

El precedente constitucional-electoral: redefinición del sistema tradicional de fuentes

Diego Zambrano Álvarez*

RESUMEN

El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente jurídica principal concede a todo fallo efectos vinculantes de alcance general y abstracto. Este cambio de esquema ha trastocado los cánones de tradición romano-germánica. La ubicación de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes dependerá, por la forma, de la jerarquía orgánica del juez o tribunal del que emanare. En cuanto al fondo, existen dos aristas. La primera, en cuanto a la materia, en aplicación del principio del paralelismo de las formas jurídicas: si existiese reserva constitucional o legal sobre una materia determinada, la jurisprudencia estará creando subreglas de idéntica naturaleza y jerarquía. Finalmente, desde la perspectiva axiológica, en atención al principio de interpretación *pro homine* y de progresividad de los derechos fundamentales, la jurisprudencia que prevalecería es aquella que presente un estándar mayormente garantista, sin importar la jerarquía orgánica del juez o tribunal emisor.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia, precedente, sistema de fuentes, subregla jurisprudencial, *ratio decidendi*, *distinguishing*, *stare decisis*.

SUMMARY

The acknowledgement of jurisprudence as a main source of law, confers every ruling mandatory effects with a general and abstract scope. The alteration in the traditional scheme of sources of law has changed around the customary canons of the Roman-Germanic tradition. The location of jurisprudence within the system of sources of law will depend, in regard to the form, on the organic hierarchy of the judge or tribunal. In regard to the substance, we must take into account two different scenarios. The first, referred to the subject, in which in light of the principle of parallelism among juridical forms: if there is constitutional or legal reserve over a determined matter, jurisprudence will create sub-rules of identical nature and hierarchy. In the second scenario, from an axiological perspective, in

* Investigador en temas constitucionales y electorales. Ex asesor de Investigación y Jurisprudencia del Tribunal Contencioso Electoral, ha prestado servicios de consultoría en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ex director del Departamento de Investigación y Técnica Legislativa de Ediciones Legales S.A.

light of the pro homine interpretation principle and of the progressive interpretation of human rights, only that jurisprudence which establishes a higher guarantor standard will prevail, regardless of the organic hierarchy of the ruling judge or tribunal.

KEY WORDS: Jurisprudence, precedent, system of sources of law, jurisprudential sub-rule, ratio decidendi, distinguishing, stare decisis.

FORO

ASPECTOS GENERALES

La adopción de una nueva carta constitucional implica, para todo operador jurídico, el surgimiento de nuevos retos, la obligación de asumir nuevos y diversos roles, el imperativo de crear mecanismos capaces de dar respuesta a las exigencias sociales que motivaron dicho cambio y, lo que quizá resultará más complejo, abrir la mente para liberarse de sesgos ideológicos con los que hemos sido formados en la gran mayoría de facultades de Derecho. A su vez, los organismos creados por esta Carta están obligados a levantar su diseño institucional y sus formas de proceder de conformidad con los criterios que inspiraron su propia existencia, de la misma forma que las entidades heredadas de tradiciones institucionales están llamadas a redireccionar su rumbo hacia el sendero marcado por este nuevo paradigma, de tal forma que puedan colmar progresivamente el marco de incidencia trazado por la propia Constitución y de esa manera lograr la efectividad de sus principios, valores y desafíos.

El sistema constitucional ecuatoriano eleva a categoría de Función del Estado a la actividad electoral. Conjuntamente con el apareamiento de la Función de Transparencia y Control Social, el constituyente se aleja de la tradicional división tripartita del poder, heredada de la tradición francesa posrevolucionaria, liberal y legalista. La señalada no es la única innovación que presenta la Constitución de 2008 en la materia. La escisión de las facultades administrativas y jurisdiccionales de la función electoral, confiadas al Consejo Nacional Electoral y al Tribunal Contencioso Electoral, en su orden respectivo, reemplazó al esquema concentrado en la actividad del ex Tribunal Supremo Electoral, período que va desde 1945 hasta el año 2008. El sistema que inaugura la actividad electoral en Ecuador siguió un modelo tradicional o político; es decir, se confió la garantía de los, hoy denominados, derechos de participación a un organismo funcionalmente independiente a las tres funciones tradicionales del Estado, conformado de forma esencialmente política, pese a que ejercía tam-

bién potestades jurisdiccionales.¹ Este punto fue fuertemente invocado por sus críticos para proponer la adopción de la nueva arquitectura electoral. Con esta ruptura, queda planteado un régimen institucional diferente, una manera más jurídica de concebir al Derecho Electoral, quedando además designada la autoridad que deberá llevar a la práctica su implementación.

Con la creación de esta nueva función del Estado, conformada por dos entidades permanentes, el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, la Constitución pretende crear un sistema vigoroso que sea capaz de garantizar la transparencia de la expresión de la voluntad ciudadana en los comicios, así como la creación de caminos adecuados para tutelar, de manera efectiva, los derechos de participación previstos en el artículo 61 de la Constitución y de aquellos que pudiesen alcanzar connotación política, por su motivación o efecto. Todo esto, como medio indispensable para la consolidación de un sistema democrático, justo, participativo e incluyente. Cuando aquí se habla de tutela de derechos, lo hacemos en sentido formal pero también con miras a producir efectos sustanciales en la convivencia social diaria que proporcione parámetros proporcionales de igualdad.

Otro de los objetivos perseguidos con creación de la Función Electoral será fomentar la especialización, independencia y profesionalización de esta actividad monopólica del Estado, al menos hasta hoy. La especialización resulta necesaria porque se trata de conflictos con capacidad real o potencial de agitar a las masas, por lo que su solución requiere de cierta sensibilidad política, lo que marca una importante diferencia con la conflictividad civil, penal y administrativa. La independencia es indispensable para que esa sensibilidad política no se convierta en atadura partidista y en actuaciones serviles a favor de órganos de conformación política del Estado, como es el caso del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. No obstante, el objetivo más relevante, a mi modo de ver, radica en su profesionalización.

La conformación de un tribunal jurisdiccional-electoral, en sentido técnico y estricto, es consecuente con la afirmación según la cual toda relación humana debe producirse de conformidad con lo prescrito y permitido por la Constitución, la normativa jurídica exigible y, fundamentalmente, dentro de un marco de respeto, protección y promoción de los derechos humanos. En este sentido, el organismo jurisdiccional de la Función Electoral puede, y solamente puede, manejar criterios jurídicos aunque

1. Según el artículo 209 de la Constitución Política de 1998, el Tribunal Supremo Electoral gozaba de autonomía administrativa y económica, para su organización y el cumplimiento de sus funciones de organizar, dirigir, vigilar y garantizar los procesos electorales, y juzgar las cuentas que rindan los partidos, movimientos políticos (...). Se integrará con siete vocales principales, quienes tendrán sus respectivos suplentes, en *representación de los partidos políticos, movimientos o alianzas políticas* que hayan obtenido las más altas votaciones en las últimas elecciones pluripersonales, en el ámbito nacional, los que presentarán al Congreso Nacional las ternas de las que se elegirán los vocales...". (El énfasis es mío).

estos puedan estar matizados por un grado de prudencia situacional, herramienta indispensable para solucionar conflictos esencialmente políticos; todo esto, a fin de apaciguar o evitar el desbordamiento de las pasiones propias de la contienda electoral. En consecuencia, el Tribunal Contencioso Electoral está llamado a garantizar la plena vigencia de un sistema democrático, respetuoso y pluralista. De ahí que las sentencias del Tribunal Contencioso Electoral tendrán la característica especial de constituir precedente jurisprudencial obligatorio. Con esta calidad se pretende evitar que los criterios que adoptase el organismo, dentro de un contexto determinado, cambien con el vaivén de los cambios coyunturales propios de la política. En consecuencia, el sistema de precedentes favorece el derecho a la seguridad jurídica y reduce la posibilidad de actuaciones arbitrarias por parte del juez de única y definitiva instancia en esta materia.

La Constitución de la República prevé tres sistemas de precedentes jurisprudenciales.² Por un lado, el que irá construyendo la Corte Constitucional (art. 436, num. 6) en ejercicio de su facultad de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante...”, especialmente en lo que a garantías fundamentales se refiere. Esta facultad concuerda con su calidad de máximo intérprete del texto constitucional. Por su parte, la Corte Nacional de Justicia, según el artículo 184 num. 2, posee la facultad de emitir *doctrina probable*, por reiteración de criterios o fallos de triple reiteración. Finalmente, a estas dos altas jurisdicciones se suman los fallos y resoluciones que emanan del Tribunal Contencioso Electoral, por disposición expresa del inciso final del artículo 221, que da a los fallos del organismo en cuestión la calidad de jurisprudencia vinculante.

En esta línea de pensamiento, si consideramos que el valor jerárquico de una norma interpretativa por un organismo con legítimas facultades para hacerlo, ya sea en abstracto o en concreto, es idéntico al de la norma interpretada, por el principio del *paralelismo de las formas jurídicas*,³ podemos concluir entonces, que el sistema tradicional de fuentes jurídicas, según el modelo constitucional vigente, ha tomado un giro radical. La famosa pirámide *kelseniana* ha quedado reemplazada por un sis-

2. Ecuador, al aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana, ingresó a un sistema que presta especial atención a sus propios precedentes. Su función principal consiste en darle vigencia material a la Convención Americana de Derechos Humanos ante las variantes del contexto supranacional, sobre todo si atendemos a lo complejo que resulta reformar un instrumento como este. No podemos dejar de mencionar que normas jurídicas, emanadas de la jurisprudencia de la CIDH, tienen que encontrar eco en las legislaciones internas, por efectos de reenvío. De ahí que el sistema interno debe tomar en cuenta la denominada *interpretación evolutiva* del organismo supranacional. De esta forma, los precedentes establecidos por los más altos tribunales de derecho interno pueden cambiar, no solo por un cambio en la percepción jurídica de las juezas y jueces que los conforman, sino también porque así lo impone normas jurisprudenciales de derecho internacional, en virtud de la teoría del *desdoblamiento funcional* que caracteriza a este tipo de ordenamientos.

3. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, 7a. ed., pp. 171-187.

tema complejo y versátil en el que la jurisprudencia deja de ser una fuente jurídica de base para alcanzar el nivel atribuible a la norma interpretada o a la materia regulada por esta vía.

Nos encontramos, por así decirlo, ante un período de transición que parte desde un sistema legalista-positivista que ve en la jurisprudencia, en la costumbre y en la doctrina a fuentes jurídicas auxiliares.⁴ En el caso de la jurisprudencia, se la identificó como fuente instrumental o secundaria, con utilidades concretas y complementarias respecto de la ley. Así, a la jurisprudencia le correspondía: a) la pura y simple aplicación de la ley, sin crearla; b) la mera precisión de ambigüedades o conceptos; c) cobertura de lagunas dejadas por la ley; d) defensa de la voluntad legislativa; e) explicación de términos incorporados en la ley;⁵ y f) cobertura de las lagunas dejadas por la legislación. En el caso de la doctrina y de la costumbre existe, hasta hoy,⁶ la prescripción por la cual éstas y los principios generales del derecho no constituyen norma jurídica si la ley no se remite a ellas ungiéndolas de poder coercitivo. De esta forma, según la tradición civilista tradicional,⁷ la ley constituye la única fuente genuina de derecho y todas las demás llegarían a serlo siempre que el legislador, por remisión o reconocimiento expreso, les conceda dicho estatus.

Hoy en día, caminamos hacia un sistema contestatario a la tradición neo-romanista de corte francés. Las bases constitucionales contemporáneas nos hablan de una jurisprudencia que va precisando, definiendo, reescribiendo e, inclusive, conservando los designios de Constitución y de la ley, con base en la solución de casos concretos y a las necesidades sociales imprevistas, pero fundamentalmente va creando verda-

-
4. Sentencia T-123/95, Corte Constitucional (Colombia): “En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un apreciable marco de autonomía funcional, siempre que se sujeten al *imperio de la ley* (CP arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene solo el carácter de criterio *auxiliar*.” (El énfasis es mío).
 5. La denominada *jurisprudencia de conceptos* pretendió conceder a la actividad judicial la única función de precisar los textos establecidos por el legislador, como norma jurídica. Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, 2a. ed., pp. 49-64.
 6. El Código Civil reconoce como única fuente principal de Derecho a la Ley, las demás quedarían reducidas a la calidad de fuentes meramente instrumentales. La jurisprudencia, de acuerdo con este cuerpo normativo, “...no tiene fuerza obligatoria, sino respecto de la causa en la que se pronunciaren” (art. 3, inc. 2). Asimismo, el artículo 2 establece que “...la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remita a ella”.
 7. Entre los autores más destacados de la escuela antiformalista encontramos a Geny. El profesor francés aporta al enriquecimiento de las fuentes jurisprudenciales desde la reivindicación de la doctrina como fuente principal del Derecho, aunque reconoce exigibilidad indirecta. Según Geny, pese a que la Carta Magna del liberalismo, el Código Civil, no incluye dentro de las fuentes jurídicas formales a la doctrina, es precisamente ésta la base de casi toda la producción legislativa. La ley, la jurisprudencia y los principios generales se incorporan y evolucionan a la sombra de la producción académica. Por otra parte, la doctrina es capaz de redefinir a la norma positiva porque da las pautas de interpretación que podrían cambiar el modo de entender y aplicar la norma legislativa. De ahí la importancia de los aportes argumentativos con los que las partes asisten a la labor jurisdiccional en la construcción de subreglas jurídicas con alcance general y abstracto, similar al que alcanza la ley.

deras e inéditas reglas jurídicas *cuasilegislativas*, principales y autosuficientes. De tal forma, la jurisprudencia ha dejado de estar subordinada a la ley para equipararse a ella en valor y jerarquía, cuando esas *subreglas* ingresen a un ámbito reservado para la acción de la ley, o superarla, si tales reglas, por incurrir en fundamentación constitucional, pasan a formar parte del *bloque de constitucionalidad*.⁸ Una de las ventajas que tiene la jurisprudencia, en relación a la Constitución y la ley, es el grado de especificidad al que puede llegar por medio de su casuística. Otro punto a favor de la jurisprudencia es la versatilidad de la que está provista para reglar materias exclusivas de categorías jurídicas específicas, de conformidad con el *principio constitucional de competencia*.⁹ No cabe duda que nos encontramos ante una fuente jurídica principal, vinculante y primaria, que no busca únicamente interpretar la norma positiva, sino alcanzar la vigencia material del ordenamiento como un todo. Se trata además de una fuente jurídica independiente capaz de adecuar, armonizar y afinar el ordenamiento jurídico en su conjunto. En tal sentido, por las connotaciones jurídicas que actualmente posee la jurisprudencia y por tratarse de un sistema independiente en formación, desarrollo y metodologías para su operación, el procesamiento de la jurisprudencia tiene que ser realizado de manera técnica, profesional, específica, y por personas con formación y destrezas específicas en este sistema complejo y paralelo al positivo. En definitiva, el sistema de precedentes implementado por la Constitución nos obliga a los operadores jurídicos a prepararnos en el manejo de una nueva forma de hermenéutica y procedimientos distintos a los tradicionalmente manejados en nuestra formación positivista como abogadas y abogados.

Si la existencia de una nueva expresión primaria de derecho no puede tener otra fuente que el trabajo ordinario del juez, esto implicaría que los organismos dotados de potestad jurisdiccional dejen atrás ese rol de meros aplicadores de la norma positiva y pasen a constituirse en creadores constantes, dinámicos y directos de la misma. Con ello, el juez se constituye en el principal catalizador de todo tipo de conflictividad social; guardián del orden constitucionalmente establecido; y, principalmente, garante del pleno ejercicio de los derechos fundamentales.

La diferencia entre el sistema de precedentes, basado en los fallos de triple reiteración sobre un mismo punto de derecho atribuido a la Corte Nacional de Justicia (CR, art. 184, num. 2), y aquel relacionado con la justicia electoral, de ejercicio exclusivo del Tribunal Contencioso Electoral, radica, entre muchas otras que puedan

8. Ariel Dulitzky, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado", en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1998, 2a. ed., pp. 33-74.

9. Sobre el principio de competencia y la relación entre las diversas fuentes normativas: Rafael Oyarte Martínez, *Curso de Derecho Constitucional*, t. I, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007, pp. 16-42.

haber, en tres cuestiones esenciales: en el primer caso, nos encontramos ante un tribunal de mera legalidad, por tratarse de una Corte de Casación; por el contrario, el Tribunal Contencioso Electoral construye su sistema de precedentes sobre la base de los derechos fundamentales de participación política, lo que le confiere una connotación de rango constitucional y/o de legalidad, según el caso sometido a su conocimiento. Por otra parte, la Corte Nacional no analiza el fondo del asunto sino la inaplicación, errónea aplicación, apreciación o interpretación de la norma sustantiva; no así el TCE que, siendo tribunal de única y definitiva instancia, resuelve el fondo del conflicto, con fundamento en la valoración de los hechos a los que pudo acceder, inclusive por iniciativa propia. Finalmente, el recurso de casación es extraordinario, de lo que se desprende su naturaleza residual, no así los recursos contencioso-electorales que, siendo ordinarios, son directamente activables, salvo requisitos mínimos de procedibilidad y oportunidad, lo que es común y necesario en la práctica de cualquier juzgador de instancia. En este sentido, el sistema de precedentes electorales puede ser asimilable al de la Corte Constitucional, aunque con los matices propios de cada sistema independiente.

De lo expuesto, no caben razones para pensar en eventuales conflictos entre el sistema de precedentes, propio del TCE, con el atribuible a la Corte Constitucional, puesto que, atentos a la especialización de la materia electoral, y una vez que se resuelva el vacío que existe en materia de garantías fundamentales, específicas de derechos de participación, se puede optar por un sistema respetuoso de la calidad de máximo intérprete de la Carta que posee la Corte Constitucional, según el cual, las decisiones que tomase el Tribunal Contencioso Electoral pueden ser ratificadas, rectificadas o complementadas por la Corte Constitucional, en virtud de una acción extraordinaria de protección, siempre que la segunda instancia de estas causas se centralicen en el TCE. Así, se lograría complementar ambos sistemas jurisprudenciales, fortalecer al enriquecimiento de los criterios acuñados, legitimar recíprocamente la actuación de estos organismos de justicia, blindar el sistema constitucional y mantener la unidad y coherencia normativa y decisional; todo esto con miras a tutelar de mejor manera los derechos de participación política que, por constituir derechos fundamentales, son fuente jurídica principal, preferencial y de máximo valor jerárquico-normativo.

El cambio de paradigma consiste en otorgar a las decisiones jurisdiccionales de los más altos tribunales de justicia, una posición preponderante, inclusive por encima de la propia ley, ya que es precisamente la labor del juez la que dará contenido y eficacia material a cualquier expresión de derecho, escrito o no. Por otro lado, la función creadora de reglas jurídicas que se le reconoce a la jurisprudencia no excluye ni bloquea a las competencias interpretativas y operativas tradicionalmente atribuidas respecto de la obra del legislador. Por el contrario, las fortalece; las amplía; las actua-

liza y las complementa; por lo que no debemos hablar de un conflicto entre funciones del Estado, sino de roles distintos pero llamados a armonizarse, complementarse y a construir un sistema jurídico basto, con mecanismo de respuesta ágil y eficaz al servicio de los derechos de la persona. Esta pluralidad de fuentes autorizadas para la creación de normas jurídicas es avalada y deseada desde la perspectiva conceptual del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.¹⁰

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE NORMATIVA PRINCIPAL

De acuerdo con los datos más remotos con los que cuento, la historia del Derecho habla de una formación casuística de las normas y de los criterios que guiaban la resolución de conflictos entre particulares, no se concebía la capacidad del Estado para ser responsable ante terceros. El *Digesto*, quizá la obra más importante e influyente del mundo jurídico de todos los tiempos, compiló las doctrinas más relevantes del derecho romano de la era clásica. De esta fuente podemos dar cuenta de una formación jurídica, nacida a partir de la racionalidad de personas legitimadas por su sabiduría, expresada mediante reglas de solución de conflictos concretos, a los que las partes se sometían voluntariamente. Podemos concluir que las ciencias jurídicas se crearon a partir del sentido común, plasmado en la jurisprudencia. Así, el trabajo compilatorio, al que hacemos alusión, fue ordenado por el emperador bizantino Justiniano I entre el 530 y 533 d.C., y constituye el antecedente directo del proceso de codificación de las reglas jurídicas, derivadas de la actividad del pretor. Este sistema se mantendrá, hasta la actualidad, con mayor enraizamiento en los sistemas jurídicos de tradición europeo continental.¹¹

La codificación de las normas jurídicas se presenta en Francia, una vez instaurado el gobierno posrevolucionario, como una garantía que pretendía corregir la inseguridad propia de los sistemas absolutistas, y da cuenta de la desconfianza que existía en el trabajo y probidad de jueces, tradicionalmente serviles de la voluntad del rey.

10. “En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican: 1. la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales)...”. Ramiro Ávila Santamaría, “Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia...”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 30.

11. El sistema de codificación legislativa llega a Ecuador por medio de la adopción, casi textual, del Código Civil Chileno de Andrés Bello de 1855. Este código, a su vez, fue directamente influenciado por el Código Napoleónico de 1804. La comisión redactora del Código Napoleónico se basó en los libros que conformaban el *Corpus Iuris Civile*, entre los que se encuentra el *Digesto*. Carlos Ramos Núñez, “Código Napoleónico: fuentes y génesis”, en revista *Derecho & Sociedad*, No. 10, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html>

En este sentido, bajo el esquema prerrevolucionario, la mayor fuente de derecho estaba concentrada en la autoridad real que no podía estar sujeta a limitaciones de ninguna naturaleza, porque su poder soberano procedía de la divinidad; por tanto, era indiscutible e incuestionable. Consecuentemente, la norma jurídica constituía lo que el rey decía que era, sin que se pueda hacer valer criterio en contrario.¹² Los revolucionarios, con el objeto de dejar atrás ese voluntarismo propio del sistema precedente, buscan instaurar lo que denominarían el *gobierno de las leyes*. Este concepto fundamental del iluminismo francés faculta al parlamento, es decir, a quien ejerce la representación y ejercicio del poder soberano del pueblo, a dictar normas que vinculan a todos los demás operadores jurídicos, especialmente al juez. Así, el juzgador era, en el sistema liberal, un mero ejecutor de la voluntad legislativa; no podía ir más allá, puesto que no contaba con la legitimación democrática suficiente para crear normas por sí mismo.

Con todo esto, pretendo hacer notar que el derecho nació como un patrimonio casi exclusivo de jueces y filósofos.¹³ Posteriormente, con la instauración del sistema liberal francés y de sus réplicas en la Europa continental y en la América colonial no inglesa, y en pleno proceso independentista, se va instaurando el paradigma legalista y, con él, asignándosele al juez, ya no un rol creativo de derecho, sino el de mero aplicador silogístico de la norma.¹⁴ Bajo el esquema iluminista, en palabras de Montesquieu, el juez se convierte en la *boca muda de la ley*, lo cual brindaba un relativo margen de certeza a las decisiones jurisprudenciales pero, todo esto, a costa de una inflación legislativa que, lejos de cumplir su rol de regulación y coherencia, eviden-

12. No he querido entrar en el análisis de la desbordante proliferación de fuentes jurídicas de la época de vigencia del sistema monárquico. A manera de referencia, podemos decir que todo feudo estaba regido por la normativa emanada del señor feudal, por potestad del rey, así como de los edictos eclesiásticos. La gran cantidad de feudos y autoridades edilicias con poder legislativo fue una de las razones por las que el sistema de fuentes jurídicas llegó al caos y a su colapso total. Esta experiencia sugirió al nuevo régimen a centralizar la potestad normativa en el Estado y en una sola fuente primordial, la ley.

13. "...fue el romano en su expresión más genuina (la clásica) un derecho jurisprudencial, entendiendo la *iurisprudentia* en el sentido de criterio o doctrina del jurista, denominado en Roma jurisprudente o jurisconsulto", en Aldo Topacio Ferretti, *Derecho Romano Patrimonial*, México DF, Universidad Autónoma de México, 1992, p. 7.

14. El silogismo judicial tampoco logró erradicar la incertidumbre de las decisiones del juez. Por el contrario, al tratarse de mandatos, expresados a través del lenguaje, son susceptibles de presentar conflictos semánticos y sintácticos. Así, una de las críticas que Manuel Atienza hace de la teoría de MacCormick es precisamente que este auto otorga el valor de *verdad* a la norma, negando así la posibilidad de establecer inferencias, lo cual no parece ser muy acertado. Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2005, pp. 138-139. La teoría del valor verdad que MacCormick atribuye a la norma es superada por la teoría de la *verdad consensual* de Habermas; y ésta, a su vez, influye en gran medida en la Teoría de la Argumentación Jurídica de Alexy, toda vez que ambos autores ven a la argumentación, en general, como un ejercicio discursivo estratégico que busca el éxito proporcionado por la fuerza del mejor argumento; el cual, según Alexy, está dado si, y solo si, se agota un procedimiento racional que él incorpora a su obra. De ahí que, tanto la teoría de Alexy como la de Habermas, son teorías argumentativas de tipo procedimental-discursivo.

ciaba sus limitaciones en la imposibilidad de prever toda situación conflictiva que pudiese presentarse en la vida social y cuando su pesada carga normativa producía contradicciones con otros preceptos de igual valor y jerarquía.¹⁵ Estas antinomias, de primer grado, eran resueltas mediante criterios de interpretación que, al no estar condicionados a criterios de prelación, creaban grandes espacios de discrecionalidad judicial, lo cual es contrario a todo ideal de certeza que inspiraba la instauración de este régimen.¹⁶ Finalmente, la pluralidad de métodos de solución de antinomias planteaba la dificultad de escoger entre los métodos aplicables al caso, lo que dio origen a las denominadas antinomias de segundo grado.

Hoy en día, una vez identificadas las falencias del sistema liberal y en franco proceso de superación, la academia busca encontrar el justo equilibrio entre las razones normativas *a priori*, basadas en el texto de la ley, y los parámetros de la *razón práctica* con los que aporta el juzgador para dar respuesta a aquellos casos no previstos por la norma positiva o previstos de forma errónea o insuficiente. El neoconstitucionalismo no es más que un acercamiento entre dos tradiciones jurídicas, nacidas de un mismo tronco común (Derecho romano-germánico), cuyas fuentes fueron adquiriendo mayor o menor relevancia, durante los siglos XVIII y XIX, por imposición de puntos de vista más ideológicos que técnicos y más políticos que hermenéuticos. Así, los sistemas de tradición anglosajona (*common law*) mantienen con mayor fuerza la tradición casuística original; los de tradición europeo-continental optaron por dar a la ley el carácter de fuente jurídica principal, bajo la falacia de la certeza y seguridad jurídica.¹⁷ Nos queda claro que tal distinción fue marcada por la confianza o desconfianza que cada sistema tenía en sus jueces y la capacidad de maniobra política de grupos heterogéneos con poder para diseñar el modelo jurídico. Pese a todo esto, la tendencia está marcada por un retorno hacia esa funcionalidad, racionalidad y justificación que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales. Esto conlleva la modera-

15. Para resolver reales o aparentes conflictos normativos se crearon los denominados métodos de solución de antinomias (método literal, exegético, cronológico, jerárquico, de especialidad, entre tantos otros). No obstante, al no existir jerarquía entre estos criterios de solución de conflictos normativos, se evidenció la existencia de antinomias de segundo grado. Este tipo de contradicciones se presenta cuando la utilización de un método de solución de antinomias primarias puede llevar a una conclusión contraria a la que se obtendría en aplicación de otro, lo que nos encerraría en un círculo vicioso en el que el juez tiene la posibilidad de decidir a su antojo. Jerónimo Betegón Carrillo, Mariana Gascón Abellán, Juan de Páramo Arguelles y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 169-284.

16. Gustavo Zagrebelsky, "Del Estado de derecho al Estado Constitucional", en *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed., pp. 21-47.

17. Podemos notar que la jurisprudencia, en los sistemas de tradición liberal, no deja de ser fuente de derecho, aunque se trate de una fuente secundaria o instrumental, al igual que la legislación en los sistemas de tradición inglesa; queda claro, entonces, que no se trata de fuentes incompatibles entre sí. Por tanto, el acercamiento al que nos hemos referido no es más que la vigorización de las fuentes secundarias, para equilibrarlas a las primarias, según corresponda a uno u otro sistema.

ción progresiva del esquema legalista estatal puro hacia la adopción de un modelo intermedio que, por su versatilidad, pueda ser capaz de armonizar los usos regulativos del *common law* y del sistema positivista de origen jacobino francés.

En suma, las relación entre la norma positiva y jurisprudencial ha variado según el sistema de fuentes acogido y la preponderancia que los grupos de poder le han otorgado a una u otra en el tiempo y el espacio. Lo cierto es que, “la jurisprudencia está inmediatamente condicionada por las leyes; pero las leyes lo están, a su vez y no en menor medida, por la jurisprudencia, ya que es ésta la que determina el alcance de aquellas y moraliza su contenido”.¹⁸ Pese a los intentos del positivismo reduccionista que pretendía hacer del Derecho una ciencia cerrada, abstracta, de aplicación mecánico-silogística y capaz de explicarse por sí misma, jamás se logró desterrar del Derecho su vocación de herramienta social, cuya finalidad no pudo ser otra que la satisfacción de necesidades humanas individuales y colectivas.¹⁹ Así, el sistema absolutista veía como única fuente genuina de derecho al Rey; el sistema liberal, a la ley emanada del parlamento; hasta llegar hoy al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica suprema que reconoce a la jurisprudencia de las altas cortes como fuente principal de creación de derecho pero que, dada su reciente data, especialmente en cuanto a lo que al precedente electoral se refiere, por el momento no podemos hablar más que de un sistema en pleno proceso de construcción.²⁰

Lo que marca la ruptura entre el sistema jurídico del *common law* y el europeo continental es que, en el primer caso, su formación y desarrollo es esencialmente judicial. Esta expresión jurídica se construye, reconstruye y deconstruye, de acuerdo con las necesidades sociales concretas, fundamentalmente por acción de la regla del *stare decisis* según “...la cual el juez, al decidir el caso a él sometido, está vinculan-

18. Alejandro Nieto García, *Crítica a la Razón Jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 84.

19. Quizá el mayor representante de la concepción positivista escéptica es Hans Kelsen. En su *Teoría Pura del Derecho* nos habla de sistemas cerrados estructurados de forma piramidal en la que toda norma, para existir como parte de ese todo sistémico, debe fundamentarse en otra norma, positiva, ubicada en el peldaño superior de la pirámide, hasta llegar a una “norma hipotética fundamental” que legitima a todo el ordenamiento en su conjunto. La concepción opuesta puede ser encontrada en John Finnis. Este filósofo *iusnaturalista* hace depender a la legitimidad de la norma jurídica, no en otra norma esencialmente parecida, sino en su consonancia con los que el autor denomina los “siete bienes básicos” para la existencia humana. Para Finnis estos son: la vida; el conocimiento; el juego; la experiencia estética; la sociabilidad o amistad; la razonabilidad práctica; y la religión. Todos ellos dependerían de otras pautas metodológicas que permitan su verificación práctica. Así, la creación de la norma jurídica se fundamenta en la persecución de objetivos sociales prácticos. *Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2008, 2a. ed., pp. 34-45.

20. El artículo 424 de la Constitución ecuatoriana reconoce su carácter de “norma suprema” que, por el hecho de ser tal, prevalece por sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

do por los precedentes judiciales, o sea, por la sentencia dictada por los jueces al decidir casos análogos...”.²¹

Como fuente principal creadora de derecho, una sentencia tiene el vigor de producir no solamente efectos subjetivos o *inter partes*, debido a su esencial función de resolver casos concretos; también produce efectos objetivos o *erga omnes*, por tener la capacidad de condicionar la solución de casos análogos futuros. Para ello, el operador de justicia debe realizar una primera interpretación comparativa de los presupuestos fácticos que produjeron la traba de la *litis* para poder establecer criterios de analogía, lo cual se logrará separando los hechos esenciales de los meramente circunstanciales o que aportasen con información auxiliar para proceder con el estudio de los primeros.

Si existiese correspondencia entre los hechos esenciales de un caso resuelto con anterioridad y uno en plena discusión, se deberá acceder a un segundo nivel de análisis analógico; esto es, a distinguir la denominada *obiter dicta* de la *ratio decidendi*. La *obiter dicta* está conformada por argumentos auxiliares o retóricos que no resuelven el problema central del caso y, por tanto, no constituyen regla jurisdiccional con efectos generales y abstractos. Es decir, para identificar a la *dictum* de un fallo será preciso remitirse a la parte resolutive del mismo para identificar las razones específicas que lo resolvieron. Los argumentos gravitacionales de la sentencia constituyen su *ratio decidendi*. Esta razón central de decisión no crea solamente una norma con efectos *erga omnes*, también permite conocer el método argumentativo utilizado por el juzgador originario para conocer si los criterios adoptados por él crearon una subregla de derecho positivo o si, por el contrario, aplica la ley u otra norma secundaria, sin beneficio de inventario. En definitiva, si bien la norma creada por intervención judicial se encuentra en la parte motiva del fallo o auto que da fin al proceso, no todas las razones que sustentan la decisión del juzgador constituyen precedente jurisprudencial, en sentido estricto.

La regla vinculante que emana de un fallo, es decir, su *ratio decidendi*²² no solo precisa el sentido mismo de la regla positiva, lo que podría hacer por medio de la expedición de sentencias interpretativas o resoluciones de carácter general, al estilo de la jurisprudencia de conceptos, sino que es capaz de crear una regla inédita, inde-

21. Francesca Moretti, “El Precedente Judicial en el Sistema Inglés”, en Francisco Galeano, comp., *Atlas de Derecho Comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notario, 2000, p. 29.

22. Autores como Carlos Bernal Pulido, en *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 176-177, reconocen tres partes dentro de una misma sentencia: *Decisum*: Constituye el fallo o solución para un caso en concreto; *Ratio Decidendi*: Citando jurisprudencia colombiana (Sentencia C-569) “contiene las razones jurídicas que orientan la decisión judicial”; y *Obiter Dicta*: que son “... afirmaciones, casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que solo cumplen un papel secundario en la fundamentación”.

pendiente, autosuficiente, y capaz de ser subsumida en casos ulteriores. En tal virtud, el precedente jurisprudencial constituye no menos que una norma positiva, cuasilegislativa, con capacidad de subsunción para casos ulteriores.

Para ello, el derecho de los jueces utiliza una infinidad de metodologías en la creación de su *doctrina probable*; no obstante, retornará el método subsuntivo para la aplicación de la subregla establecida. En tal virtud, no se trata de abrir paso a la arbitrariedad o conceder al juez poderes omnímodos incuestionables, similares a los del rey bajo el sistema absolutista; por el contrario, el juez, en el ejercicio de sus funciones, va autolimitándose por el poder gravitacional de sus pronunciamientos. Por otra parte, al adoptar decisiones jurídicamente sustentadas en otras fuentes del Derecho, por efecto de su obligación de motivar, ya no podría, como en el sistema anterior, elegir la premisa mayor o norma que lo condujera hacia una conclusión preconcebida, sino que en la inmensa mayoría de casos deberá ser fiel a su criterio. Una actitud contraria, sin una vasta justificación jurídica, contravendría al principio de igualdad formal y material. En suma, el sistema de precedentes jurisprudenciales impone al juzgador la obligación de proyectarse en el tiempo e imaginar casos análogos ulteriores en los que se pueda aplicar el precedente en construcción, sin que esto pueda conllevar a sentencias absurdas.

Este ejercicio de proyección a futuro previene que el precedente, creado con fines meramente coyunturales, no alcance niveles mínimos de estabilidad y con ello desprestigie a la autoridad creadora. De esta forma, los jueces van legitimando sus actuaciones o desgastando su imagen ante la opinión pública. Asimismo, constituye para los justiciables una garantía a ser tratados de igual manera, cuando se encontrasen en situaciones jurídicas similares. De ahí también se desprende el carácter vinculante del precedente jurisprudencial, inclusive para aquellos organismos con capacidad de producir *autoprecedentes*.

En esta línea, el principio de cosa juzgada también adquiere una connotación diferente, no solo en relación al caso resuelto (cosa juzgada explícita),²³ sino en cuanto al tema, materia de análisis o interpretación, por marcar el camino por el que deberán transitar los casos análogos ulteriores. Suele hablarse de cosa juzgada explícita

23. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha relativizado el principio de cosa juzgada ya que ésta no puede ser tenida como definitiva cuando existe un caso de cosa juzgada aparente, irrita o fraudulenta. En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 152, la CIDH determina que no es aplicable el principio *ne bis in idem* en cuanto no constituye un derecho absoluto cuando: 1. el sobreseimiento del acusado pretende la impunidad de la persona acusada de violación a los derechos humanos; 2. el proceso no cumplió con el principio de imparcialidad por parte del juzgador; y 3. no existió intención real de someterlo al acusado al poder de la justicia. Noguera Alcalá Humberto, "Los Desafíos de la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano", p. 311, disponible en: http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf

en alusión a la *ratio decidendi* de un caso que es capaz de condicionar el modo en el que se resolverán casos futuros, como regla general.

En sentido inverso, la doctrina judicial permite al operador aplicar el mismo proceso de identificación de la *ratio decidendi* para prevenir al juzgador, a la luz de la estructura de los hechos relevantes, que se trata de un nuevo caso por lo que la adopción de tal o cual criterio no significaría inobservancia del precedente alegado por quien pretende aplicarlo como regla jurisprudencial aparente, por tratarse de un elemento meramente retórico o auxiliar incorporado al caso previo. Así, la disanalogía también constituye una garantía para el justiciable, en cuanto impide que cualquier elemento de una sentencia sea considerado y aplicado como obligatorio; lo que limita, asimismo, posibles arbitrariedades por parte de los jueces, toda vez que no podrán ampararse en cualquier elemento argumentativo para llegar a una solución antojadiza del caso.

Ahora bien, tampoco podemos llegar a la extrema radicalización del valor vinculante del *heteroprecedente*. Si bien los fallos precedentes obligarían al trato judicial igualitario en pro del derecho a la igualdad, un precedente rígido a extremo podría colisionar con el principio de independencia interna y externa que el artículo 168, numeral 1 de la Constitución concede a los órganos de la administración de justicia. Una de las respuestas que se ha dado para resolver este dilema, tendencia con la que concuerdo, es encontrar el punto de equilibrio entre estos dos principios constitucionales en la obligación argumentativa impuesta a jueces y juezas. En este sentido, el precedente vertical (fallos de las altas cortes) y horizontal (sentencias de judicaturas de igual o menor jerarquía) debe ser obedecido, mientras no existan razones jurídicas necesarias y suficientes que justifiquen un alejamiento del criterio adoptado. Esto favorece al principio de igualdad; no obstante, en caso de existir razones suficientes, el juzgador, en ejercicio de su independencia funcional podrá apartarse del precedente, siempre justifique a satisfacción tales razones. Así, pese a sacrificarse el derecho a la igualdad, este esfuerzo sería entendido como necesario en cuanto beneficia al sistema en conjunto, porque permite su perfeccionamiento sin que esto nos pueda llevar al libertinaje judicial.²⁴

La creación de derecho por medio de sentencias es atribuible, por mandato expreso de la propia Constitución, a la Corte Constitucional, a la Corte Nacional de Justicia y al Tribunal Contencioso Electoral, dentro del ámbito de sus respectivas competencias; de donde se deriva la importancia de aprender a operar, aplicar y razonar desde la lógica del denominado derecho de los jueces. Naturalmente, no puede sino obligar a los propios operadores de justicia a capacitarse y a capacitar a su personal

24. Sentencia C-037-/96, Corte Constitucional (Colombia).

para manejar adecuadamente esta herramienta. La errónea utilización de esta fuente de derecho, por parte de las judicaturas en general, podría fomentar un crecimiento desordenado, desorientado e innecesariamente abundante del derecho judicial y por tanto, incurrir, no solo en las criticadas falencias del sistema legislativo que motivo el resurgimiento del derecho judicial como fuente jurídica primaria, sino que además puede ser fuente de contradicciones con las demás fuentes jurídicas, lo que repercutiría desfavorablemente en la constante legitimación que las cortes necesitan de la ciudadanía para fortalecerse, pero que a su vez obliga a un autocontrol y al manejo prudente de tales herramientas para evitar su desbordamiento.

El cambio de paradigma en cuanto a las relaciones que deben existir entre las diversas fuentes normativas no se agota con el equilibrio entre el valor vinculante de la norma positiva y jurisprudencial; por otro lado, encontramos al desafío de comprender y manejar una nueva forma de concebir al derecho, un novedoso escenario para satisfacer lo que hasta hoy serían inauditos canales de relaciones entre jueces de igual o diferente nivel jerárquico, entre ellos, en sus relaciones internas y de estos con los demás sectores de la sociedad.

En tal sentido y como regla general, el sistema de precedentes es jerárquico, de allí que la Constitución se refiere expresa y únicamente a las tres judicaturas del más alto nivel. En este sentido, sus fallos vinculan a la decisión de jueces inferiores, así como a las del propio emisor de la regla (*autoprecedente*). Sin perjuicio de ello, el creador de la *ratio decidendi* e incluso el juez inferior, aunque de forma excepcional, pueden separarse de la norma judicial.²⁵ En ambos casos, el disidente estaría imponiéndose a sí mismo una fuerte carga argumentativa que justifique el error en el que ha incurrido el superior o la improcedencia de aplicar dicho precedente al caso nuevo. Esta posibilidad cabe por la independencia que aún bajo sistema de precedentes mantienen los jueces inferiores aunque de forma atenuada. En el primer caso, (*distinguishing*) el nuevo precedente se superpondría al anterior,²⁶ sustituyéndolo y, consecuentemente, derogándolo. En el segundo escenario, el juez *a quo* emitiría una regla que no vincula pero que posee capacidad persuasiva respecto del superior y este, a su vez, si lo considerare oportuno, podría adoptarla como propia y cambiar su precedente. Podría acontecer que el juez inferior cree precedente, si en virtud de la revisión del caso por parte de las altas judicaturas, se toma como correcto el criterio del inferior; lo mismo ocurriría con el criterio del abogado que llega a ser aceptado por el juez de instancia y da inicio a la cadena anterior. Se puede hablar entonces de

25. Esta práctica de la Corte Constitucional colombiana es contraria a la tradición establecida por la mayoría de los sistemas *anglo-sajones*. En estos ordenamientos, los jueces inferiores no pueden separarse del *stare decisis* alegando cambios contextuales que evidencien errores del precedente o que propugnen adecuaciones a los mismos.

26. Como si se tratase de una *lex posteriori*.

un “precedente persuasivo”, el mismo que con la sola decisión del superior podría convertirse en norma jurídica, con efectos generales y abstractos. Se establecen pues, nuevas y más influyentes relaciones, tanto horizontales como verticales, dentro de los propios organismos jurisdiccionales.

Una de las especificidades del sistema electoral de precedentes, en relación a sus similares, consiste en que no todos los precedentes emanados del TCE poseen la misma jerarquía normativa. Así, aquellos principios que se creasen a partir de la delimitación del contenido esencial²⁷ de los derechos fundamentales de participación poseerían un rango constitucional; es decir, pasarían a formar parte del denominado *bloque de constitucionalidad*, por lo que prevalecerían por sobre la ley y por sobre sus propios precedentes que tratasen sobre asuntos de mera legalidad. El bloque de constitucionalidad está compuesto por “...normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto...”²⁸ Por otro lado, muchos de los preceptos que fundamentan las decisiones del tribunal en cuestión se refieren a asuntos legales o de procedimiento. Esto quiere decir que adquirirían una relevancia idéntica a la de la ley, tanto orgánica como ordinaria, según fuese el caso. El esquema planteado, en razón de la materia, le estaría vetado a la Corte Nacional a cuyo sistema de precedentes se le extrae aquellos asuntos de *legalidad electoral*. Por su parte, la Corte Constitucional podría crear jurisprudencia en materia electoral pero solo en asuntos de mera legalidad, ya que solo en dicho caso tales sentencias podrían llegar a conocimiento de esta Corte, por medio de la interposición de un eventual recurso extraordinario de protección, previsto en el artículo 94. En cuanto a los pronunciamientos derivados de las garantías fundamentales de tipo jurisdiccional, de tutela de derechos de participación, la Corte Constitucional podría establecer jurisprudencia, pero no por vía de recursos o acciones residuales, sino como resultado de su revisión, previa selección de causas emblemáticas, de la misma forma en la que procede respecto de las sentencias dictadas por las Cortes Provinciales en materia de acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública puesto que, en este tipo de casos, el TCE actuaría como juez constitucional de última instancia.

Si aceptamos que el precedente jurisprudencial-electoral constituye una norma jurídica autónoma con carácter y efectos *erga omnes*, cabría plantear la posibilidad de someterlo a un control abstracto de constitucionalidad. En tal sentido, las personas y organismos legitimados por la Constitución para prestar una acción de inconstitucio-

27. Sobre la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales se puede consultar Pedro Serna y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000, pp. 37-75.

28. Rodrigo Uprimny, *Derechos Humanos y Nuevo Procedimiento Penal*, http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46, p. 2.

alidad sobre actos normativos podrían dirigir dicha acción en contra de la norma jurisprudencial emanada de cualquiera de las tres altas cortes, inclusive de la propia Corte Constitucional. En materia electoral, ésta sería la única vía por la cual el Consejo Nacional Electoral o sus organismos descentralizados podrían alcanzar la derogatoria de un precedente sin la necesidad de contar con el visto bueno del Tribunal Contencioso. Las consecuencias de este planteamiento serían dos: por una parte, el sometimiento de la norma creada por todo juez al control abstracto de constitucionalidad, para determinar su coherencia con el sistema ofrecería la posibilidad de modular o derogar el precedente, en defensa de la Constitución; por otra parte, una resolución favorable al precedente lo blindaría de tal manera que no podría volver a cuestionarse sobre su ilegitimidad, en virtud del efecto de *cosa juzgada constitucional* que obtendría.

En definitiva, un cambio de precedente tendría la facultad de derogar al anterior, pese a que la constitucionalidad del derogado no podía estar sujeta a discusión. Esto impone al juzgador disidente una carga argumentativa adicional. No se trataría de determinar cuál es más o menos constitucional porque no puede haber niveles de gradación sobre el tema, pero cabe identificar cual de los dos criterios favorecen de mejor manera al pleno ejercicio de derechos fundamentales, en atención al principio de interpretación *pro homine*. Lógicamente, el nuevo precedente deja abierta la posibilidad de un nuevo examen de constitucionalidad. En todo caso, toda vez que la Corte Constitucional está en la facultad de modular²⁹ los efectos de sus sentencias, no sería absurdo que encontrándose vicios de inconstitucionalidad en el nuevo precedente establezca para él un sentido interpretativo vinculante; así también, podría devolver a la vida jurídica al precedente anterior.

Otro punto a favor de la creación judicial del derecho radica en su mayor riqueza deliberativa y técnica durante su proceso de formación, en comparación con el dere-

29. Las cortes constitucionales, en la actualidad, han abandonado el sistema *kelseniano*, según el cual actúan únicamente en calidad de legisladores negativos. La nueva posición se fundamenta en que los vacíos que se pueden producir por la asequibilidad total de la norma pueden ser aun más perjudiciales que dejarla operar, pese a ser identificada como inconstitucional. Por tal motivo, hoy hablamos de *sentencias aditivas*, cuando se agrega texto a la norma inconstitucional; *sentencias reductoras*, cuando se reduce su texto; y *sentencias interpretativas*, cuando se determina la forma en la que se debe concebir a la norma. Todos estos tipos de sentencias buscan ajustar el contenido de la norma inconstitucional de acuerdo con los principios y estándares constitucionales sin tener que llegar al extremo de derogarla en su totalidad. Las cortes pueden además dictar textos normativos provisionales o *sentencias sustitutivas*, con fuerza de ley, que estarán vigentes hasta que la Legislatura, con la legitimación democrática que le es propia, dicte la norma que regirá de manera definitiva. De esta forma de control de constitucionalidad se desprende la posibilidad de exhortar a la Asamblea Nacional para que en un período determinado de tiempo dicte la norma correspondiente, produciéndose a su vez una potencial causal para exigir tal acción por medio de la acción por incumplimiento (art. 93 Constitución de la República). Rodrigo Escobar Gil, "La modulación de las sentencias de control constitucional", en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007, pp. 235-264.

cho legislativo. En este caso, bastaría que un grupo o bancada poseyera la mayoría requerida para cada caso, para que la Asamblea Nacional aprobare un texto; claro está que a ello debemos sumar la favorable predisposición política del Presidente de la República para que tal o cual iniciativa no se vea frustrada por un veto total o parcial y de esta forma pueda constituirse en ley de la República. En contraposición, la creación del derecho judicial surge del debate técnico-jurídico y no de negociaciones y concesiones entre conveniencias de sectores sociales dotados de poder; por tanto, el precedente jurisprudencial no constituye obra de autoría exclusiva del juzgador, es una fuente cuyo proceso dialéctico de formación va nutriéndose de aportes argumentativos confrontados entre sí, lo que obliga a debatir entre interpretaciones técnico-jurídicamente viables y razonables, a la luz de fuentes nacionales, internacionales, de derecho comparado, apoyo de criterios doctrinarios, investigaciones jurisprudenciales, estudios sobre la evolución histórica de la institución y aportes inéditos de los propios operadores intervinientes. Con ello, la jurisprudencia se presenta como una fuente de mayor elaboración, pensada y justificada argumentativamente³⁰ por la autoridad jurisdiccional. La exposición de motivos que el legislador incorpora a la ley no es comparable a la motivación jurisdiccional en cuanto a su detalle y especificidad. Esto no quiere decir que el juez y, peor aún, el juez electoral elimine, por completo, la dimensión política de sus fallos, solamente que su espectro de decisión se ve reducido a criterios de juridicidad y no de meras conveniencias corporativistas. Tampoco quiero decir que el marco de acción del juez elimine la discrecionalidad, ya que éste seguirá contando con una gran variedad de fuentes y métodos de interpretación y aplicación que bien podrían dar soluciones distintas a casos similares. Lo que se alcanza es que el propio juzgador se autolimita y garantiza un trato igual a personas que se encuentran en situaciones jurídicas iguales.³¹

30. En este sentido, el realismo jurídico norteamericano, representado fundamentalmente por Ross, lleva al valor justificativo de la argumentación judicial al extremo de hablar de decisiones arbitrariamente concebidas por el juez, maquilladas de tal manera que pueden llegar a persuadir a la ciudadanía por su contenido retórico más no porque se trate de una decisión predeterminada por el Derecho. Cabe señalar que el realismo jurídico, al igual que la escuela del *Derecho Libre* y la denominada *Jurisprudencia de Intereses*, surgen en el paso del siglo XIX al XX como una respuesta al *positivismo ingenuo* que concebía al Derecho como un sistema completo, coherente y claro y, por tanto, autosuficiente. Pienso que si bien la motivación busca persuadir sobre la corrección y validez del razonamiento jurídico, no es menos cierto que las razones en las que el juez asienta sus argumentos son criterios técnico-jurídicos preestablecidos, que no necesariamente corresponden a la ley, puesto que, según lo venimos diciendo, ésta no constituye la única, ni siquiera la más importante fuente de derecho. José Antonio García Amado, "Interpretar, argumentar, decidir", en *Anuario de Derecho Penal 2005*. Estudio monográfico sobre interpretación y aplicación de la ley penal, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad de Friburgo, 2005, pp. 2-9. Disponible en www.geocities.com/jamagamado

31. Quienes desarrollaron el criterio intencionalista de la jurisprudencia sostienen que el juez, generalmente, elabora su fallo en sentido inverso al carácter silogístico que se le atribuyó al derecho legislativo. Así, estos autores sostienen que el juez empieza por la conclusión; es decir, por la parte resolutive; luego de lo cual busca los argumentos necesarios para justificar la solución dada al caso con antelación.

En esta línea de pensamiento, más allá del debate que existe en el seno de todo tribunal a lo largo de la sustanciación de una causa, la decisión que adoptará el juzgador para dar por terminado el conflicto se va nutriendo y adquiriendo fuerza argumentativa. En tal sentido, el juez no solo está en la obligación de exponer los motivos que condicionaron su parecer, sino también de argumentar sobre las razones por las que la posición de una o de ambas partes no son las idóneas para resolver el conflicto materia de estudio. Por otro lado, los casos no poseen una sola posibilidad de resolución legítima. Muestra de ello son, o pueden ser, los votos salvados, razonados y/o concurrentes que ciertos magistrados formulan para justificar las razones por las que se separan o concurren con el fallo de mayoría, posibilidad que coincide con el principio de independencia interna de juezas y jueces. La regla creada en la disidencia judicial, pese a no constituir, *prima facie*, un precedente vinculante, puede llegar a serlo si con posterioridad la corte o tribunal la adopta como propia. De ahí la trascendencia, no solo de los criterios judiciales vinculantes, sino también de los disidentes y de la fuerza argumentativa y persuasiva de unos y otros, en torno a un contexto delimitado por los hechos materia de controversia.

Por lo dicho, todo aporte, recogido o no por el organismo jurisdiccional en sus votos de mayoría, votos salvados y concurrentes, es importante para la producción jurisprudencial de la corte o tribunal, con sus consecuentes repercusiones en el sistema en conjunto. En el peor de los casos, tales razonamientos son valiosos, así fuese para descalificarlos, toda vez que la guerra argumentativa y la derrota racional de los criterios calificados como erróneos o impertinentes fortalecen al precedente adoptado, en proporción a la calidad de la parte motiva de cada uno de ellos.

En este sentido y toda vez que esta vía de creación de derecho incumbe a todos los operadores del sistema de justicia, es necesario cambiar los métodos tradicionales de formación de abogadas y abogados, así como romper muchos de los esquemas dogmáticos de los ya titulados. El profesional del derecho tiene que dejar de ser un mero conocedor de la ley para convertirse en un verdadero jurista, capaz de aportar al criterio del juzgador con herramientas científicas e investigaciones jurídicas profundas, pero, por sobre todas las cosas, debe autoformarse y, en consecuencia, presentarse en la práctica diaria como un experto argumentador y pensador de lo jurídico. El sistema depende de la diaria capacitación del abogado para nutrirse.

Con la siguiente cita pretendo ilustrar la forma en la que los sistemas jurídicos, por medio de su propia jurisprudencia, van enmendando errores, complementándose y renovándose a sí mismos, con la finalidad de adaptar sus pronunciamientos a los cambios sociales y conceptuales. El sistema de precedentes es un modelo en constante autodepuración por la sola presentación de nuevos casos, lo que obliga a la confrontación y actualización de las tesis adoptadas en casos anteriores en contraposición con los criterios esgrimidos por la parte a la que no interesa la prevalencia del

criterio precedencial, característica reconocida y muy valorada por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la comunidad indígena Yakye Axa versus Paraguay [...] no solo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión y el derecho a la identidad cultural, *supra*), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la Comunidad indígena Sawhoyamaya, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto.³²

No podemos pensar siquiera en la infalibilidad de las autoridades jurisdiccionales, tampoco creer que sus decisiones pueden o deben mantenerse estáticas a lo largo de los siglos. Si bien es cierto "...que en las sentencias no pueda existir de hecho algún grado de discrecionalidad, sino que institucionalmente el juez viene llamado no a elegir una solución entre varias posibles, sino a adoptar solo una solución, la correcta o la más correcta",³³ podríamos sostener que el dinamismo que caracteriza al derecho nacido de la casuística hace que todo precedente sea puesto a prueba cada vez que se sustanciare un caso análogo. Esta característica particular de la jurisprudencia es más evidente cuando existen procesos de renovación de magistradas y magistrados que incorporan al debate nuevos elementos de juicio que, así como pueden fortalecer al precedente, podrían derribarlo, con las consecuencias conocidas por el lector. Todo esto fortalece, afina y reconstruye al precedente adoptado sobre la base de los mismos cimientos; lo depura; lo confronta con otras posiciones; lo actualiza; afianza o deroga.

Es diferente lo que ocurre en los sistemas legalistas tradicionales que irremediablemente tienden a envejecer hasta llegar a su total obsolescencia, lo que evidentemente genera la tan atemorizante inseguridad jurídica puesto que el juez tendrá que adecuar, a discreción, el contenido de una norma, que por anacrónica se encuentra fuera de contexto. La experiencia indica que la estabilidad alcanzada por los sistemas jurídicos ha sido más estricta en aquellos de tradición casuística. Generalmente, los criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, por ejemplo, se han mantenido a través no solo de los años, sino inclusive de los siglos.³⁴ Por el contrario, los sistemas legalistas, por el natural envejeci-

32. Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

33. Luis Prieto Sanchis, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2007, 2a. ed., p. 222.

34. El sistema norteamericano ha experimentado verdaderas revoluciones jurídicas originadas en su sistema de justicia. Podemos citar al caso *Brown contra en Consejo de Educación*, de 1957, por el cual se eliminó la disgre-

miento de la norma abstracta, se ven en la obligación de reformar o sustituir continuamente su norma positiva. La estabilidad de los sistemas jurisprudenciales tiene mucho que ver con el lento, pero armónico, desarrollo de la jurisprudencia. En primer lugar, porque habría que esperar la aparición de un nuevo caso que, por sus propias características, sea capaz de cuestionar al precedente preestablecido; y, en segundo lugar, porque la ampliación o especificación de puntos concretos, dentro del criterio acuñado, no constituye un abandono de éste, sino una modulación o actualización de mismo. El carácter armónico que se le atribuya al sistema de precedentes está dado porque una decisión jurisprudencial ulterior, salvo contadas excepciones, no es capaz de trastocar al sistema como tal, sino a un punto muy concreto de la actividad jurisdiccional; no así el derecho legislativo en el que, cada vez que se dicta un nuevo texto legal, el sistema está obligado a esperar que todos los agentes de justicia lo entiendan y puedan operarlo, lo que implica un período caótico de transición contrario a la formación social de las ciencias jurídicas. Podría resultar paradójico, aunque no improbable, que una vez que el sistema legislativo hubiese llegado a cuajar en la vida jurídica del país, lo que generalmente toma años y un cúmulo de errores prácticos, el texto legal sea sustituido por otro, dando inicio a una nueva transición y con ello a un nuevo círculo caótico.

Por lo indicado, el sistema constitucional ecuatoriano se encuentra y permanecerá, por algunos años, en proceso de consolidación. Razón por la cual he considerado pertinente remitirnos al Derecho comparado, muy concretamente a la experiencia constitucional colombiana, a fin de identificar los métodos y acciones que consolidaron al sistema de precedentes en ese país; todo esto, a fin de encontrar algunas claves que nos permitan errar en la menor medida de lo posible dentro de este proceso experimental del manejo de nuevas fuentes jurídicas primarias, con características propias y metodologías particulares que paulatinamente deberán ser incorporadas a nuestro sistema, aunque con sentido crítico, con identidad propia y de acuerdo con las exigencias de nuestra realidad.

gación de los afroamericanos que, en virtud de este fallo, pudieron acceder a establecimientos educativos tradicionalmente de "blancos". Este fallo rompió la doctrina de "iguales pero separados". Otro caso de altísima importancia fue el *Roe contra Wade*, de 1973, por el cual se consagró el derecho de la mujer al aborto. Estas sentencias paradigmáticas y a su vez creadoras de línea han permanecido en el tiempo y han condicionado la resolución de todos los casos supervinientes. La estabilidad del sistema de precedentes norteamericano está dado por sentencias como la dictada en el caso *Marbury contra Madison*, de 1803, en la que se estableció la competencia de los jueces para realizar el control difuso de constitucionalidad, el mismo que ha tenido influencia en casi todos los sistemas constitucionales contemporáneos.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA SENTENCIA: EL PRECEDENTE ESTÁTICO

La obligación de establecer y desarrollar un sistema de precedentes implica necesariamente un cambio en la forma de procesar las sentencias y las diferentes partes que las componen. La labor técnica impuesta en este sentido debería, como de hecho ocurre en la mayoría de los casos, obligar a las altas cortes a poseer un departamento específico y altamente especializado en sistematización de jurisprudencia. Estos centros de investigación judicial deben ser capaces dar interpretaciones cualitativas a la evolución de precedentes; identificar tanto los principios vigentes como los derogados o sustituidos; y, con todos estos insumos, proponer a las autoridades del organismo la adopción de mejores prácticas al respecto.

El investigador deberá iniciar su trabajo con la identificación de problemas jurídicos específicos, tan concretos que de la propia sentencia se pueda extraer una respuesta positiva o negativa. En este sentido, la subregla jurisprudencial se construye sobre la base de un sistema binario de respuestas. Por ejemplo: ¿el juzgador puede ordenar de oficio la práctica de diligencias probatorias? Respuestas posibles sí / no, aunque estas contestaciones pudiesen estar matizadas por condicionamientos o requisitos que pasan a formar parte del precedente. La construcción de una regla, es decir, la determinación de los elementos fácticos que conllevan la aplicación de la consecuencia emanada de la respuesta afirmativa o negativa sobre un problema jurídico concreto, es precisamente el precedente que pretendemos identificar. La norma extraída entre una multiplicidad de argumentos inoficiosos poseerá una estructura muy similar a la legislativa o reglamentaria, de ahí que se debe optar por su sistematización y codificación para que tales hallazgos no se dispersen.

Para la tarea del juzgador es importante contar con archivos vigentes e históricos en torno a la norma jurisdiccional a fin de comprender su evolución y proyección a futuro. En este apartado nos detendremos en el estudio estático del precedente jurisprudencial y en el acápite siguiente expondré técnicas para el desarrollo del análisis dinámico de la norma jurisdiccional.

Se denomina análisis estático de precedentes porque su estudio se circunscribe a una sola sentencia. Toda sentencia posee tres partes estructurales: a) *obiter dicta* o dichos al pasar; b) *ratio decidendi* o razón de la decisión; y c) *decisum*. La última constituye la parte resolutive de la sentencia, lo que el tribunal obliga a una o a ambas partes a dar, hacer o no hacer. En el ámbito del derecho público se trataría de una ratificación, rectificación o modulación de los actos públicos sometidos a decisión jurisdiccional, sin perjuicio de que pudiesen nacer obligaciones positivas o negativas para el Estado, especialmente si se trata de violación de derechos fundamentales. De estas

características se desprende su alcance *interpartes* y, en consecuencia, la irrelevancia de tal dictamen para casos ulteriores. La obiter dicta se ubica en la parte considerativa. Al igual que la ratio decidendi, ambas conforman la motivación de la sentencia y la argumentación lógica en la que se fundamenta la decisum. La diferencia entre ellas radica en el diferente nivel de intermediación que existe entre los argumentos y la solución de la situación jurídica en concreto. Así, la dicta constituye la parte retórica, justificativa y persuasiva que tiene una sentencia para legitimar la decisión adoptada; se puede hablar de un valor instrumental. En sentido contrario, la ratio decidendi es la razón principal por la que se acepta o rechaza la pretensión jurídica de las partes, sin perjuicio de la obligación del juzgador de suplir las omisiones de derecho en las que incurrieren los litigantes; principio *iura novit curia*. En este sentido, la ratio decidendi debe guardar estrecha relación entre la argumentación y la decisión, pero su misión más importante es que de ella se extrae la subregla que configura el precedente. La ratio decidendi es lo que se conoce como *cosa juzgada implícita*, cuyos efectos *erga omnes* condicionan la resolución de casos futuros, por exigencia del derecho a la igualdad formal y a la seguridad jurídica. Se la distingue de la *cosa juzgada explícita*, que guarda relación con la decisum y sus ya citados efectos interpartes. La obiter dicta,³⁵ por tanto, no constituye cosa juzgada en ningún sentido y, en consecuencia, no posee la aptitud jurídica para convertirse en precedente, salvo que en otro caso el mismo argumento retórico se convierta en razón necesaria de resolución, aunque en ese caso pasaría a ser ratio.³⁶

La obiter dicta resulta crucial en ejercicios judiciales de disanalogía. Este método argumentativo puede responder a cuestiones fácticas o a criterios jurisprudenciales. En el último caso porque el criterio que se pretende hacer valer como ratio decidendi no es tal, sino que constituye parte instrumental de la sentencia anterior. En tal virtud, cuando no existe correspondencia entre los elementos fácticos esenciales sobre los cuales se produce la traba la litis, y esto se evidencia en un análisis comparativo entre las partes expositivas de los dos casos pretendidamente asimilables, se puede llegar a concluir que el criterio que decidió el primer caso no es vinculante para el segundo. De aplicárselo, estaríamos ante un nuevo precedente o ante la ampliación evolutiva del primero. En cualquier caso, la carga argumentativa será menos riguro-

35. El carácter persuasivo que se le otorga a la obiter dicta guarda relación con las teorías discursivas de autores como Parelman, MacCormick, Habermas y Alexy, por lo que debe ser vista como una parte vital en la legitimación de la decisión del juez, pese a que su alcance no trascienda a la sentencia.

36. Cuando hablamos de sentencias, lo hacemos en sentido amplio, es decir, nos referimos a decisiones jurisdiccionales que resuelven problemas concretos, incluso de tipo procedimental. En tal virtud, cuando hablemos de sentencias, el lector deberá comprender que en tal concepto se encuentran incorporados autos, decretos, y demás resoluciones en los que se recoja cualquier criterio jurisdiccional no previsto en norma positiva alguna.

sa. El Tribunal Contencioso Electoral en la causa No. 537-2009 aplicó este criterio al decir:

El recurrente hace referencia a la causa No. 421-2009 resuelta por este Tribunal y solicita que se siga el mismo procedimiento. Es cierto que dentro del citado proceso se procedió a ordenar la apertura de urnas, a fin de acercarse al conocimiento de la verdad histórica de los hechos controvertidos, sin embargo, del análisis del mismo se desprende que tal precedente no constituye un caso análogo, capaz de dar respuesta al caso que en esta oportunidad se ventila por no existir la identidad indispensable para el efecto. Así, en aquel caso, los sujetos políticos fueron notificados con resultados parciales y no definitivos como ocurre en este. Por otra parte, este Tribunal con anterioridad a la mencionada diligencia declaró la nulidad de las actas de recuento, situación que en el presente caso ya fue ordenado y ejecutado por la Junta Provincial del Guayas. Finalmente, a la luz del *principio de determinancia*,³⁷ en aquel caso, por haber cuantiosas inconsistencias numéricas, cabía la posibilidad que al recotar los votos, los nuevos datos que se obtuviesen, llegasen a incidir en el resultado final, circunstancia que en este caso tampoco ocurre. En este sentido, la causa 421-2009, pese a constituir jurisprudencia vinculante, resulta inaplicable al presente caso, por las razones de *disanalogía* analizadas, lo que de ninguna manera implica inobservancia ni separación del precedente jurisprudencial legítimamente sentado en la causa 421-2009, el mismo que dicho sea de paso, se encuentra en total vigencia.

La disanalogía, por razones de dicta, se basa en determinar que, pese a que el caso presenta características fácticas esencialmente equiparables, no cabe el método de aplicación jurídica *a pari* o analógica porque la razón que se pretende hacer valer, en el caso en discusión, no corresponde a la *ratio decidendi* de la sentencia previa. En tal sentido, se deberá extraer la razón esencial del caso precedente para demostrar que la parte retórica de esta causa no determina la decisión actual por no constituir subregla jurisprudencial, en sentido estricto. Un mal manejo de las partes de la sentencia puede hacer que una subregla efectivamente consagrada sea desconocida al presentársela como dicta, o viceversa, en un caso posterior, quedando la genuina tácitamente derogada y la falaz consagrada como precedente. Por otra parte, la errática sistematización de precedentes podría conllevar a su proliferación innecesaria de los mismos. La marea del derecho judicial podría repetir los problemas antirregulatorios ya experimentados por la inflación legislativa.

37. “*El juicio de revisión constitucional electoral es procedente, cuando la violación reclamada pueda resultar determinante para el desarrollo del proceso electoral respectivo o el resultado final de las elecciones...*”. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso: Alianza por Yucatán, Partido Político Estatal vs. Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Yucatán, Jurisprudencia No. 7/2008, Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, No. 2, 2008, p. 37.

El lector podrá observar que, pese a la elaboración de metodologías tendientes a unificar criterios de identificación de precedentes, esta tarea no deja de ser esencialmente hermenéutica, según la cual la interpretación subjetiva del investigador tendrá implicaciones determinantes. Esto no quiere decir que los precedentes serán lo que el departamento de jurisprudencia dice que son, sino que es muy importante que quienes ostenten posiciones de dirección en tales unidades posean una rica preparación y experiencia. El intercambio de funcionarios entre cortes amigas podría ser un método interesante para intercambiar experiencias y obtener nuevas destrezas técnicas.

EL MANEJO METODOLÓGICO DE LA SUBREGLA: EL PRECEDENTE DINÁMICO

Del análisis anterior se aprecia que un adecuado manejo de las sentencias y el establecimiento de una metodología correcta para la identificación y construcción de líneas jurisprudenciales será indispensable para conocer el proceso evolutivo que sigue el derecho judicial, así como conocer los criterios jurisprudenciales vigentes y, por tanto, de directo y obligatorio cumplimiento. Por lo indicado, en este acápite intentaré describir uno de los tantos procedimientos que existen para diseñar una suerte de codificación de las subreglas incorporadas al sistema jurídico, de forma difusa, vía actos jurisdiccionales. Este procedimiento constituye lo que la doctrina da el nombre de análisis dinámico del precedente. A diferencia del análisis estático, no se limita al estudio de una sentencia, sino a la de un nicho decisional que permite identificar, en secuencia cronológica, dichas reglas, así como trazar proyecciones con guía en la evolución de criterios. Naturalmente, el éxito de la identificación de la línea dependerá tanto del estudio estático como del dinámico porque el primero, para bien o para mal, será insumo indispensable para el segundo.

El primer paso que debemos dar en el descubrimiento de una línea jurisprudencial consiste en delimitar el problema jurídico sobre el que buscamos respuesta. La norma jurisprudencial se crea en relación a un caso en concreto. Con esto quiero decir que desde sus orígenes es concebida para dar respuesta afirmativa o negativa a una cuestión jurídica específica. Este sistema binario de respuestas obliga a que la cuestión planteada por el investigador formule una pregunta de cuyo estudio pueda alcanzar una respuesta SI / NO, sin perjuicio que dicha respuesta pueda llegar a condicionarse por requisitos o situaciones establecidas en la misma subregla. En este sentido, la formulación objetiva del problema determinará el éxito o fracaso de nuestro estudio jurisprudencial.

Una vez formulada la cuestión y delimitado el problema jurídico de interés, el investigador deberá encontrar la forma más eficiente posible de acceder a todas las fuentes jurisprudenciales relativas al tema. Se puede utilizar publicaciones oficiales, gacetas, programas electrónicos compiladores de jurisprudencia, aunque lo más recomendable sería acudir directamente a los archivos del tribunal o corte correspondiente y obtener este insumo preliminar de fuente primaria. El profesor López Medina no recomienda guiar la línea de investigativa según citas o referencias obtenidas de textos doctrinarios sobre las diferentes materias puesto que, según nos hace notar, la mayoría de autores, para los propósitos académicos y de opinión que persiguen, escogen sentencias excepcionales, curiosas y/o con importante connotación política. En este sentido, este tipo de sentencias reactivas no representan una muestra válida para identificar el nicho decisional porque no corresponden a un criterio sostenido que pueda integrar el diseño de la línea jurisprudencial que buscamos.³⁸

Una vez identificado el universo de fallos a ser procesados, el investigador procederá a ordenarlos en un sentido cronológico-ascendente, toda vez que se trata de un estudio evolutivo, por lo que cada sentencia deberá estar relacionada con sus predecesoras inmediatas a fin de establecer concordancias o discrepancias decisionales. Así, la identificación de la sentencia creadora de línea tiene sentido por ser la primera; las siguientes, por evidenciar cambios o confirmaciones de tal forma que el último criterio, cronológicamente hablando, será el vigente y exigible en estrados. Un estudio desordenado de la jurisprudencia puede extraviar la labor investigativa y sumergirnos en un laberinto de sentencias dispersas.

En este momento correspondería proceder a identificar la *ratio decidendi* de cada una de las sentencias escogidas como pertinentes, de conformidad con los parámetros y criterios señalados para el análisis estático del precedente, según lo revisado en el acápite anterior. La identificación de la *ratio decidendi* y de la *obiter dicta* de cada sentencia hará que se reduzca considerablemente el nicho decisional del que extraeremos la línea. Esta etapa del proceso requiere un control mayor puesto que depende, en gran medida, de la apreciación subjetiva del investigador. Un error en este procedimiento puede llevarnos a pensar en una eventual contradicción de criterios lo que distorsionaría los resultados que finalmente serán graficados, según el esquema que en adelante se explica.

Ahora bien, una vez que el nicho decisional primigenio ha quedado reducido por efectos de la exclusión de las sentencias que únicamente topaban el tema, como parte retórica de la misma, obtendríamos lo que llamaremos el nicho *decisional objetivo*. Sobre este universo cualitativo de sentencias podríamos proceder con el estudio del

38. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 167-180.

precedente dinámico, propiamente dicho. Debemos advertir que dentro de una misma jurisprudencia no todas las sentencias poseen la misma función ni importancia. Para efectos de identificar a las sentencias de mayor importancia para nuestro estudio, les daremos el nombre genérico de *sentencias hito*. Cada una de las sentencias hito deben ser graficada, según el esquema que ejemplificaremos en adelante, de ahí que constituirán los puntos de enlace por donde cruzará nuestra línea jurisprudencial. Dentro de las *sentencias hito* podemos distinguir entre: a) *Sentencias fundadoras de línea o sentencias bandera*; b) *Sentencias paradigmáticas*; c) *Reformadoras de línea*; y d) *Sentencias confirmadoras de línea*. Las últimas no son necesariamente sentencias hito por no tener elementos creativos; sin embargo, poseen funciones específicas dentro de la línea jurisprudencial.

Las *sentencias fundadoras de línea*³⁹ son los primeros pronunciamientos realizados por un tribunal sobre un punto específico de derecho. Estas sentencias suelen ser amplias, generales y abundantemente retóricas. Estas sentencias suelen evidenciar los esquemas ideológicos manejados por las cortes o tribunales, lo que permite proyectar las posibles respuestas que magistradas y magistrados darán a casos ulteriores. Sus dos misiones más relevantes dentro del sistema jurídico son: a) concretar los preceptos normativos, especialmente principios de alto grado de amplitud, en dirección a resolver un caso en concreto. Por su propia naturaleza dejan espacios lo suficientemente amplios para que los principios rectores, en ellas consagrados, direccionen la producción jurisprudencial posterior.

Podemos decir que, pese a tener la facultad potencial de establecer precedentes, en sentido fuerte, las sentencias creadoras de línea guardan alguna similitud con la denominada jurisprudencia de conceptos, aunque no solo se limiten a interpretaciones en abstracto y son capaces de crear subreglas judiciales. La segunda función que se atribuye a este tipo de sentencias obliga al juzgador a dejar, intencionalmente, posibles indeterminaciones en cuanto a la consecuencia jurídica de un acto o situación determinada. Esta naturaleza amplia de los principios consagrados en la sentencia será sustituida, en períodos de tiempo relativamente cortos, por sentencias que dan respuestas más específicas a los casos en discusión. Las sentencias creadoras de línea proyectan una sombra decisional capaz de agrupar o contener a un conjunto de subreglas derivadas de problemas jurídicos específicos. Este espacio normativo, si bien sigue dejando un importante grado de libertad para el juzgador futuro, no deja de con-

39. En Colombia, estas sentencias predominaron durante el período de consolidación de la Constitución de 1991. En Ecuador, las dos únicas sentencias emitidas hasta el momento, aunque a mi criterio mal llamadas interpretativas (001-08-SI-CC, R.O. 479-S, 2-XII-2008; y, 002-08-SI-CC, R.O. 487-S, 12-XII-2008), poseen las características indicadas para las creadoras de línea lo que nos invita a pensar que, de una u otra manera, la Corte ecuatoriana empieza a transitar por el camino marcado por su homóloga colombiana.

dicionarlo porque va creando marcos decisionales cada vez más reducidos, hasta llegar progresivamente al establecimiento de la subregla. Es decir, identifican el sendero por el que transitará la producción jurisprudencial futura. Las sentencias fundadoras de línea constituirán el punto inicial por donde partirá la línea jurisprudencial, al momento de ser graficada.

Las *sentencias paradigmáticas* son aquellas que van reduciendo la sombra decisional delineada por las sentencias fundadoras, sin que ello implique contradecirlas. Por el contrario, las sentencias paradigmáticas desarrollan los preceptos guías de sus predecesoras, los fortalecen no solo por basarse en ellos, sino por darles eficacia práctica y significado concreto, en conflictos determinados. En este tipo de sentencias es posible identificar subreglas provistas de mayor objetividad. Por su naturaleza, puede existir más de una subregla que de respuesta a diversas controversias sobre un asunto determinado, dentro del mismo espectro decisional dejado por la sentencia fundadora de línea. Por lo general, las sentencias paradigmáticas contienen el precedente vigente o sobre el cual se argumenta para desconocerlo o reformularlo. Eventualmente, puede tener mayor duración en el tiempo en comparación con las fundadoras de línea.

Las sentencias *reformadoras de línea* son aquellas que rompen la armonía decisional impuesta, en un primer momento, por las sentencias fundadoras de línea y desarrolladas, de forma lineal, por las sentencias paradigmáticas que han sido fortalecidas por las confirmadoras de línea. Este tipo de fallos formulan una subregla jurisprudencial que sustituye a la establecida por una sentencia paradigmática, quedando derogada la anterior. Las sentencias reformadoras de línea aparecen como un punto ubicado al extremo opuesto al que encontramos a las sentencias paradigmáticas no disidentes. Este tipo de sentencias deben ser las mejor fundamentadas porque el juez de las que emanan recibe toda la carga argumentativa que representa la no sumisión al precedente preconstituido. Si bien comparten con las dos clases de sentencias, anteriormente descritas, la posibilidad de ser declaradas inconstitucionales, en virtud del control abstracto al que se somete toda norma con efectos *erga omnes*, las sentencias reformadoras se encuentran en mayor situación de riesgo puesto que, en el caso de las fundadoras de línea, por su carácter retórico y amplio, generalmente no hacen sino contextualizar el marco constitucional. En el caso de las paradigmáticas, con el respaldo de las confirmadoras de línea, son sometidas constantemente a revisión por la misma y otras judicaturas, lo que reduce el riesgo de incurrir en vicios de inconstitucionalidad; no así las reformadoras que, como ya se ha dicho, derogan al precedente fortalecido e imponen una nueva regla cuyo único respaldo de legitimación está dado por su nivel justificativo, argumentativo y técnico. Para efectos gráficos, la sentencia reformativa marcaría el punto de inicio de una nueva línea jurisprudencial por lo que se convierte, a su vez, en sentencia fundadora de línea. Sin em-

bargo, por sus efectos particulares también vienen a establecerse como sentencias paradigmáticas, sobre las cuales deberán sustentarse los casos futuros o sobre las que se deberá argumentar para efectos de una disidencia ulterior.

Finalmente, las *sentencias confirmadoras de línea*, como su nombre lo indica, son aquellas que aplican secuencialmente los preceptos establecidos por las sentencias paradigmáticas. Su característica principal consiste en fortalecer a aquellas y en dotar al ordenamiento jurídico de cierto grado de certeza jurídica, ya que siguiendo una línea uniforme se puede predecir, en buena medida, la decisión que el juzgador adoptará en el caso en discusión. No suele ser necesario incorporarlas en la gráfica porque serían puntos colocados al mismo nivel que las sentencias paradigmáticas, lo que puede ampliar innecesariamente las dimensiones de la misma. Bastaría con cuantificarlas y establecer el período de tiempo por el que un precedente se hubiese mantenido inalterable. Sin embargo, podrían modificar, aunque no estructuralmente, a la subregla al momento de incorporar ciertos requisitos o condicionamientos para que opere la consecuencia jurídica establecida por el precedente. Si este desarrollo repercute en una modificación estructural, estaríamos frente a una sentencia reformadora y no confirmadora de línea.

En consecuencia, el precedente jurisprudencial actualmente vinculante es aquel que ha sido consagrado por la última sentencia paradigmática, hablando en términos cronológicos. Puede ser también la última sentencia reformadora, es decir, la que sustituyó a la anterior y por ello, pasó a ocupar su lugar dentro del ordenamiento jurídico. En tal sentido, para argumentar sobre la base del efecto vinculante del precedente, el investigador deberá citar, en primer lugar, la subregla de la última sentencia paradigmática que debe estar perfectamente identificada, así como la fecha en la que se la expidió y, de contar con los datos necesarios, el número de fallos que confirman la subregla que en aquella oportunidad se aplica.

A manera de recapitulación, de todo lo indicado hasta aquí, se puede desprender la dificultad que presenta la identificación de las sentencias hito. Este problema puede ser minimizado si la propia Corte o Tribunal despliega un trabajo editorial que identifique, dentro de sus sentencias, la ratio decidendi puesto que, como quedó señalado, no todo el texto constitutivo de una sentencia constituye precedente obligatorio. Un trabajo de esta naturaleza reduciría el esfuerzo del investigador y la posibilidad de incurrir en errores metodológicos. La Corte Constitucional colombiana, en el encabezado de sus sentencias suele citar las subreglas que de dicho pronunciamiento se desprenden, sin perjuicio de la transcripción literal de su texto completo. A esta práctica podría añadirse los datos referenciales de la sentencia paradigmática y la fecha desde la cual se encuentra vigente.

El criterio cronológico es de vital importancia. La regla adoptada puede ser confirmada, ampliada o sustituida por una ulterior. De ahí que los operadores del sistema están obligados a un manejo prolijo, sistemático y constante de esta fuente. La falta de cuidado en el seguimiento de la producción jurisprudencial podría arremeter contra la unidad y coherencia del sistema normativo en su totalidad, toda vez que la adopción de una regla, como precedente, podría provocar la inconstitucionalidad superveniente de cualquier norma positiva y condicionar la producción legislativa, reglamentaria y secundaria futura. Por tanto, el manejo poco cuidadoso de la jurisprudencia podría ser causa suficiente para provocar un caos normativo, con repercusiones en todos los niveles del ordenamiento y sobre todo al derecho fundamental a la seguridad jurídica.

Por otra parte, los constantes cambios de precedente o la adopción de reglas contradictorias entre sí, aplicadas indistintamente y en períodos concurrentes en el tiempo, atentan contra el derecho a la igualdad, en sentido formal, puesto que la norma que se construye a través de la sentencia adopta características de generalidad y abstracción, con capacidad de regular casos análogos futuros. Todo esto, sin perjuicio de las circunstancias excepcionales o del reconocimiento expreso de errores por parte del órgano jurisdiccional, el mismo que justificará técnicamente el abandono del precedente y con ello establecerá un punto de equilibrio entre el principio de igualdad y el de seguridad jurídica, armonizándolos con el principio de independencia judicial y la naturaleza dinamizadora que se atribuye a esta fuente del Derecho, en atención a la evolución de la vida y de la conflictividad social.

El trato diferenciado entre personas o grupos, la inaplicación de una regla o la construcción de una nueva, para un caso que en su visión primera se mostrase con idéntica posición circunstancial, solo puede ser permitido por una vasta justificación argumentativa que demuestre la *razonabilidad* de tal disanalogía, a fin que dicho trato diferenciado no llegue a producir efectos discriminatorios.

Para evitar que el trato diferente sea discriminatorio

el Tribunal a) debe, ante todo, aislar el acto o norma que comporta el presunto trato desigual [...] b) debe asimismo comprobar [...] la existencia y la licitud constitucional de un fin [...] debe además indagar a la inversa [...] cuál es el alcance del elemento común [...] finalmente, el Tribunal debe establecer que existe un nexo de conexión pertinente, lógico y además proporcionado, entre aquel fin y esta regulación diferenciada.⁴⁰

40. Ángel Garrorena Morales, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, 4a. reimp., pp. 52-54.

EL SISTEMA DE PRECEDENTES SEGÚN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

El reconocimiento del precedente jurisprudencial como norma positiva, con carácter general y abstracto, se fundamenta en la propia concepción que tenemos de la Constitución como norma, tan jurídica como la propia ley, aunque con características jerárquicas y políticas especiales. En contraposición con los argumentos de Schmitt, para quien la Constitución no es sino un conjunto de enunciados declarativos y programáticos,⁴¹ la propia norma fundamental reivindica su contenido coercitivo por medio del principio de aplicación directa (art. 426). Esta garantía de efectividad de la Constitución se relaciona a su vez con su propia supremacía puesto que ella "...prevalece sobre cualquier otra [norma] del ordenamiento jurídico..." (art. 424). El valor político de la carta estará dado por ser la encargada de la distribución del ejercicio del poder político y como garantía de protección para quien se encontrare en situación de desventaja en relaciones entre particulares.⁴²

Una vez superada la discusión sobre el valor jurídico de la Constitución y siendo asumida como norma jerárquicamente superior y por tal, fuente principal de toda expresión de derecho sustantivo y adjetivo, tiene que ser directa y prioritariamente aplicada por los operadores de justicia. Para su defensa, no basta con la obligación general de respetarla y hacerla respetar que poseen todos los organismos, especialmente las entidades públicas, es indispensable designar a un organismo equivalente, en jerarquía e influencia, para que sea capaz de precisar ambigüedades, cubrir lagunas, determinar su alcance y garantizar su observancia irrestricta. Así como la ley, la Convención Americana, el sistema de justicia internacional de Naciones Unidas, el Derecho Penal Internacional y cuanto ejemplos se nos pueda imaginar, tienen sus guardianes específicos (Corte Nacional de Justicia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia y Corte Penal Internacional, respectivamente), la Constitución encuentra en la Corte Constitucional al organismo encargado específicamente de dar eficacia sustancial a este cuerpo normativo, en términos generales; así como, en términos particulares, concede tales atribuciones al Tribunal Contencioso Electoral en lo que a derechos de participación se refiere.

41. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 157-174.

42. De ahí que Ferrajoli ha caracterizado a los derechos fundamentales como "la ley del más débil" como un contrapeso a la ley del más fuerte verificable en el contexto bélico, político, en las relaciones internacionales y en la interacción de sujetos en los mercados.

El Tribunal Contencioso Electoral recibe un mandato expreso de la propia Constitución para garantizar el ejercicio de los derechos de participación política que se expresan a través del sufragio. Asimismo, la Constitución prevé a la protección de derechos fundamentales como el deber más importante que posee todo organismo de Estado. Entonces, si los derechos fundamentales constituyen fuente jurídica primordial, inclusive en contraste con normas consagradas por la propia Constitución, entre sí, las competencias privativas que la carta le asigna al Tribunal Contencioso Electoral, frente a una clase específica de derechos, hacen de este organismo una suerte de Tribunal Constitucional, con límites establecidos en virtud de la materia, pero también viene a ser al unísono una suerte de Corte de Casación, en relación con la Ley Orgánica Electoral o Código de la Democracia. En suma, el sistema jurídico electoral fue establecido como un sistema autónomo, independiente, aunque integrado al sistema general por efecto de los derechos fundamentales que garantiza; de ahí que, como ya es una tendencia en Latinoamérica, la propia Constitución establece competencias exclusivas para el Tribunal Contencioso Electoral con máximo vértice de la pirámide de este sistema, el cual se armonizaría con el precedente constitucional por medio de la acción extraordinaria de protección, en asuntos de mera legalidad, y al sistema de precedentes establecido para la Corte Constitucional, en razón de su capacidad de escoger los casos sobre los cuales se ha propuesto pronunciar.

La Corte Constitucional, al igual que el Tribunal Contencioso Electoral, cada uno dentro del ámbito de sus competencias, en sus calidades de organismos jurisdiccionales con alto poder, rol e impacto político, aunque no en sentido electoral partidista o plebiscitario, están en la obligación de encauzar o reencauzar el desenvolvimiento de todo operador público y privado, según los valores, principios y objetivos plasmados en este nuevo engranaje constitucional; así como dinamizar sus microsistemas internos ante eventuales descarrilamientos. De allí que la propia corte y el tribunal van labrando su propia legitimación en democracia y asumiendo, con la fuerza que da la confianza que deposita en ellos la ciudadanía, el cabal ejercicio de los roles asignados en el sistema constitucional de derechos y de justicia, afianzándose de forma sostenida. Naturalmente, una actuación poco responsable, técnicamente débil y éticamente dudosa se traduce en los efectos inversamente proporcionales.

Recordemos también que por medio de la producción jurisprudencial se pueden incorporar al sistema nuevos derechos fundamentales que, por el hecho de serlo, ocuparían una posición de la más alta jerarquía dentro del sistema de fuentes, toda vez que "...el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirán los demás derechos derivados de la de la dignidad de las personas..." (art. 11, num. 7 CR). La facultad de crear derechos o de profundizar en el contenido esencial de los ya consagrados, en base a un ejercicio inferencial de argumentación judicial, derivado de la

norma positiva, lo que Ricardo Guastini denominaría derechos implícitos,⁴³ nos habla de una forma de ir creando microistemas normativos por acción directa y primigenia de las cortes. Si cada rama de la ciencia jurídica se crea y desarrolla en torno a un derecho fundamental determinado, por su poder irradiador gravitacional (derecho laboral, en torno al derecho al trabajo; derecho civil, en torno al derecho a la propiedad; derecho de telecomunicaciones, en relación al acceso a este tipo de servicios públicos, por poner unos ejemplos) la jurisprudencia, al tener la facultad de reconocer un derecho y darle el carácter de fundamental, por considerarlo esencial a la luz de los parámetros mínimos exigidos por la vida humana digna, estaría colocando la primera piedra que deberá sostener el desarrollo normativo de todo un microistema. Para que este microistema pueda desarrollarse adecuadamente deberá atender a la contextualización del derecho recientemente consagrado y a dotarlo de garantías normativas, garantías políticas y garantías jurisdiccionales a fin de efectivizarlo.

Una vez consagrado el derecho, la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral deberán incluir, en su parte resolutive, una obligación específica para que la legislatura emita una ley que regule el ejercicio del nuevo derecho. Esta obligación, por provenir de fuente constitucional, puede ser exigida mediante la interposición de una acción por incumplimiento o mediante la demanda de inconstitucionalidad por omisión, con lo cual la propia Corte Constitucional se reservaría para sí la oportunidad de controlar dicho acatamiento, so pena de aplicar las sanciones correspondientes. Una vez producida dicha ley, se activaría la potestad reglamentaria del Presidente de la República y así sucesivamente se iría desarrollando un sistema normativo específico, hasta regresar a su origen jurisprudencial ante la judicialización de un nuevo conflicto que ofrecerá la oportunidad de modular o afinar un sistema, apenas creado. Esto no quiere decir que las judicaturas deberán esperar la promulgación del texto legal para tutelar este nuevo derecho puesto que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 426 de la Constitución, "...no podría alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos".

43. Guastini hace una diferenciación entre derechos expresos y derechos implícitos. Los primeros son aquellos reconocidos generalmente por las constituciones, por tanto constituyen una manifestación del derecho positivo. Por el contrario, los derechos implícitos son el producto de una inferencia lógicamente válida cuya premisa mayor está dada por derechos expresamente consagrados. Los derechos implícitos, pese a contar con legitimidad propia, van concretando a los derechos explícitos y generalmente provienen de la actividad jurisdiccional. Así, este autor nos hace notar que existe un desplazamiento de poderes normativos de los órganos legislativos a los jurisdiccionales. Ricardo Guastini, "Comentarios a la ponencia de Manuel Atienza 'Derechos Implícitos'", Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.

Si la jurisprudencia constitucional constituye la boca viva y parlante racional de la propia Constitución, así también el precedente electoral, es la expresión argumentativa de una de sus partes, en consecuencia posee las mismas características y autoridad que la Carta. Es decir, prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Por tales características constituye pues, fuente principal y en tal virtud, condiciona toda producción normativa futura. La jurisprudencia constitucional y electoral es un parámetro efectivo de control concreto, abstracto y concentrado de constitucionalidad, así como un parámetro vinculante para toda forma de control difuso posterior. Por tanto, la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral, mediante la producción de precedentes jurisprudenciales, poseen la facultad de reescribir diariamente a la carta fundamental, cada uno dentro del marco específico de sus competencias.

La reinención sistemática que realizará la Corte Constitucional y el Tribunal Contencioso Electoral de la Constitución puede erigirse como una herramienta dinamizadora, capaz de adaptar los designios constitucionales a las exigencias de la vida social y con ello, concretar los valores y principios que la inspiran, evitando su envejecimiento y obsolescencia. No obstante, podría ser también una carta abierta para la arbitrariedad y la constitucionalización de intereses corporativistas o partidistas lo que sería la justa antítesis de las razones y principios que inspiraron al constituyente al otorgamiento de tales facultades. Ante este escenario, depende de la propia Corte y del Tribunal alcanzar su legitimidad dentro de la opinión pública. Lo contrario atentaría contra la estabilidad, no solo de ella, sino de todo el sistema constitucional. Carlos Santiago Nino ilustra como la Suprema Corte de los Estados Unidos, al negarse a aplicar el principio de igualdad a los “negros” en el caso Dred Scott “...perdió una importante oportunidad de tratar de resolver un gran conflicto político antes de que este condujera a la guerra civil”.⁴⁴ En la profesionalidad, coherencia y prudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Nacional de Justicia y del Tribunal Contencioso Electoral descansa la estabilidad del modelo constitucional adoptado por Ecuador, mediante referéndum, y la plena vigencia del sistema constitucional de derechos y justicia, social y democrático.

Como respuesta ante el peligro de dispersión de los diferentes sistemas de precedentes, en nuestro país, aparece la Acción Extraordinaria de Protección, en virtud de la cual la Corte Constitucional tiene la oportunidad de revisar los autos y sentencias definitivas de la Corte Nacional. En cuanto al sistema electoral, subsiste el debate por cuanto se ha pretendido excluir del marco de acción de este recurso extraordinario a las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral. A mi modo de ver, esto constitui-

44. Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 2a. reimp., p. 665.

ría un craso error porque rompería la estructura piramidal del sistema, atentando contra su propia armonía. Precisamente, la creación de esta figura busca cerrar el sistema constitucional en las apreciaciones de su máximo intérprete.

Considero que toda decisión de autoridad pública tiene que ser susceptible de control de constitucionalidad para garantizar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales. La pretendida exclusión de esta esfera de control a las decisiones de una de sus altas cortes crearía un sistema paralelo que resultaría impensable en un diseño unitario como el nuestro, peor aún cuando pueden existir pronunciamientos divergentes sobre los mismos puntos de derecho, a sabiendas que estos dos sistemas de precedentes tienen la facultad de impulsar el desarrollo decisional futuro lo que degenera en una terrible inseguridad jurídica, no solo para la ciudadanía, sino para el juez *a quo*.

Por su parte, el planteamiento realizado en el capítulo anterior sobre la posibilidad de incorporar, al sistema, una garantía fundamental específica de derechos de participación, tampoco excluye la posibilidad del control de constitucionalidad ya que el precedente constitucional, en materia de garantías fundamentales, se conforma mediante un sistema de libre elección que realiza la Corte Constitucional para la revisión de fallos procedentes de acciones de protección, hábeas corpus, hábeas data, acción de acceso a la información pública; y, de acuerdo con el sistema planteado, igual tratamiento correspondería a la acción ciudadana. Este sistema de libre elección de fallos corresponderá a una lógica de política judicial que diseñará la Corte en atención a los requerimientos sociales e incluso en cuanto a las dudas que presenta el nuevo marco constitucional, por lo que no deja de ser beneficioso que los fallos emanados del Tribunal Contencioso Electoral también sean revisados.

En tal sentido, la existencia de dos sistemas paralelos de precedentes, uno de ellos de alcance y jerarquía legal-constitucional como es el caso del Tribunal Contencioso Electoral, no es incompatible con el criterio de unificación de criterios jurisprudenciales. En primer lugar, tendríamos que clasificar el tipo de sentencias que emanaren de este alto tribunal. Por una parte, las sentencias de última y definitiva instancia, en virtud de las cuales el tribunal resuelve los recursos contencioso-electorales, deberían acceder al control de constitucionalidad por medio de la acción o, en términos de mayor propiedad, recurso extraordinario de protección, con el objeto de que la Corte Constitucional ratifique posibles imprecisiones de la jurisdicción electoral o confirme el criterio adoptado, blindándolo. Por otra parte, tratándose de garantías fundamentales, los precedentes electorales que podrían ser revisados por la Corte Constitucional serán los seleccionados por parte de la Corte en virtud del cumplimiento de su política judicial.

Cualquiera fuese el caso, todos los organismos públicos están en la obligación de trabajar armónicamente en beneficio del desarrollo de un sistema de fuentes inédito para nuestra tradición. No debemos temer a la revisión de los actos públicos; por el contrario, este tipo de procedimientos permiten ampliar los espacios de debate alrededor de los temas que inciden en el diario vivir de la gente. Esta suerte de ampliación del debate jurídico podría eliminar la apatía del ciudadano. Debemos empezar por reconocer que se ha hecho de las ciencias jurídicas una suerte de esoterismo reservado para doctos y eruditos. Esta mistificación del Derecho no corresponde sino a meras cuestiones terminológicas que traducidas al habla común posibilita que toda persona, incluso ajena a cualquier tipo de formación académica, pueda empoderarse de las decisiones de sus tribunales, lo que repercute favorablemente en la confianza de la ciudadanía que, como volvemos a insistir, constituye la fuente de legitimación democrática de cortes y tribunales, que por su conformación, no poseen legitimación democrático-electoral, *per se*, en contraposición con la naturaleza de las funciones Ejecutiva y Legislativa, fundamentalmente. La socialización de las ciencias jurídicas es uno de los grandes desafíos de los organismos jurisdiccionales contemporáneos. Este objetivo no tiene razón de ser necesariamente complejo, porque el derecho, pese a su mistificación terminológica, jamás ha dejado de ser, ni por un solo momento, una cuestión de sentido común.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Atenza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2005.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Ecuador. Estado constitucional de derechos y justicia”, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Betegón Carrillo, Jerónimo, Mariana Gascón Abellán, Juan de Páramo Arguelles y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, 2a. ed.
- Dulitzky, Ariel, “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: estudio comparado”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto s.r.l., 1998, 2a. ed.

- Dworkin, Ronald, “La jurisprudencia. El modelo de las normas”, en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.
- García Amado, José Antonio, “Interpretar, agumentar, decidir”, en *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad de Friburgo, 2006.
- Garrarena Morales, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Guastini, Ricardo, “Comentarios a la ponencia de Manuel Atienza ‘Derechos Implícitos’ ”, Jornadas de Argumentación Jurídica y Ética Judicial, Tribunal Contencioso Electoral, 8 y 9 de septiembre de 2009.
- Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.
- *Interpretación constitucional*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, 2a. ed.
- Moretti, Francesca, “El precedente judicial en el sistema inglés”, en Francisco Galeano, comp., *Atlas de Derecho comparado*, Madrid, Fundación Cultural del Notario, 2000.
- Nieto García, Alejandro, *Crítica a la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, 2a. reimp.
- Noguera Alcalá, Humberto, “Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Almonacid Arellano”, en: http://www.iidpc.org/revistas/7/pdf/313_333.pdf
- Oyarte Martínez, Rafael, *Curso de Derecho constitucional*, t. I, Quito, Fondo Editorial Andrade y Asociados, 2007.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, 7a. ed.
- Plan Nacional de Formación y Capacitación de la Rama Judicial*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla / Consejo Superior de la Judicatura, 2008, 2a. ed.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2007, 2a. ed.
- Ramos Núñez, Carlos, “Código Napoleónico: fuentes y génesis”, en revista *Derecho & Sociedad*, No. 10, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://www.pandectasperu.org/revista/no200004/cramos.html>
- Serna, Pedro, y Fernando Toller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley S.A., 2000.
- Topacio Ferretti, Aldo, *Derecho Romano Patrimonial*, México DF, Universidad Autónoma de México, 1992.
- Uprimny, Rodrigo, *Derechos humanos y nuevo procedimiento penal*, http://dejusticia.org/admin/file.php?table=documentos_publicacion&field=archivo&id=46
- Von Ihering, Rudolph, *La lucha por el derecho*, Serie Monografías Jurídicas No. 72, Bogotá, Temis, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo, “Del Estado de derecho al Estado constitucional”, en *El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 1997, 2a. ed.

Fuentes jurisprudenciales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ximenes Lopes, Sentencia de Fondo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Albán Cornejo vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro vs. Ecuador.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingu vs. Nicaragua.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakie Axa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Sawhoyamaxa.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Saramaka.

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia 001-08-SI-CC, R.O. 479-S, 2-XII-2008.

Corte Constitucional (Ecuador), Sentencia 002-08-SI-CC, R.O. 487-S, 12-XII-2008.

Corte Constitucional (Colombia), Sentencia T-123/95.

Corte Constitucional (Colombia), Sentencia C-037/96.

Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallos, 1:36.

Corte Suprema de la Nación Argentina, Fallos, 32:120.

Gaceta Jurisprudencia y Tesis en Materia Electoral, año 1, No. 2, 2008.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, Caso *Brown contra en Consejo de Educación*, 1957.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *Roe contra Wade*, 1973.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, caso Marbury contra Madison, 1803.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Caso: Alianza por Yucatán, Partido Político Estatal vs. Pleno del Tribunal Electoral del Estado de Yucatán, jurisprudencia No. 7/2008.

Fuentes normativas

Código Civil (Ecuador).

El precedente constitucional y la ruptura del sistema tradicional de fuentes

Código de Procedimiento Penal (Ecuador).

Constitución de la República del Ecuador (2008).

Constitución de la República de Colombia (1886).

Constitución Política de 1998.

Ley de Casación (Ecuador).

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia.

Ley No. 169 (Colombia).

Fecha de recepción: 6 de octubre de 2009

Fecha de aceptación: 23 de octubre de 2009