite propio de cada procedimiento, porque, en la sentencia impugnada, las juezas nacionales no se amparan en ninguna norma legal o constitucional para corregir los yerros cometidos en la sentencia de apelación sin casar la sentencia?
Argumento	El tribunal de casación, tras dejar en claro que la fecha de terminación de la relación laboral no fue materia de la litis, concluyó que hubo un error de digitación en la fecha de la terminación de la relación laboral, pues, consta 23 de enero de 2011, cuando de la secuencia temporal de los hechos –el visto bueno se solicitó en diciembre de 2012– se desprende que la fecha correcta es 23 de enero de 2013, misma que fue considerada por la propia sentencia de apelación al practicar la liquidación del valor a pagar. Luego, la palabra <i>revoca</i> fue indebidamente utilizada en la sentencia de apelación, porque, al ratificar el pago de algunos de los rubros establecidos en la sentencia de primera instancia, lo que procedía era reformarla, no revocarla. Estos errores de forma no tienen trascendencia en la sentencia. La corte constata que la sentencia de casación no reemplazó la sentencia de apelación.
Cuarto problema jurídico	¿Se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de los accionantes porque la sentencia impugnada habría incumplido el test en el parámetro de la lógica, por cuanto sería contradictoria respecto de si la violación de trámite es una causal de nulidad procesal?
Argumento	No existe incoherencia lógica porque la corte respondió al problema jurídico de vicio de nulidad. Los errores formales en la sentencia no muestran una irregularidad en la práctica de la prueba, pues, se contrasta con la grabación de la audiencia.
Quinto problema	¿Se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de los accionantes porque la sentencia impugnada habría incumplido el test en el parámetro de la lógica, por cuanto, no se habría ceñido al contenido del cargo casacional formulado?

Argumento	Ciertamente, al fundamentar dicho cargo, los accionantes lo hicieron con base en los artículos 1014 y 355 del CPC, por lo que, los argumentos en torno a tales disposiciones normativas eran relevantes en el contexto del recurso de casación que nos ocupa. El primero de los artículos mencionados establece las condiciones en que la violación de trámite provoca la nulidad procesal; y el segundo, la obligación de los jueces de primera instancia de declarar las nulidades procesales que encontraren. Sin embargo, el tribunal de casación argumentó que, no existe la pretendida violación de trámite que se viene alegando por infracción del art. 1014 CPC, pues, la ley no ha previsto como causal de nulidad la violación de trámite, por lo que, de manera implícita, la sentencia impugnada estableció la inaplicabilidad del referido artículo 355 del CPC al caso concreto. En consecuencia, la sentencia de casación sí contestó a los argumentos relevantes y no hay incongruencia.
Sexto problema	¿Se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de los accionantes porque la sentencia impugnada habría incumplido el test en el parámetro de lógica, por cuanto, no contiene los razonamientos propios de las juezas de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, sino que, simplemente reproducen los argumentos expuestos en la sentencia de segunda y última instancia”?
Argumento	El tribunal de casación no argumentó por remisión, sino que citó un pasaje de la argumentación desarrollada por el tribunal de apelación para evaluar si era procedente uno de los cargos casacionales
Séptimo problema	¿Se vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación de los accionantes porque la sentencia impugnada habría incumplido el test en el parámetro de comprensibilidad, por cuanto, la sentencia impugnada se aparta de las premisas que debían ser objeto del recurso de casación; por contradecir en las ideas expuestas; y por carecer de justificación y razonamiento respecto a las censuras que fueron materia de análisis del Tribunal de Casación?
Argumento	Dada la formulación anterior de los accionantes, existe comprensibilidad de la sentencia, por lo que no hay se ha vulnerado la motivación.
Conclusión	Desestimar las pretensiones de la demanda de acción extraordinaria de protección.

Fuente y elaboración propias sobre la base de documentos de la CCE.

En los casos resumidos de las tablas 1 y 2 se puede verificar que la CCE buscó crear una regla de motivación para justificar su decisión, así, en el caso de la tabla 1 se crea el control de motivación para dejar sin efecto la sentencia de segunda instancia, ya que, en los hechos, no había motivos para aceptar una renuncia que no fue presentada por el trabajador. En la tabla 2, la CCE crea el test de motivación sin citar el caso de la tabla 1, sin embargo, este test sirvió para dejar sin efecto la sentencia, porque en los hechos era inmotivada la terminación anticipada del contrato de concesión de radiofrecuencia.

En ambos casos hay un acto del estado que termina una relación, sin embargo, en el caso de la Tabla 3, la regla de los vicios de motivación no se sigue de los hechos, es más, no han cambiado los casos de las tablas 1 y 2 para justificar la anulación de esas reglas y crear una nueva. Del análisis de las tablas 1,2 y 4 concluyo que la CCE no se aleja de su llamado precedente sobre la motivación,³⁰⁴ por el contrario, lo que realmente hace la CCE es desarrollar jurisprudencia constitucional vinculante sobre la motivación, por lo que, no hay un precedente sobre la motivación en el Ecuador.

³⁰⁴ Ibid., 15.

3.3. ¿Hay coherencia en el precedente sobre el control de constitucionalidad?

El control constitucional de las leyes es el rasgo que define al constitucionalismo contemporáneo. Las cortes constitucionales intervienen con sus sentencias no solo para dotar de contenido al texto indeterminado de la constitución, sino también, para constitucionalizar el ordenamiento jurídico al excluir normas inconstitucionales o salvar la ley dirigiendo su interpretación en un sentido constitucional. De esa forma, vincular a los poderes públicos y a los particulares a la fuerza vinculante de esas decisiones.

Hay dos modelos de control constitucional, el primero se denomina concentrado [solo la más alta corte puede hacer el control] y es propio de la tradición jurídica continental de Europa, el segundo se denomina difuso [todas las cortes pueden hacer el control] y es propio de la tradición jurídica de los Estados Unidos de Norteamérica. En Europa hay una tendencia a descentralizar el poder de las cortes constitucionales, como consecuencia, se acercan al modelo difuso en el que se aplica la doctrina del *stare decisis* para hacer vinculantes a las sentencias.³⁰⁵

El primer modelo, por su antigüedad, funciona por precedentes y se caracteriza por ser un control difuso de constitucionalidad, es decir: cualquier Juez puede aplicar directamente la constitución frente a una disposición infra constitucional que sea considera contraria a la constitución, es decir, toda disposición debe ser constitucional; este es un control concreto porque se realiza frente a un caso concreto, tiene efecto interpartes y funciona a través del *stare decisis* que es el precedente vinculante horizontal y vertical.

El segundo modelo, conocido como el control concentrado o incidentado de constitucionalidad, solo lo ejerce un Tribunal Constitucional [la más alta corte], funciona por códigos, no hay precedente vinculante y el derecho se consolida por interpretación de la norma escrita.

El control de este modelo es abstracto es abstracto, porque el Tribunal Constitucional [o la más alta corte constitucional] no resuelve los hechos sino solo el conflicto entre dos normas, la sentencia tiene efectos *erga omnes* [efectos generales], es decir: el mismo valor de la ley. Los efectos son *ex tunc*, porque se retrotrae al comienzo de la inconstitucionalidad [aunque, en el Ecuador los efectos son *ex nunc* o desde la publicación de la sentencia].

³⁰⁵ Martínez Verástegui, “Introducción. El precedente judicial en la tradición continental”, 46.

Adicionalmente, encuentro un tercer modelo de constitucional denominado como *mixto*, ya que, mezcla los dos modelos anteriores con prevalencia de uno o de otro, “[...] con la finalidad de que las normas inaplicadas para el caso en concreto por los jueces sean declaradas inconstitucionales con efectos generales por parte del órgano concentrado de justicia constitucional”.³⁰⁶

En este sentido, tanto la función legislativa como la función ejecutiva son —en la práctica— discrecionales, ya que, —en la teoría— están limitadas por principios emanados de la constitución,³⁰⁷ sin embargo, ninguna de estas funciones hace un control de constitucionalidad, pues este sirve para “verificar si [las leyes y las resoluciones administrativas] violan una regla constitucional, aunque se haya realizado una buena ponderación entre directivas”.³⁰⁸

Esto implica que, la tarea fundamental del control de constitucionalidad no es exclusivamente el garantizar los derechos y libertades establecidas en la constitución, sino también, asegurar los límites que el mismo texto constitucional refiere a los derechos-poder: derechos políticos y sociales.³⁰⁹ Esto último tomando en consideración que las crecientes demandas sociales son negadas por autoridades administrativas por razones no del todo jurídicas o motivadas, evidenciando de esta forma, la arbitrariedad y abuso del poder público.³¹⁰

Además, estas demandas sociales deben leerse en forma conjunta con las dimensiones históricas y contextuales que causan las mutaciones de los órganos de jurisdicción constitucional.³¹¹ Como consecuencia, puedo direccionar el control de constitucional al contenido de un constitucionalismo rígido:

¿Qué quiere decir, pues, que necesidades como la salud o la educación se formulen constitucionalmente como derechos sociales? Significa que su satisfacción y su cumplimiento ya no son una concesión política, y menos aún, paternalista o caritativa, sino una obligación constitucional de la esfera pública; que en ellos se basan la igualdad y la dignidad de las personas y con ello su sentido de pertinencia a la sociedad civil; que su satisfacción, además de obligatoria, debe ser igual y gratuita [...].³¹²

³⁰⁶ Robinson Marlon Patajalo Villalta, “La necesaria redefinición del control de constitucionalidad en el Ecuador: razones para la defensa de un control mixto” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), 50.

³⁰⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 204, 217.

³⁰⁸ Luigi Ferrajoli y Juan Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, 1a. ed. electrónica (Madrid: Editorial Trotta, 2013), 74.

³⁰⁹ *Ibíd.*, 118.

³¹⁰ *Ibíd.*, 127-8.

³¹¹ Claudia Storini, “Teoría de la interpretación y legitimidad del Tribunal Constitucional”, *FORO: Revista de Derecho*, n.º 9 (2008): 36, doi: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/issue/view/35>.

³¹² Ferrajoli y Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo*, 134.

La aplicación directa de las disposiciones constitucionales [sin necesidad de norma reglamentaria o de una ley específica] es lo que conduce a los modelos de control de constitucionalidad, bien sea para reconocernos como titulares de esos derechos constitucionales o bien sea para aplicarlos cuando la ley no regula una situación jurídica.

Con esto, el control de constitucionalidad se entiende como una técnica de protección de la supremacía constitucional [conjunto de valores, principios y reglas de una sociedad], misma que se enfoca: (i) como límites al poder; (ii) defensa ante actos y comportamientos del poder público; (iii) implementación de la jurisdicción constitucional;³¹³ es respecto de éste último sobre el cual hago énfasis para tratar los modelos de control de constitucionalidad desde las consultas de inconstitucionalidad dirigidas a la CCE como máximo intérprete del texto constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, hay diferencias entre estos los modelos de control de constitucional, por lo que, se tiene que ser coherente con la aplicación de un modelo para garantizar la vigencia de un Estado Constitucional. En este sentido, hago una selección de sentencia sobre el control de constitucionalidad en la consulta de norma, para evidenciar la grave falta de coherencia.

3.3.1. Control concentrado

En el Ecuador, la CCE estableció en las sentencias 055-10-SEP-CC, 001-13-SCN-CC, 30-13-SCN-CC, 34-13-SCN-CC que, el control de constitucional es el concentrado, por lo que, los jueces ordinarios no pueden inaplicar las disposiciones legales contrarias a la CRE, ya que, solo la CCE tiene la competencia exclusiva y excluyente para declarar la constitucionalidad de una norma.

En consecuencia, si el juez ordinario considera que una disposición es contraria a la CRE, debe suspender la tramitación del juicio y elevar en consulta a la CCE la constitucionalidad de dicha disposición. En este apartado selecciono las sentencias más relevantes sobre el control de constitucionalidad respecto a las consultas de norma que se han hecho, para determinar las reglas que la CCE ha creado sobre la concepción de este modelo de constitucionalidad. Debo advertir, que la creación de estas reglas es en abstracto o normativas, ya que, no existe un control de constitucionalidad de los hechos.

³¹³ Enrique Díaz Bravo, “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”, *Opinión Jurídica* 15, n° 30 (2016): 29, doi:1692-2530.

Tabla 5
Análisis de sentencias

Sentencia n.º: 055-10-SEP-CC, Caso n.º: 0213-10-EP de fecha 18 de noviembre del 2010 Juez ponente: Dr. Edgar Zárate Zárate	
Resumen	El Ing. Fabián Jaramillo Palacios, Superintendente de Telecomunicaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 94 de la CRE y los arts. 58, 59, 60, 61, 62 y 63 de la LOGJCC, presenta una acción extraordinaria de protección, en la que, declara que, la sentencia impugnada de la primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha trasgrede derechos constitucionales, contemplados en el numeral 1 del artículo 18, numeral 1 del artículo 76 y artículos 82 y 213 de la CRE, porque se acepta la acción de protección propuesta por CRATEL C.A, como consecuencia se deja sin efecto la sanción dictada por la Superintendencia de Telecomunicaciones sobre el control de una noticia basada en supuestos.
Precedente	En cuanto al control de constitucionalidad, el efecto que trae consigo una declaratoria de inconstitucionalidad es la invalidez del acto, hecho que deviene en la expulsión del acto normativo [o administrativo] con efecto general del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Pero, dicho efecto no es atinente a la acción de protección. Es claro que cuando un acto normativo o administrativo contravenga preceptos constitucionales y la pretensión sea la expulsión de dicho acto del ordenamiento jurídico o su ineficacia, la vía adecuada es el control abstracto de constitucionalidad, competencia exclusiva y excluyente de la CCE, de conformidad con los numerales 2, 3 y 4 del artículo 436 de la CRE. Es evidente que no existe dentro del sistema constitucional ecuatoriano, la figura del control abstracto o difuso de constitucionalidad de actos administrativos con efectos individuales. En consecuencia, en el evento de que los señores Jueces hayan constatado una eventual contradicción de la norma respecto a la CRE, tienen que, suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la CCE, para que ésta analice la expulsión o no de esa norma por inconstitucional. ³¹⁴
Decisión	Los jueces de segunda instancia han desnaturalizado a la acción de protección, y a través de ella, han determinado que el acto administrativo con efectos individuales y directos, carece de eficacia jurídica. Es así, que más allá de haber lesionado gravemente los derechos de las partes al desnaturalizar la garantía interpuesta, se ha efectuado un control de constitucionalidad inexistente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, control difuso y directo de un acto administrativo con efecto directo e individual. En definitiva, el juez ordinario está vedados para inaplicar normas jurídicas de las que presuma su inconstitucionalidad. Por consiguiente, se acepta la acción extraordinaria de protección interpuesta por la Superintendencia de Telecomunicaciones
Sentencia n.º: 001-13-SCN-CC, Caso n.º: 0535-12-CN de fecha 06 de febrero del 2013 Juez ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire	
Resumen	El 13 de agosto de 2012, la CCE recibe el expediente del juicio de excepciones a la coactiva, remitido por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N.º 3, con sede en Cuenca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 428 de la CRE, a fin de que la CCE se pronuncie acerca de la constitucionalidad y aplicación del procedimiento judicial al existir dos procedimientos judiciales aplicables al juicio de excepciones a la coactiva. La presencia de las normas de competencia del Código de Procedimiento Civil, con las de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dictadas con anterioridad a la CRE del 2008, producen duda en su interpretación, pues, se da una dicotomía del procedimiento para alcanzar un fin común, generando una duda en la identificación sobre cuál es la norma jurídica a aplicar. Esta falta de identificación contraría el derecho a la seguridad jurídica del art. 82 de la CRE, así como del debido proceso, establecida en el art. 76 ibidem.
Precedente	La consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad plantea la obligación de los jueces ordinarios de elevar a la CCE consultas de cualquier norma que consideren inconstitucional para que sea la Corte Constitucional la que resuelva sobre la posible inconstitucionalidad de norma. En el Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que, le corresponde solo a la CCE la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría

³¹⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 055-10-SEP-CC, en *Caso n.º: 1158-17-EP*, 18 de noviembre de 2010, 18.

	<p>inaplicar directamente la norma dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la CCE. En consecuencia, la CCE dota de contenido al requisito legal del art. 142 de la LOGJCC. De este modo, para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad pueda considerarse adecuadamente motivada, deberá contener al menos los siguientes presupuestos: (i) identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta; (ii) identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidas; (iii) explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto.³¹⁵</p>
Decisión	<p>La CCE solamente puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas y no acerca de los conflictos de aplicación entre normas legales, en cuyo caso, los abogados y, en particular, los jueces, deben resolver los conflictos de los principios procesales de resolución de antinomias, jerarquía, temporalidad, retroactividad, supletoriedad y especialidad de la norma procesal. En definitiva, la consulta realizada no cumple con lo establecido el art. 142 LOGJCC, porque, no existe duda motivada de que una norma aplicable al caso concreto podría ser contraria a la CRE, por lo que, se niega la consulta de norma dentro del control concreto de constitucional presentada por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N. 3 con sede en Cuenca.</p>
<p>Sentencia n.º: 030-13-SCN-CC, Caso n.º: 0697-12-CN de fecha 14 de mayo del 2013 Juez ponente: Dr. Patricio Pazmiño Freire</p>	
Resumen	<p>Mediante providencia del 16 de noviembre de 2012, el presidente de la Corte Nacional de Justicia [CNJ] resuelve suspender la tramitación de la causa y remitir el expediente N.º 033-2012 en consulta a la CCE, para que, acorde a lo previsto en el artículo 428 de la CRE, resuelva sobre la constitucionalidad del artículo 406 segundo inciso del Código de Procedimiento Penal, por considerar que, en dicha norma procesal existiría una aparente contradicción con el inciso final del numeral 3 y 7 literal k del artículo 76 de la CRE. El caso deviene del proceso de juzgamiento por contravención de tránsito en contra del doctor Holger Ezequiel Chávez Canales, asambleísta por la provincia de Bolívar, por haberse encontrado conduciendo un vehículo sin portar la respectiva licencia de conducir, pues, nunca la ha obtenido. La jueza de primera instancia del Juzgado Primero de Tránsito de Pichincha se inhibe de seguir conociendo la causa, y dispone se envíe todo lo actuado a su juez competente, esto es, al presidente de la CNJ. La CNJ consideró que se encuentra reformado el segundo inciso del artículo 406 del Código de Procedimiento Penal, por lo que, ya no es competente para conocer, sustanciar y resolver el caso asuntos de índole penal o de tránsito cometidos por las personas que gozan de fuero de Corte Nacional. La calidad de <i>juez de fuero</i> de la Corte Suprema, hoy Corte Nacional, la perdió con la Ley Reformatoria 33-2006, pasando dicha competencia a las Salas de lo Penal. Sin embargo, la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, con fundamento en el artículo 188 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece competencia en la referida Sala, no determina casos de fuero por contravenciones de tránsito en contra de los asambleístas, por lo que, no acepta la competencia y devuelve el expediente a la CNJ.</p>
Precedente	<p>En las eventuales contradicciones de una disposición legal con la CRE, el juez ordinario no está facultado para resolver tal asunto, sino que, corresponde a la CCE, como máximo órgano de control, interpretación constitucional de administración de justicia en materia constitucional, declarar si la disposición legal cuestionada es o no constitucional y aplicar directamente las normas supremas. El juez ordinario tiene la obligación constitucional de verificar si una norma aplicable a un caso concreto tiene <i>vicios de inconstitucional</i>, ante lo cual, debe justificar razonada y suficientemente que ninguna interpretación posible de dicha norma cumple con principios y reglas constitucionales. La duda razonable de la constitucionalidad de una norma debe surgir de la imposibilidad de establecer dentro de la sustanciación del proceso una interpretación constitucional de la disposición normativa. Así, la consulta de norma no puede tornarse en un mecanismo de dilación de justicia.³¹⁶</p>
Decisión	<p>La ley es la única fuente de competencia penal, no se puede otorgar competencia extra-penal o por voluntad de las partes procesales. La situación consultada da lugar a un conflicto de competencia, y para arbitrar esta cuestión, el ordenamiento legal ha previsto procedimientos especiales que se encuentran establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial y en la LOGJCC. Para que proceda la consulta se requiere que una disposición sea presuntamente contraria al texto constitucional y que esta norma deba ser aplicada por el juez al momento de resolver la causa. La disposición del artículo 406 segundo inciso del Código de Procedimiento Penal, no hace referencia al tipo penal [descripción de la conducta relevante para el derecho punitivo], sino que, fija la</p>

³¹⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 001-13-SCN-CC, en *Caso n.º: 0535-12-CN*, 6 de febrero de 2013, 6-7.

³¹⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 030-13-SCN-CC, en *Caso n.º: 0697-12-CN*, 14 de mayo de 2013, 10.

	competencia del juez, de ahí que, la norma no tiene incidencia en la resolución de contravención de tránsito. La duda que se tiene sobre la competencia no puede ser tratada mediante una consulta de norma, por lo que, niega la consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad.
Sentencia n.º: 034-13-SCN-CC, Caso n.º: 0561-12-CN de fecha 30 de mayo del 2013 Jueza ponente: Wendy Molina Andrade	
Resumen	La consulta de constitucionalidad de los artículos 42, numeral 6, y 27 de la LOGJCC la propone el Juez cuarto de Trabajo del Guayas. Se tiene como antecedente la acción de medidas cautelares presentada por la compañía Exportadora Bananera Noboa S.A. en contra del auto dictado por la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia el 03 de febrero del 2012, dentro del recurso de casación 608-2010, mismo que niega el recurso de hecho y de casación presentado por la accionante, en consecuencia, confirma el auto dictado por la Segunda Sala del Tribunal Distrital de lo Fiscal N.º 2, en el que se ordena el archivo de la demanda de impugnación formulada por Exportadora Bananera Noboa S.A. en contra de la glosa tributaria determinada por el Director Regional del Servicio de Rentas Internas Literal Sur. El juez cuarto de trabajo de Guayas concedió en <i>forma parcial</i> la acción de medidas cautelares y dispuso que el Servicio de Rentas Internas, SRI, no ejecute la acción de cobro de la glosa determinada por el año fiscal 2005 de 50 millones de dólares hasta que la CCE se pronuncie sobre el <i>recurso extraordinario de protección</i> presentado por Exportadora Bananera Noboa S.A, quien, además, indicó se vulneraría el derecho a la resistencia en contra de la decisión de la resolución de la CNJ. Se consulta: Si al estar en conflicto el art. 42. 6 de la LOGJCC que prohíbe aceptar acciones constitucionales sobre resoluciones judiciales, con lo dispuesto en el art. 98 de la CRE, que consagra el derecho a la resistencia contra los abusos del poder público, en el que, se incluye a la Función Judicial, conforme lo determina el artículo 225 de la CRE, se resuelva cuál es el mecanismo idóneo para hacer efectivo el derecho a la resistencia.
Precedente	Una norma sobre la cual se dude su constitucionalidad debe tener dos implicaciones: una sustantiva y otra procesal. Es sustantiva, si la norma, de ser aplicada, serviría como fundamento para la resolución del caso. Es procesal, si la norma consultada se ajusta en el tiempo a la actuación que se debe realizar, es decir, se excluyen consultas que se hagan sobre momentos procesales futuros o etapas que hayan precluido con anterioridad. ³¹⁷
Decisión	En la medida cautelar sustanciada ante el Juzgado Cuarto de Trabajo del Guayas, se desprende que el juez consultante resolvió la causa con antelación al formular y remitir la consulta de constitucionalidad, es decir, efectuó la consulta dentro de la misma providencia en la que concedió la pretensión formulada por Bananera Noboa S.A. Por lo que, se desnaturaliza la figura de consulta de norma, toda vez que, el pronunciamiento que debe realizar la CCE acerca del particular debería ser aplicado por el Juez consultante en la causa. La consulta debió ser planteada de manera previa a la resolución judicial. Se aprecia que el Juez, al momento de resolver acogiendo el derecho a la resistencia invocado por Bananera Noboa S.A., actuó fuera de sus competencias y facultades e inaplicó el artículo 27 de la LOGJCC, posteriormente, se negó a aceptar la revocatoria de las medidas, argumentando que el proceso ya había subido a consulta. En consecuencia, se niega la consulta de constitucionalidad planteada por el juez cuarto de trabajo del Guayas

Fuente y elaboración propias sobre la base de documentos de la CCE.

Del análisis de los cuatro casos anteriores, puedo verificar que la CCE no crea precedentes o derecho desde los hechos del caso, sino que, crea una interpretación desde el texto de la CRE o de la LOGJCC. Es decir, la creación de la regla es abstracta y a partir de esa regla, la CCE desarrolla más elementos.

En suma, la CCE comienza estableciendo en el año 2010 que en el Ecuador solo hay control concentrado de constitucionalidad, por lo que, solo la CCE puede declarar la inconstitucionalidad de un acto normativo, luego, las CCE futuras desarrollaron parámetros para que los jueces ordinarios realicen una correcta consulta norma a la CCE. Con esto, se define un modelo de control de constitucionalidad en el Ecuador.

³¹⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 034-13-SCN-CC, en *Caso n.º: 0561-12-CN*, 30 de mayo de 2013, 9.

3.3.2. Control difuso de constitucionalidad

En las sentencias del matrimonio igualitario nros. 0010-18-CN-19, 0011-18-CN-19 se vuelve a abrir el debate sobre ¿qué modelo de control constitucional rige en el Ecuador? Con la sentencia 0010 se ratifica que en el Ecuador existe un control concentrado de constitucionalidad y además se insinúa que el control de constitucionalidad está relacionado con el control de convencionalidad.

En cambio, en la 0011 se indica todos los jueces pueden directamente hacer control de constitucionalidad y aplicar la opinión consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por consiguiente, se declara que en el Ecuador existe control difuso de constitucionalidad, además, se indica que la CCE es el máximo órgano de interpretación de la Constitución, pero no es el único órgano de interpretación.

Se debe resaltar que esta sentencia se dictó ante una aparente consulta de norma sin apreciarse el motivo por el cual se hace una distinta resolución a la sentencia 0010 si el contenido es el mismo, además, en esta sentencia 011 no se menciona el precedente del control concentrado que venía indicando la CCE, esta sentencia resuelve el caso concreto, por lo que, el efecto no es *erga omnes*.

Finalmente, la sentencia 1116-13-EP/20 —una acción extraordinaria de protección que no tiene efecto *erga omnes*— se debe tomar en cuenta tanto la sentencia como los votos concurrentes. Ya que, en el conjunto de la sentencia se puede apreciar el razonamiento argumentativo que tiene la CCE sobre seguir o no con la tradición de las anteriores CCE.

Esta sentencia resuelve un problema que surgió en Galápagos. Una persona de esa localidad pide residencia para su pareja del mismo sexo; esa petición es negada porque la ley establece que esto es solo para parejas heterosexuales, por lo cual, se inicia una acción de protección y el Juez hace control difuso de constitucionalidad al inaplicar el art. 222 del Código Civil y aplicar directamente el art. 68 de la Constitución, mandado a reconocer la residencia a la pareja del mismo sexo.

Ante esto, la administración pública realiza una acción extraordinaria de protección indicando que el Juez de instancia no podía hacer control difuso de constitucional; la CCE rechaza la acción extraordinaria de protección, con lo cual ratifica que el Juez si podía hacer control difuso de constitucionalidad. Sin embargo, el voto concurrente del Dr. Salgado indica que en el Ecuador solo hay control concentrado de constitucionalidad. Todo lo anterior se puede establecer de la siguiente forma:

Tabla 5
Análisis de sentencias

<p>Sentencia n.º: 10-18-CN/19, Caso n.º: 10-18-CN, de fecha 12 de junio del 2019. Juez ponente: Dr. Alí Lozada Prado.</p>	<p>Se declara la inconstitucionalidad de los fragmentos legales que supongan que el matrimonio es exclusivamente heterosexual, porque vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación. Además, le corresponde a la CCE hacer la interpretación del texto constitucional por el control de constitucionalidad, pero, también existe el control de convencionalidad, en la que, la Corte IDH es también la última intérprete de la convención.³¹⁸ Por lo tanto, la opinión consultiva sobre el matrimonio igualitario es aplicable en el Ecuador.</p>
<p>Sentencia n.º: 11-18-CN/19, Caso n.º: 11-18-CN, de fecha 12 de junio de 2019. Juez ponente: Dr. Ramiro Ávila Santamaría.</p>	<p>La CCE establece que, por control de constitucionalidad y convencionalidad, toda autoridad pública está obligada a aplicar las normas constitucionales, convencionales y de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.³¹⁹</p>
<p>Sentencia n.º: 1116-13-EP/20, en Caso n.º: 1116-13-EP, en fecha 18 de noviembre de 2020. Juez ponente: Enrique Herrería Bonnet.</p>	<p>No se vulnera el derecho a la seguridad jurídica cuando el juez ordinario inaplica una disposición legal contraria a la constitución y aplica directamente la disposición constitucional. En consecuencia, a través de la interpretación, el juez ordinario puede aplicar el texto constitucional.³²⁰</p>

Fuente y elaboración propias sobre la base de documentos de la CCE.

Debo señalar que, en estos tres casos los hechos están orientados en el mismo sentido, esto es: igualdad y no discriminación a las personas con diferente orientación sexual. Ahora bien, si entendemos a la construcción del precedente de estos casos como normas constitutivas, esto es el establecimiento de la competencia como condición de validez de un acto;³²¹ se puede colegir que no existe coherencia constitutiva en la regla del precedente del control de constitucionalidad.

La CCE declara en un momento que el Ecuador tiene un modelo concentrado de control de constitucionalidad, ya que, la CCE es el máximo órgano de interpretación del texto constitucional, por lo que, solo la CCE puede realizar el control de constitucionalidad de las leyes.

³¹⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 10-18-CN/19, en *Caso n.º: 10-18-CN*, 12 de junio de 2019, 23-4.

³¹⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 11-18-CN/19, en *Caso n.º: 11-18-CN*, 12 de junio de 2019, 53.

³²⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” n.º: 1116-13-EP/20, en *Caso n.º: 1116-13-EP*, 18 de noviembre de 2020, 7.

³²¹ Álvaro Núñez Vaquero, “Sobre la regla y el uso de los precedentes: Comentarios al margen de los trabajos de Fabio Pulido Ortiz y Silvia Zorzetto”, *Problema*, n.º 16 (2021): 159, doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16>.

Después, la CCE establece lo contrario. La CCE declara que en el Ecuador hay control difuso de constitucionalidad, porque, cualquier juez ordinario tiene la facultad de inaplicar una ley que sea contraria a la constitución y aplicar directamente la constitución para resolver el caso. Por lo tanto, reitero, no hay coherencia en los llamados precedentes que emite la CCE sobre el control de constitucionalidad.

4. Líneas finales

A lo largo de este segundo capítulo mi objetivo ha sido demostrar la falta de coherencia en los llamados precedentes de la CCE. Para ello, he delimitado este análisis en dos objetos: la motivación y el control de constitucionalidad revisando las sentencias relevantes sobre la consulta de norma para contrastarlas con las sentencias del matrimonio igualitario. He combinado un método jurisprudencial con uno dogmático para describir y sistematizar la importancia de la coherencia, de la motivación, del control de constitucionalidad.

Sobre la base de la relevancia, he seleccionado las sentencias sobre el control de constitucionalidad y sobre la motivación. Porque, en todas estas sentencias de diferentes tiempos, la CCE ha añadido o cambiado algo de la regla inicial [leading case]. Me explico, cuando se habla de precedentes, se debe tener en cuenta que el precedente inicia con un caso, a ese caso originario se le conoce como *leading case*, por decirlo en otras palabras: es el caso guía para las cortes futuras.

En la motivación he evidenciado que la CCE hizo un control de motivación, luego lo desarrollo en un test de motivación, y finalmente, lo cambió por vicios o causales motivacionales. La sentencia en la que la CCE declara alejarse del llamado precedente de motivación no está justificada. Sin embargo, los hechos del caso para los cuales la CCE creó una regla abstracta de control de motivación no cambiaron para que la actual CCE cambie esa regla, lo único que cambió fueron los jueces. Así, la CCE crea jurisprudencia constitucional vinculante sobre la motivación, en vez de precedentes.

Respecto al control de constitucional, concluyo que, no existe coherencia en sus llamados precedentes de la CCE. Es claro que, en un momento la CCE declara que existe un control concentrado de constitucionalidad, eso implica que la CCE es el máximo intérprete del texto constitucional y solo ésta puede hacer declarar la inconstitucionalidad de una ley o la constitucionalidad aditiva, sin embargo, posteriormente la CCE declara que en el Ecuador hay control difuso, porque el juez ordinario puede inaplicar una disposición contraria al texto constitucional y aplicar directamente la CRE.

Conclusiones

A lo largo de mi investigación tuve como brújula dos preguntas: ¿qué es realmente un precedente?, ¿hay coherencia entre los precedentes de la CCE? Cada una de estas preguntas funda los títulos de los dos capítulos y a su vez, el objetivo. En el primer capítulo hice un estudio del precedente, para lo cual, abarqué importantes aproximaciones.

De todas estas aproximaciones, la conclusión más relevante es que, el precedente no es lo mismo que la jurisprudencia. Para entender total y correctamente al precedente el jurista debe adscribir al sistema del *common law*. Por el simple hecho de que, el precedente solo es viable dentro del sistema para el cual fue creado.

No escatimo que mis esfuerzos me han acercado a una correcta concepción. Pues, sostengo que, el precedente funciona como un mecanismo que permite a una corte futura decidir su caso buscando en las mejores razones obligatorias y autorizadas [*binding and authoritative reasons to decide*] en casos idénticos y análogos de la decisión de la corte pasada. Estas razones dependen de los hechos del caso y del derecho que se crea para resolver ese caso.

Muy a diferencia de lo que es la jurisprudencia, ya que, esta funciona como un dispositivo que faculta al juez a crear interpretaciones restringidas a la correcta aplicación de la ley. La jurisprudencia no crea nuevo derecho, por el contrario, la jurisprudencia sostiene el sentido del derecho que ya ha sido creado por el legislador.

Aunque la diferencia parezca simple, no lo es. Sostener que, el precedente es una actividad judicial [*law making*] que crea derecho, es una declaración en contra de la autoridad de la función legislativa del estado, ya que, priva de autoridad a la ley. De esto se siguen las tendencias de ciertos juristas por mezclar y confundir estos dos sistemas de derecho.

En el *common law*, por ejemplo, se buscó codificarlo arguyendo a la idea de una constitución originaria de Inglaterra y al contractualismo. Dicha tendencia e idea de codificación han sido desacreditadas, porque no se justifican históricamente, nunca ha existido una constitución originaria en Inglaterra, porque el derecho lo hacen los jueces y no el parlamento inglés.

En el mismo sentido, la tendencia actual a la denominación de precedentes constitucionales y diferentes interpretaciones del control de constitucionalidad por las cortes constitucionales, es un acto de buscar descodificar al *civil law*. Los motivos por los cuales existe esta tendencia los dejo a futuras investigaciones que vendrán luego de esta.

Volviendo al inicio, mi segunda pregunta entraña conocer a los llamados precedentes constitucionales de la Corte Constitucional Ecuatoriana, CCE. Sin embargo, el foco de análisis de estos los encuadro bajo la óptica de la coherencia. La coherencia no solo es un elemento trascendental en la teoría y práctica jurídica, sino que, también es sirve como un elemento de análisis.

En este sentido, delimito mi objeto de análisis a la motivación y al control de constitucionalidad. Dos elementos importantes en la teoría democrática de la constitución. En el análisis por coherencia de los llamados precedentes de motivación, revelo que la CCE no tiene precedentes sobre motivación, sino que, su trabajo en el tiempo da cuenta de una elaboración jurisprudencial del mismo, ya que, la creación de la regla no se hizo desde los hechos del caso concreto, sino, desde la normativa constitucional.

Finalmente, sirviéndome de la coherencia para analizar el control de constitucionalidad, demuestro que la CCE no respeta sus propios precedentes, a pesar de estar constitucional y legalmente obligada a hacerlo. Esto lo consigo con las sentencias relevantes y en especial ubicando la sentencia originaria o *leading case* en una temprana CCE. Ahí, la CCE establece que el Ecuador tiene un modelo concentrado de constitucionalidad, sin embargo, luego, la CCE, sin razón aparente, declara que el Ecuador tiene un modelo difuso de constitucional, ya que, cualquier juez puede aplicar e interpretar directamente la constitución.

Mi posición radical y crítica es que, en el Ecuador no existen precedentes y que el precedente no puede funcionar en el *civil law*. Sin embargo, este no ha sido el objetivo de mi investigación, porque, aunque teóricamente no se corresponda lo uno con lo otro, la realidad es que, el Ecuador ya tiene 15 años de *precedentes jurisprudenciales*.

En suma, la falta de coherencia en las decisiones de la CCE genera confusión sobre su correcta aplicación, además, no es coherente con la teoría democrática de la constitución, con lo que, se puede deducir que la CCE pone en riesgo las garantías constitucionales y genera incertidumbre sobre sus decisiones futuras.

Obras citadas

- Aguirre Castro, Pamela Juliana. “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: El precedente constitucional”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5296/1/TD072-DDE-Aguirre-La%20transformacion.pdf>.
- Bazante Pita, Vladimir. “El Precedente Constitucional”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/4905>.
- Belov, Martin, y Aleksandar Tsekov. “The Constitutional Court of the Republic of Bulgaria as a law-maker”. En *Judicial law-making in European constitutional courts*. Comparative constitutional change. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.
- Beltrán Calfurrapa, Ramón. “La tónica jurídica y su vinculación argumentativa con el precedente y la jurisprudencia”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 34 (2012): 587–606.
- Borowski, Martín. *Elementos esenciales de la dogmática de los derechos fundamentales*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2022.
- Camarena González, Rodrigo. “La creación del precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. En *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.
- Carbonell Bellolio, Flavia. “El precedente constitucional en Chile”. En *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Precedente. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- Castañeda Rivas, Norma, Ángel Morales Chaine, y Margarita Palomino Guerrero. “Derecho Hebreo”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n° 213–214 (1997): 219–46. doi:<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/28334/25601>.
- Correas, Óscar. *El otro Kelsen*. Estudios doctrinales 122. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.
- Corte Nacional de Justicia. *Precedentes jurisprudenciales obligatorios de la Corte Nacional de Justicia 2009-2017*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Courtis, Christian. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2010.
- Covadonga Ferrer, Martín de Vidales. “The Spanish Constitutional Court as a law-maker: Functioning and practice”. En *Judicial law-making in European constitutional courts*. Comparative constitutional change. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.
- David, René, y Camille Jauffret-Spinozi. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11.a ed. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- De Bustamante, Thomas da Rosa. “El precedente constitucional en Brasil: un panorama”. En *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Precedente. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

- . *Teoría del precedente judicial: la justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. Lima: Ediciones Legales, 2016.
- Díaz Bravo, Enrique. “Análisis y reflexiones sobre el control de constitucionalidad de las leyes”. *Opinión Jurídica* 15, n° 30 (2016): 25–46. doi:1692-2530.
- Duquelsky Gómez, Diego. “De cómo los cántaros se volvieron fuentes”. En *Anuario de filosofía jurídica y social: Ponencias en Valparaíso I*. 29. Valparaíso: Sociedad chilena de filosofía jurídica y social, 2011.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia” n.º: 1158-17-EP/21. En *Caso n.º: 1158-17-EP*. 20 de octubre de 2021.
- . “Sentencia” n.º: 065-14-SEP-CC. En *Caso n.º: 0807-10-EP*. 9 de abril de 2014.
- . “Sentencia” n.º: 133-17-SEP-CC. En *Caso n.º: 0288-12-EP*. 10 de mayo de 2017.
- . “Sentencia” n.º: 329-17-SEP-CC. En *Caso n.º: 1917-14-EP*. 4 de octubre de 2017.
- . “Sentencia” n.º: 001-13-SCN-CC. En *Caso n.º: 0535-12-CN*. 6 de febrero de 2013.
- . “Sentencia” n.º: 10-18-CN/19. En *Caso n.º: 10-18-CN*. 12 de junio de 2019.
- . “Sentencia” n.º: 11-18-CN/19. En *Caso n.º: 11-18-CN*. 12 de junio de 2019.
- . “Sentencia” n.º: 017-10-SEP-CC. En *Caso n.º: 0241-09-EP*. 11 de mayo de 2010.
- . “Sentencia” n.º: 030-13-SCN-CC. En *Caso n.º: 0697-12-CN*. 14 de mayo de 2013.
- . “Sentencia” n.º: 031-09-SEP-CC. En *Caso n.º: 0485-09-EP*. 24 de noviembre de 2009.
- . “Sentencia” n.º: 034-13-SCN-CC. En *Caso n.º: 0561-12-CN*. 30 de mayo de 2013.
- . “Sentencia” n.º: 055-10-SEP-CC. En *Caso n.º: 1158-17-EP*. 18 de noviembre de 2010.
- . “Sentencia” n.º: 105-12-SEP-CC. En *Caso n.º: 0752-10-EP*. 3 de abril de 2012.
- . “Sentencia” n.º: 109-11-IS. En *Caso n.º: 109-11-IS*. 26 de agosto de 2020.
- . “Sentencia” n.º: 139-15-SEP-CC. En *Caso n.º: 1096-12-EP*. 29 de abril de 2015.
- . “Sentencia” n.º: 227-12-SEP-CC. En *Caso n.º: 1212-11-EP*. 21 de junio de 2012.
- . “Sentencia” n.º: 1035-12-EP/20. En *Caso n.º: 1035-12-EP*. 22 de enero de 2020.
- . “Sentencia” n.º: 1116-13-EP/20. En *Caso n.º: 1116-13-EP*. 18 de noviembre de 2020.
- . “Sentencia” n.º: 1791-15-EP/21. En *Caso n.º: 1791-15-EP*. 27 de enero de 2021.
- Edlin, Douglas E. *Common law judging: subjectivity, impartiality, and the making of law*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016.
- Espinosa Cueva, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Justicia electoral y democracia 2. Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010.
- Ferrajoli, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *DOXA*, n° 34 (2011): 15–53. doi:<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30355.pdf>.
- . *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2013.
- . *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, y Juan Ruiz Manero. *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*. 1a. ed. electrónica. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

- Florczak-Wątor, Monika. *Judicial law-making in European constitutional courts. Comparative constitutional change*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.
- Forsythe, Clarke D. “A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*”. *The Georgetown journal of law & public policy* 16, n° 2 (2018): 446–93. doi:<https://www.law.georgetown.edu/public-policy-journal/wp-content/uploads/sites/23/2018/10/16-2-Draft-Opinion.pdf>.
- Fuenteseca, Pablo. “La eficacia vinculante de los responsa prudentium romanos”. *AFDUDC*, n° 10 (2006): 413–17. doi:<https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2453/AD-10-20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Gardner, John. “Some Types of Law”. En *Common Law Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&AN=269190>.
- Goldsworthy, Jeffrey. “The Myth of the Common Law Constitution”. En *Common Law Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Guilherme Marinoni, Luiz. “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”. *Revista Ius et Praxis* 18, n° 1 (2012): 249–66. doi:<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n1/art08.pdf>.
- Hernández Muñoz, Verónica. “El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador: ¿Cómo conocer si una sentencia está correctamente fundamentada?”. *Yachana* 7, n° 1 (2018): 21–31. doi:<http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/3659>.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. 4.^a ed. Madrid: Alianza Editorial, 2018.
- Hutchinson, Allan C. *Evolution and the Common Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Iturralde, Vicotria. “Precedente Judicial”. *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad.*, n° 4 (2013): 194–201. doi:<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2105>.
- Jadán Heredia, Diego. “Interpretación judicial y tutela efectiva del derecho a la identidad: análisis de la sentencia No. 133-17-SEP-CC de la Corte Constitucional de Ecuador”. *FORO*, n° 29 (2018): 187–201. doi:<https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.9>.
- Kelsen, Hans. “La función de la constitución”. *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, n° 5 (2010). doi:<http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/351>.
- Kelsen, Hans, y Roberto José Vernengo. *Teoría pura del derecho*. Serie G--Estudios doctrinales 20. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- Lamond, Grant. “Do precedents create rules?” *Legal Theory* 11, n° 1 (2005): 1–26. doi:10.1017/S1352325205050019.
- . “Precedent”. *Philosophy Compass* 2 (2007): 699–711. doi:10.1111/j.1747-9991.2007.00092.x.
- . “Precedent and Analogy in Legal Reasoning”. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2016.

- Lin, Li. “Historia del derecho Chino y su sistema jurídico contemporáneo”. En *El sistema jurídico en la república popular China*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- Lobingier, Sumner. “Precedent in Past and Present Legal Systems”. *Michigan Law Review* 44, n° 6 (1946): 955–96. doi:<http://www.jstor.org/stable/1283471> .
- López Medina, Diego Eduardo. *Cómo se construyen los derechos: narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Legis Editores. Colombia: Universidad de los Andes, 2016.
- . *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2.a ed. Bogotá: Legis, 2006.
- . “La transformación de la ‘jurisprudencia’ tradicional en el ‘precedente’ contemporáneo: hacia una historia regional entrelazada de las fuentes del derecho en América Latina”. En *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Precedente. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- MacCormick, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.
- Madge Macbeth y Leslie T. White. “The Seven Justices of the Red Robes”. *Macleans*. 1936.
- Malír, Jan, y Jana Ondrejková. “Law-making activity of the Czech Constitutional Court”. En *Judicial law-making in European constitutional courts*. Comparative constitutional change. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.
- Martínez Verástegui, Alejandra. “Introducción. El precedente judicial en la tradición continental”. En *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Precedente. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- Mouchette, Julien. “The French Constitutional Council as a Law-Maker: From Dialogue with the Legislator to the Rewriting of the Law”. En *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts*. Comparative Constitutional Change. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.
- Niembro Ortega, Roberto. *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Filosofía y derecho. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Núñez Vaquero, Álvaro. “Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho”. *Ius et Praxis*, n° 2 (2014): 415–42. doi:<https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n2/art12.pdf>.
- . “Precedente en materia de hechos”. *Revista de Derecho* 31, n° 1 (2018): 51–78. doi:<https://www.scielo.cl/pdf/revider/v31n1/0718-0950-revider-31-01-51.pdf>.
- . “Sobre la regla y el uso de los precedentes: Comentarios al margen de los trabajos de Fabio Pulido Ortiz y Silvia Zorzetto”. *Problema*, n° 16 (2021): 151–89. doi:<https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2022.16>.
- Olano García, Hernán Alejandro. “Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo”. *Estudios Constitucionales* 9, n° 2 (2011): 395–428. doi:<https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art10.pdf>.
- Orozco Arcieri, Carlos Andrés. “La escritura cuneiforme en la evolución del derecho. Investigación en torno a los orígenes del derecho occidental desde la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann”. *Revista de Derecho*, n° 44 (2015): 178–225. doi:<http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n44/n44a08.pdf>.
- Palazzo, Nausica. “The law-making power of the Constitutional Court of Italy”. En *Judicial law-making in European constitutional courts*. Comparative constitutional change. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.

- Patajalo Villalta, Robinson Marlon. “La necesaria redefinición del control de constitucionalidad en el Ecuador: razones para la defensa de un control mixto”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.
- Radbruch, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Rautenbach, Christa. “Case Law as an Authoritative Source of Customary Law: Piecemeal Recording of (Living) Customary Law?” *Pioneer in peer-reviewed, PER*, n° 22 (2019): 1–20. doi:<http://dx.doi.org/10.17159/1727-3781/2019/v22i0a7591>.
- Saba, Roberto. “El precedente constitucional en Argentina”. En *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Precedente. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.
- Smyth, Russell, y Vinod Mishra. “The Transmission of Legal Precedent across the Australian State Supreme Courts over the twentieth century”. *Law & Society Review* 45, n° 1 (2011): 139–70. doi:<http://www.jstor.org/stable/23011961>.
- Stevens, Katharina. “Reasoning by precedent: Between rules and analogies”. *Legal Theory*, n° 24 (2018): 216–54.
- Storini, Claudia. “Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas”. Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2001.
- Supreme Court of Canada. *The Supreme Court of Canada and its justices, 1875-2000: A commemorative book*. Toronto: Dundurn Group and the Supreme Court of Canada in cooperation with Public Works and Government Services Canada, 2000.
- Taruffo, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- . “Precedente y jurisprudencia”. *Precedente*, 2007, 86–99. doi:<http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1434>.
- Wacks, Raymond. *Understanding jurisprudence: an introduction to legal theory*. 3.a ed. New York: Oxford University Press, 2012.
- Weber, Ruth. “Law-making activity of the German Federal Constitutional Court: A case-law study”. En *Judicial law-making in European constitutional courts*. Comparative constitutional change. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2020.