

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente  
jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador**

Pablo Leguísamo Bohórquez

Tutor: César Montaña Galarza

Quito, 2018



## **Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis**

Yo, Pablo Guillermo Leguísamo Bohórquez, autor de la tesis intitulada “Problemas jurídicos generados por la inclusión del precedente jurisprudencial dentro de las fuentes primarias en el Ecuador”, mediante el presente documento dejo constancia que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir uno de los requisitos para la obtención del título de Master de Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales, electrónicos, digitales, ópticos, como usos en redes locales y en internet.

2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros, respecto de los derechos de autoría de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, a 23 de noviembre de 2017

Pablo Leguísamo Bohórquez

CC: 1709772006

## Resumen

El presente trabajo parte de la renuencia a aceptar sin beneficio de inventario, la globalización indiscriminada del derecho a través de trasplantes jurídicos experimentales, con difícil capacidad de adaptación a nuestro medio de raigambre romano germánica; siendo el derecho instrumento al servicio de la sociedad, diferentes sociedades han desarrollado familias jurídicas distintas, con instituciones que siendo viables en una sociedad, resultan riesgosas en otras, a esto se debe el título del presente trabajo: “*Problemas jurídicos generados...*”.

No son solamente las incompatibilidades jurídicas las que motivan la visualización de estos *problemas*, es también el medio en el que tales figuras trasplantadas deben aplicarse, en un sistema de administración de justicia coartado por la política y de dudosa conducción ética, si no se toman en cuenta estas situaciones fácticas, el análisis se vuelve meramente teórico y acrítico, abandonando la dialéctica ius filosófica fundamental que necesariamente debe considerar el ser y el deber ser.

El primer capítulo trata acerca de la evolución histórica de la jurisprudencia y el precedente, para ello parte del surgimiento del Estado de derecho y su columna vertebral, el *iuspositivismo*, la estructura del *stare decisis* tanto del derecho continental como en el *common law*, la estructura de la sentencia como base de la jurisprudencia, sus componentes (*obiter dictum*, *ratio decidendi* y *decisum*) y su efecto en la generación de sub reglas, así como la relación entre patrón fáctico y analogía fáctica; el segundo capítulo, aborda el sistema de fuentes en el Ecuador, la relación tradicional entre fuentes formales primarias y secundarias, los cambios acaecidos con el advenimiento del Estado constitucional de derechos y justicia. El tercer capítulo se respalda en el análisis casuístico de la línea jurisprudencial del principio de motivación del acto, el patrón fáctico que le da origen y la evolución de las sentencias hito, así como la sucesión de errores e inexactitudes consumadas en esta línea jurisprudencial que posteriormente da paso al denominado *test de motivación*.

**Palabras claves:** jurisprudencia, precedente, *obiter dictum*, *ratio decidendi*, Estado de derecho, *stare decisis*, neoconstitucionalismo, ius positivismo, ius naturalismo.

## Summary

This academic paper starts by rejecting without benefit of inventory, the indiscriminate globalization of the law through juridical experimental transplants and their difficulties to adapt to our Roman Germanic tradition. Being the law an instrument to society, different societies have developed different juridical families with institutions that are possible in one society, and that are risky in other societies. That is the reason why this paper's title is "*Created juridical problems...*"

The juridical incompatibilities are not the only motivation to envisage these problems, but the place where such transplanted concepts must be applied, in a judicial system coopted by politics and doubtful ethical conducts – without taking into consideration the factual situations – the analysis turns itself in merely theoretical and uncritical, abandoning the fundamental philosophical dialectic that must necessarily be considered: being and ought to be.

The first chapter deals with the historical evolution of jurisprudence and precedent, for that purpose, it starts from the origins of the rule of law and its backbone, the ius positivism, the structure of the *stare decisis* of both continental law and common law, the structure of the judicial judgment as the basis for the creation of jurisprudence, its components (*obiter dictum*, *ratio decidendi* and *decisum*) and its effect on the generation of sub rules, as well as the relationship between factual patterns and factual analogies. The second chapter deals with the system of sources of law in Ecuador, the traditional relationship between primary and secondary formal sources of law, the changes generated by the advent of the constitutional state of rights and justice. The third chapter is based on a case law analysis of the jurisprudential direction taken in regard to the principle of mandatory reasoning of the grounds for the judgement (motivation principle), the factual pattern that created it and its evolution through landmark rulings, It will also address the sequence of mistakes and inconsistencies consummated by the jurisprudential direction taken that gave origin the so-called *motivation test*.

**Keywords:** jurisprudence, case law, *obiter dictum*, *ratio decidendi*, Rule of Law, *stare decisis*, neo-constitutionalism, iuspositivism, iusnaturalism.

## **Agradecimiento**

A mis maestros de la Universidad Andina Simón Bolívar.

A mi maestro y amigo, César Montaña Galarza,  
quien ha complementado sus clases con el ejemplo de  
entereza y hombría de bien frente al despotismo.

## **Dedicatoria**

A mis hijos: María Gabriela, Renata, Mario Julio y Jacob  
por su bondad y cariño.

A Nina, mi esposa, por su apoyo permanente.



## Tabla de contenido

Introducción.....	12
Capítulo primero.....	15
Evolución histórica del precedente jurisprudencial.....	15
1. Fuentes del derecho continental.....	15
2. Surgimiento del Estado de Derecho.....	22
3. Iuspositivismo como resultado del Estado de derecho.....	23
3.1. Crisis del positivismo continental.....	25
3.2. Pospositivismo.....	28
3.3. Neoconstitucionalismo.....	30
4. Tratamiento del <i>stare decisis</i> en el <i>common law</i> y en el <i>civil law</i> .....	32
4.1. <i>Stare decisis</i> en el <i>common law</i> .....	32
4.2. <i>Stare decisis</i> en el sistema romano-germánico.....	33
5. Estructura de la sentencia vinculante.....	33
5.1. Obiter Dictum.....	36
5.2. <i>Ratio Decidendi</i> .....	37
5.3. <i>Decisum</i> .....	39
6. Patrón fáctico y analogía fáctica.....	40
6.1. Alejamiento del precedente.....	43
Capítulo segundo.....	47
La jurisprudencia en el Ecuador a partir de la Constitución del 2008.....	47
1. Sistema de fuentes tradicional en el Ecuador.....	47
2. Experiencias iniciales de jurisprudencia vinculante.....	49

3.	Estado constitucional de derechos y justicia.....	52
3.1.	Efectos del Estado constitucional en el sistema de fuentes. ....	55
4.	Incorporación constitucional de la jurisprudencia vinculante .....	57
4.1.	Fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia. ....	57
4.2.	Sentencias vinculantes de la Corte Constitucional. ....	60
5.	Procesos de selección y revisión de la Corte Constitucional.....	66
5.1.	Procedimiento de selección de causas relevantes.....	67
5.2.	Procedimiento de revisión de causas relevantes.....	68
	Capítulo tercero .....	71
	Problemas detectados en la aplicación del precedente .....	71
1.	Líneas jurisprudenciales.....	71
2.	Evolución de la línea jurisprudencial del principio de motivación.....	74
2.1.	Datos generales de la línea jurisprudencial. ....	75
3.	Cuestionamientos a la evolución de la línea jurisprudencial del principio de motivación .....	82
4.	Aplicación inadecuada de la doctrina como fuente primaria.....	85
	Conclusiones.....	89
1.	Ambigüedad formal en la integración de la jurisprudencia vinculante con efecto <i>erga omnes</i> .....	89
2.	Conflicto entre la generación normativa jurisprudencial y el principio de reserva de ley .....	91
3.	Uso indiscriminado de las sentencias aditivas.....	94
4.	Conflicto entre la generación normativa jurisprudencial y el principio de legalidad.....	95
5.	Cuestionable independencia de los jueces .....	96
6.	Riesgo del manejo autopoiético de la interpretación constitucional.....	97
7.	Reflexiones finales.....	98

Bibliografía ..... 101

## Introducción

Las fuentes del derecho están sujetos a una evolución permanente derivada de la evolución de las sociedades y fundamentalmente a los vaivenes del poder político. En nuestro país de raigambre romano germánico, las fuentes del derecho han sido aquellas que tradicionalmente corresponden a dicha familia jurídica, a saber: la ley ha sido la fuente formal principal por antonomasia y por tanto de aplicación *erga omnes*, por su parte, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina de los tratadistas han sido consideradas como fuentes formales secundarias referenciales y no vinculantes.

El mundo del derecho no es ajeno a los procesos de globalización que se producen en todas las áreas del conocimiento humano; en el Ecuador, la Constitución de Montecristi replicó la corriente anti positivista europea y realizó un desplazamiento en el sistema de fuentes formales del derecho al establecer que, en determinados casos, la jurisprudencia tendrá un carácter de vinculante y por lo tanto fuente formal principal con carácter *erga omnes*, aumentando su jerarquía jurídica y negando aquello que siempre se había considerado como una máxima: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que se pronunciaren”.<sup>1</sup>

El propósito de este trabajo de investigación es evidenciar los problemas que han surgido como resultado de la incorporación de estos nuevos elementos en el sistema jurídico ecuatoriano, caracterizado por una fuerte influencia romano germánica, en especial entre los operadores de justicia con formación legalista; la hipótesis planteada es que la incorporación de la jurisprudencia como fuente principal del derecho en nuestro país conlleva cierto nivel de riesgo, puesto que implica el otorgamiento a los jueces de una facultad generadora de derecho objetivo, paralela a la facultad legislativa, pero sin controles o límites claros y en ocasiones, sin la suficiente independencia política.

Los tres capítulos que integran el presente trabajo analizan el marco conceptual relacionado a la evolución histórica de la jurisprudencia como fuente

---

<sup>1</sup> Ecuador; *Código Civil*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No 46. (24 de junio de 2005) Art. 3, Inciso segundo.

del derecho, tanto en el ámbito continental como nacional, sus características y pormenores de su inclusión en la Constitución de 2008 así como sus variaciones e interpretaciones posteriores, finalmente, se analizará el desarrollo de una importante línea jurisprudencial, la misma que se constituye en el mecanismo generador y dinámico del derecho objetivo.

Dentro de los objetivos específicos, el presente trabajo busca evidenciar las falencias detectadas a partir del desplazamiento del sistema de fuentes, en especial los errores en la aplicación de la técnica jurisprudencial, la indeterminación entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*, la ambigüedad en el tratamiento del tema por parte de la Corte Constitucional y finalmente, el análisis de las inconsistencias en el desarrollo de una de las principales líneas jurisprudenciales desarrolladas por la justicia constitucional ecuatoriana.

El desplazamiento del sistema de fuentes en el Ecuador obedeció a un proceso meta jurídico complejo de origen geo político, surgió en la academia y tuvo el respaldo político suficiente para ser una realidad; guardó coherencia con el cambio del modelo de Estado social de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia, combinó estratégicamente el ataque político al parlamento como núcleo aglutinador de la “partidocracia” con el ataque académico al mismo parlamento como fuente monopólica en la generación de la ley; esta simbiosis académico – política ha sido a la larga, un factor desequilibrante en el sistema de pesos y contrapesos que, junto a otros elementos, ha dado lugar al fortalecimiento inusitado de la función ejecutiva.

La conveniencia o no de los trasplantes jurídicos es responsabilidad de la academia, ella provee los insumos al músculo político dominante, por lo tanto, a ella le corresponde precautelar, con beneficio de inventario, el grado de aplicabilidad de tales corrientes europeas en nuestros países y con nuestros sistemas de administración de justicia deficitarios. En el cuerpo humano, un trasplante debe someterse a un proceso previo de compatibilidad entre el órgano trasplantado y el receptor, a riesgo de provocar un colapso que conduzca a la muerte; en el ámbito del derecho los cuidados no deben ser menores, el trasplante no debe ser un automatismo indiscriminado o un cliché academicista, debe obedecer más bien a una sincera evaluación de las aptitudes del receptor.

Las conclusiones del presente trabajo, coherentes con su título, pretenden evidenciar los problemas generados por el desplazamiento del sistema de fuentes, para ello parte del análisis de las fuentes formales primarias y secundarias y su desarrollo evolutivo en el Ecuador, hasta desembocar en la determinación de los elementos que conllevan niveles de riesgos importantes, por tal razón se debe advertir el deliberado énfasis en señalar los deméritos de este nuevo modelo, necesarios para abordar con precisión el ancestral conflicto ius filosófico entre el ser y el deber ser, entre las bondades del amplio catálogo de derechos y el desengaño de su exigua aplicación.

La academia debe ser autocrítica y autónoma, la honestidad intelectual debe ser su guía y la valentía su principal estandarte, con cuánta razón reza el refrán popular: “El pueblo cosecha lo que los intelectuales siembran”.

## Capítulo primero

### Evolución histórica del precedente jurisprudencial

Del peso específico que se asigna a cada fuente del derecho, depende la distribución del poder dentro del Estado, por ello, en épocas en que el valor de las fuentes está sujeto a cambios profundos, como resultado de innovadores trasplantes jurídicos, es necesario revisar su estructura, contenido, efectos y sobre todo su aplicabilidad en una familia jurídica de origen y caracteres distintos.

#### 1. Fuentes del derecho continental

Las fuentes formales del derecho, entendiendo por tales a las normas generales emanadas del legislador (*lex*) o extraídas de las costumbres o explicitadas de las sentencias a las que se ha conferido carácter obligatorio o en algunos casos excepcionales a las enunciadas por los juristas,<sup>2</sup> obedecen a ese origen romanista; la *lex*, a través de las normas escritas de carácter general aprobadas por el pueblo romano a través del *comitium*, a iniciativa del rey; la costumbre, a través de las normas consuetudinarias no escritas; la jurisprudencia, a través de los edictos de los magistrados<sup>3</sup> y la doctrina a través de la opinión de los juristas a quienes el emperador dotó del *ius respondendi ex auctoritate principis*, es decir, el privilegio de hablar de manera obligatoria.

La ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina de los tratadistas, constituyen las fuentes formales tradicionales del derecho y el valor que se asigna a cada una de ellas es la que determina el sistema de fuentes; así, en las dos principales familias jurídicas de occidente, el *common law* o derecho

---

<sup>2</sup> Cueto Rua, “Fuentes del Derecho”, 25.

<sup>3</sup> Entre estos los pretores, quienes estaban dotados de *jurisdictio*, y debían aplicar las normas de los anteriores pretores, en la aplicación del derecho civil.

anglosajón y el *civil law* o derecho romano germánico,<sup>4</sup> las fuentes del derecho son las mismas, pero cada una de ellas tiene diferente peso; en el derecho romano germánico la ley (originada en el parlamento) es la fuente primaria por excelencia y la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre son fuentes secundarias de naturaleza referencial u orientadora; en el *common law*, la fuente principal del derecho es la jurisprudencia (originada en las sentencias de los jueces), sin menoscabar el papel de la ley, la misma que se caracteriza por una codificación reducida pero creciente; la costumbre y la doctrina de los tratadistas constituyen fuentes secundarias del derecho.

En las dos familias jurídicas interactúan las mismas fuentes formales, pero con distintas jerarquías, éstas están sujetas a procesos evolutivos que determinan una modificación permanente del sistema de fuentes.

En el *ancien régime* francés del siglo XVIII, estructurado sobre la base de la sociedad estamental,<sup>5</sup> las principales fuentes del derecho eran, en primer lugar la costumbre y adicionalmente, la jurisprudencia;<sup>6</sup> estas fuentes históricas fueron causantes de grandes desequilibrios sociales, puesto que estaban dirigidas a favorecer abiertamente a los estamentos privilegiados; en la posrevolución francesa, éstas generaron el repudio de los revolucionarios, muestra de ello fue el significativo discurso de Robespierre ante la Asamblea Nacional Francesa, al señalar que: “*La jurisprudencia debería borrarse de nuestra lengua. En un Estado con constitución y legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley*”.

Concomitantemente, Montesquieu estableció máximas como “*el juez debe ser únicamente la boca de la ley;*” “*El Poder Judicial debe ser Invisible y Nulo*” o “*Los jueces son la boca que pronuncian la palabra de la ley, seres inmanentes que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor;*”<sup>7</sup> dentro del contexto histórico señalado, limitar al máximo a la costumbre y a la

---

<sup>4</sup> Juan Montaña Pinto, *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho ecuatoriano*, (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 17.

<sup>5</sup> En el Antiguo Régimen francés, la sociedad se hallaba estratificada a través de estamentos; un estamento era un grupo que llevaba un nivel de vida similar, se pertenecía al estamento en el que se nacía. Los estamentos se dividían en privilegiados (la nobleza y el clero) y no privilegiados (la mayoría de la población).

<sup>6</sup> Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*, (Bogotá: LEGIS, 2006), 8.

<sup>7</sup> Manuel Santaella López, *Montesquieu, El Legislador y el Arte de Legislar*, (Madrid: Editorial Gráfica ORTEGA, 1995), 77.



jurisprudencia como fuentes casi exclusivas del derecho, fue un verdadero logro, una conquista que ponía fin a la arbitrariedad judicial y sentaba las bases del Estado de Derecho para que el gobierno de los hombres sea reemplazado por el gobierno de las leyes, dando lugar a los postulados primordiales del Estado de Derecho: principio de legalidad, principio de motivación del acto, seguridad jurídica, principio de igualdad.

La *capitis diminutio* de las fuentes del derecho tradicionales, generaron un vacío en las fuentes primarias del derecho, por lo que, consciente de ello, Napoleón Bonaparte dispuso la elaboración del Código Civil Francés promulgado en 1804, el mismo que tomó como estructura básica al *corpus iuris civilis* romano, dando origen a una legislación orgánica, por cuanto hasta aquel entonces existía cierta normativa exigua y dispersa que daba lugar a una serie de privilegios propios de la sociedad estamental.

El nacimiento del liberalismo trajo consigo la consolidación del positivismo legal, el mismo que considera la validez formal de las normas escritas por su origen parlamentario; se establecen limitaciones al juez, a quien no se le permitió su libre interpretación sino solo la aplicación de los textos al caso específico, bajo la premisa de que “todo el derecho estaba en la ley y nada fuera de ella”.<sup>8</sup>

La división de poderes del Estado, estableció el monopolio del parlamento como única fuente generadora del derecho, de ahí deriva el principio del *refere legislatore*, el mismo que manifestaba que frente al vacío u oscuridad de la ley, el juez no podía interpretarla, ya que dicha posibilidad reanimaría el arbitrio personal del juez, por lo que éste debía enviar la norma oscura al legislador, para que sea él quien la interprete con el carácter generalmente obligatorio, con lo que se minimizaba al máximo el papel de los jueces frente a la contundencia de la ley.<sup>9</sup>

Cabe señalar que esta transformación del mundo del derecho se daba en el modelo continental, ya que en el *common law* se mantenía la tradición

---

<sup>8</sup> Adolfo Campos Fillol, *El Código de Napoleón*, (Buenos Aires: Revista Reforma Política, 2004).

<sup>9</sup> Luis Recasens Siches, *Concepción Mecánica de la Función Jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países durante el siglo XIX*, (México: Porrúa S.A., 1980), 191.

consuetudinaria, reforzando el papel de la jurisprudencia, a través del afianzamiento del *stare decisis et quieta non movere*, que significa: “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido”;<sup>10</sup> lo que apuntalaba la validez del criterio del juez, cuyas opiniones plasmadas en sus sentencias, debían ser acatadas como precedentes *erga omnes*, en aquellos casos en que existiera analogía fáctica.

El *iuspositivismo* se consolidó a través de la proliferación de preceptos escritos plasmados en cuerpos legales, cuya finalidad fue limitar la discrecionalidad de los jueces utilizados por el antiguo régimen en beneficio de los estamentos privilegiados, mientras que el *common law* consolidó un modelo de corte *iusnaturalista*, donde la costumbre y la jurisprudencia, aplicado por los jueces en sus sentencias, siguen siendo fuente primaria del derecho.

En el *common law* se establecen dos tipos de precedentes: estrictos u obligatorios y persuasivos o moderados, una misma sentencia puede ser considerada como precedente obligatorio y persuasivo, así, el precedente dictado por el Tribunal Supremo de un Estado es obligatorio para los tribunales inferiores del mismo Estado, pero es persuasivo para los tribunales de otros estados.<sup>11</sup> En caso de contradicción entre una ley y un precedente, prevalece la ley.

Resulta evidente que la modificación del entorno político posrevolucionario, determinó la variación en el sistema de fuentes, de allí la validez de la afirmación de Prieto Sanchís<sup>12</sup> acerca de que las fuentes del derecho derivan de la decisión política acerca de la distribución y ejercicio del poder social; eliminado el *ancien régime*, se mudó la fuente del derecho al parlamento, legitimado por el principio de la representación de las mayorías y expresado a través de leyes escritas cuyo rigor literal es acentuado metódicamente a través

---

<sup>10</sup> “Stare decisis”, *Black’s Law Dictionary*, Sexta edición. (West, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1990).

<sup>11</sup> Stanislaw Pomorsky, “American Common Law and the Principle Nullum Crime Sine Lege”, (Mounton, The Hage, Paris: PWN-Polish Scientific Publishers, 1975), 44-48, en Nuria Cuadrado Gamarra, *Diferencias entre el Common Law y el Civil Law*, (2005).

<sup>12</sup> Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, (Madrid: Trotta, 2005), 159.

del surgimiento y consolidación de la exégesis. “Decidir cuáles son las fuentes del derecho, equivale a decir quién y cómo manda”.<sup>13</sup>

Prieto Sanchís exalta el pluralismo de fuentes del medioevo, escenario en el que frente a la falta de un centro supremo del poder estatal, las fuentes del derecho surgían de la iglesia, el imperio, la monarquía, el clero, la nobleza, los municipios (cada uno de éstos correspondientes a poderes locales y universales); en contraposición, critica del Estado moderno que surge a partir de la revolución francesa,<sup>14</sup> puesto que considera que el Estado expropió los poderes locales y universales, concentrando el poder en un sistema de fuentes unitario y jerárquico bajo la hegemonía de la ley;<sup>15</sup> concluye al afirmar que la disolución del poder encuentra su respuesta jurídica en un sistema pluralista y escasamente jerarquizado.

Las afirmaciones que anteceden son frecuentes en el entorno actual que ha hecho del anti formalismo jurídico un hábito más que una corriente ius filosófica, casi un acto reflejo involuntario e irreflexivo; sin embargo, tales comentarios prescinden de importantes elementos de dicho contexto histórico, puesto que el establecimiento del Estado de derecho fue la respuesta frente a la arbitrariedad y al abuso del poder, caracterizado por una sociedad estamental que había formalizado la desigualdad entre los seres humanos como norma de convivencia social, el imperio de la ley fue un logro para el mundo de finales del siglo XVIII, el principio de legalidad tiene como finalidad principal limitar al poder, que en el *ancien régime* era tan ilimitado que desembocó en un absolutismo monárquico; dentro de ese contexto histórico, la ley otorgó a la sociedad seguridad jurídica frente a la ambigüedad y dispersión de las escasas y caóticas normas estamentales y canónicas que sumadas a la jurisprudencia instrumental, al poder y a las costumbres indeterminadas, constituían las fuentes ambiguas y exiguas del derecho, a las cuales Prieto Sanchís, exalta con visión posmodernista impropia para el contexto de aquella época. La centralización del

---

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Siendo este el criterio generalizado, cronológicamente es la Constitución americana de 1787 el verdadero hito fundacional del sistema republicano moderno, puesto que es anterior a la revolución francesa.

<sup>15</sup> Prieto Sanchís, “Apuntes de Teoría...”, 159.

poder en el Estado fue sin duda un avance, cimentado en la democracia y legitimado por el principio mayoritario que lo sustenta.

La hegemonía de la ley, lejos de ser un elemento negativo, puso fin a la arbitrariedad monárquica, guiada por los remotos principios inspiradores del Estado moderno: libertad, igualdad y fraternidad, cuya carga axiológica pre normativa derivó en el positivismo jurídico, elaborando leyes escritas que eliminaron formalmente la sociedad estamental y procurando la igualdad, hecho sin precedentes hasta aquella época. La misma Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,<sup>16</sup> es una norma positiva con una fuerte carga axiológica integrada por 17 artículos; entre ellos merecen especial mención los siguientes:

**Artículo 5.-** La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

**Artículo 6.-** La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

En tal contexto, la ley surgió como un escudo protector para las personas, un instrumento que contrarresta al poder, dando fin a su libre arbitrio, limitando sus capacidades y garantizando formalmente la libertad individual y la igualdad; esta verdadera innovación generó un marco favorable para el desarrollo de la codificación, cuya piedra angular fue el Código Napoleónico, dando inicio a la escuela exegética que fructificó durante el siglo XIX y consolidó el modelo continental ius positivista.

La monarquía encontraba su legitimación en argumentos teológicos o iusnaturalistas derivados del pensamiento de Tomás de Aquino,<sup>17</sup> mientras que la

---

<sup>16</sup> Aprobada por el Rey Luis XVI en 1789 y ratificada por la asamblea francesa en 1791.

<sup>17</sup> El derecho divino de los reyes, según la teoría tomista, se derivaba de la epístola a los romanos, cap. 13, versículos 1 y 2: “*Sométase toda persona a las autoridades superiores; porque no hay*

república se sustenta en el principio mayoritario y la voluntad general expresado a través de leyes escritas promulgadas por un parlamento legitimado democráticamente,<sup>18</sup> lo dicho generó un movimiento pendular dialéctico que provocó un desplazamiento desde el iusnaturalismo hacia el iuspositivismo; el *civil law* se vio cautivado por la innovadora tendencia que concordaba simbióticamente con la democracia liberal y el positivismo filosófico.

El odio revolucionario<sup>19</sup> hacia la jurisprudencia como fuente normativa tuvo un sesgo político de efectos rotundos; similar destino tuvo la costumbre; a estas fuentes del derecho se las privó explícitamente de su carácter vinculante, tornándose en meramente referenciales.

Del positivismo decimonónico al positivismo jurídico del siglo XX, se produce un importante desarrollo y diversificación con brillantes aportes como los de Kelsen, Hart o Bobbio,<sup>20</sup> el culto a la norma escrita (por las ventajas y seguridad jurídica que aporta) conlleva la aplicación silogística de la misma, la subsunción entre premisa normativa y premisa fáctica dan como resultado casi matemático a la conclusión o sentencia, reviviendo el rigor literal de la máxima romana de *dura lex sed lex*, y desembocando en un alejamiento del contenido moral y de la noción de justicia de la norma. El positivismo jurídico ha sido sin duda la teoría jurídica de la modernidad.<sup>21</sup>

Consolidado el legocentrismo en el derecho continental y sus sistemas tributarios, no dejaron de producirse constantes reminiscencias hacia el sistema jurisprudencial, ejemplo de aquello fue la “*jurisprudence constante*” en Francia y la “*doctrina legal*” en España, a finales del siglo XIX,<sup>22</sup> las que pretendían llenar los vacíos de la ley, pero sin llegar a ser fuente primaria del derecho.

El derecho lejos de ser estático, obedece a una dinámica acorde a los cambios de las sociedades, el movimiento pendular que partió desde el

---

*autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. De modo que quien se opone a la autoridad, a lo establecido por Dios resiste; y los que resisten, acarrean condenación para sí mismos”.*

<sup>18</sup> Montaña Pinto, “Teoría Utópica de las Fuentes...”, 18.

<sup>19</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 9.

<sup>20</sup> Juan Antonio García Amado, en el prólogo de “Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismos y Argumentación Jurídica” de Jorge Zavala Egas, (Guayaquil, EDILEX, 2010), 24.

<sup>21</sup> Felipe González Vicén, “La Filosofía del Derecho como Concepto Histórico”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, (1969), 15.

<sup>22</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 9.

pluralismo jurídico francés del siglo XVIII, con matices iusnaturalistas y metafísicos, llegó al otro extremo con el positivismo jurídico caracterizado por el formalismo y la exégesis; la oscilación se produce entre iusnaturalismo e iuspositivismo (con sus respectivas variantes y matices); la máxima elongación angular está determinada por un evento que satura la tendencia y la invierte en sentido contrario; el colapso del *ancien régime* producido por el estallido social generado por la Revolución Francesa, dio por concluida esta etapa iusnaturalista invirtiendo la tendencia hacia el iuspositivismo. ¿Cuál es el evento que colapsó la etapa ius positivista invirtiendo una vez más la tendencia? el fascismo italiano y el nacional socialismo alemán.

## 2. Surgimiento del Estado de Derecho

Las corrientes generalmente aceptadas señalan que la caída de la monarquía francesa dio paso al Estado de Derecho;<sup>23</sup> sin embargo, quienes establecieron y desarrollaron dicho término fueron los ius publicistas alemanes, quienes a su vez depuraron el sometimiento del Estado al derecho,<sup>24</sup> esta evolución conceptual del Estado absolutista estamental al Estado de derecho tuvo su fuente inspiradora en las doctrinas liberales burguesas que a su vez se desarrollaron con los enciclopedistas franceses; su principal postulado fue establecer los límites al poder del Estado, a través de leyes de aplicación general, reforzadas por principios como el imperio de la ley, el principio de legalidad, el principio de motivación del acto, los derechos del hombre, la separación de poderes.<sup>25</sup>

Cabe hacer un paréntesis de carácter cronológico, puesto que si bien la doctrina prevaleciente en América Latina propone como punto de inflexión a la

---

<sup>23</sup> Elías Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, (Madrid: Taurus Pensamiento, 1998), 35.

<sup>24</sup> Lucas P. Verdú, *La lucha por el Estado de Derecho*, posBolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975).

<sup>25</sup> Encarnación Carmona, *El Estado Social de Derecho en la Constitución*, (Madrid: Consejo Económico Social, 2000), 26.

Revolución francesa de 1789,<sup>26</sup> no es menos cierto que los Estados Unidos de América, en 1776 ya habían declarado su independencia del imperio británico y en 1787 (dos años antes de la Revolución Francesa) elaboraron su Constitución como expresión del poder constituyente originario,<sup>27</sup> en la que se incluyó la división de poderes del Estado, un Congreso bicameral y la figura de Presidente de la República elegido y con un período limitado de funciones;<sup>28</sup> este es un hito en el desarrollo del derecho constitucional que por algún motivo es obviado por muchos autores.

### 3. Juspositivismo como resultado del Estado de derecho

El imperio de la ley<sup>29</sup> conlleva la necesidad de desarrollar normas escritas que sustituyan la voluntad del monarca por la voluntad general; sustentado en el contractualismo y en el principio mayoritario, el parlamento plasma la voluntad popular en la ley, dando paso al positivismo jurídico, el mismo que debe garantizar los límites de la actuación estatal.<sup>30</sup> Locke señaló al respecto:

La libertad de los hombres consiste en tener una norma firme según la que vivir, común a todos los miembros de la sociedad y emanada del poder legislativo en ella constituido; una libertad de seguir mi libertad en todos los casos en que la ley no lo prohíba, y de no hallarse sometido a la eventual, incierta, ignorada y arbitraria voluntad de otra persona.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1986, 67.

<sup>27</sup> Mauricio Fioravanti, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, (Madrid: Trotta, 2011), 103.

<sup>28</sup> *Constitución de los Estados Unidos de América*, artículo 1, sección 1 y artículo 3, sección 1.

<sup>29</sup> Es decir, la sujeción a un conjunto de normas positivas; sin embargo, estas normas tienen un antecedente axiológico que las justifica, por ello afirma Francisco Laporta que "... *no se concibe justicia sustantiva ni material alguna sin la previa justicia formal que emana del imperio de la ley.*"

<sup>30</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, (Madrid: Tecnos, 2001), 222.

<sup>31</sup> Pérez Luño, "Derechos Humanos, Estado...", 215.

El iuspositivismo favorece el desarrollo del Estado de derecho, la ley presenta numerosas ventajas dentro de ese contexto histórico, entre ellas podemos mencionar el carácter *ex ante* de la ley, es decir, el establecimiento de reglas predefinidas por la sociedad, las que sumadas al principio de autonomía de la voluntad permiten a la persona decidir con certeza acerca de las consecuencias de sus actos, ocupándose más de las conductas venideras que de las pasadas;<sup>32</sup> al contrario de lo que sucedía con las costumbres que no tenían autores formales y surgían espontáneamente, las leyes son el producto de la creación deliberada y obedecen a una *ratio legis* de naturaleza axiológica canalizada por autores legitimados; la ley es la expresión de la voluntad general y ésta no puede expresarse sino a través de la ley;<sup>33</sup> la ley es la que establece las vías de acceso al poder, concretizando el tránsito del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes, regula además el uso coercitivo de la fuerza sobre las personas.

Una de las características más importantes de la ley es su carácter de general y abstracta, contraria al tratamiento estamental previo y canal adecuado para superar las desigualdades sociales a través de una regulación puntual de deberes y derechos comunes; el iuspositivismo contribuyó a elevar el debate ius filosófico y la dogmática jurídica, superando los estadios indeterminados del derecho natural tradicional, a pesar de que “todo derecho positivo deriva de un derecho natural, del que es desglose, extensión o complemento”.<sup>34</sup> Estas condiciones consolidaron a la seguridad jurídica como principio primordial del Estado de derecho, siendo su punto de apoyo la norma escrita, expresión del contrato social al cual toda la sociedad debe sometimiento, por ello la afirmación de Montesquieu: “La libertad de los hombres es engendrada por la ley y protegida por la ley”.<sup>35</sup>

A pesar de haber generado las condiciones para la consolidación del Estado de derecho y de la democracia, el iuspositivismo no dejó de generar ciertos niveles de resistencia, entre otros factores, por su acentuada apelación a lo

---

<sup>32</sup> Francisco Laporta, *El imperio de la ley una visión actual*, (Madrid, Trotta, 2007), 153.

<sup>33</sup> Laporta, “El imperio de la ley...”, 154.

<sup>34</sup> Javier Hervada, *Introducción a la crítica del derecho natural*, (Pamplona: EUNSA, 1981), 111.

<sup>35</sup> Cristina García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial*, Ed. Alfons el Magnanim, Valencia-España, 1997, 62.



exegético y a su validez formal; estas consideraciones determinaron que bajo ciertas condiciones históricas surgieran corrientes anti positivistas cuyos argumentos no pueden dejar de observarse.

### 3.1. Crisis del positivismo continental.

Durante más de un siglo y en forma general, se consolidó la subordinación a la ley y sólo a la ley, sea en forma directa o a través de jueces con competencia para aplicar, solamente la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos o entre éstos y el Estado,<sup>36</sup> en muchos sentidos, las sociedades vinculadas al derecho continental aprendieron a depositar su confianza en la ley, con la seguridad de que ésta, al ser el resultado de la voluntad general, sería más proclive a agregar un contenido moral (pre normativo y meta jurídico). Es común afirmar en la actualidad que las normas positivas se ocupan únicamente de la validez formal, prescindiendo del contenido axiológico (sin mencionar lo indeterminado de este concepto); sin embargo, toda norma positiva surge de una *ratio legis*, todas, para ser creadas, obedecen a un escenario pre normativo, ninguna surge por generación espontánea, todas son la “manifestación de alguna voluntad” y esta voluntad siempre apela a valores supremos o inherentes al ser humano, a una nación, a una raza, a una comunidad; los mismos que deben concretizarse a través de una ley; esta tónica no fue ajena a las leyes nacionales socialistas, las mismas que obedecían a su propia moral, es decir tenían su propio componente “axiológico” de ahí deriva el peligro de sobrevalorar lo axiológico, ya que debido a su subjetividad, puede justificar hasta los más grandes actos de barbarie, pasando de ser un elemento inspirador a un legitimador de uso múltiple de cualquier doctrina inicua. Bajo su invocación, todo está permitido.

---

<sup>36</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, (Madrid: Trotta, 1995), 23.

La Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes, promulgada el 15 de septiembre de 1935, tenía un antecedente fuertemente moral (¿Qué más moral que el honor y la sangre?); en su *ratio legis* se expuso lo siguiente:

Imbuidos de la conciencia de que la pureza de la sangre alemana constituye la condición imprescindible para la continuidad del pueblo alemán y animados por la voluntad indeclinable de asegurar el futuro de la nación alemana por todos los tiempos, el Reichstag ha sancionado por unanimidad la siguiente ley, que queda promulgada por la presente.<sup>37</sup>

Luego de esta apelación a la conciencia en defensa del honor, esta ley perfecciona una serie de leyes antisemitas que se habían expedido a raíz de la emisión del manifiesto del Partido Obrero Alemán Nacional Socialista en 1920, el mismo que invocando la auto determinación de los pueblos, sentó las bases de lo que llegaría a ser el proceso de exterminio masivo más metódico y cruel del siglo XX, en el que no solamente participaron los dirigentes nazis, sino la población alemana en general, que llegó a considerar su obligación moral, defender a la raza aria, aún a costa del sacrificio de los judíos y otras razas “inferiores”. ¿Pueden las leyes forzar un comportamiento social de manera tal que termine siendo un componente moral de la población? Lo ocurrido con la Alemania Nazi es un ejemplo de que sí es posible.

Entre la moral nazi y su derecho existió un solapamiento de facto,<sup>38</sup> que no obedeció a la lógica sino a un uso acomodaticio de lo moral; desde este punto de vista, se podría decir que el derecho puede tener cualquier contenido, basta la convencionalidad de su origen.<sup>39</sup> En el orden cronológico normal de creación de una ley, el primer momento constituye su base inspiradora axiológica, compuesta por el conjunto de

---

<sup>37</sup> Aprobado en Nüremberg, 15 de septiembre de 1935, Día de la Libertad, suscrito por el Führer y Canciller del Reich Adolf Hitler, El Ministro del Interior Frick, El Ministro de Justicia Dr. Gürtner, El representante del Führer R. Hess.

<sup>38</sup> H.L.A. Hart, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo, (Madrid: Sistema, 36, 1980), 4.

<sup>39</sup> Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, trad. de M. Nilve, (Buenos Aires: Eudeba, 1989), 136.

pareceres, nociones, modos de pensar y juicios de valor del hermeneuta dotado de autoridad, lo que se ha denominado como el selector doxológico<sup>40</sup> y que contiene los sedimentos de la cultura jurídica impregnados de la moral circunstancial del momento histórico (como en efecto suele ser la moral); en el segundo momento, la norma escrita sintetiza preceptos normativos conducentes a generar una conducta determinada, pero en sí, la responsabilidad del contenido de la norma no es atribuible al precepto normativo *per se*, que en la práctica es meramente instrumental al motor axiológico que le dio origen; la responsabilidad recae más bien en la moral del generador de la norma; es decir, en su origen remoto, lo injusto de una norma siempre va a depender de la moral corrompida que le da origen.

El contenido atroz de las leyes nazis y su posterior implementación generaron un clima de desconfianza respecto a la ley y al Estado de derecho; en lugar de cuestionar el racismo y la barbarie que la filosofía nazi propugnó, en el ámbito del derecho, se culpó al iuspositivismo, como si en lugar de culpar al homicida por el crimen, se culpaba a la pistola.

El segundo golpe al iuspositivismo se produjo al finalizar la Segunda Guerra Mundial e instaurarse el Tribunal de Nuremberg en 1945; paradójicamente, los nazis actuaron amparados por *sus leyes*, por lo tanto, muchas de sus prácticas –en *strictus sensus* – no fueron ilegales, a pesar de ser inmorales (desde la visión moral de los aliados); por otra parte, se cuestionó la legitimidad del tribunal puesto que no existía norma previa que tipificara los delitos imputados,<sup>41</sup> violando el principio de legalidad en materia penal, *nullum crimen nulla poena sine lege*, y la irretroactividad de la ley, cuya naturaleza es *ex ante*, la decisión de juzgar a los dirigentes nazis encontró en la aplicación *ex post facto*,<sup>42</sup> la única vía para administrar justicia, fue desacatar el

---

<sup>40</sup> Juan Ramón Capella, *Elementos de Análisis Jurídico*, (Madrid: Trotta, 2002), 139.

<sup>41</sup> Por ejemplo: crímenes contra la paz, crímenes contra la humanidad.

<sup>42</sup> Alonso Gómez-Robledo, *Temas selectos de derecho internacional*, (México: IJJ-UNAM, 2008), 756.

principio de legalidad y el artículo 43 de las convenciones de la Haya de 1889 y 1907, el mismo que señalaba que debía aplicarse la legislación del país vencido,<sup>43</sup> circunstancia que habría favorecido a los nazis.

### 3.2. **Pospositivismo.**

Las circunstancias descritas causaron gran desprestigio a la legislación positiva, generando aquella desconfianza ancestral que se remonta a la Antígona de Sófocles y su alusión a las leyes no escritas de los dioses en contraposición a las leyes injustas (escritas) de los hombres,<sup>44</sup> carentes de contenido moral e indiferentes a la dignidad humana, producto de estos eventos, y bajo la dirección de los aliados, en 1949 se promulgó la Ley Fundamental de Bonn con sus cláusulas de la eternidad, las mismas que por su énfasis en la dignidad humana, constituyen el hito generador del pospositivismo, marcado por un retorno al iusnaturalismo dentro del derecho continental.

El desmedro del formalismo jurídico dio paso a diversas corrientes anti formalistas cuyas propuestas anteponían los valores a lo exegético; en otras palabras, privilegiaban los principios por sobre las normas, llegando al punto de denostar de los preceptos normativos por respaldar su validez únicamente en su procedimiento generador y no en su carga axiológica; esta corriente fue el antecedente de lo que a finales de la década de los 90<sup>45</sup> sería denominado neoconstitucionalismo.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Alfonso Muñoz de Compte, *El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: problemas e implicaciones*, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/258/pr/pr4.pdf>. 2016/03/17.

<sup>44</sup> Sófocles, “Antígona”, (Madrid: Alianza, 1999), Pg. 66.

<sup>45</sup> <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/13.pdf> 2017/05/16. La Filósofa del Derecho, Susana Pozzolo, se atribuye la definición inicial del término “neoconstitucionalismo”, por primera vez en Buenos Aires, durante el XVIII Congreso de Filosofía Jurídica y Social, en el año 1997.

<sup>46</sup> Montaña Pinto, “Teoría Utópica de las Fuentes...”, 46.

Al llegar al punto máximo de la elongación pendular (el punto de retorno), la atmósfera jurídica se exacerbó contra la corriente dominante y el debate se enturbió con argumentos apasionados y emotivos matizados por un lenguaje técnico que disimula la antipatía conceptual (el selector doxológico se satura de elementos metafísicos y emocionales); sucedió en la posrevolución francesa en contra de la jurisprudencia y de la costumbre y sucede en la actualidad en contra de la ley, con el agravante de que en la actualidad la intolerancia se ha sutilizado a través del academicismo, lo que la hace potable, por ello se ha llegado a afirmar sin ruborizarse que "... el derecho formal se vuelve imposible o al menos se torna cada vez más irreal en un orden social (y jurídico) postliberal"<sup>47</sup> o "...el reemplazo del legislador por la omnipotencia del juez";<sup>48</sup> el "odio" que a finales del siglo XVIII afirmaba que el juez debe ser un ser inmanente y nulo,<sup>49</sup> hoy mantiene su carga emocional, pero en dirección inversa. Es predecible que los progresistas del siglo XXI transiten nuevamente por las sendas del positivismo jurídico en el interminable vaivén de la dinámica del derecho, la misma que debe entenderse como parte de un contexto social e histórico determinado, de ahí deriva la necesidad de reconciliarse con el estudio de la historia del derecho, sin restringir el análisis jurídico a las décadas recientes. La razón humana es inmediateista, a ello se debe la falsa sensación de vanguardismo sobre reflexiones que en realidad son atávicas; sin embargo, existe un debate de dos mil años<sup>50</sup> que está siendo obviado, a consecuencia de lo cual impera un fetichismo anti formalista, carente de imparcialidad, que ha hecho del anti positivismo un hábito más que una corriente ius filosófica, un acto reflejo adocenado marcado por el gregarismo intelectual.

---

<sup>47</sup> Manuel Jiménez Redondo, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso*, (Madrid: Trotta, 1998), 16.

<sup>48</sup> Montaña Pinto, "Teoría Utópica de las Fuentes...", 53.

<sup>49</sup> Santaella López, "Montesquieu, El Legislador...", 77.

<sup>50</sup> Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, (Barcelona: GEDISA, 1997), 13.

### 3.3. Neoconstitucionalismo.

Las bases del neoconstitucionalismo no son rígidas, por lo que no se puede hablar de un canon neoconstitucional único;<sup>51</sup> sin embargo, los elementos comunes de aceptación general son en primer lugar, la existencia de una constitución de contenido axiológico que da preeminencia a los principios por sobre las reglas; en segundo lugar, la aplicación directa e inmediata de la Constitución; en tercer lugar, la irradiación de la constitución hacia todos los ámbitos de la vida pública y privada al punto de que todo problema jurídico puede ser constitucionalizado;<sup>52</sup> en cuarto lugar, la ruptura del legocentrismo jurídico e inclusión de la jurisprudencia como fuente formal principal de derecho objetivo; en quinto lugar, la implementación de la ponderación como método de aplicación, versus la aplicación silogística de la subsunción;<sup>53</sup> y, en sexto lugar, la interpretación contra mayoritaria por parte de los Tribunales Constitucionales, facultados para desechar el contenido de la ley calificada por ellos como contraria a la Constitución.

El surgimiento y generalización del neoconstitucionalismo aviva el debate entre formalismo y antiformalismo jurídicos, corrientes ius filosóficas que tienen detrás de sí una lucha política e ideológica evidente,<sup>54</sup> relacionada con la lucha dialéctica por el poder. El “viejo derecho” (formalista) de corte ius positivista y “nuevo derecho” (antiformalista) afín al iusnaturalismo; el primero sostiene que todo problema jurídico está contenido en reglas de origen legislativo y el

---

<sup>51</sup> Miguel Carbonell, *El canon neoconstitucional*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 88.

<sup>52</sup> Luís Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, en Miguel Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo*, (Madrid, Trotta, 2008), 221.

<sup>53</sup> Montaña Pinto, “Teoría Utópica de las Fuentes...”, 47.

<sup>54</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 120.

segundo proclama la necesidad de tener una mayor libertad en la comprensión de la realidad del derecho con mayor poder del juez.<sup>55</sup>

El juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de la justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.<sup>56</sup>

A pesar de que el debate entre iuspositivismo e iusnaturalismo, con sus diferentes matices, se ha inclinado en favor del segundo, siguen vigentes las corrientes eclécticas que lejos de encontrar en éstas, dos posiciones dialécticamente contrarias, plantean la complementariedad de las mismas, por ello se ha afirmado que “el destino normal del derecho es el de convertirse en derecho positivo... la filosofía del derecho natural ha engendrado en la historia al derecho positivo”;<sup>57</sup> por otra parte, la Constitución, como norma escrita que es, “no es derecho natural, sino la manifestación más alta de derecho positivo”,<sup>58</sup> opinión de Zagrebelsky que coincide con el criterio de Ferrajoli en el sentido de que: “... El constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación iusnaturalista, representa su reforzamiento y su complemento; por decirlo de algún modo representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada”.<sup>59</sup>

El reforzamiento de la función del juez induce a revalorizar su mayor expresión: la sentencia, la misma que alcanza nuevas dimensiones como elemento constitutivo de la jurisprudencia cuyo tránsito al ámbito de las fuentes primarias del derecho se ve reforzada por el ancestral principio del *Stare decisis*.

---

<sup>55</sup> Manuel Mora Restrepo, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009) 74.

<sup>56</sup> Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y especificidad en la interpretación constitucional*, Edit. Doxa, 1998, 342.

<sup>57</sup> Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, (Pamplona: EUNSA, 1978), 215.

<sup>58</sup> Zagrebelsky, “El Derecho dúctil...”, 116.

<sup>59</sup> Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, (México: FONTAMARA, 2008), 266.

#### 4. Tratamiento del *stare decisis* en el *common law* y en el *civil law*

##### 4.1. *Stare decisis* en el *common law*.

Paralelamente a la consolidación del iuspositivismo legalista en el modelo romano germánico, el *common law* acentuaba su tradición consuetudinaria a través de la capacidad generadora de los jueces, en base a la aplicación del principio *stare decisis et quita non movere*, que significa: “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”,<sup>60</sup> lo que constituía una consolidación de la opinión judicial materializada a través de una sentencia a la que se confiere el grado de precedente de obligatorio cumplimiento en todos aquellos casos posteriores similares, de esta forma se consolidó un modelo de corte *iusnaturalista*, donde la costumbre y la jurisprudencia, aplicadas sobre la base del sistema de precedentes jurisprudenciales.

En el *common law*, el precedente se proyecta en el tiempo hacia el futuro, siendo aplicable *a posteriori* a todos aquellos casos en los que exista analogía fáctica, circunstancia que le reviste de un carácter *erga omnes*; sin embargo, este precedente no es inmutable, por el contrario, tiene opción de ser modificado justificadamente.

El sistema americano establece el denominado *case law*, que son aquellos casos en que la normativa para resolverlo se originan en principios y reglas derivados de fallos previos y no por normas escritas, dando lugar a los precedentes de *common law*.<sup>61</sup> La doctrina establece dos tipos de precedentes, dentro del *common law*: estrictos u obligatorios y persuasivos o moderados, una misma sentencia puede ser considerada como precedente obligatorio y persuasivo, así por ejemplo, el precedente dictado por el Tribunal Supremo de un Estado determinado, es obligatorio para los tribunales inferiores del mismo Estado, pero es persuasivo para los tribunales de otros Estados.<sup>62</sup> En caso de contradicción entre una ley y un precedente, prevalece la ley, aunque en teoría no debería existir contradicción.

---

<sup>60</sup> “Stare decisis”, en *Black’s Law Dictionary*, Sexta edición.

<sup>61</sup> Ana Laura Magaloni, *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, (Madrid: Mc Graw Hill, 2001), 5.

<sup>62</sup> Stanislaw Pomorsky, “American Common Law...”



#### 4.2. *Stare decisis* en el sistema romano-germánico.

La jurisprudencia es la expresión romano – germánica del principio del *stare decisis*, aplicado en el ámbito anglosajón; sin embargo, presenta importantes diferencias frente al precedente del *common law*: en el precedente anglosajón el juez no necesita citar a una norma escrita o interpretarla, lo que le permite resolver el caso en función de otros casos previos o en su defecto de la costumbre; por el contrario, la jurisprudencia siempre se basa en las interpretaciones previas de normas jurídicas escritas, lo que disminuye el ámbito de acción de los jueces,<sup>63</sup> ya que en cierta forma el juez debe referirse a la forma en que la sentencia previa subsumió la norma escrita, salvo el caso de lagunas normativas.

En el contexto anglosajón, una sola sentencia aplicable al caso es suficiente para que los jueces deban seguirla, esta condición se denomina *in point*, en el civil *law*, la jurisprudencia se genera por la existencia de numerosos casos que presentan similitud entre sí, por lo que la generación jurisprudencial es más cuantitativa que cualitativa;<sup>64</sup> demostración de que esto es así la tenemos en la generación de jurisprudencia en el sistema romano germánico, en el que la emisión de sentencias vinculantes con efectos erga omnes es extrema, como el de la Corte de Casación Italiana que emite un promedio de cincuenta mil sentencias al año (de implicación constitucional), versus la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que genera un promedio de 200 sentencias al año.<sup>65</sup>

### 5. Estructura de la sentencia vinculante

---

<sup>63</sup> Marco Villata Cerna, “Antecedentes, Precedentes y Practica Parlamentaria”, *Revista Cuarto Intermedio*, 2009.

<sup>64</sup> Michelle Taruffo, “Precedente y Jurisprudencia”, Trad. de Claudia Martínez Vallecilla, *Revista Precedente, Revista Jurídica*, 2007, 88.

<sup>65</sup> Michelle Taruffo, “Precedente y Jurisprudencia”, 90.

En la acepción tradicional de la palabra juez, suele entenderse por tal a la persona dotada de autonomía e independencia y facultada legalmente para dirimir los conflictos que pueden surgir entre dos o más integrantes de un grupo social;<sup>66</sup> sus decisiones se materializan a través de las sentencias, que son actos procesales que ponen fin al litigio y declaran los derechos y obligaciones de las partes; bajo ciertas condiciones, dichas sentencias constituyen fuentes formales del derecho, a través de precedentes vinculantes o de jurisprudencia, términos que a pesar de ser utilizados muchas veces como sinónimos, tienen importantes diferencias entre las que podemos mencionar las siguientes:

1.- Para la aplicación del precedente es suficiente la existencia de una sola sentencia previa para que se establezca en ella una sub regla, en cambio, la jurisprudencia requiere de varias sentencias entre las cuales exista analogía fáctica, de manera que ante la existencia de casos similares, la decisión de la autoridad debe ser la misma, caso contrario se estaría violentando el principio de igualdad ante la ley, situaciones similares deben recibir una respuesta similar a riesgo de producir sentencias contradictorias que se traducen en un tratamiento desigual e inseguridad jurídica. En Ecuador las sentencias aditivas, al realizar modificaciones a los textos normativos de manera directa, tienen la calidad de precedente, a pesar de que en el futuro no será citada dicha sentencia sino el precepto legal modificado. Lo señalado evidencia el carácter cualitativo del precedente y cuantitativo de la jurisprudencia;

2.- El precedente se desarrolla en base a la analogía fáctica por lo que los detalles de los hechos son los que determinan la aplicabilidad o no del precedente, dependiendo de la similitud con las circunstancias fácticas del caso previo, por el contrario, la jurisprudencia enfatiza los conceptos jurídicos que sustentan las sentencias previas,<sup>67</sup> son estos conceptos los que van marcando la línea jurisprudencial y son estos los que son posteriormente establecidos como sub reglas jurisprudenciales,

---

<sup>66</sup> Cueto Rúa, “Fuentes del Derecho”, 125

<sup>67</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 108.

con omisión de los hechos, tal como sucede con las Resoluciones de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia que serán analizados posteriormente;

3.- La naturaleza del precedente es vinculante cuando existe analogía fáctica con un caso similar, esta condición prevalece en el *common law*; por su parte la jurisprudencia es generalmente indicativa o referencial, tal como sucede en nuestro país en el que – salvo las excepciones a ser analizadas – las sentencias tienen efectos *inter partes*, por lo que no tienen otro efecto que servir de referencia no vinculante;

4.- El alejamiento del precedente es posible a través de mecanismos agravados que permitan justificar la falta de concordancia entre casos similares, a diferencia de la jurisprudencia cuyos cambios son más frecuentes debido a su naturaleza referencial e *inter partes* en los que la analogía fáctica no es relevante; de ahí deriva la proliferación de sentencias contradictorias (salvo en los casos en que la jurisprudencia tiene efectos *erga omnes*);

5.- El precedente es proclive a la aplicación de la sub regla jurisprudencial, mientras que la jurisprudencia privilegia la aplicación de la ley.<sup>68</sup>

Identificar la estructura de la sentencia es fundamental para determinar los efectos de cada una de sus partes constitutivas, puesto que no todas ellas tienen el mismo peso; precedente, en *strictus sensus*, es aquella parte de la sentencia a la cual se hará referencia para aplicar la regla de juicio que se aplicará a los casos futuros;<sup>69</sup> es decir no todo el contenido de la sentencia es de naturaleza vinculante con efecto *erga omnes*, como erradamente se suele considerar, por ello es necesario distinguir el contenido y alcance de las tres partes constitutivas de la sentencia *obiter dictum*, *ratio decidendi* y *decisum*.

---

<sup>68</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 110.

<sup>69</sup> Michelle Taruffo, “Precedente y Jurisprudencia”, 91.

## 5.1. **Obiter Dictum.**

*Obiter dictum* es un término latino que significa “dicho de paso” o “dicho gratuitamente”, está formado por aquellos argumentos orientadores expuestos en la parte considerativa de la sentencia, que coadyuvan a la decisión principal pero no tienen el carácter de vinculante; por su naturaleza el *obiter dictum* puede tener un valor persuasivo<sup>70</sup> y admonitorio, contiene un conjunto de razonamientos orientadores de la labor operativa del derecho; es una razón subsidiaria que sirve de base para elaborar la *ratio decidendi*; si bien no vincula, orienta y persuade la actividad judicial al generar un “vigor convincente”,<sup>71</sup> incluye el análisis de los principios aplicables al caso e invocados por el juez pero que no contienen el argumento central para sustentar la decisión final, por ello, generalmente no son considerados elementos relevantes para los casos futuros.

A pesar de lo expuesto, el valor persuasivo del *obiter dictum*, le brinda cierta autoridad, en especial en el derecho anglosajón en donde la doctrina del *stare decisis* constituye un elemento medular en la actividad judicial; bastaría que un juez califique como *obiter dictum* a una parte de la sentencia cuyo contenido quiera evitar, para que la descalifique como fuente del derecho, por ello el peligro de la subjetividad en la determinación del *obiter dictum*.

### 2.1.1. **Determinación del *obiter dictum*.**

Todos aquellos argumentos que no sean considerados *ratio decidendi*, serán *obiter dictum*<sup>72</sup> y por lo tanto no vinculantes,<sup>73</sup> de ello deriva el riesgo que conlleva la indeterminación de estos componentes en una sentencia, quedando en manos del juez posterior, el

---

<sup>70</sup> Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, (Bogotá; Universidad Externado, 2005), 43.

<sup>71</sup> Luis Castillo Córdova, *La jurisprudencia vinculante en el Tribunal Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 628.

<sup>72</sup> Sentencia No. 054-14-SEP-CC de 26 de marzo de 2014, pie de página, 13.

<sup>73</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 219

establecimiento de la ratio y con ello la calificación de la norma jurisprudencial como parte del derecho objetivo y de naturaleza erga omnes o su exclusión, no de acuerdo con el precedente, sino a su interpretación de él, lo que puede dar lugar a la arbitrariedad judicial. “El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla, sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto”.<sup>74</sup>

## 5.2. *Ratio Decidendi.*

*Ratio decidendi* significa “la razón para decidir” o “razón suficiente”, contiene los argumentos principales que sustentan la parte resolutive,<sup>75</sup> la regla que fundamenta lo principal de la decisión; en ella radica la esencia vinculante del precedente y que deberá ser replicada en las sentencias posteriores análogas. Así como las motivaciones indicativas o auxiliares constituyen el *obiter dictum*, aquella que genera lo medular de la cosa juzgada es la *ratio decidendi*.<sup>76</sup>

El carácter jurisprudencial del *common law*, ha determinado que la evolución del precedente, como medio de expresión del *stare decisis*, revista un creciente nivel de desarrollo, el mismo que trasladado al ámbito latinoamericano a través de determinados trasplantes jurídicos, fue replicado, entre otros, por la Corte Constitucional colombiana, la que ha establecido como definición de *ratio decidendi*, la siguiente: “Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general, que constituyen la base de

---

<sup>74</sup> Hernán Olano García, *Del precedente constitucional al precedente contencioso administrativo*, (s. l.: Centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2011), 418.

<sup>75</sup> Corte Nacional de Justicia, *Ratio decidendi, obiter dicta*, 1era edición, (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014), 23.

<sup>76</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 58

la decisión judicial específica”,<sup>77</sup> por tal motivo recibe el nombre de cosa juzgada implícita, ya que es la que contiene la base conceptual y reflexiva de la sentencia, la misma que sirve de antecedente y se halla íntimamente unida al *decisum*,<sup>78</sup> (denominado también como cosa juzgada explícita, pues su efecto es *inter partes*).

Dentro de un sistema que revaloriza a la jurisprudencia como fuente de derecho objetivo, resulta indispensable esclarecer la naturaleza de la *ratio decidendi*, por ello es oportuno citar a Chiassoni,<sup>79</sup> cuyo compendio acerca de las nociones de la *ratio decidendi*, la identifica en primer término como el elemento de la motivación que representa la premisa necesaria, el pasaje lógico necesario para la decisión de un caso, noción que por su estructura lógica se asimila al silogismo jurídico; en segundo lugar, la asume como norma, principio o máxima que constituye condición necesaria y suficiente para resolver el caso y finalmente la interpreta como premisas, pasajes lógicos necesarios, argumentaciones necesarias y/o suficientes para justificar una decisión.

A pesar de que el anti formalismo jurídico ha denostado reiteradamente del silogismo jurídico, la estructura de la sentencia no deja de tener un matiz de *modus ponens*, puesto que la *ratio decidendi*, independientemente de su contenido, estructuralmente requiere de una premisa fáctica (inevitable presencia de los hechos del caso) con cuya conjunción llega a la conclusión o *decisum*.

### **2.1.2. Determinación de la *ratio decidendi*.**

Siendo la *Ratio decidendi* la que contiene los conceptos, principios y reflexiones que servirán de base para la generación de

---

<sup>77</sup> Colombia: Sentencias No. C-131/93 y C-037/96, citadas por Diego López Medina, en *El Derecho de los Jueces*, (Bogotá: LEGIS, 2006), 218.

<sup>78</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 218 – 219.

<sup>79</sup> Pierluigi Chiassoni, *Desencantos para abogados realistas*, Serie teoría jurídica y filosofía del derecho No. 62, Edit. Externado de Colombia, Bogotá, 2012, 216 – 219.

derecho objetivo (en los sistemas en que las sentencias tengan efectos *erga omnes*), la determinación de la misma no puede obedecer al arbitrio o interpretación personal del juez, puesto que dependiendo de sus convicciones personales y del selector doxológico imperante podría ampliarse o reducirse la hermenéutica del precedente, por ello debemos recurrir a los modos de establecimiento de la *ratio decidendi* generalmente aceptados: 1) Test de Goodhart.- ubica a la *ratio decidendi*, entre los hechos del caso y *decisum*, es decir los principios o fundamentos jurídicos que materialmente se ubican entre los hechos relevantes y la parte resolutive de la sentencia; los casos posteriores que revistan los mismos hechos relevantes, deberán provocar la misma resolución; 2) Test de Oliphant.- señala que los jueces al dictar sentencia hacen prevalecer con mayor fuerza sus propias convicciones personales, antes que las normas jurídicas, por ello, para establecer la *ratio decidendi*, hay que observar las reacciones del juez ante situaciones concretas,<sup>80</sup> circunstancia que vuelve extremadamente subjetiva a la determinación de la *ratio decidendi*.

En definitiva, puede observarse que la determinación de la *ratio decidendi* es crucial, puesto que es ella la que genera la regla jurisprudencial o *holding*,<sup>81</sup> que posteriormente constituirá la premisa normativa de las sentencias posteriores con las que exista analogía fáctica.

### 5.3. *Decisum*.

Está formado por la parte resolutive de la sentencia, si marcamos un nivel de analogía con el silogismo jurídico, sería equivalente a la conclusión, puesto que se halla antecedida de dos componentes previos como son el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*, de manera similar a la

---

<sup>80</sup> Rodolfo Pérez Vázquez, *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica*, (s. l.: Justicia Juris, 2007), 13.

<sup>81</sup> Claudia Escobar García, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Serie justicia y derechos humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad, (Quito: Editorial V&M Gráficas, 2010), 220. La Corte Constitucional Colombiana reconoce como sinónimos los términos *ratio decidendi* y *holding*, pero en la sentencia SU-047/99, Pg. 49, privilegia al español, por ser una la lengua romance.

conclusión del silogismo al que anteceden las premisas normativa y fáctica, sin querer afirmar con ello una identidad total, pero si cierto parecido estructural.

La tendencia generalmente aceptada en la doctrina jurisprudencial es la de disminuir al mínimo la relevancia del *decisum*, dada su naturaleza *inter partes*, pues en ella se deciden los aspectos atinentes a los litigantes dentro del proceso, aspectos que carecen de importancia para la doctrina; sin embargo, pueden existir casos excepcionales en los que dentro del *decisum*, el juzgador incorpore normas de aplicación general, en cuyo caso éstas adquieren el carácter de *erga omnes*, a pesar de estar incluidas en el *decisum*, práctica que no es muy escrupulosa con la técnica jurídica, ya que la fuente generadora de derecho por antonomasia es la *ratio decidendi*.

Muestra de lo señalado constituye la sentencia fundacional (INDULAC),<sup>82</sup> la misma que en el punto IV (DECISIÓN) establece siete reglas jurisprudenciales con carácter *erga omnes*, las mismas que están incluidas dentro del *decisum*. Esta práctica se ha vuelto habitual en la Corte Constitucional ecuatoriana,<sup>83</sup> no por ello deja de tener un matiz inusual dentro de la técnica jurisprudencial. La proliferación de sentencias atípicas, en especial aquellas de carácter aditivo, hacen del *decisum* la parte medular de la generación normativa.

## **6. Patrón fáctico y analogía fáctica**

---

<sup>82</sup> Así la califica la misma Corte Constitucional en el punto 17 de la sentencia 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de 2010.

<sup>83</sup> Muestra de ello son las sentencias aditivas, en cuyo *decisum* se incluyen regulaciones de naturaleza *erga omnes* que en cierta medida abordan el control abstracto de constitucionalidad en una sentencia de control concreto, léanse sentencias: 072-17-SEP-CC, de 15 de marzo de 2017, 089-17-SEP-CC de 29 de marzo de 2017, 309-16-SEP-CC de 21 de septiembre de 2016 y en especial la sentencia 034-13-SCN-CC de 30 de mayo de 2003, en la que se establecen las reglas para la aplicación de las medidas cautelares, a pesar de que dicha regulación, de acuerdo al art. 133, numeral 2 de la Constitución, debe efectuarse exclusivamente por una ley orgánica (Principio de Reserva de Ley Orgánica).



Son varios los elementos que sustentan la validez de la jurisprudencia vinculante como fuente formal principal del derecho, pero uno de los relevantes es el principio de igualdad ante la ley, base del Estado de derecho que se contrapone al Estado estamental superado a finales del siglo XVIII; la igualdad ante la ley implica también igualdad en la aplicación de una misma norma (legislativa o jurisprudencial), a casos similares; en la aplicación silogística, la premisa fáctica es tratada con los parámetros de la misma premisa normativa, debiendo dar como resultado la misma conclusión, de ello deriva el tratamiento igual o desigual, puesto que frente a los mismos hechos, el tratamiento judicial debe ser el mismo.

Una línea jurisprudencial es una sucesión incremental y desestructurada de varias sentencias sistemáticamente relacionadas que deben ser analizadas en conjunto y no individualmente; el estudio de todas ellas permite generar una sub regla jurisprudencial,<sup>84</sup> estas sentencias comparten un factor común, que son los hechos similares; el hecho específico o escenario constitucional planteado generalmente en la primera sentencia se denomina patrón fáctico<sup>85</sup> y las sentencias posteriores – al tener hechos similares a la sentencia inicial – presentan analogía fáctica; es decir, similitud en los hechos sujetos a juzgamiento.

Se aplica la analogía fáctica cuando un caso actual cita la *ratio decidendi* de un caso anterior, en base a que existe similitud en los hechos constitutivos de cada caso; la aplicación del precedente en el *common law*, se ha dado sobre la base de la analogía fáctica con énfasis en los hechos, mientras que la jurisprudencia del *civil law* se ha orientado más a los conceptos generados en las sentencias previas.

Si bien la *ratio decidendi* es producto de la creación razonada del juez, su contenido tiene como antecedente remoto al derecho legislado, es decir, el juez transforma el derecho legislado en una regla jurisprudencial,<sup>86</sup> el derecho judicial en ningún caso es un derecho

---

<sup>84</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 139.

<sup>85</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 148.

<sup>86</sup> Escobar García, “Teoría y práctica de la justicia constitucional...”, 236.

autónomo e independiente del derecho legislado creado arbitrariamente por los jueces; las sub reglas jurisprudenciales especifican el contenido del derecho legislado a partir de patrones fácticos determinados, por lo que su validez depende de su sintonía con la ley, a partir de cuyo contenido se desarrolla la jurisprudencia.<sup>87</sup>

El precedente debe aplicarse por los jueces, en casos posteriores en los que exista analogía fáctica; de la jerarquía del juez depende la forma de aplicación del precedente, así, se denominará precedente horizontal o vertical, según sea el caso; a decir de la Corte Constitucional colombiana: “*La Corte ha distinguido entre precedente horizontal, que es aquel que debe observarse por el mismo juez o corporación que lo generó o por otro(a) de igual jerarquía funcional, y precedente vertical, que es el que proviene de un funcionario o corporación de superior jerarquía*”;<sup>88</sup> en otras palabras, la decisión de un juez o tribunal en un caso determinado, constituye precedente obligatorio para el mismo tribunal (auto precedente) o para otros de igual o inferior jerarquía en los que se plantee un caso futuro con analogía fáctica.<sup>89</sup>

En aplicación de la naturaleza vinculante del precedente, la resolución del caso inicial, en el que se estableció el patrón fáctico, debe ser la misma que los casos futuros que presenten analogía fáctica, puesto que conclusiones distintas frente a las mismas premisas (normativas y fácticas) implican un tratamiento desigual. Los tribunales inferiores no pueden dejar de aplicar el precedente vinculante generado por las altas cortes y aún éstas deben ceñirse a reglas agravadas para alejarse del precedente auto generado; en este contexto, la Corte Constitucional de Ecuador ha manifestado lo siguiente:

[L]a función que debe desempeñar la Corte Constitucional, a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante –horizontal y vertical-, en relación a todas aquellas garantías jurisdiccionales que no son de su

---

<sup>87</sup> Escobar García, “Teoría y práctica de la justicia constitucional...”, 249.

<sup>88</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-148-11.

<sup>89</sup> Montaña Pinto, “Teoría Utópica de las Fuentes...”, 123.

conocimiento exclusivo y con las que debe lidiar diariamente usuarios y operadores de la justicia constitucional del país. ¿Pero cómo hacerlo?, marcando el camino, creando líneas jurisprudenciales.<sup>90</sup>

En la aplicación vertical, la fuerza del precedente se basa en la autoridad y fuerza del tribunal superior que lo emitió, mientras más elevado es el tribunal que lo emitió,<sup>91</sup> su influencia es mayor y por lo tanto no cabe alejamiento del precedente de las cortes inferiores, respecto de las superiores; por el contrario, el precedente vertical es menos riguroso y a pesar de que prevalece la condición de vinculante, ésta no es inflexible y puede modificarse bajo ciertos parámetros, como se expondrá a continuación.

#### 6.1. Alejamiento del precedente.

Cuando un sistema de fuentes determina que la jurisprudencia tendrá el carácter de vinculante (con efectos *erga omnes*), la regla jurisprudencial por ella generada pasa a ser parte del derecho objetivo y por tanto es de obligatorio cumplimiento; sin embargo, esta condición no es estática, puesto que ni la sociedad misma lo es y en razón de su dinámica cambiante, también el derecho debe cambiar para adecuarse a los condiciones de su evolución, por ello, los jueces y tribunales pueden alejarse de los precedentes generados horizontalmente; sin embargo, el alejamiento del precedente puede obedecer a causas legítimas o ilegítimas,<sup>92</sup> entre las ilegítimas se menciona en primer lugar la negación del valor de la jurisprudencia que se produce como resultado de la resistencia al cambio de los operadores de justicia, formados bajo un esquema romano germánico de fuentes en el que la jurisprudencia era meramente referencial y por lo tanto fuente secundaria del derecho,

---

<sup>90</sup> Corte Constitucional, Quito, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, R.O. 29/12/2010.

<sup>91</sup> Michelle Tarufo, Op. Cit. Pg. 94.

<sup>92</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 206.

tesis civilista que contenida en el segundo inciso del artículo 6 del Código Civil ecuatoriano, señala: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren*”;<sup>93</sup> Cabe señalar que el contenido de esta norma no ha perdido vigencia, puesto que en general, las sentencias siguen teniendo efectos *inter partes* y sólo en ciertos casos que serán analizados en este trabajo, han adquirido efectos *erga omnes*; en segundo lugar, la ignorancia de la jurisprudencia vigente que se produce por la cercanía al cambio del sistema de fuentes, determina que en muchos casos los jueces y tribunales mantengan un método positivista lego centrista, omitiendo el peso de la jurisprudencia vinculante, porque su contenido es desconocido y por lo tanto no tiene una aplicación práctica generalizada; en tercer lugar, la desobediencia al precedente, circunstancia que se produce cuando a pesar de que existe analogía fáctica entre el caso previamente juzgado y el actual, el juez desobedece el precedente, generando sentencias contradictorias, es un caso extremo de alejamiento ilegítimo que en la práctica se da con cierta frecuencia; en cuarto lugar, el arrepentimiento argumentativo que consiste en afirmar que si bien existe un precedente previo, este contenía un argumento equivocado, por lo que esa interpretación errada, debe corregirse, afirmando que una interpretación correcta es más importante que una decisión coherente (con el error previo).<sup>94</sup>

Por regla general, el juez debe guardar fidelidad al precedente en su aplicación horizontal o vertical, pero de manera excepcional puede alejarse de dicho precedente horizontalmente, siempre y cuando exponga en forma clara y razonable los fundamentos jurídicos que sustentan su decisión.<sup>95</sup> El alejamiento del precedente legítimo puede producirse en primer lugar, cuando se produce un cambio en el ordenamiento jurídico positivo, originado por una reforma

---

<sup>93</sup> ECUADOR, Código Civil, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2013.

<sup>94</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 209.

<sup>95</sup> Martha Salinas, “El Precedente en la Doctrina Judicial”, REVISTA *iter ad veritatem*, No. 10, 2012, 214.

constitucional o legal, que sirvió de base para la elaboración de un precedente, privando al precedente de su base normativa y modificando el tratamiento del caso;<sup>96</sup> en segundo lugar, por presentarse una disanalogía, tomando en cuenta que el principal sustento para aplicar el precedente es la existencia de analogía fáctica entre el caso previo y el nuevo caso; sin embargo, el juez puede, argumentadamente, inaplicar el precedente por considerar que algún elemento importante del caso previo no se verifica en el caso posterior, lo que desvirtúa la analogía. Es fundamental que el juez demuestre la disanalogía, puesto que una falsa disanalogía sería una forma en la que el juez puede manipular la apreciación de los hechos para incumplir el precedente<sup>97</sup> y de esa forma “escapar” de la *ratio decidendi*;<sup>98</sup> en tercer lugar, puede producirse el estrechamiento de la *ratio decidendi*, cuando la estructura de la sentencia no presenta una delimitación clara entre el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*; a consecuencia de ello, no se puede establecer con exactitud qué parte de la sentencia es vinculante con efectos *erga omnes* y qué parte no lo es (*obiter dictum*); esta delimitación debe ser intuida por el juez encargado de aplicar el precedente, pero en esta tarea el juez puede manipular el efecto del precedente, “estrechando” el ámbito de la *ratio decidendi* para excluir determinados temas a los que no quiere otorgarles el carácter de *erga omnes* o incluyendo dentro del *obiter dictum* un argumento que no desea utilizar.

Disminuyendo los casos concretos que pueden ser cobijados por la *ratio decidendi*, disminuirán sus efectos estructurales;<sup>99</sup> “*El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de ratio decidendi a cualquier principio o regla, sino que únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que sean realmente la*

---

<sup>96</sup> Martha Salinas, “El Precedente en la Doctrina Judicial”, 214.

<sup>97</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 214.

<sup>98</sup> Jorge González Játiva, “Entre la restricción y la libertad: sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional”, Biblioteca jurídica virtual del centro de investigaciones jurídicas de la UNAM, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/110/cnt/cnt4.pdf>, 2016/06/10. Pg. 136.

<sup>99</sup> Duncan Kenedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Edit, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999, Pg. 142.

*razón necesaria para decidir el asunto...”;*<sup>100</sup> esta advertencia de la Corte Constitucional colombiana trata de evitar que los jueces inventen *ratio decidendis* y con ello evitar el capricho y la arbitrariedad judicial.<sup>101</sup>

En el Ecuador, las condiciones de alejamiento del precedente se hallan mencionadas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional;<sup>102</sup> sin embargo, estas son muy generales y omiten la distinción fundamental entre *obiter dictum* y *ratio decidendi*, sin la cual se podría entender equivocadamente que la totalidad del precedente es vinculante. Este tema será analizado en el siguiente capítulo.

En el presente capítulo se ha analizado de manera general aquellos tópicos relacionados al sistema de fuentes en el *common law* y en el *civil law*, este último al que nos pertenecemos, su generación, evolución y relaciones con el iusnaturalismo y el iuspositivismo, de igual forma los elementos estructurales constitutivos de la jurisprudencia o el precedente, de acuerdo a la familia jurídica imperante, la composición de la sentencia y su partes con las implicaciones y naturaleza jurídica, todo ello servirá de base para la mejor comprensión del siguiente capítulo que tiene la finalidad de conjugar estos elementos a la realidad ecuatoriana, en especial a partir del desplazamiento del sistema de fuentes acaecido a partir de la aprobación de la Constitución del 2008.

---

<sup>100</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia SU-47/99.

<sup>101</sup> Diego López Medina, Op. Cit. Pg. 222.

<sup>102</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012) Artículo 2, numeral 3.

## Capítulo segundo

### La jurisprudencia en el Ecuador a partir de la Constitución del 2008

Al entrar en vigencia la Constitución del 2008, la jurisprudencia adquirió un rol distinto dentro del sistema de fuentes tradicionalmente aplicado en el Ecuador, esta innovación fue el resultado de una prolongada evolución de la familia jurídica del derecho continental, cuya incorporación no ha sido ajena a los contratiempos e inconsistencias propias de un trasplante que – como lo ha señalado la Corte Constitucional – aproxima el derecho ecuatoriano al *common law*; el presente capítulo tiene como objetivo analizar los antecedentes del sistema de fuentes en el Ecuador, el tratamiento de la jurisprudencia, su desplazamiento y las dificultades y riesgos que este cambio implica.

#### 1. Sistema de fuentes tradicional en el Ecuador

La Constitución de 1830 con la que se origina el Estado del Ecuador,<sup>103</sup> adoptó el modelo americano respecto a la división de los tres poderes del Estado y la figura del presidente de la República como jefe de gobierno. En lo relativo al sistema de fuentes se mantuvo fiel a la tradición romano-positivista respecto de la preeminencia de la ley escrita por sobre las demás fuentes del derecho, a las que tradicionalmente se ha considerado como fuentes secundarias: la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina de los tratadistas.

El positivismo jurídico se amplió y desarrolló durante la vida republicana, con el antecedente del paleo positivismo remoto de la época de la conquista, a través de las cédulas reales y ordenanzas, cuyos textos escritos eran de escaso

---

<sup>103</sup> Según el artículo 2 de la Constitución de 1830, el Ecuador se une y confedera con la República de Colombia, de la cual es Estado parte, por ello tanto las actas del Congreso como los documentos oficiales del período comprendido entre 1830 y 1835, son emitidos bajo el título de “República de Colombia”.

acatamiento y, la posterior recopilación de las leyes de las indias publicadas en 1680, las que marcaron la tónica positivista de las normas que regulaban dichas sociedades. Las leyes españolas mantuvieron una vigencia residual durante algunos años posteriores a la independencia. Consolidada la República,<sup>104</sup> empiezan a desarrollarse las leyes nacionales, siendo un hito en nuestra legislación civil, la incorporación del Código Civil a nuestro ordenamiento jurídico, en 1861,<sup>105</sup> dicha norma incorporó el sistema de fuentes tradicional en el sistema romano-germánico, para el cual la única fuente formal principal del derecho era la ley, formalizando la exclusión de la costumbre y jurisprudencia en los siguientes términos: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella.<sup>106</sup> Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que se pronunciaren”.<sup>107</sup>

Las sentencias que surgen en aplicación de esta norma civilista son vinculantes con efecto *inter partes*, por lo tanto, obligatoria para los litigantes, pero inocuas para los casos futuros, inclusive aquellos que presenten analogía fáctica, este ámbito restrictivo de la sentencia fue la tónica durante la vida republicana y en la práctica, sigue marcando la conducta de los jueces puesto que, el efecto *erga omnes* está limitado a casos muy puntuales, como se demostrará en los capítulos siguientes.

No solamente los operadores de justicia, sino la sociedad en su conjunto, consolidaron el *iuspositivismo* y el valor de la ley escrita como fuente principal del derecho y la subordinación del juez frente a ésta,<sup>108</sup> este hecho, sumado a la defensa del Estado de Derecho, en contraposición al Estado de facto, fortalecieron el esquema legocentrista, debido a que frente a las dictaduras militares el discurso político siempre reivindicó la necesidad de retornar al imperio de la ley, revalorizando periódicamente su contenido como garante de la democracia y los derechos de los ciudadanos. En la posrevolución francesa se

---

<sup>104</sup> Con la Constitución de 1835 se rompe la confederación con Colombia y el “Estado” del Ecuador e inicia la República del Ecuador.

<sup>105</sup> Código Civil inspirado íntegramente en el Código Civil Chileno, elaborado por Andrés Bello en base al Código Napoleónico Francés y algunos aportes propios.

<sup>106</sup> Art. 2 del Código Civil.

<sup>107</sup> Art. 3 segundo Inciso del Código Civil.

<sup>108</sup> Diego López Medina, El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho Judicial, Bogotá, Ediciones UNIANDES, 2001, 11.



relacionaban a la jurisprudencia y a la costumbre con la sociedad estamental y el *ancien régime*, por su parte la ley era la expresión de la voluntad soberana, es decir, gozaba de legitimidad democrática, al ser elaborada por la voluntad general manifestada en el parlamento,<sup>109</sup> dichas condiciones dotaban a la ley de una atmósfera virtuosa frente a las devaluadas fuentes secundarias.

Es oportuno mencionar que las corrientes afines al neoconstitucionalismo insisten en atribuirle a la Constitución (dentro del constitucionalismo clásico) una función jurídica limitada a la estructura del Estado y a la atribución de competencias de los órganos constitucionales;<sup>110</sup> dicha afirmación sería acertada si se observa la estructura inicial de la Constitución americana de 1787, la misma que, en efecto contenía en sus siete artículos la estructura del Estado, en especial la aplicación de modelo republicano caracterizado por la división de los tres poderes del Estado; sin embargo, luego de un profundo debate entre federalistas y anti federalistas fue aprobada la propuesta de James Madison a través del *bill of righth* de 1791,<sup>111</sup> lo que permitió la inclusión de la Carta de Derechos dentro de la nueva Constitución, siendo plasmadas a través de este mecanismo las diez primeras enmiendas cargadas de contenido axiológico relacionado con los principios inspiradores del Estado de derecho, por lo que resulta inexacto encasillar a las Constituciones como meras cartas políticas carentes de principios; si bien esta Constitución tuvo en sus inicios un carácter orgánico, en poco tiempo fue complementada por la parte dogmática de las enmiendas mencionadas. El modelo americano fue replicado en distintos países en los que sus constituciones contenían la estructura clásica de su conformación: orgánica y dogmática.

## **2. Experiencias iniciales de jurisprudencia vinculante**

---

<sup>109</sup> Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces...*, 8.

<sup>110</sup> Juan Montaña Pinto, “Teoría Utópica de las Fuentes...”, 25.

<sup>111</sup> Departamento de Estado de los Estados Unidos, *La Constitución de los Estados Unidos*, con notas explicativas, Oficina de Programas de Información Internacional, World book, 2004. 14.

En armonía con lo que sucedía en el resto de países en los que el derecho continental imperaba, en nuestro país la ley fue consolidándose como fuente primigenia y a través de ella y de la Constitución como máxima expresión del *iuspositivismo*, las normas escritas coparon diferentes escenarios de aplicación del derecho; si bien en materia tributaria y fiscal hasta a finales de la década de los 50 del siglo pasado,<sup>112</sup> se tomaba en cuenta la reiteración como elemento orientador para las sentencias similares, no fue sino hasta inicios de la década de los 90 cuando se empezó a replantear el valor de la jurisprudencia, a través de la aprobación de la Ley de Casación,<sup>113</sup> cuyo artículo 19 estableció:

Art. 19.- Publicación y precedente.- Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.

La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema.

El texto transcrito contiene un interesante giro que pretende revalorizar el peso de la jurisprudencia; sin embargo, no llega a consolidarse como un giro definitivo, puesto que en el primer inciso de este artículo se manifiesta que las sentencias de casación serán precedentes *para la aplicación de la ley*, es decir, se les atribuye a las sentencias un valor instrumental, un medio para aplicar la ley que sigue siendo un fin en sí misma. El segundo inciso de este precepto normativo señala además que la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante *para la interpretación y aplicación de las leyes*, una vez más los fallos de triple reiteración tienen como propósito facilitar o proveer los medios para la aplicación de la ley, por lo tanto, la jurisprudencia vinculante carecía de

---

<sup>112</sup> Por Decreto Ley se creó el Tribunal Fiscal (R. O. 847 de 19 de junio de 1959) disponiendo que sus sentencias fueran obligatorias tanto para el propio Tribunal cuanto para las autoridades administrativas; posteriormente, el Código Fiscal (R.O. 1 No. 490 de 25 de junio de 1993) ratificó este mecanismo de revalorización de la jurisprudencia.

<sup>113</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 192, de 18 de mayo de 1993.

autonomía para ser considerada como fuente formal principal, por el contrario, podía ser considerada como un elemento subsidiario a la ley.

La estructura planteada en esta disposición legal reitera aquello de que no se debe suponer que el derecho judicial es un derecho autónomo e independiente del derecho legislado, ni puede ser producto del libre arbitrio de los jueces,<sup>114</sup> lo señalado nos permite llegar a la conclusión de que lejos de existir una dicotomía entre la jurisprudencia y la ley, debe haber entre ellas una coexistencia concordante, puesto que la ley es el origen o causa inmediata de la jurisprudencia.

A través de esta innovación legal, se atribuyó por primera vez un carácter vinculante a la jurisprudencia fundada en la triple reiteración de un fallo sometido a casación, dando lugar al establecimiento naciente de doctrina del precedente jurisprudencial; a pesar de que se lo hizo de forma muy general e instrumental a la ley, elevó el debate acerca de la jurisprudencia y el aporte que a través de ella podían efectuar los jueces tradicionalmente limitados a ser “boca de la ley”.

Este embrionario cambio en el sistema de fuentes es exaltado y sobredimensionado por los autores anti positivistas que ven en “esta revolución” el retorno al pluralismo jurídico,<sup>115</sup> atribuyendo a este hecho la posibilidad de generar regulaciones ajenas al derecho estatal; el primer error es considerar a la jurisprudencia como producción no estatal, puesto que proviene de los jueces que para actuar con jurisdicción y competencia deben obedecer a una designación estatal y en segundo lugar, porque desconocer la legitimidad de la actuación estatal podría acarrear el retorno a la sociedad estamental previa a la revolución francesa, en la que, una escasa normativa escrita determinaba la arbitrariedad de los jueces y su “omnipotencia”.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Claudia Escobar García, *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Serie justicia y derechos humanos, neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Editorial V&M Gráficas, 2010. 248.

<sup>115</sup> Juan Montaña Pinto, “Teoría Utópica de las Fuentes...”, 34.

<sup>116</sup> Montaña Pinto llega a mencionar “el reemplazo de la autonomía del legislador por la omnipotencia del juez” como vía para la eliminación del absolutismo legislativo, afirmación que mina el principio mayoritario. que constituye la base de la democracia, todo ello por un dogma anti positivista en boga en ciertos círculos cercanos a la Corte Constitucional ecuatoriana.

### 3. Estado constitucional de derechos y justicia

El pospositivismo de posguerra dio inicio con la Constitución italiana del año 1948 en la que para compensar el efecto de las leyes raciales fascistas de 1938,<sup>117</sup> se produjo una importante innovación al manifestar que la República garantiza los derechos inviolables del hombre; posteriormente, y tal como se analizó en el capítulo anterior, la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, estableció en sus veinte primeros artículos las llamadas cláusulas de la eternidad o cláusulas pétreas, las mismas que señalan como deber del Estado y de las autoridades defender la dignidad del hombre a la que califica de sagrada.<sup>118</sup>

En el Ecuador, la Constitución Política de 1978,<sup>119</sup> ya contenía elementos que marcaban claramente una connotación acorde a las corrientes del constitucionalismo de posguerra, la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi,<sup>120</sup> mantuvo en la Constitución de 2008, el texto de las dos constituciones previas al disponer lo siguiente: “Art. 11, Numeral 9) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Si bien la Constitución del 2008 acentuó la tendencia; el discurso político sobredimensionó el cambio del modelo de Estado, que se llegó a afirmar reiteradamente que a partir de Montecristi existiría un nuevo Ecuador sustentado en el poder constituyente que se argüía, sobre la base doctrinaria que afirmaba que “el paradigma del poder constituyente es el de una fuerza que irrumpe, quebranta, interrumpe, desquicia todo equilibrio preexistente...”;<sup>121</sup> el idealismo

---

<sup>117</sup> Las leyes raciales fascistas fueron la expresión italiana de las leyes raciales de Nuremberg de 1935, las mismas que contenían preceptos anti semitas, sobre las cuales se estructuró la primera fase de la persecución a los judíos.

<sup>118</sup> Son denominadas cláusulas pétreas o cláusulas de la eternidad porque el artículo 79, numeral 3 de la misma Ley Fundamental de Bonn dispone que: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental (...) o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.”

<sup>119</sup> Aprobada en Referendum de 15 de enero de 1978, con 778.000 votos de 1'812.000 votantes.

<sup>120</sup> La denominación de “Asamblea Nacional Constituyente” causó en su momento controversia, al no corresponder dicha Asamblea a una expresión de poder constituyente originario.

<sup>121</sup> Antonio Negri, *El Poder Constituyente*, Edit. Libertarias Prodhufi, Madrid, 1994, citado por Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *Los procesos constituyentes*

en torno al nuevo modelo de Estado llegó a sostener el tránsito “Del estado inequitativo al Estado de justicia”;<sup>122</sup> este entusiasmo por el nuevo *constitucionalismo revolucionario*,<sup>123</sup> generó una simbiosis jurídico política a tal punto que la Corte Constitucional fue una de las que más impulsó la idea del nuevo Estado Ecuatoriano, así lo manifestó en el tercer considerando de las “Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición”,<sup>124</sup> al señalar: “Que la finalidad primordial del *nuevo Estado ecuatoriano* es la garantía de los derechos fundamentales...”. (Resaltado extra textual).

La innovación más promocionada fue el cambio del Estado social de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia, es decir al Estado constitucional, asumiendo como tal a aquel en el que prevalecen los principios, se superpone al Estado de derecho que es aquel en el que prevalecen las reglas; entendiendo por reglas a las normas legislativas y a los principios como normas constitucionales sobre derechos; por tal razón, en opinión de Zagrebelsky, distinguir entre principios y reglas significa distinguir la Constitución de la ley.<sup>125</sup>

El Estado constitucional formalizado en Ecuador en el año 2008 se asemeja al que Ferrajoli describe como constitucionalismo ius positivista o garantista, en el que no solamente las reglas se hallan positivizadas, sino también los principios<sup>126</sup> (esto como consecuencia del amplio catálogo de derechos inherente al neoconstitucionalismo); el principio de legalidad<sup>127</sup> vigente en la Constitución de Montecristi constituye un refuerzo ius positivista al circunscribir la actuación de los servidores e instituciones públicas a los *escrito* en la Constitución y la ley, principio que se complementa con el principio de

---

*latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*, en IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, Verano 2010, 12

<sup>122</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *Del Estado legal de derechos al Estado de derechos y justicia*, Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Montevideo, 2009, 780.

<sup>123</sup> Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*, en IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, Verano 2010, 25.

<sup>124</sup> Publicado en el Registro Oficial S 466 de 13 de noviembre de 2008.

<sup>125</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, (Madrid: Trotta, 1995), 110.

<sup>126</sup> Luigi Ferrajoli, “*Constitucionalismo principialista...*” 24.

<sup>127</sup> Art. 226 de la Constitución de 2008.

motivación,<sup>128</sup> que ata la validez de las actuaciones públicas a la enunciación a las normas o principios (positivizados) en que se fundan; de igual forma se mantiene vigente la interpretación constitucional en función del tenor literal (rezago exegético incompatible con el constitucionalismo de Montecristi), salvo el caso de duda en el que se deberá interpretar en el sentido más favorable a la plena vigencia de los derechos.<sup>129</sup>

En definitiva, el cambio del modelo de Estado, del Estado Social de Derecho al Estado Constitucional de Derechos, implicó una profundización *formal* del neoconstitucionalismo, ampliando el catálogo de derechos, incrementando las garantías e intentando sin mucho éxito dotar de rigidez a la Constitución;<sup>130</sup> quizá uno de los efectos no previstos fue el desequilibrio en el sistema de pesos y contrapesos a través de la creación de dos funciones del Estado adicionales, en especial la Función de Transparencia y Control Social que asumió varias de las atribuciones de la Función Legislativa, entre ellas la fiscalización;<sup>131</sup> lo ocurrido desembocó en una Función Legislativa castrada en su capacidad fiscalizadora al extremo tal que entre el año 2008 y el año 2016 se ha realizado solamente un juicio político;<sup>132</sup> esa merma de la primera función del Estado tuvo entre sus responsables a varios neoconstitucionalistas obsesionados con su *ataque al parlamento* como generador monopólico del legocentrismo, desconociendo su doble función de legislador y fiscalizador, dando como resultado un hiperpresidencialismo sin parangón.<sup>133</sup> El discurso político contra la *partidocracia* agrupada en la Función Legislativa, encontró una de sus mejores herramientas en el discurso neoconstitucionalista.

---

<sup>128</sup> Art. 76, numeral 7, literal l) de la Constitución del 2008.

<sup>129</sup> Art. 427 de la Constitución del 2008.

<sup>130</sup> El texto constitucional del art. 441, numeral 2, estableció el mecanismo para restar rigidez a la Constitución, al señalar la posibilidad de que las enmiendas constitucionales puedan ser efectuadas por la Asamblea Nacional, sin consulta popular, a consecuencia de ello se realizaron las quince enmiendas publicadas en el R.O.S. 653, de 21 de diciembre de 2015.

<sup>131</sup> Bajo la premisa de que “*el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público*” (Art. 204 de la Constitución)

<sup>132</sup> Juicio Político a la Ex Superintendente de Bancos, Gloria Sabando, el mes de enero de 2011.

<sup>133</sup> Basta recordar la Constitución ecuatoriana de 1843, denominaba la Carta de la Esclavitud, por el intento de Juan José Flores de ampliar el período presidencial a ocho años, en contraste con la actual reelección indefinida, aprobada en las enmiendas de diciembre de 2015.

### 3.1. Efectos del Estado constitucional en el sistema de fuentes.

La globalización es un fenómeno mundial que se transversaliza en forma creciente en la mayoría de ámbitos de las sociedades actuales, el mundo del derecho no se ha mantenido ajeno a este intercambio de modelos, matizado por trasplantes jurídicos que buscan incorporar al modelo romano germánico estructuras propias del derecho anglosajón, lo que conlleva la ruptura de la tradición jurídica nacional,<sup>134</sup> uno de esos cambios corresponde al desplazamiento de la jurisprudencia, de ser una fuente secundaria, a fuente primaria del derecho, lo que implica una aproximación al *common law*, tal como lo señaló la Corte Constitucional del Ecuador en la resolución que fijó las “*Atribuciones transitorias de la Corte Constitucional*”.<sup>135</sup> “En el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político<sup>136</sup> y se convierte en una norma jurídica, acercando el modelo continental europeo al modelo del *Common Law* norteamericano...”.

El cambio del sistema de fuentes está motivado, entre otros factores, por la aversión al derecho legislado, por ello se abren nuevas opciones coherentes con el pluralismo jurídico encaminadas a diversificar las fuentes a través de la incorporación de precedentes nacionales e internacionales y otras expresiones localistas como el derecho indígena;<sup>137</sup> sin embargo, la misma Constitución de Montecristi mantiene vigentes principios fundamentales del positivismo jurídico como el principio de reserva de ley, en función del cual el parlamento reserva para sí la facultad exclusiva de regular sobre ciertas materias;<sup>138</sup> cabe señalar que esta facultad se bifurca en un doble ámbito como principio de reserva de ley

---

<sup>134</sup> Diego López Medina, “*El derecho de los jueces...*” 339.

<sup>135</sup> Publicada en el R.O. S. 451, de 22 de octubre de 2008 (Resolución en la que los miembros del Tribunal Constitucional, se auto designaron como magistrados de la Corte Constitucional).

<sup>136</sup> Uno de los argumentos que más se ha utilizado es el de afirmar que la Constitución ha sido sólo un programa político; esto no es aplicable para el Ecuador, en donde la Constitución ha sido tradicionalmente norma jurídica suprema de directa e inmediata aplicación y no un mero programa político, a manera de ejemplo puede observarse el catálogo de derechos (Garantías Individuales) en la Constitución liberal de 1906.

<sup>137</sup> El derecho indígena ya fue incluido en la Constitución de 1998, en el Art. 191, cuyo texto faculta las funciones de justicia y la aplicación de su derecho consuetudinario dentro de sus territorios.

<sup>138</sup> José Roldán Xopa, “*Constitución y Economía*”, edit. Porrúa, México D.F. 2004, 105.

y reserva de ley orgánica;<sup>139</sup> también se mantiene vigente el principio de legalidad<sup>140</sup> y la capacidad de la Función Legislativa de interpretar las leyes con carácter generalmente obligatorio.<sup>141</sup>

A pesar de lo expresado, existen condiciones técnico – jurídicas de orden práctico que avalan a la jurisprudencia como fuente principal, entre éstas podemos mencionar en primer lugar al derecho a la igualdad, puesto que los casos que presentan analogía fáctica, merecen el mismo tratamiento y por lo tanto la resolución similar de los jueces; en segundo lugar, la previsibilidad, ya que debe existir coherencia entre los fallos similares anteriores y posteriores, lo que determina que estos últimos sean previsibles, constituyéndose en expresión de seguridad jurídica; en tercer lugar, la aplicación de criterios ya establecidos en casos similares, ahorra tiempo y genera economía procesal; y, por último, adherirse a fallos anteriores en casos similares, evidencia respeto por estos fallos y sus autores.<sup>142</sup>

El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho,<sup>143</sup> exige un replanteamiento en la concepción del juez que pasa de ser un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución;<sup>144</sup> declaraciones de este tipo efectuadas por la Corte Constitucional exaltaban la nueva opción del derecho jurisprudencial, legitimándolo versus el derecho legislado, a pesar de que en la práctica la implementación fue confusa, parcial y contradictoria, como se analiza en el presente capítulo.

---

<sup>139</sup> El art. 132 de la Constitución del 2008 señala que se requerirá de ley en seis casos y el art. 133 menciona que se requerirá de ley orgánica en tres casos adicionales; estas materias no pueden ser tratadas por normas de inferior jerarquía.

<sup>140</sup> Art. 226 de la Constitución del 2008.

<sup>141</sup> La interpretación auténtica o legislativa se mantiene vigente en el numeral 6 del art. 120 de la Constitución, su implementación se hará mediante ley interpretativa tal como lo dispone el art. 69 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

<sup>142</sup> Allan Farnsworth, *Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos*, edit. Zavalía, Bs/As, 75.

<sup>143</sup> Resolución de la Corte Constitucional, publicada en el RO-S de 22 de octubre de 2008.

<sup>144</sup> Sentencia 001-10-PJO-CC de 28 de diciembre de 2010.



#### **4. Incorporación constitucional de la jurisprudencia vinculante**

El precedente jurisprudencial aboga para que el juez ejerza su rango de interpretación y que aplique de manera autónoma los medios para administrar justicia, dentro de los límites que le marca el propio sistema normativo del que forma parte activa.<sup>145</sup>

Lejos de implementar un sistema jurisprudencial de corte anglosajón, marcado por el predominio del *stare decisis*, la Constitución del 2008 incorpora tres casos puntuales en los que la jurisprudencia adquiere el carácter de vinculante: en primer lugar, el establecimiento del sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración a cargo de la Corte Nacional de Justicia;<sup>146</sup> en segundo lugar, las sentencias vinculantes emitidas por la Corte Constitucional;<sup>147</sup> y de manera tangencial los fallos del Tribunal Contencioso Electoral.<sup>148</sup> A parte de estos casos puntuales, el universo de sentencias emitidas por los órganos de administración de justicia carecen del carácter de vinculante (con efecto *erga omnes*), por lo que nos encontramos frente a un desplazamiento parcial de la jurisprudencia, limitado a ciertas áreas muy específicas del derecho.

##### **4.1. Fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia.**

Como se señaló al inicio del presente capítulo, no fue sino hasta finales del siglo XX cuando se empezó a replantear el valor de la jurisprudencia, a

---

<sup>145</sup> Teresa García-Berrio, *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en renovación constante*, file:///B:/Nueva%20carpeta%20(5)/14459-14537-1-PB%20(1).PDF

<sup>146</sup> Art. 184, numeral 2 de la Constitución. A pesar de que no se utiliza el término vinculante, se asume por los antecedentes de la Ley de Casación, que ese es el sentido de la triple reiteración; cabe señalar que los términos jurisprudencia y precedentes tienen naturaleza distinta por lo que su uso conjunto en este artículo es inapropiado.

<sup>147</sup> Art. 436, numerales 1 y 6 de la Constitución y Art. 86, numeral 6 en relación con los casos de selección y revisión.

<sup>148</sup> Art. 221 de la Constitución. Cabe anotar que no se utiliza el término de vinculante, solamente jurisprudencia electoral.

través de la aprobación de la Ley de Casación,<sup>149</sup> la misma que exigía la triple reiteración como condición *sine quanon* para que pueda sostenerse la calidad de vinculante de tales precedentes. Dentro de la justicia ordinaria, la jurisprudencia se consolida parcialmente como fuente del derecho, a través del artículo 184 de la Constitución del 2008, al mencionar lo siguiente: “Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes (...) 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”.

La reforma introducida eleva a la categoría constitucional la posibilidad de que la Corte Nacional de Justicia sea fuente generadora de precedentes jurisprudenciales, así, únicamente cuando el Pleno de la Corte Nacional en un plazo de sesenta días resuelva su conformidad con el triple fallo, constituirá jurisprudencia obligatoria, tal como lo señala el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 180, numeral 2, artículo que a su vez derogó tácitamente el art. 19 de la Ley de Casación.<sup>150</sup>

En teoría, el establecimiento de la jurisprudencia vinculante debería producirse *prima facie* a través de un procedimiento casi automático en el que inclusive por silencio administrativo positivo los fallos triplemente reiterados, transcurridos los sesenta días desde su recepción por parte del Pleno, aunque éste no se pronuncie, se incorporan a la jurisprudencia obligatoria de la Corte Nacional de Justicia;<sup>151</sup> dichas resoluciones tendrán efecto desde su publicación en el Registro Oficial.

Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios, en base a los fallos de triple reiteración que se produjeran en las Salas Especializadas;<sup>152</sup> el precedente jurisprudencial obligatorio debe contener únicamente el *punto de derecho* sobre el que se ha producido la triple reiteración, con la indicación de la fecha e

---

<sup>149</sup> Ley de Casación, R.O. No. 192, de 18 de mayo de 1993. “Art. 19.- ... La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema”

<sup>150</sup> JURISPRUDENCIA ECUATORIANA, CIENCIA Y DERECHO, Corte Nacional de Justicia, Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia, Quito, 2011, 31.

<sup>151</sup> Parte final del inciso primero del art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

<sup>152</sup> Art. 185 de la Constitución del 2008.

identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, mientras la ley no establezca lo contrario.

Tanto el artículo 184, numeral 2 de la Constitución como el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial tienen redacciones anti técnicas, puesto que al utilizar el término *precedentes jurisprudenciales*, mezclan dos conceptos distintos a pesar de que provienen de una raíz similar; tal como fue analizado en el capítulo I. El precedente difiere sustancialmente de la jurisprudencia, mientras que el precedente es cualitativo puesto que requiere una sola sentencia análoga previa, la jurisprudencia es cuantitativa, como en el presente caso que requiere triple reiteración de sentencias previas; mientras que en el precedente la analogía fáctica es lo medular, la jurisprudencia desarrolla conceptos jurídicos prescindiendo de la analogía fáctica. El alejamiento del precedente es posible a través de mecanismos agravados, a diferencia de la jurisprudencia cuyos cambios requieren únicamente razones jurídicas motivadas;<sup>153</sup> el precedente es proclive a la aplicación de la sub regla jurisprudencial, mientras que la jurisprudencia privilegia la aplicación de la ley CG.<sup>154</sup>

Las facultades mencionadas se potencian a partir de la Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura número 069-2016, de 25 de abril de 2016,<sup>155</sup> en el que se expidió el Reglamento de Procesamiento de Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios de la Corte Nacional de Justicia y la Resolución de la Corte Nacional de Justicia número 1A-2016,<sup>156</sup> que implementa el Procedimiento de Identificación y Sistematización de Líneas Jurisprudenciales, unificación de la estructura de las sentencias de la Corte Nacional de Justicia y la estructura de la resolución de la aprobación de precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Dadas las características señaladas en las normas constitucionales y legales citadas, la Corte Nacional de Justicia, en *strictus sensus*, emite jurisprudencia, puesto que: “la resolución mediante la cual se declare la

---

<sup>153</sup> Art. 185, segundo inciso de la Constitución.

<sup>154</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 110.

<sup>155</sup> Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 756, de 17 de mayo de 2016.

<sup>156</sup> Publicada en el Registro Oficial 767 de 2 de junio de 2016.

*existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración”;*<sup>157</sup> es evidente que la Corte Nacional de Justicia está obligada a desarrollar su jurisprudencia únicamente sobre *el punto de derecho* objeto de la triple reiteración, con la omisión del patrón fáctico y la analogía fáctica, lo que equivale a una jurisprudencia meramente indicativa centrada en establecer conceptos jurídicos;<sup>158</sup> dichas sentencias *per se* no son aptas para generar jurisprudencia vinculante, para ello dependen de una resolución emitida por el Pleno de la Corte que, una vez procesados por el “Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia”,<sup>159</sup> emita una definición conceptual sustentada en los puntos de derecho triplemente reiterados.

Al limitarse el contenido de la jurisprudencia a asuntos de derecho, se restringe su capacidad generadora de derecho objetivo a la interpretación de normas preexistentes, ese ha sido el *modus operandi* de la Corte Nacional de Justicia y su exigua generación jurisprudencial, la misma que se limita a dieciséis resoluciones de triple reiteración, en un período de seis años, desde agosto de 2009 hasta noviembre de 2015.<sup>160</sup>

#### 4.2. Sentencias vinculantes de la Corte Constitucional.

Uno de los aspectos en el que más se ha evidenciado el desplazamiento del sistema de fuentes, se produjo al dotar a la Corte Constitucional de la capacidad de generación de derecho objetivo a través de la emisión de sentencias vinculantes, tal como lo establece el artículo 436 de la Constitución del 2008, el mismo que señala como una de las atribuciones de la Corte Constitucional la siguiente: “6) Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, habeas corpus, habeas

---

<sup>157</sup> Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial.

<sup>158</sup> López Medina, “El Derecho de los Jueces”, 109.

<sup>159</sup> La Corte Nacional “corrige” el error técnico de la Constitución y mediante Resolución publicada en el R.O. 572 de 17 de abril de 2009, crea el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia, omitiendo la mención de precedente jurisprudencial.

<sup>160</sup> <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/precedentes-jurisprudenciales-obligatorios>. 2016/08/20.

data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

El texto introducido conlleva un giro en materia de precedentes, apartándose de lo que fue nuestro tradicional sistema de fuentes romano francés y aproximándonos al *common law*, a través del establecimiento del *stare decisis*, es decir, mantenerse frente a lo previamente decidido, en aquellos casos en los que exista analogía fáctica; es este sistema precisamente el que permite dotar a la sentencia de una validez de fuente normativa general, cuando los jueces deben acudir a ella para resolver casos similares.<sup>161</sup>

Con esta inclusión, la Constitución reitera que la ley no es la única fuente formal del derecho, sino que existen otras fuentes, entre ellas, la jurisprudencia vinculante; al respecto la Corte Constitucional ha señalado<sup>162</sup> que el *stare decisis*, es el deber de los jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por los jueces superiores de la misma jurisdicción; en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto con anterioridad y no contradecirlo sin una razón poderosa debidamente fundamentada.<sup>163</sup> Son dos los factores principales que determinan la razonabilidad del componente vinculante: 1) relación entre el patrón fáctico en el caso del precedente y la analogía fáctica o similitud que con el primero presenta el caso posterior; 2) la fuerza argumentativa de la primera sentencia.<sup>164</sup>

La naturaleza del precedente vinculante, una vez que este ha sido pronunciado, es el de una norma jurídica de cumplimiento obligatorio, cuando un caso similar se vuelva a litigar, los jueces no son libres de rechazar o evitar su cumplimiento. Las funciones del precedente como fuente generadora de derecho objetivo son: desarrollar reglas legislativas, interpretar la norma ante ambigüedades y antinomias, regular lagunas sin acudir al órgano legislativo.<sup>165</sup>

A pesar de la autonomía que la Corte Constitucional ha pretendido dar al precedente, en relación con las normas, también ha señalado: “La regla

---

<sup>161</sup> Julio Cueto, *El common law*, edit. Abeledo Perrot, Bs/As, 90.

<sup>162</sup> Caso No. 0999-09-JP, de 22 de diciembre de 2010. Sentencia Fundadora de la atribución contenida en el art. 436, No. 6.

<sup>163</sup> *Ibidem*, #20

<sup>164</sup> Pamela Aguirre Castro, *Un cambio de paradigma, los procesos de selección y revisión de la Corte Constitucional*, Jurisprudencia Constitucional, serie 4, Quito, 2013, 20.

<sup>165</sup> Caso No. 0999-09-JP, de 22 de diciembre de 2010, #31.

jurisprudencial tendrá por finalidad la ratificación de una regla legislativa preexistente”, circunscribiendo en cierta forma el campo de acción del precedente al ámbito de la ley.<sup>166</sup>

En la práctica, la inclusión de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, dentro del derecho objetivo, ha presentado muchos vacíos, ambigüedad e improvisación, para evidenciarlo es indispensable analizar detenidamente la sentencia 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de año 2010,<sup>167</sup> conocida también como la sentencia fundacional (INDULAC), la misma que dos años después de la vigencia de la Constitución de Montecristi, *inaugura* esta nueva facultad constitucional, en medio de dudas y enturbiada por un ambiente político beligerante.

La sentencia INDULAC, en el punto 14, desarrolla la facultad contemplada en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución y señala que la Corte Constitucional tiene dos mecanismos para dictar sentencias, el primero es el proceso de Revisión,<sup>168</sup> el mismo que puede concluir en una sentencia vinculante con carácter *erga omnes*, mientras que en los demás casos,<sup>169</sup> las sentencias de la Corte Constitucional constituirán sentencias vinculantes con efectos *inter partes*, *inter pares* o *inter cummunis*; esta distinción es fundamental puesto que establece cuatro tipos de sentencias vinculantes, de las cuales, sólo las sentencias que tengan efecto *erga omnes* son las que pueden considerarse fuente del derecho por su naturaleza general; las otras sentencias, aunque sean dictadas por la Corte Constitucional no son sentencias vinculantes con efecto *erga omnes* y por lo tanto no son fuente jurisprudencial; lo expuesto evidencia la ambigüedad de la redacción de la Constitución del 2008 al señalar que la Corte Constitucional dictará sentencias *vinculantes*, sin mencionar el efecto (*inter partes*, *inter pares*, *inter cummunis* o *erga omnes*); en estricto sentido, todas las sentencias provenientes de los órganos de administración de justicia son

---

<sup>166</sup> Punto 32 Sentencia INDULAC.

<sup>167</sup> Esta sentencia se emite a través del proceso de selección y revisión de dos sentencias previas en casos de apelación de Acción de Protección, a efectos de clarificar el principio de doble instancia.

<sup>168</sup> Art. 436, numeral 6 de la Constitución del 2008, (Procesos de Selección y Revisión)

<sup>169</sup> Haciendo alusión a las acciones constitucionales de los numerales 2, 5 y 6 del artículo 436, distintos a los casos de selección y revisión.

vinculantes puesto que son obligatorios para las partes (efecto *inter partes*)<sup>170</sup> pero no por ello tienen efectos generales ni pueden ser considerados de aplicación general o *erga omnes*.

Lo que se señaló en esta fundamental sentencia, en definitiva, es que no todas las sentencias de la Corte Constitucional son vinculantes con efectos *erga omnes*, por el contrario, se restringió la naturaleza de *erga omnes* únicamente a los casos de selección y revisión, lo que constituyó una gran autolimitación de la Corte Constitucional; más aún cuando la misma sentencia en el punto 17 señaló que: “... la presente sentencia se constituye como fundadora de la competencia prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución”; es decir, que las sentencias dictadas entre la vigencia de la Constitución (octubre de 2008) y la sentencia fundacional (diciembre de 2010) carecieron del carácter de vinculantes con efecto *erga omnes*, siendo por tanto un conjunto de sentencias ordinarias de efecto *inter partes* propias del sistema romano francés y ajenas al nuevo modelo de fuentes.

Desde que se emitió esta sentencia fundacional, solamente aquellas sentencias en las que se señalaba de manera explícita que su contenido era vinculante con efecto *erga omnes*, podían ser consideradas como fuentes de derecho objetivo y generadoras de reglas jurisprudenciales, por tal razón, la misma sentencia INDULAC, al final de la parte resolutive aclara que: “La jurisprudencia vinculante desarrollada en esta sentencia constituye precedente constitucional y tiene efectos *erga omnes*”; este punto coincide con el acápite 32 de la sentencia fundacional que señala: “La facultad de la Corte Constitucional relacionada al desarrollo de jurisprudencia vinculante, *no siempre* tendrá como efecto la generación o creación de reglas jurisprudenciales.” (resaltado extra textual).

El somero análisis de la sentencia fundacional que según su propio texto inaugura la capacidad de la Corte Constitucional de expedir sentencias *erga omnes*, deja al descubierto que, en primer lugar, ninguna de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional entre octubre de 2008 y diciembre de año 2010, tuvieron el carácter de sentencias vinculantes con efecto *erga omnes*, y por

---

<sup>170</sup> La sentencia vinculante se entiende siempre como sinónimo de sentencia obligatoria.

lo tanto, a pesar de que el cambio de sistema de fuentes fue incorporado en la Constitución de Montecristi, dicho cambio requirió de un *refuerzo* jurisprudencial para que tal capacidad vinculatoria se torne en *erga omnes* (lo cual sucedía en contados casos); en segundo lugar, al ser dicha sentencia la primera de carácter *erga omnes*, su contenido debía respetarse a futuro, por lo que el alejamiento del precedente debió producirse de acuerdo a las reglas propias de este mecanismo, es decir, debió hacerlo en forma explícita y argumentada, garantizando la progresividad de los derechos y el Estado constitucional de derechos y justicia;<sup>171</sup> en tercer lugar, la Corte Constitucional definió categóricamente que no todas sus sentencias generan o crean reglas jurisprudenciales.

Este punto reviste crucial importancia en la medida en que la Corte Constitucional no cuenta con una base constitucional o legal para afirmar que sus sentencias tienen carácter *erga omnes*, en otras palabras, esta facultad viola el principio de reserva de ley orgánica que recogido en la Constitución señala: “Art. 133.- Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: [...] 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

En cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución, la regulación de derechos y garantías constitucionales debe hacerse a través de una ley orgánica y no por medio de una sentencia que regule tales derechos y garantías.

Desde hace varios años la Corte Constitucional ha calificado la totalidad de sus sentencias como vinculantes con efecto *erga omnes*, desconociendo la *ratio decidendi* de su sentencia fundacional (INDULAC) y alejándose subrepticamente del precedente dictado por ella misma; estudiadas las causas de este cambio, en base a la investigación efectuada en la Secretaría Técnica de la Corte Constitucional, se ha podido determinar que la ruptura en cuestión se produjo en la sentencia No. 045-11-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2011,<sup>172</sup> la misma que entre otras cosas señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 436, numeral 1 de la Constitución, las decisiones de la Corte

---

<sup>171</sup> ZAVALA EGAS, Jorge, “Teoría y Práctica Procesal Constitucional”, Edilex S.A. Editores, Guayaquil, 2011, 77.

<sup>172</sup> La Secretaría Técnica de la Corte Constitucional ha manifestado que el cambio respecto de la sentencia fundacional se produjo en esta sentencia, a partir de la cual la Corte asume que todas sus sentencias son vinculantes con efecto *erga omnes*.



Constitucional tienen el carácter de vinculantes;<sup>173</sup> continúa el análisis al manifestar que de conformidad con el Diccionario de la RAE, vinculante significa “someter la suerte o comportamiento de alguien a de algo a los de otra persona o cosa”; de esta referencia gramatical, la Corte colige como efecto jurídico la necesidad de fundamentar una resolución actual en criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares. Posteriormente afirma que la sentencia de la Corte Constitucional tiene alcance vinculante por ser órgano de cierre;<sup>174</sup> finalmente, señala que el carácter de vinculante de las sentencias de la Corte Constitucional permite suplir las consideraciones de seguridad jurídica en la hermenéutica, restringir la arbitrariedad y asegurar la vigencia del principio de igualdad y seguridad jurídica.

La sentencia No. 045-11-SEP-CC, en ningún momento afirma ni se pronuncia en el sentido de que todas las sentencias de la Corte Constitucional tendrán el carácter de vinculantes con efecto *erga omnes*, tampoco menciona a la sentencia fundacional ni sus precedentes con los que entra en abierta contradicción,<sup>175</sup> al haber omitido el análisis de la sentencia INDULAC y su *ratio decidendi*, se transgredieron las reglas de alejamiento del precedente;<sup>176</sup> con una ligereza impropia para el tratamiento de un tema de tanta importancia, se dotó obsequiosamente de efecto vinculante con carácter de *erga omnes* a todas las sentencias dictadas por la Corte Constitucional. Al ser interrogados los abogados de la Secretaría Técnica de la Corte Constitucional<sup>177</sup> acerca de la oscuridad de esta sentencia y su ambigua redacción y de cómo se podía implementar un cambio de la naturaleza jurídica de las sentencias de la Corte Constitucional, cuando la sentencia fundacional ya había determinado lo

---

<sup>173</sup> El carácter de vinculante nunca ha sido cuestionado, pero si la generalización que no discrimina entre vinculante con efecto *erga omnes*, *inter partes* o *inter pares*, por lo que esta reflexión es un retorno a la generalización inicial que tornaba ambigua la disposición constitucional.

<sup>174</sup> Esta afirmación bien puede calificarse como una falacia de conclusión inatente, puesto que nada tiene que ver que una instancia determinada sea el órgano de cierre con que sus decisiones sean vinculantes (no se especifica además que sean vinculantes con efecto *erga omnes*)

<sup>175</sup> La contradicción es muy evidente, mientras la sentencia fundacional manifiesta que sólo en ciertos casos las sentencias serán *erga omnes*, la sentencia 045-11-SEP-CC “da a entender” lo contrario.

<sup>176</sup> Artículo 2, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

<sup>177</sup> Entrevista realizada a funcionarios de la Secretaría Técnica de la Corte Constitucional el mes de febrero de 2015.

contrario, éstos manifestaron que, en efecto, la sentencia no es muy clara pero que en la práctica, a partir de ésta, todas las sentencias de la Corte Constitucional se consideran vinculantes con efecto *erga omnes*, circunstancia que pone de manifiesto la inobservancia e informalidad con la que se han sido tratados temas de tanta importancia para la vida jurídica del país.

Lo ocurrido es una muestra de que no solamente las normas escritas, sino la misma jurisprudencia pueden llegar a carecer de valor alguno frente a la voracidad del activismo judicial manipulado desde las más altas esferas del poder estatal que se empeña en formar jueces “Hércules” abyectos a sus intereses.

## **5. Procesos de selección y revisión de la Corte Constitucional**

Resulta evidente que desde la vigencia de la Constitución de Montecristi se revalorizó el papel del juez, como productor de derecho objetivo a través de la generación jurisprudencial o en su caso de precedentes con efectos *erga omnes*; sin embargo, las sentencias dentro de un proceso constitucional específico no son la única opción de generación normativa, puesto que existe adicionalmente la posibilidad de que la Corte Constitucional seleccione y revise determinados casos que por su trascendencia puedan servir de base para la creación de precedentes vinculantes; así lo señala la parte final del artículo 436, numeral 6 de la Constitución: “Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante (...) así como los casos *seleccionados* por la Corte para su *revisión*”. (Resaltado extra textual).

Concomitante con la disposición constitucional, la sentencia fundacional, señala expresamente que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional vinculante corresponde a la Corte Constitucional, a través de las Salas de Selección y Revisión;<sup>178</sup> sin embargo, dichas salas no son instancias de alzada ni

---

<sup>178</sup> Punto 29 de la sentencia INDULAC.

tienen como finalidad *exclusiva* la reparación de derechos subjetivos, el deber de estas salas es el desarrollo de la jurisprudencia vinculante.<sup>179</sup>

A pesar de lo señalado, si durante el proceso de selección la Corte encuentra violaciones a derechos constitucionales, ésta se encuentra facultada para reparar la vulneración detectada, ello no implica que las cortes provinciales dejen de ser última instancia en materia de garantías jurisdiccionales como acción de protección, habeas data, habeas corpus, acceso a la información pública, ni se constituye la Corte Constitucional en otra instancia de apelación.<sup>180</sup>

Este singular mecanismo constituye una nueva forma de generación de derecho objetivo, por lo que su análisis resulta sustancial.

#### 5.1. Procedimiento de selección de causas relevantes.

Todas las sentencias en los procesos por garantías jurisdiccionales del país deben ser remitidas dentro de los tres días posteriores a que se hayan ejecutoriadas, a la Corte Constitucional;<sup>181</sup> la Sala de Selección, integrada por tres jueces designados por sorteo efectuado por el Pleno de la Corte, realiza la selección de las sentencias de manera discrecional, pero cabe la posibilidad de que el Defensor del Pueblo o uno de los Jueces de la Corte Constitucional soliciten dicha selección. No cabe recurso alguno contra la selección.

Los parámetros de selección de las sentencias señalados en el artículo 25, numeral 4 de la LOGJCC son: a) Gravedad del asunto.- se considera grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación;<sup>182</sup> b) Novedad del caso e inexistencia del precedente judicial.- es decir que no exista un caso previo similar; c) Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional.- se produce por el alejamiento injustificado y en consecuencia ilegítimo del precedente, frente al cual la Corte Constitucional

---

<sup>179</sup> ZAVALA EGAS, Jorge, “Teoría y Práctica Procesal Constitucional”, Edilex S.A. Editores, Guayaquil, 2011, 78.

<sup>180</sup> Caso No. 0999-09-JP, de 22 de diciembre de 2010, # 29.

<sup>181</sup> Arts. 86 No. 5 y 436, No. 6 de la Constitución de la República y Art. 25, No. 1 de la LOGJCC.

<sup>182</sup> Art. 27, LOGJCC.

debe disponer los correctivos del caso para el cumplimiento del precedente, constituido ya en derecho objetivo; d) Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia.- debe tratarse de un fallo que genere un gran impacto social, económico o político, ligado a la afectación de derechos.<sup>183</sup>

Las sentencias enviadas por los jueces de instancia y de apelación ingresan a la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional, en donde se elabora la Ficha de Relevancia Constitucional, en la que constan los datos principales del fallo (*tipo de acción, número, juzgado, hechos relevantes y argumentos de relevancia constitucional*) a fin de sistematizar y facilitar el trabajo de los jueces. Analizadas las sentencias, la Sala escogerá en forma discrecional aquellas que cumplan los parámetros señalados, emitirá un auto de selección en el que solicita al órgano judicial respectivo el envío del expediente original. Las sentencias no seleccionadas son registradas y archivadas.<sup>184</sup>

## 5.2. Procedimiento de revisión de causas relevantes.

Las sentencias seleccionadas son remitidas a la Sala de Revisión, en donde se realiza el sorteo del juez ponente, quien elabora el proyecto de sentencia y lo somete a consideración de la Sala. Corresponde al pleno de la Corte Constitucional, emitir sentencia en el plazo de veinte días posteriores a la recepción del expediente, después de lo cual remitirá la decisión al juez de primera instancia para que notifique a las partes de la sentencia y la ejecute.<sup>185</sup>

De un total de 1473 sentencias recibidas por la Corte Constitucional en el período comprendido entre el año 2008 y el año 2013,<sup>186</sup> 43 fueron seleccionadas, de acuerdo con el tipo de acción, su clasificación es la siguiente:<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Aguirre Castro, Pamela, “Un cambio de paradigma, los procesos de selección y revisión de la Corte Constitucional” Jurisprudencia Constitucional, serie 4, Quito, 2013, 27.

<sup>184</sup> Art. 14 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

<sup>185</sup> Art. 25, No. 9 de la LOGJCC y Art. 16 del Reglamento de Sustanciación de Procesos

<sup>186</sup> Después del año 2014 la Corte constitucional no ha hecho públicos nuevos reportes respecto a los casos de selección y revisión.

<sup>187</sup> Pamela Aguirre Castro, “Un cambio de paradigma... 39 – 51.

JP	Acción de Protección	24
JH	Habeas Corpus	10
JC	Medidas Cautelares	4
JD	Habeas Data	3
JI	Acceso Información	2

La incipiente producción jurisprudencial por la vía de selección y revisión evidencia que, a pesar de contar con el marco normativo suficiente para cimentar el fortalecimiento del precedente como elemento integrante del derecho objetivo, en la práctica no se han cumplido las expectativas previstas; cabe anotar que de los 43 procesos seleccionados, la Corte no registra información respecto a cuáles de estas sentencias concluyeron en revisión y por tanto en generación de reglas jurisprudenciales.

El desplazamiento del sistema de fuentes ha presentado numerosas dificultades e inconsistencias, como era previsible, dada la magnitud del tránsito de la jurisprudencia de fuente secundaria a fuente primaria de naturaleza *erga omnes*; los jueces de la Corte Constitucional y los de la Corte Nacional de Justicia, protagonistas principales de tal cambio, deben dimensionar la magnitud de su nuevo rol como generadores de derecho objetivo, más aún si se considera que sus decisiones no cuentan con el aval del principio mayoritario que si lo tienen los constituyentes y asambleístas, instituidos en sus cargos por votación popular y por tanto legitimados democráticamente para ser generadores de aquellas normas que regulan a la sociedad; la generación de normas jurisprudenciales debe tener como principal ingrediente la sapiencia, rectitud e independencia de los jueces; por el contrario su activismo o proximidad político – partidista, pueden hacer del cambio del sistema de fuentes, el más eficiente mecanismo de control y sumisión de la sociedad.

El tránsito del Estado social de derechos al Estado constitucional de derechos y justicia, iniciado en la Asamblea de Sangolquí de 1998 y consolidado en la Asamblea Nacional de Montecristi de 2008, apela a la ruptura en el monopolio de la generación parlamentaria del derecho objetivo; en ese ámbito, tanto la Corte Nacional de Justicia como la Corte Constitucional han sido

dotadas de la facultad generadora que en la actualidad tienen, a más de ello, la incorporación del pluralismo jurídico amplía aún más la ruptura de este monopolio, es de esperarse que los cuestionamientos al parlamento no desemboquen en una aceptación indiscriminada de las otras fuentes del derecho, a riesgo de que se produzca un nocivo desbordamiento de las fuentes del derecho.<sup>188</sup>

El Estado constitucional de derechos presenta un matiz pospositivista que, como se ha visto, busca establecer otras alternativas a la ley, para ello revaloriza otras fuentes del derecho, acudiendo en este caso a la jurisprudencia, tal como ha sido analizado en el presente capítulo, este tránsito resulta complejo cuando consideramos que se aparta de nuestras instituciones romano germánicas tradicionales, las dificultades no derivan únicamente de la resistencia al cambio que es habitual en esta clase de procesos, más allá de ello, obedecen a la incompatibilidad de ciertas estructuras jurídicas que han sido el resultado de procesos muy distintos y que han sido los que han generado familias jurídicas diversas, situaciones que serán analizadas en el siguiente capítulo.

---

<sup>188</sup> Marco Albán Zambonino, “El desbordamiento de las fuentes del Derecho tributario”, en Tópicos contemporáneos de Derecho Tributario, Marco Albán y César Montaña Galarza, coordinadores, Edit Cevallos, Quito, 2013, 18.

## Capítulo tercero

### Problemas detectados en la aplicación del precedente

La posibilidad de emitir sentencias con el carácter de *erga omnes* introdujo en el debate jurídico nuevos elementos inexistentes hasta el año 2008, las formas de emisión de las sub reglas jurisprudenciales y su relación con la estructura de la sentencia, la evolución de la *ratio* contenido en las mismas y la dinámica dependiente de la presencia coincidente de analogías fácticas en las sentencias sucesivas, complejizan el nivel de análisis que, hasta el cambio del sistemas de fuentes formales resultaba secundario, de ello deriva la necesidad de estudiar el vehículo generador del derecho jurisprudencial representado por las líneas jurisprudenciales.

#### 1. Líneas jurisprudenciales

Las sentencias emitidas por los jueces son la materia prima con la que se elaboran las líneas jurisprudenciales; pero dispersas o yuxtapuestas no pasan de ser materia prima, como los materiales de construcción que dispersos no son la obra pero si su antecedente, sus partes constitutivas, las sentencias *per se*, para constituirse en una línea jurisprudencial, deben ser analizadas en función de su analogía fáctica y de su relevancia; de lo manifestado se puede concluir qué línea jurisprudencial está contenida en la sucesión progresiva y desestructurada de varias sentencias que deben ser analizadas en su conjunto y no individualmente. Se trata de una sucesión porque estas sentencias que contienen las líneas se producen en diferentes tiempos, por lo que deberán ser organizadas desde la primera hasta la última de ellas desde el punto de vista cronológico; es desestructurada porque la generación de estas sentencias obedece a la existencia de casos con analogía fáctica que pueden o no producirse, por lo que se generan al azar, dependiendo de la presencia de casos similares.

Para la generación de la línea jurisprudencial, en primer término, debe seleccionar un patrón fáctico que desarrolle un derecho constitucional; como lo afirma Diego López Medina:

Una línea jurisprudencial no puede partir de un concepto muy abstracto, pero tampoco de las particularidades de cada caso concreto. Una línea jurisprudencial se ubica en un nivel medio de abstracción en el que se identifica un patrón fáctico frecuentemente litigado (...) Estos patrones fácticos son los “escenarios constitucionales”.<sup>189</sup>

Resulta interesante la opinión de este autor, puesto que la norma general y abstracta es tan amplia que es difícil *darle vida* sin una circunstancia fáctica que le permita brotar a la praxis; una vez más, nótese la similitud estructural con el silogismo jurídico y sus componentes, las premisas normativas y fácticas; este punto medio en el que la norma se conjuga con el hecho da lugar al denominado “escenario constitucional”, que no son otra cosa que los patrones fácticos de las sentencias integrantes de la línea jurisprudencial.

Las sentencias agrupadas en una línea jurisprudencial tienen distinto nivel de influencia, dependiendo de su trascendencia argumentativa y su posición cronológica;<sup>190</sup> en función de su contenido pueden tener grado leve, medio y alto,<sup>191</sup> siendo leve la sentencia que no reviste mayor complejidad o la que se limita a aplicar un precepto normativo o jurisprudencia, con interés y efectos *inter partes*; a continuación de ésta, la sentencia de grado medio es la que enriquece la tendencia de la línea jurisprudencial o marca cierto nivel de alejamiento justificado del precedente y por último la sentencia de grado alto en importancia, entendiendo por tal a la sentencia que encabeza la línea jurisprudencial, generalmente conocida como sentencia fundacional.<sup>192</sup>

---

<sup>189</sup>Diego López Medina, “*El derecho de los jueces...*” 148.

<sup>190</sup> Aunque el elemento cronológico normalmente no es tomado en cuenta, este es el que marca la tendencia de la línea jurisprudencial, por ello es mencionado como elemento relevante dentro de la evolución jurisprudencial.

<sup>191</sup> Jhoel Escudero, *UMBRAL revista de derecho constitucional*, CEDEC, Quito, 2011, 165.

<sup>192</sup> Tal es el caso de la sentencia del caso INDULAC, a la que la misma Corte Constitucional calificó como sentencia fundacional.



Las sentencias fundacionales o encabezadoras de línea jurisprudencial, tienen un matiz especial, puesto que se generan ante la ausencia de un antecedente jurisprudencial, por lo que usualmente se sustentan en preceptos normativos de naturaleza constitucional, legal o comparada, reforzadas por un amplio análisis doctrinario, elementos en los que encuentran legitimación; se desarrollan sobre un escenario constitucional nuevo<sup>193</sup> con reflexiones de elevada carga axiológica y erudición. Del amplio desarrollo del *stare decisis* en el *common law*, tomamos conceptos como el *leading case*,<sup>194</sup> que es el fallo que inicia una tendencia jurisprudencial (caso líder); en cada línea jurisprudencial existe una sola sentencia fundacional.

Las sentencias de alto grado de relevancia se denominan sentencias hito<sup>195</sup> y a más de incluir a las sentencias fundadoras de línea, incluyen también otras como las sentencias consolidadoras de línea que son aquellas que maduran el análisis de la sentencia fundacional, profundizando el análisis y marcando una sub regla jurisprudencial; las sentencias modificatorias de línea, las que pueden, si el caso amerita, realizar cambios a las sentencias previas;<sup>196</sup> las sentencias reconceptualizadoras que introducen una nueva interpretación que aclara la tendencia de la línea jurisprudencial, pudiendo inclusive replantear la *ratio decidendi* de las sentencias previas, cumpliendo con las reglas de alejamiento del precedente, si fuere necesario; finalmente las sentencias dominantes, que son aquellas que contienen los criterios vigentes resultantes de las reflexiones de las sentencias previas.

Las líneas jurisprudenciales no se integran únicamente con sentencias hito, éstas son las más destacadas pero las de menor número, puesto que la mayoría pueden ser meramente aplicativas de las sentencias previas; una vez más, el juez debe actuar con honestidad y delicadeza, puesto que una sentencia no debe ser considerada sentencia hito, por razones de conveniencia, simpatía o

---

<sup>193</sup> En el caso de la sentencia fundacional de Ecuador, la Corte Constitucional señala como uno de sus propósitos el de esclarecer la nueva facultad que le confiere la Constitución de Montecristi, ya que la facultad conferida por el Art. 436 numeral 6, no había sido desarrollada (punto 17 de la sentencia)

<sup>194</sup> <http://www.saberderecho.com/2006/02/sobre-fallos-importantes-fallos.html>. 2016/10/21.

<sup>195</sup> Diego López Medina, “*El derecho de los jueces...*” 164 – 165.

<sup>196</sup> Estos cambios deben ser coherentes con la línea jurisprudencial y deben además respetar los criterios expuestos en las sentencias previas.

antipatía, sino por el alto peso argumentativo, lo que no significa necesariamente un voluminoso recuento doctrinario o jurisprudencial, sino un análisis de elevada calidad jurídica que privilegie lo cualitativo por sobre lo cuantitativo.

Del manejo responsable y técnico que se haga de las líneas jurisprudenciales dependerá el grado de confiabilidad en esta nueva fuente del derecho por lo que el nivel de profesionalismo e independencia deben primar al momento de establecerlas.

## **2. Evolución de la línea jurisprudencial del principio de motivación**

Entre los principios del Estado de derecho, interactúan de manera particular el principio de limitación, a través del cual se impide el libre arbitrio de los funcionarios públicos; el principio de legalidad,<sup>197</sup> que restringe la actuación de los poderes públicos *exclusivamente* a lo que se halla expresamente permitido en la Constitución y la ley y, por último, el principio de motivación, el mismo que garantiza el cumplimiento de los dos anteriores al condicionar la validez del acto administrativo a la enunciación de la norma o principio en que se funda y su pertinencia, a riesgo de provocar la nulidad del acto. De lo manifestado deriva la importancia del principio de motivación y el análisis de la evolución de la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional.

El artículo 76 de la Constitución de la República, al señalar las garantías básicas del debido proceso, establece en el numeral 7, literal 1,<sup>198</sup> el principio de motivación del acto, en los siguientes términos:

- l) Las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y ni se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes

---

<sup>197</sup> Constitución de la República, Art. 226.

<sup>198</sup> Este principio constaba ya en la Constitución Política de la República de 1998, en el artículo 24, numeral 13, por lo que no corresponde a una innovación de Montecristi.

de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.<sup>199</sup>

El principio de motivación tiene como finalidad evitar la arbitrariedad de la autoridad, sea esta administrativa o judicial, por ello la redacción de este artículo es muy general al referirse a *los poderes públicos*, quienes en su resolución deben, en primer lugar, enunciar las normas o principios jurídicos en que se sustentan y posteriormente explicar la pertinencia de estas normas a los hechos;<sup>200</sup> cronológicamente, la autoridad debe en primer lugar citar la norma, siendo ésta, la que aplicada a los hechos, convalida la resolución, este énfasis en la norma como legitimadora de la actuación de la autoridad, complementa el principio de legalidad, el mismo que limita la posibilidad de acción de los entes públicos, exclusivamente a aquello que la constitución o la ley les faculta.<sup>201</sup>

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial que desarrolla el principio de motivación; el presente esquema tiene por finalidad analizar dicha línea jurisprudencial cuyas sentencias hito son las siguientes:

1. Sentencia Fundacional: No. 025-09-SEP-CC/ 29 Sep. 2009 (Casos Acumulados: 0023-09-EP; 0024-09-EP; 0025-09-sep-CC).
2. Sentencia consolidadora de línea: No. 227-12-SEP-CC/ 12 de junio de 2012.
3. Sentencia modificatoria de línea (Dominante): No. 009-14-SEP-CC/ 15 enero de 2014.

## 2.1. Datos generales de la línea jurisprudencial.

---

<sup>199</sup> Constitución de la República, Art. 76, numeral 7, literal 1.

<sup>200</sup> Una vez más, la estructura mencionada guarda cierta similitud a la estructura del silogismo jurídico.

<sup>201</sup> Este principio en función del cual la administración pública sólo puede hacer aquello que la Constitución y la ley le permiten, es recogido en el artículo 226, de la Constitución de la República.

### 2.1.1. Sentencia Fundacional: No. 025-09-SEP-CC/ 29 Sep. 2009.

En primer término es preciso mencionar que la sentencia 025-09-SEP-CC, fue expedida el 29 de septiembre de 2009, fecha en que las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, no tenían carácter *erga omnes*, puesto que dicha facultad, según la misma Corte lo señala, se inauguró con la sentencia INDULAC en diciembre de 2010; a pesar de ello, se la ha dotado retroactivamente del efecto *erga omnes*,<sup>202</sup> lo que sin duda es discutible puesto que las normas jurídicas (incluidas las jurisprudenciales), son irretroactivas y rigen únicamente para lo venidero.

Esta sentencia fundacional unifica *tres* casos de acción extraordinaria de protección, AEP (0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP), por existir identidad del sujeto pasivo, objeto y tipo de acción;<sup>203</sup> los *tres casos acumulados* se producen por sentencias de casación de la Corte Nacional de Justicia, los *tres* casos se relacionan al pago de indemnizaciones laborales; en los *tres casos* se impugna el fallo por incumplimiento del principio de motivación recogido en el art. 76, numeral 7, literal L, de la Constitución de la República (cabe señalar que también se cita el art. 24, numeral 13 de la Constitución de 1998, el mismo que ya incluía el Principio de Motivación); las tres AEP (caso unificado) fueron desechadas en la misma sentencia 025-09-EP.

La sentencia fundacional, al iniciar el análisis del principio de motivación, señala que “es clara la determinación del significado de motivación en nuestra Constitución”; sin embargo, a renglón seguido afirma que es necesario “propender al hallazgo de la naturaleza de la motivación (...)”;<sup>204</sup> en la página 11 de la sentencia se hace una cita del autor colombiano Tulio Enrique Tascón, de su obra “Derecho Constitucional Colombiano” (acerca de la

---

<sup>202</sup> Esta retroactividad resulta inusual si tomamos en cuenta el principio de irretroactividad de las normas que incluye a las normas jurisprudenciales.

<sup>203</sup> El artículo 7 del Reglamento de Procedimientos para el Ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, menciona los casos en que haya identidad de sujetos, objetos y acciones (pero en ningún caso menciona la posibilidad de acumulación de casos, por el contrario, este artículo es sacado de contexto en esta sentencia.

<sup>204</sup> Tómese en cuenta que la sentencia de INDULAC estableció que, *ante vacíos o lagunas*, la Corte Constitucional puede regular un escenario determinado (punto 31, literal c), pero en esta sentencia se señala que la motivación está claramente expuesta en la Constitución.

fundamentación de las sentencias), del año 1934, en la que analiza el artículo 161 de la Constitución colombiana de 1886; esta cita es extraída de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia,<sup>205</sup> sin reparar que en la misma sentencia colombiana se aclara que este artículo fue derogado expresamente en 1991, por lo que resulta una cita anacrónica inclusive para la Corte colombiana, siendo considerada únicamente como *obiter dictum*, careciendo de carácter vinculante inclusive para las cortes colombianas.

Posteriormente, la sentencia fundacional realiza varias citas inexactas de la misma sentencia colombiana,<sup>206</sup> siendo la principal la siguiente:

Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un *razonamiento lógico y comprensivo* de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas presentados. (Resaltado extra textual).<sup>207</sup>

Esta cita realizada por la Corte Constitucional es la parte nuclear de la línea jurisprudencial, porque sobre ella se desarrolla precisamente la tendencia jurisprudencial; sin embargo, revisada íntegramente dicha sentencia, en ninguna parte de la misma consta esta afirmación, el texto citado no forma parte de la misma, por lo que es una fuente falsa; situación corroborada en entrevista efectuada al juez ponente de la Corte Suprema de Colombia, doctor Edgardo Villamil Portilla,<sup>208</sup> autor de la sentencia que ha servido de inspiración a la sentencia fundacional ecuatoriana, quien manifiesta que en ninguna circunstancia ha expuesto lo señalado. En la actualidad, esta cita apócrifa es incluida con frecuencia en los procesos en los que se discute acerca de la motivación, tanto en las sentencias de la Corte Constitucional como de la Corte Nacional de Justicia, sin verificar la exactitud de la fuente.

---

<sup>205</sup> Corte Suprema de Justicia de Colombia, expediente No. 11001-0203-000-2004-00729-01, de 29 de agosto de 2008 (juicio de casación ECOPETROL).

<sup>206</sup> En las páginas 11 y 12 de la sentencia fundacional, se hacen citas inexactas, alejadas del texto y del contexto de la sentencia de la Corte Suprema de Colombia antes detallada.

<sup>207</sup> Cita No. 4 de la sentencia fundacional (025-09-SEP-CC), pg. 11.

<sup>208</sup> Entrevista telefónica realizada el 24 de octubre de 2015.

### **2.1.2. Sentencia consolidadora de línea: No. 227-12-SEP-CC/ 12 de junio de 2012.**

Aproximadamente dos años después de que se emitiera la sentencia fundacional, la Corte Constitucional dictó una nueva sentencia de relevancia constitucional en relación al principio de motivación, cuyo aporte se sustenta en la sentencia fundacional, ampliando su contenido;<sup>209</sup> el caso trata acerca de una demanda de AEP, planteada por CONATEL, en contra de una sentencia de acción de protección dictada por la Corte Provincial de Loja, en favor de la radiodifusora ECOTEL; dicha sentencia de AP dejó sin efecto la resolución de retiro de frecuencia de la radio 107.7 de la ciudad de Loja. CONATEL impugnó la sentencia antes mencionada por una supuesta falta de motivación de la sentencia, circunstancia que acarrea la violación del principio de motivación señalado en el art. 76, numeral 7, literal L, de la Constitución de la República. La Corte Constitucional desecha la AEP.

En la parte medular, la sentencia consolidadora hace la siguiente afirmación: “La Corte Constitucional ha expresado en *varias sentencias* su criterio sobre el contenido del principio de la motivación. Así tenemos como en los casos acumulados 0023-09-EP, 0024-09-EP, y 0025-09-EP”. (Resaltado extra textual).<sup>210</sup>

Lo expresado es falso, puesto que no fueron *varias sentencias* en las que la Corte Constitucional se ha expresado en relación al principio de motivación, fue una sola sentencia en la que se unificaron tres casos; esto constituye una importante distorsión ya que en materia jurisprudencial la reiteración es fundamental puesto que cada sentencia sucesiva va marcando una tendencia decisional, en el presente caso es evidente que quien redactó el fallo intentó aparentar reiteración y con ello dio la impresión de que existía ya una tendencia en la Corte Constitucional.

---

<sup>209</sup> Se considera sentencia consolidadora, precisamente porque al desarrollar la sentencia fundacional, da inicio a la generación de una sub regla jurisprudencial.

<sup>210</sup> Sentencia consolidadora (227-12-SEP-CC) Pg. 13.

Posteriormente, esta sentencia consolidadora hace una importante cita textual de la sentencia fundacional en los siguientes términos: “Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y, [sic] de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas [...]”<sup>211</sup>

Erradamente, la cita textual omite la palabra “comprensivo” que sí consta en el texto original, dicha palabra es fundamental por la dirección que tomará a futuro la Corte Constitucional respecto de este término; cabe la interrogante: ¿El error incluido en la *ratio decidendi* tiene también efectos *erga omnes*? ¿Qué sucede si el error es reiterado en las sentencias posteriores? ¿Cabe fe de erratas de la *ratio decidendi*? Debe mencionarse que este error ha sido replicado reiteradamente en numerosas sentencias hasta la actualidad, las mismas sin el menor ánimo de enmienda copian textos enteros de las sentencias anteriores incluyendo los errores notorios de las mismas.<sup>212</sup>

Posteriormente, la sentencia realiza el siguiente razonamiento: “Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de *manera razonable, lógica y comprensible...*” (resaltado extra textual).<sup>213</sup>

Un análisis superficial de esta afirmación difícilmente percibirá el sutil cambio en los términos; sin embargo, los mismos dan un giro importante al sentido de la sentencia fundacional, giro que además no aporta nada para el balance constitucional y genera una confusión semántica que desembocará luego en una jurisprudencia ambigua e inexacta.

La sentencia fundacional señala que “una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar *un razonamiento* lógico y comprensivo” de cómo las normas encajan en la solución de los conflictos; esta afirmación manifiesta que el razonamiento que utilice el juzgador debe tener dos características, debe ser lógico y comprensivo, estas dos

---

<sup>211</sup> Sentencia consolidadora (227-12-SEP-CC) Pg. 14.

<sup>212</sup> Obsérvese como ejemplo la sentencia 024-15-SEP-CC, Pg. 7.

<sup>213</sup> Sentencia consolidadora (227-12-SEP-CC) Pg. 14.

palabras son adjetivos del sustantivo “razonamiento”, puesto que establece la forma que debe tener el razonamiento; sin embargo, al momento de transcribir este texto en la presente sentencia, la Corte se equivoca y señala que “Dicha exposición debe hacérsela de *manera* razonable, lógica y comprensible”, al hacer una transcripción inexacta del texto original, se cambió la palabra “razonamiento” por “razonable”, a consecuencia de lo cual el sustantivo es copiado como adjetivo, modificando el sentido general de la reflexión original que determinaba que *el razonamiento* sea lógico y comprensible, por lo que en lugar de existir dos elementos característicos del razonamiento, se añadió uno nuevo, en base a un error de transcripción. Se debe recalcar que este cambio es producto de un error y de ninguna manera es el resultado de reflexión jurídica alguna; las consecuencias de esta inexactitud se evidenciarán dramáticamente en la siguiente sentencia hito.

### **2.1.3. Sentencia modificatoria de línea (Dominante): No. 009-14-SEP-CC/ 15 enero de 2014.**

La presente sentencia es considerada como modificatoria de línea jurisprudencial porque introduce nuevos elementos en base a las sentencias previas, por lo que a partir de ésta se genera un nuevo escenario jurisprudencial y se crea derecho objetivo, lamentablemente esta creación obedece más al error y a la falta de análisis calificado de la línea jurisprudencial en su conjunto que a argumentos constitucionales relevantes. El caso parte de una AEP interpuesta por la SENAE, contra de una sentencia de acción de protección dictada por la Corte Provincial de Justicia del Guayas, a favor de Dennys Vélez Peña, quien había sido destituido de su cargo en la institución en cuestión; los argumentos expuestos se concretan a la falta de motivación en la sentencia de AP. La presente sentencia es la dominante en esta línea jurisprudencial, porque en ella constan los criterios vigentes que regulan lo relacionado al principio de motivación.<sup>214</sup>

---

<sup>214</sup> Diego López Medina, “*El derecho de los jueces...*” 165.



Esta sentencia modificatoria, cita a la sentencia consolidadora de línea (No. 227-12-SEP-CC) en los siguientes términos:

Esta garantía, de acuerdo con lo dicho por la Corte Constitucional, se encuentra compuesta por *tres requisitos* para que la motivación pueda considerarse adecuada. De acuerdo a lo expresado en la sentencia No. 227-12-SEP-CC, estos requisitos son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad.<sup>215</sup> (Resaltado extra textual).

Una vez más la Corte Constitucional incurre en una inexactitud, puesto que la sentencia No. 227-12-SEP-CC, en ninguna parte afirma la existencia de *tres requisitos* para la motivación como equivocadamente se afirma, la sentencia en cuestión se limita a transcribir un gazapo jurídico<sup>216</sup> de la sentencia fundacional y eleva a la categoría de *requisitos* a tres elementos que en ningún caso tuvieron tal condición, puesto que ellos sólo eran la forma en la que debía ser expuesto un argumento; recordemos que la finalidad de la motivación es evitar la arbitrariedad de la autoridad para lo cual ésta debe respaldar sus actuaciones en una norma o principio. En la actualidad son muy numerosas las sentencias que citan a la sentencia No. 227-12-SEP-CC, atribuyéndole un texto que nunca ha tenido.<sup>217</sup>

No existe disposición alguna en la Constitución, ni en la ley, ni en las sentencias hito, previas que mencionen la existencia de tres requisitos para la validez de la motivación; si bien la Corte Constitucional está facultada para crear nuevas condiciones jurídicas, los llamados tres requisitos de la motivación no son el resultado de un análisis exhaustivo o de una destacada sustentación doctrinaria, por el contrario, son el resultados de transcripciones inexactas y tergiversaciones semánticas.

Estos tres requisitos, razonabilidad (originalmente, “razonamiento”), lógica y comprensibilidad, constituyen en la actualidad los componentes del

---

<sup>215</sup> Sentencia No. 009-14-SEP-CC/ 15 enero de 2014, Pg. 17.

<sup>216</sup> Entendiendo por gazapo, de acuerdo con el Diccionario de la RAE el “yerro que por inadvertencia deja escapar el que escribe o habla” (el error se produjo en la cita anterior que en lugar de referirse al “razonamiento”, copió “razonable”)

<sup>217</sup> A manera de ejemplo pueden revisarse las sentencias 078-14-SEP-CC, Pg. 11 y 324-15-SEP-CC, Pg.9.

llamado “test de motivación,” de creación de la Corte Constitucional ecuatoriana, figura que se desarrolla a partir de las sentencias 064-14-SEP-CC y 090-14-SEP-CC,<sup>218</sup> que fueron las primeras en utilizar dicho término y cuyo contenido se aplica parcialmente, puesto que ciertas sentencias sobre motivación aplican dicho test y otras lo omiten, apelando a elementos con mayor relevancia constitucional como la similitud entre patrón fáctico y analogía fáctica, concordancia entre premisas normativas y fácticas y otros de similar categoría.

### **3. Cuestionamientos a la evolución de la línea jurisprudencial del principio de motivación**

La línea jurisprudencial analizada reviste gran importancia dentro de la administración de justicia constitucional, puesto que un número muy elevado de acciones constitucionales se sustentan en la falta de motivación; luego de analizadas las tres sentencias hito, podemos concluir que el desarrollo de la línea jurisprudencial es polémico, por los reiterados errores e inexactitudes en las que se sustenta, todo ello sin considerar que no existe una laguna normativa propiamente dicha y por lo tanto resulta forzado hablar de un vacío que suplir con la jurisprudencia desarrollada; la misma Corte Constitucional cita reiteradamente el art. 76, numeral 7, literal 1. El principio de motivación del acto es uno de los más importantes del derecho público y del derecho administrativo; acentúa la naturaleza restrictiva originada en el principio de legalidad<sup>219</sup> y limita la capacidad de actuación de los poderes públicos al ámbito de lo establecido en las normas jurídicas; sin embargo, no se puede desconocer que en un Estado constitucional estos principios se flexibilizan por la interpretación sistemática de la Constitución, a pesar de lo cual, el derecho público sigue siendo predominantemente restrictivo. La línea jurisprudencial analizada presenta las siguientes inconsistencias:

---

<sup>218</sup> De 9 de abril de 2014 y 28 de mayo de 2014, respectivamente.

<sup>219</sup> Constitución de la República, Art. 226.

Tanto la sentencia del caso INDULAC,<sup>220</sup> como varias fuentes doctrinarias previamente citadas, señalan que el juez constitucional puede generar jurisprudencia vinculante frente a ambigüedades, vacíos, insuficiencia o lagunas normativas; en el presente caso no se cumplieron estos presupuestos, ya que no existía un vacío normativo y sin embargo se creó una regla jurisprudencial paralela a la norma constitucional, con el agravante de que son numerosas las sentencias acerca de la motivación en las que se omite la cita de la norma constitucional, privilegiando el test de constitucionalidad que es el resultado de la evolución de esta línea jurisprudencial; en segundo lugar, si bien es admisible que la jurisprudencia vinculante es fuente del derecho, puede afirmarse que la jurisprudencia extranjera, como en el presente caso, también sea vinculante? La pregunta cabe porque la sentencia fundacional de esta línea jurisprudencial se apoya en una sentencia de la Corte Suprema de Colombia; es cuestionable que dicha sentencia pueda tener un efecto extraterritorial y ser determinante para una decisión de la Corte Constitucional, más aún si el texto citado no existe en la mencionada sentencia colombiana.

Las citas de sentencias extranjeras no deben ser admitidas de manera indiscriminada, debe observarse la pertinencia de la cita dependiendo de la concordancia que esta tenga con el ordenamiento local, una sentencia extranjera obedece a un marco jurídico distinto, por lo tanto, puede tener elementos contrarios a la legislación nacional, todo ello sin considerar que el cambio de sistema de fuentes en el Ecuador contempla dos casos de jurisprudencia vinculante con efectos *erga omnes*,<sup>221</sup> en los que no se incluyen las sentencias extranjeras, sin perjuicio de aquellas sentencias de cortes o tribunales internacionales de los cuales el Ecuador es Estado parte; en todo caso la alusión a una sentencia extranjera debería destacar los elementos expuestos en la *ratio decidendi*, evitando el *obiter dictum*, por su condición de meramente orientadora.

---

<sup>220</sup> Sentencia INDULAC, punto 31, literal c.

<sup>221</sup> Sentencias de la Corte Constitucional y fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia.

La sentencia encabezadora de línea hace una cita del autor colombiano Tulio Enrique Tascón,<sup>222</sup> de su obra “Derecho Constitucional Colombiano”; sin embargo, la Corte Constitucional no señala que es una fuente bibliográfica indirecta (cita de otra cita) sino que la alude como fuente directa, lo cual resta validez a la fuente y denota el mínimo esfuerzo del autor de la sentencia, a más de ello, como ya se mencionó con anterioridad, el artículo analizado fue derogado hace más de veinte años en Colombia, por lo que el texto del año 1934, resulta anacrónico inclusive en Colombia. Esta sentencia no tenía el carácter de vinculante por ser anterior a INDULAC.

Quizá el aspecto más cuestionable es la cita apócrifa que se hace de la sentencia colombiana respecto del “razonamiento lógico y comprensivo”; al respecto es importante mencionar que en ninguna parte de dicha sentencia colombiana consta esta frase, ni siquiera en forma contextual y menos aún de manera textual, por lo que constituye una fuente falsa; posteriormente la Corte Constitucional aparenta reiteración, al afirmar de manera expresa que *varias sentencias* se ha pronunciado en este sentido, cuando en realidad fue una sola sentencia la que hizo tal afirmación (sentencia 025-09-SEP-CC, de 29 de Septiembre de 2009).

La sentencia hito posterior, en lugar de citar el “razonamiento lógico y comprensivo” cita erradamente y transcribe “manera razonable, lógica y comprensible”, error evidente que lejos de ser un simple juego de palabras, tiene una importante connotación, puesto que cambia “razonamiento” por “razonable”. El razonamiento con el que se sustenta un argumento debería tener dos características, debía ser lógico<sup>223</sup> y comprensible,<sup>224</sup> a partir de la cita errada, el *sustantivo* “razonamiento” se cambia por el *adjetivo* “razonable”, a consecuencia de lo cual las dos características originales que debía tener el razonamiento se transforman en tres, sin que tal cambio sea producto de una evolución conceptual o doctrinaria, sino de un mal manejo semántico con efectos importantes. Posteriormente, la siguiente sentencia hito vuelve a sobredimensionar los

---

<sup>222</sup> Tulio Enrique Tascón, *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Minerva, Bogotá, 1934.

<sup>223</sup> Al hablar de lógico, es inevitable aludir al silogismo jurídico, puesto que es éste es la expresión por antonomasia de la lógica jurídica y la forma de la subsunción.

<sup>224</sup> De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, es un adjetivo que manifiesta que algo se puede comprender.

adjetivos y les otorga la categoría de *requisitos* al mencionar que: “Esta garantía, de acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional, se encuentra compuesta por tres *requisitos* para que la motivación pueda considerarse adecuada. De acuerdo con lo expresado en la sentencia No. 227-12-SEP-CC”; es falsa la afirmación de que la Corte Constitucional lo habría dicho con anterioridad, al contrario, en la sentencia citada nunca se menciona la palabra “requisitos” ni otra sucedánea, siendo ésta la primera sentencia en que las palabras “razonable, lógico y comprensible” son calificados como “requisitos”; no existe ningún antecedente, como se pretende argumentar.

#### **4. Aplicación inadecuada de la doctrina como fuente primaria**

Dentro de la familia del derecho romano germánico, la doctrina de los tratadistas ha evolucionado notablemente su papel como fuente del derecho, en la antigua sociedad romana no prevalecía el derecho legislado sino la opinión de los jurisconsultos cuyos criterios eran citados por pretores, ediles gobernadores y jueces; el Digesto fue una recopilación de los discernimientos de los grandes juristas romanos, la Escuela de Bolonia en el siglo XII redescubre el *corpus iuris civilis*, la tarea de los glosadores pone énfasis en lo filológico y teórico, labor meritoria pero que careció de aportes en el desarrollo del mundo jurídico; de todas formas, la doctrina de los tratadistas romanos fue rescatada y sirvió de base para la implementación práctica de buena parte de estas normas, a cargo de los posglosadores, respaldados también en el derecho germánico y canónico.<sup>225</sup>

La codificación de finales de siglo XVIII y principios del siglo XIX, determinó la consolidación del *ius positivismo* y con ello la opinión de los tratadistas pasó a segundo plano frente al derecho legislado, el que a su vez se consolidó como única fuente primaria del derecho; la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre se consolidaron como fuentes secundarias.

Si bien la doctrina se ha consolidado como fuente secundaria, no es menos cierto que la opinión de los tratadistas sirve de base orientadora para la

---

<sup>225</sup> Cueto Rua, “Fuentes del Derecho”, 181-191.

generación de la ley y de la jurisprudencia,<sup>226</sup> el prestigio de la opinión doctrinaria radica en que su producción obedece a razones científicas y académicas, lo que le dota de un importante peso moral;<sup>227</sup> sin embargo, la apelación indiscriminada hacia la doctrina conlleva riesgos que deben ser observados, fueron los doctrinarios ius filósofos nazis quienes elaboraron el justificativo axiológico que sirvió de base para sostener la supremacía de la raza aria y el posterior exterminio sangriento de los judíos, por ello con crudeza afirma Arthur Kaufmann<sup>228</sup> que las doctrinas ius filosóficas desempeñaron el papel de una ramera, en cuanto sirvieron para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa; el aporte doctrinario – académico de los filósofos del derecho nazis evidenciaron el peligro que se genera cuando los doctrinantes se ideologizan, su autoridad moral es usufructuada por las ideologías de turno, pasan a ser activistas políticos camuflados con la toga intocable de un académico, sus criterios se vuelven orientadores no por su contenido intrínseco sino por la popularidad de su autor, lo que constituye una falacia *ad verecundiam*; en ciertos casos la doctrina puede llegar a ser una patente de corso bajo, cuya estructura de apariencia elaborada y científica, puede llegar a afirmar lo que sea.

Existen criterios doctrinarios tan heterogéneos y hasta contrapuestos que el juzgador tiene frente a si la fuente más variopinta y numerosa, de ella puede escoger aquel autor que coincida con sus personales deseos o *necesidades*. Esta fuente de uso múltiple ha proliferado en el ámbito local, es frecuente observar en sentencias, informes o documentos de naturaleza jurídica, numerosas citas doctrinarias, algunas de ellas de autores desconocidos o de limitada capacidad de generación jurídica; este fenómeno se ha generalizado aún más en un entorno que exige mayor argumentación jurídica, por ello la Corte Constitucional colombiana ha impuesto ciertos parámetros para la valoración de las citas doctrinarias:

---

<sup>226</sup> Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquín, "Introducción al Derecho", Bs.As., Editorial Perrot, 12ª ed., 1997, 242.

<sup>227</sup> Carlos Nino, "Introducción al análisis del derecho", Buenos Aires, 2003, Astrea, 338.

<sup>228</sup> Citado por Juan Antonio García Amado en "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho" en Anuario de Filosofía del Derecho, [www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho](http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho). 2016/09/22.

En todo caso, ha advertido que la valoración de la opinión de los doctrinantes debe realizarse con cuidado dado que ella “*no basta por sí sola para que se configure un derecho viviente.*” En ese contexto “*no es lo mismo la opinión de un ensayista que la coincidencia entre las tesis de muchos tratadistas*” y, adicionalmente, “*la autoridad académica del doctrinante naturalmente le confiere un valor especial.*”<sup>229</sup>

Tan acomodaticia puede ser la doctrina y su uso para la elaboración de sentencias, que si el juzgador quiere aplicar literalmente una norma, puede citar las reflexiones *ius positivistas* de García Amado y subsumirla, en cuyo caso la rigurosidad silogística hará que lo literal prevalezca, pero, si por el contrario, lo literal de dicha norma le incomoda, citará a Atienza, quien avalará la ponderación y por lo tanto el alejamiento de lo literal; por si esto no fuese suficiente, podría citar a Montaña Pinto e investir a los jueces constitucionales con poderes omnímodos<sup>230</sup> que los facultan a resolver a su arbitrio lo que fuere.

Aplicada con ligereza, la doctrina constituye una fuente a la carta, con tal diversidad de autores pueden saciarse los apetitos que fueren, por ello su valor debe seguir siendo orientador y referencial, debe incorporarse en el *obiter dictum*, tras un riguroso beneficio de inventario, apelando al criterio de autores de elevado prestigio que antepongan la profundidad del análisis jurídico serio y sustentado, antes que sus sentimientos, simpatías, deseos, necesidades o subjetividad.

En el presente capítulo se han evidenciado una serie de falencias en la generación de una línea jurisprudencial fundamental en materia constitucional como es la relativa al principio de motivación, el análisis casuístico es fundamental para detectar los puntos de inflexión de las distintas sentencias hito que contienen la línea jurisprudencial y su evolución; a lo largo de esta revisión es notoria la falta de experiencia de la Corte Constitucional para generar reglas jurisprudenciales a través de sus sentencias y la improvisación con la que se aborda este nuevo campo, las conclusiones expuestas a continuación se referirán

---

<sup>229</sup> Sentencia C-284/ 15 de 13 de mayo de 2015, Corte Constitucional de Colombia, Punto 5.2.7.3.

<sup>230</sup> Montaña Pinto, “Teoría Utópica de las Fuentes...”, 46.

al trasfondo global de aquellos aspectos que dan lugar a estos vacíos de la Corte Constitucional, en su nuevo rol como generador de derecho objetivo.



## Conclusiones

La evolución del derecho es concomitante a la evolución de la sociedad, tal constatación parte del estudio de la historia del derecho y sus implicaciones en la epistemología y sociología jurídicas, como se ha manifestado, la evolución del derecho en occidente está marcada por una pausada pero evidente fluctuación entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, siendo las dos corrientes en el fondo complementarias, esta tendencia marca la prevalencia de la una sobre la otra, dependiendo de las características del momento histórico.

El cambio del sistema de fuentes es una consecuencia directa del *mainstream*, de manera tal que si en el escenario jurídico prevalece el iuspositivismo, las fuentes retornan a lo exegético y legocentrista, por lo que la ley se consolida como la fuente principal y monopólica del derecho y, por el contrario, si la tendencia es iusnaturalista, la incorporación de la moral resta fuerza a la ley, permeando las otras fuentes como la jurisprudencia y la doctrina al nivel de fuentes principales, enervando el legocentrismo.

La incorporación de la jurisprudencia como fuente principal del derecho es una realidad en el Ecuador, los operadores de justicia deben realizar sus mayores esfuerzos para que ésta sea una fuente idónea capaz de cumplir con los parámetros técnico-jurídicos que avalen su nuevo estatus, para ello, es indispensable que sus actuaciones sean independientes y altamente sustentadas. El planteamiento de fondo del presente trabajo es la determinación de los problemas que puede generar la incorporación de la jurisprudencia dentro de las fuentes principales en el Ecuador, sin desconocer las ventajas que esta condición puede representar, se han evidenciado los siguientes conflictos o contradicciones:

### **1. Ambigüedad formal en la integración de la jurisprudencia vinculante con efecto *erga omnes***

Como ha sido previamente analizado, la sentencia 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de año 2010 (sentencia fundacional o INDULAC), *inauguró* con

cierto retraimiento esta nueva facultad de la Corte Constitucional conferida en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución del 2008; el punto 14, señaló que es el proceso de Revisión, el que genera una sentencia vinculante *con carácter erga omnes*, mientras que en los demás casos, las sentencias de la Corte Constitucional constituirán sentencias vinculantes con efectos *inter partes*, *inter pares* o *inter cummunis*; esta distinción es fundamental puesto que establece cuatro tipos de sentencias vinculantes, de las cuales, sólo las sentencias que tengan efecto *erga omnes* (sentencias de Revisión) son las que pueden considerarse fuente principal del derecho, condición que no tienen las otras sentencias que, aunque sean dictadas por la Corte Constitucional, *no tenían* efectos *erga omnes*.

Lo dicho implicó una autolimitación de la Corte Constitucional, ratificada en el punto 17 al señalar que: “... *la presente sentencia se constituye como fundadora de la competencia prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución*”; es decir, que las sentencias dictadas antes de diciembre de 2010, carecieron del carácter de vinculantes con efecto *erga omnes*, teniendo tal carácter solamente aquellas sentencias que de manera expresa se auto calificaran como *erga omnes*, por tal motivo la misma sentencia fundacional en la parte resolutive manifestó: “*La jurisprudencia vinculante desarrollada en esta sentencia constituye precedente constitucional y tiene efectos erga omnes.*”; este punto coincide con el acápite 32 de la sentencia fundacional que señala: “La facultad de la Corte Constitucional relacionada al desarrollo de jurisprudencia vinculante, *no siempre* tendrá como efecto la generación o creación de reglas jurisprudenciales”.

Fue a partir de la sentencia No. 045-11-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2011, cuando la Corte Constitucional señaló que de conformidad con lo establecido en el artículo 436, numeral 1 de la Constitución, sus sentencias tienen el carácter de vinculantes; cita al Diccionario de la Real Academia Española para esclarecer el significado del término vinculante, luego de lo cual afirma que las sentencias de la Corte Constitucional tienen alcance vinculante por ser órgano de cierre; a pesar de que esta sentencia nunca afirma de manera explícita que todas las sentencias de la Corte Constitucional tendrán el carácter

de vinculantes con efecto *erga omnes*, a partir de esta fecha, todas las sentencias adquieren esta condición, según la información recaudada en la Secretaría Técnica de la Corte Constitucional.

Una revisión cronológica de los pormenores expuestos lleva a la conclusión de que la incorporación de las sentencias de la Corte Constitucional como fuente *erga omnes*, no fue el resultado inmediato de la voluntad constituyente, sino que se debió al desarrollo posterior de la misma Corte en los años subsiguientes; cabe mencionar que, en todo el texto de la Constitución de 2008, no se menciona el término *erga omnes*.

## **2. Conflicto entre la generación normativa jurisprudencial y el principio de reserva de ley**

A pocas instituciones democráticas se les puede atribuir importancia tan relevante como al principio de reserva de ley, pues éste se consolida con el sistema republicano de gobierno y la división de poderes, constituyó un límite frente a la arbitrariedad del *ancien régime*, en el que la escasa codificación se limitaba a lo canónico y a lo estamental, a consecuencia de lo cual los jueces tenían un amplio rango de discrecionalidad, frente a esto, el modelo de Montesquieu, consolida la representación del contrato social, solamente el legislador, en representación directa de la sociedad, puede imponer limitaciones a los derechos de las personas a través de las leyes, el legislador está legitimado por el principio mayoritario que sustenta la democracia. La reserva de ley es uno de los pilares fundamentales del Estado de derecho.

La Corte Constitucional colombiana ha recogido con exactitud la definición del principio de reserva de ley, lo ha hecho en los siguientes términos en la sentencia SC-TSJ 21/11/2001:

la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas

mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal.

La reserva de ley plantea que, por la importancia de ciertas materias, éstas deben ser reguladas exclusivamente a través de una ley, lo que busca garantizar que su origen normativo esté a su vez legitimado por el origen democrático de la Función Legislativa; lejos de la intención monopolizadora que hoy se le atribuye, la reserva de ley tenía como finalidad evitar que cualquier actor no legitimado, incorpore al derecho objetivo normas que regulen materias que merezcan especial atención.

Nuestra tradición de usanza republicana ha determinado que el principio de reserva de ley, como expresión de la exclusividad generadora del parlamento, sea una constante en nuestras constituciones, más aún si se considera que hasta la Constitución de Montecristi, la ley era la única fuente principal del derecho; en ese ámbito, el artículo 132 de la Carta Fundamental señala:

Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. *Se requerirá de ley en los siguientes casos:*

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación, la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales. (Resaltado extra textual).

El precepto constitucional citado mantiene el sentido categórico de la reserva de ley de la Constitución Política de la República de 1998, al señalar que “*se requerirá de una ley...*” para regular las materias que a continuación enumera; siendo la actual Constitución la norma suprema de inmediata y directa aplicación, la reserva de ley contenida en ella debería ser directamente aplicada, lo que daría como resultado la imposibilidad de que las materias enumeradas sean reguladas a través de una sentencia, sea que esta genere jurisprudencia o precedente con efecto *erga omnes*; la reserva de ley excluye toda posibilidad de regulación a través de un instrumento extra legal, a pesar de ello, en la actualidad, a través de sus sentencias, la Corte Constitucional regula especialmente el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, materia que goza de reserva de ley.

Hasta la vigencia de la Constitución Política de la República de 1998, el Tribunal Constitucional se constituía en un legislador negativo, a través de la acción de inconstitucionalidad, la misma que podía dejar sin efecto una ley, aprobada por el parlamento, cuando consideraba que ésta era contraria a la Constitución; desde la vigencia de la Constitución de 2008, existe formalmente un caso en el que la Corte Constitucional puede ser también un legislador positivo, a través de la inconstitucionalidad por omisión, todo ello como expresión del poder contra mayoritario que le asiste; sin embargo, cabe la interrogante acerca de la posibilidad de que la Corte *legisle* mediante sentencias interpretativas, al respecto debe señalarse que si bien la Constitución señala que la Corte es la máxima instancia de interpretación constitucional, la interpretación de la *ley* corresponde *privativamente* a la Asamblea Nacional, mediante ley interpretativa, interpretación que doctrinariamente ha sido denominada como interpretación auténtica, puesto que es la que por antonomasia es elaborada por el parlamento, en su condición de autor originario de la norma y por tanto conocedor de la *voluntad del legislador*. El cuestionamiento al poder contra mayoritario surge por la exigua legitimidad de los jueces que, no siendo elegidos, en ocasiones invocan la Constitución y los derechos derivados de ella, para decidir en contra de la ley, cuyo origen parlamentario sí está legitimado por el voto de los ciudadanos.

La reserva de ley sólo se contrapone a la regulación jurisprudencial cuando ésta aluda a aquellas materias expresamente reservadas en los artículos 132 y 133 de la Constitución.

### **3. Uso indiscriminado de las sentencias aditivas**

La Constitución de la República no faculta a la Corte Constitucional la emisión de sentencias atípicas, en especial de sentencias aditivas; la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional solamente faculta a modular las sentencias en el tiempo, de manera que excepcionalmente podrían tener efecto retroactivo; a pesar de lo manifestado, en la actualidad se emplean sentencias aditivas con el propósito de *reformar* leyes y otras normas jurídicas, asumiendo facultades legislativas y desconociendo que solamente frente a una inconstitucionalidad por omisión, la Corte puede dictar provisionalmente la norma cuya expedición se haya omitido; sin embargo, extra limitando sus facultades y respaldada en fuentes doctrinarias (que no son vinculantes), la Corte Constitucional ha asumido facultades legislativas propias de la Función Legislativa, puesto que de conformidad con el artículo 120 numeral 6 de la Constitución, es atribución exclusiva de la Asamblea Nacional: “6. Expedir, codificar, *reformar* y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. (Resaltado extra textual).

A manera de ejemplo de esta controversial práctica, podemos citar la sentencia No. 258-15-SEP-CC, de 12 de agosto de 2015, la misma que *reforma* literalmente el artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público, es decir, no genera una regla jurisprudencial ni un precedente, no dicta una sentencia *erga omnes*, reforma una ley de manera expresa, es decir, asume facultades legislativas propias del Parlamento.

#### **4. Conflicto entre la generación normativa jurisprudencial y el principio de legalidad**

El principio de legalidad fue uno de los elementos que dio fin al absolutismo del *ancien régime*, tuvo como primer objetivo minimizar el poder del soberano, disminuyendo los espacios de discrecionalidad y arbitrariedad y como segundo, la generalización de la regulación, de esta manera se establecen hacia arriba, los límites jurídicos al poder y hacia abajo, la generalización de las normas como método de tratamiento igualitario de las personas, en contraste con la sociedad estamental. Si bien el principio de legalidad ha sufrido cuestionamientos de todo orden, desde autores tan disímiles como Ferrajoli y Zagrebelsky, no es menos cierto que sigue vigente en forma mayoritaria, puesto que sustenta la naturaleza restrictiva del derecho público, en defensa de los administrados, desde ese punto de vista no deja de ser una garantía en contra de la arbitrariedad de la administración pública.

Sobre este tópico, la Constitución de 2008 contiene preceptos normativos contradictorios, en especial, entre sus partes orgánica y dogmática, muestra de ello es la inclusión del principio de legalidad (derecho por reglas) en un Estado constitucional (derecho por principios); los mismos que, a pesar de no ser contrapuestos, pueden llegar a colisionar; en tal sentido, el Art. 226 de la Constitución señala: “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

El principio de legalidad restringe el ámbito de acción de los servidores públicos a las facultades puntuales que les confieren *la Constitución y la ley*, esta norma de derecho público por excelencia remoja la naturaleza de la ley (en sentido lato) como reguladora única de las actividades de la administración pública, frente a ello surge la interrogante acerca de la aptitud de la jurisprudencia para regular aquello que la Constitución atribuye privativamente a la ley, la respuesta *prima facie* sería que no; sin embargo, el efecto *erga omnes* de ciertas sentencias, las asemeja a la ley, haciendo posible – con cierto esfuerzo

interpretativo – que el principio de legalidad sea permeable a la jurisprudencia, a pesar de lo cual no deja de ser forzado que en materia de derecho público, la jurisprudencia sea un sucedáneo de la ley.

La legalidad de un hecho tiene como antagónico a lo ilegal, no a lo axiológico, por ello sigue vigente la necesidad del principio de legalidad.

## **5. Cuestionable independencia de los jueces**

La independencia de los jueces debe ser la consecuencia apremiante de la independencia de las funciones del Estado, el sistema de pesos y contrapesos tiene sentido en función de la regulación mutua entre los poderes estatales que, no siendo independientes, solamente se limitarán a simular un modelo republicano, detrás del cual seguirá prevaleciendo el absolutismo y la autocracia.

Un régimen autoritario intentará dominar el escenario de la interpretación constitucional y este propósito se consigue a través del control de los jueces que, siendo subalternos fácticos al poder, administrarán justicia en el sentido más favorable al régimen; más aún en el ámbito de un Estado constitucional en el que no existe una sujeción estricta a la ley. El control de la Corte Constitucional es fundamental para lograr legitimación aun en aquellos actos abiertamente violatorios de la Constitución;

La eventual interdependencia entre la Corte Constitucional y el Poder Ejecutivo puede generar conveniencias recíprocas entre usufructuarios y nudo propietarios de la interpretación constitucional, frente a ello toma clara vigencia la visión de Santiago Basabe, respecto de su catálogo de jueces oportunistas que son aquellos que toman el cargo como un espacio propicio para tejer redes de influencia, beneficiarse de las prebendas del cargo, manipular el voto en beneficio de los actores políticos en el poder, su objetivo principal es ser mantenidos en el cargo; y por otro lado los jueces funcionales, quienes generan un vínculo fuerte con quien facilitó su nombramiento, resuelven de acuerdo a las preferencias de sus nominadores y sus preferencias ideológicas.



Ante la eventualidad de este tipo de escenario y de no mediar los mínimos parámetros de independencia, la generación de normas *erga omnes*, no deja de ser un riesgo, como lo es también la aplicación del principio contra mayoritario que desautoriza a un Poder del Estado legitimado en las urnas.

## **6. Riesgo del manejo autopoietico de la interpretación constitucional**

Luhmann afirma que el derecho es un sistema autopoietico, lo que implica que sus operaciones son autorreferentes, es decir que todas sus decisiones se refieren a otras decisiones del mismo sistema; a pesar de que esta tesis de Luhmann ha sido fuertemente refutada debido a que el derecho es instrumental e interactúa con el entorno social, la idea de autopoiesis es constante en el derecho, acarrea el riesgo de que el intérprete de la Constitución omita las fuentes normativas positivas como la misma Constitución y la ley y sustente sus decisiones en sus propias decisiones previas, generando y aplicando sus propias reglas al margen de aquellas generadas por el Poder Legislativo, tal como sucedió con la Sentencia 156 de 28 de mayo de 2017, emitida por la Sala de lo Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la misma que intentó anular las potestades constitucionales de la Asamblea Nacional y asumirlas en forma directa; dicha sentencia *erga omnes* se sustentó principalmente en el Estado constitucional y en quince sentencias *erga omnes* previas del mismo Tribunal Supremo de Justicia.

El potencial poder político de los tribunales mencionado por Lamber puede llegar a potenciarse a través de la autorreferencia jurisprudencial, de esta posibilidad deriva la necesidad de mantener un sano equilibrio entre las fuentes del derecho, sin denostar del ordenamiento jurídico positivo, cuya vigencia y necesidad no es incompatible con la generación jurisprudencial independiente y técnica.

Al concluir el presente trabajo es necesario señalar que resulta muy difícil abstraerse de la influencia del *mainstream*, las tendencias dominantes en el mundo jurídico tienen un peso enorme que excluye y cuestiona a quienes se

aparten de él, el gregarismo intelectual hace lo suyo al masificar el pensamiento, de manera tal que quien esboce ideas contrarias recibirá de manera casi automática una torrencial oposición de argumentos cliché; sin embargo, el progreso de las ciencias, inclusive de las ciencias sociales, depende de aquellos que cuestionen el *establishment*. El anti formalismo jurídico se encuentra en plena expansión, esta es la corriente dominante y todo aquello que la cuestione causará resistencia; sin embargo, es indispensable el debate dialéctico que contraponga las ideas contrarias y aún las contrapuestas, contrastando su contenido con un criterio honesto y adogmático que permita sopesar imparcialmente los defectos y virtudes de lado y lado.

El cambio del sistema de fuentes en el Ecuador, con sus pros y sus contras, es un hecho consolidado, en la práctica este cambio presenta cierto nivel de desborde, puesto que no solamente las sentencias de la Corte Constitucional y los fallos de triple reiteración de la Corte Nacional han pasado a ser fuentes primarias, en ocasiones también la doctrina de los tratadistas, las sentencias extranjeras y otras fuentes que deberían ser referenciales terminan teniendo un peso similar al de una fuente primaria, circunstancia que de no ser regulada puede generar caos e inseguridad jurídica.

Para concluir, es oportuno citar aquello que Hernández Walker ha denominado “esquizofrenia judicial: sentencias constitucionales Vs. Triple reiteración,” alusivo al supra poder asumido por la Corte Constitucional, en función del cual ésta asume a su arbitrio las facultades legislativas propias de la Función Legislativa y la generación de jurisprudencia vinculante, correspondiente a la Función Judicial, frente a ello caben las siguientes interrogantes: ¿Ha dejado de ser la Constitución el límite al poder de la Corte Constitucional? ¿Ha pasado la Corte Constitucional de ser intérprete de la Constitución a ser su fuente generadora, asumiendo un poder constituyente?

## **7. Reflexiones finales**

Una de las tesis más reiteradas en el replanteo de las fuentes del derecho es la afirmación de que el juez no puede seguir siendo la boca inanimada de la ley, sin alcanzar a comprender el contexto histórico en el que esta afirmación se hizo, el juez (persona) no podía actuar a su arbitrio, en una época en el que el gobierno de los hombres fue reemplazado por el gobierno de las leyes, el juez debía someterse al mandato de las leyes elaboradas por el parlamento que a su vez se originaba en la democracia y el Estado de derecho. Se afirma con frecuencia que la Constitución no podía seguir siendo reducida a un programa político de estructuración del Estado, desconociendo el hecho de que ya en 1791, con la incorporación de las diez primeras enmiendas de la Constitución americana, dejó de ser un programa político para incluir los derechos de las personas, conformando la estructura constitucional tradicional con sus respectivas partes orgánica y dogmática, modelo replicado en el Ecuador a lo largo de sus veinte constituciones.

La incorporación de nuevas fuentes primarias debilita al Poder Legislativo, el mismo que ha sido considerado el más inequívoca y directamente democrático, frente al Poder Judicial que no procede del pueblo; la sobre interpretación de la Constitución puede tener un efecto de debilitamiento de todo el espectro de normas infra constitucionales, ya que existe la tendencia a colegir todas las respuestas jurídicas desde la óptica de la Constitución, disminuyendo el peso del resto del ordenamiento jurídico, a consecuencia de lo cual ha llegado a mencionarse inclusive la *usurpación judicial de la voluntad popular* bajo el ropaje de la interpretación constitucional.

Esta sobre valoración de la Constitución opaca a las demás normas positivas al punto de que cada una de ellas hace depender su validez de la confirmación de constitucionalidad de una sentencia constitucional. A la vez que se han debilitado las normas positivas, se ha mermado la aplicación silogística y con ello la seguridad jurídica incuestionable que brinda en la mayoría de los casos.

El cambio del sistema de fuentes en el Ecuador obedece a una corriente generalizada en el mundo del derecho; tal como sucede en casi todos los ámbitos del conocimiento, esta corriente es prácticamente impermeable a objeciones

locales, las pocas que logran producirse con cierto éxito provienen también de fuera de la órbita latinoamericana, lo dicho, lejos de ser simplemente el colofón del presente trabajo es un llamado a la reflexión acerca de la responsabilidad de la academia y su necesario tránsito de ser espectadores del derecho a ser generadores de nuestras tendencias propias, labor limitada permanentemente por el colonialismo académico inflexible que reproduce como verdaderas todas las tesis dominantes europeas y americanas, sin importar su aplicabilidad y subestimando el pensamiento propio.

## Bibliografía

- Abramovich, Víctor y otros. *Doctrina Jurídica Contemporánea*. México: Fontamara, 2003.
- Alarcón Peña, Pablo. *La Protección de los Derechos Sociales en la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*. En Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Edit. *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Albán Zambonino, Marco. *El desbordamiento de las fuentes del derecho tributario*, en Tópicos contemporáneos de Derecho Tributario, Marco Albán y César Montaña Galarza, coordinadores. Quito: Editorial Cevallos, 2013.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: GEDISA, 1997.
- Alianza ed. *Sófocles. Antígona*. Madrid: Alianza, 1999.
- Basabe, Santiago – Serrano. *Jueces sin toga: Política Judicial y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador*. Quito: FLACSO Ecuador, 2011.
- Bernal Crespo, Julia. *Evolución Biológica de la Moral y del Derecho*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2011.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Campos Fillol, Adolfo. *El Código de Napoleón*. Buenos Aires: Revista Reforma Política, 2004.
- Cantarella, Eva. *Suplicios Capitales en Grecia y Roma*. Madrid: Ediciones Akal, 1996.
- Carbonell, Miguel. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Carmona, Encarnación. *El Estado Social de Derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico Social, 2000.
- Corte Nacional de Justicia. *Ratio decidendi, obiter dicta*, 1era edición. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014.
- Cueto Rua, Julio. *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1982.
- Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Taurus Pensamiento, 1998.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.

- Escobar García, Claudia. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Serie justicia y derechos humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Editorial V&M Gráficas, 2010.
- Estados Unidos de América. *Constitución de los Estados Unidos de América*, artículo 1, sección 1 y artículo 3, sección 1. Estados Unidos de Norteamérica, 1788
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*. México: FONTAMARA, 2008.
- Fioravanti, Mauricio. *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2011.
- García Amado, Juan Antonio. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismos y Argumentación Jurídica* de Jorge Zavala Egas. Guayaquil, EDILEX, 2010.
- García-Berrio, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en renovación constante*. [file:///B:/Nueva%20carpeta%20\(5\)/14459-14537-1-PB%20\(1\).pdf](file:///B:/Nueva%20carpeta%20(5)/14459-14537-1-PB%20(1).pdf).
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contra mayoritario del Poder Judicial*. Barcelona, Editorial Ariel, 1996.
- Gómez-Robledo, Alonso. *Temas selectos de derecho internacional*. México: IJJ-UNAM, 2008.
- González, Nazario. *Los Derechos Humanos en la Historia*. Bellaterra – Barcelona: Ediciones Universidad de Barcelona, 1998.
- González Vicen, Felipe. “La Filosofía del Derecho como Concepto Histórico”. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969. [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-F-1969-10001500066](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1969-10001500066) ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO La Filosofía del Derecho como concepto histórico.
- Grijalva, Agustín. *Nuevo constitucionalismo, Democracia e Independencia Judicial*. Apuntes UASB. Quito, 2014.
- Hart, H.L.A. *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, traducido por L. Hierro, F. Laporta y J.R. Páramo, Sistema núm. 36. Madrid: Revista Española de Derecho, 1980.

- Hernández Walker, Leonardo. *Esquizofrenia-judicial-sentencias-constitucionales-vs-triple-reiteracion*. Quito: Editorial Lexis, 2016.
- Hervada, Javier. *Introducción a la crítica del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1981.
- Jiménez Redondo, Manuel. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Traducido por M. Nilve. Buenos Aires: Eudeba, 1989.
- Laporta, Francisco. *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.
- López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: LEGIS, 2006.
- Lucas Verdú, Pablo. *La lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.
- Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México D.F.: Universidad Iberoamericana A.C., 2002.
- Magaloni, Ana. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: Mc Graw Hill, 2001.
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría Utópica de las Fuentes del Derecho ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- Mora Restrepo, Manuel. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces, Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- Mosterin, Jesús. *Teoría de la Escritura*. Barcelona: Icara, 1993.
- Muñoz de Compte, Alfonso. *El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: problemas e implicaciones*. Biblioteca jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx>.
- Olano García, Hernán. *Del precedente constitucional al precedente contencioso administrativo*. S. l.: Centro de estudios constitucionales de Chile. Chile: Universidad de Talca, 2011.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2001.

- Pérez Luño, Antonio. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.
- Pérez Vázquez, Rodolfo. *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica*. S. 1. Colombia: Justicia Juris, 2007.
- Pomorsky, Stanislaw. “American Common Law and the Principle Nullum Crime Sine Lege”, Mouton, The Hage. Paris: PWN-Polish Scientific Publishers, 1975. En Nuria Cuadrado Gamarra, *Diferencias entre el Common Law y el Civil Law*, 2005.
- Prieto Sanchís, Luís. “El constitucionalismo de los derechos”. En Miguel Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- Ramón Capella, Juan. *Elementos de Análisis Jurídico*. Madrid: Trotta, 2002.
- Recasens Siches, Luis. *Concepción Mecánica de la Función Jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países durante el siglo XIX*. México: Porrúa S.A., 1980.
- Rodolfo Argüello, Luis. *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- Santaella López, Manuel. *Montesquieu, El Legislador y el Arte de Legislar*. Madrid: Editorial Gráfica ORTEGA, 1995.
- Sierra Porto, Humberto. *Genealogía de la Corte Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Taruffo, Michelle. *Precedente y Jurisprudencia*, Traducido por Claudia Martínez Vallecilla. Colombia: Revista Precedente, Revista Jurídica, 2007.
- Torres Muro, Ignacio. *Uso y abuso de la justicia constitucional*. España: Revista Española de Derecho Constitucional, 2010.
- Vigo, Rodolfo Luís. *Constitución y neoconstitucionalismo, riesgos y prevenciones*. Mexico: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2013.
- Villata Cerna, Marco. “Antecedentes, Precedentes y Práctica Parlamentaria”. Bolivia: *Revista Cuarto Intermedio*, 2009.
- Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1978.
- West Publishing Co., ed. *Black's Law Dictionary*. Sexta edición. Minnesota: West Publishing, 1990.



Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducido por M. Gascón. Madrid: Trotta, 1995.