

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación de Estudios y Publicaciones

El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico

Pamela Juliana Aguirre Castro



Derecho y Sociedad

6

Pamela Juliana Aguirre Castro

**EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL:
LA TRANSFORMACIÓN
DE LAS FUENTES DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO**



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

Quito, 2019



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico

Pamela Juliana Aguirre Castro

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-467-0

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-925-1

Derechos de autor: 056076

Depósito legal: 006039

Impreso en Ecuador, marzo de 2019

Coordinación editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original de texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue realizado para la obtención del título de Doctora en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Índice

Dedicatoria	I
Abreviaturas	III
Prólogo	V

Introducción	1
---------------------	----------

Capítulo I

LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS SISTEMAS DE ORIGEN EN EL *CIVIL LAW* Y EN EL *COMMON LAW*

La evolución de la jurisprudencia en los sistemas de origen en el <i>civil law</i>	2
El acercamiento a la idea de jurisprudencia en el derecho romano	3
Los jurisconsultos romanos y el Digesto	6
La evolución de la jurisprudencia en el derecho francés	11
La Revolución francesa y la organización judicial	12
La reacción antiformalista: Los inquietos franceses frente a la Escuela de la Exégesis	16
El recurso de casación francés y la generación de jurisprudencia	19
La evolución de la jurisprudencia en el derecho español	25
La doctrina legal española	27
El recurso de casación español y la doctrina jurisprudencial	29
El Tribunal Constitucional español: Competencias y los efectos de su jurisprudencia	32
El control de constitucionalidad en el sistema español	34
Los conflictos de competencia constitucional en el sistema español	36
El recurso de amparo constitucional en el sistema español	36
El valor de la jurisprudencia en los sistemas de origen en el <i>civil law</i>	39

Evolución de la doctrina del precedente en los sistemas de origen en el <i>common law</i>	41
El precedente en Inglaterra: Actores, mecanismos y evolución	44
Posiciones de los principales representantes de la doctrina del precedente en Inglaterra	48
Mecanismos de publicidad del precedente en Inglaterra	56
La doctrina del precedente a partir del siglo XX en Inglaterra	58
Vinculación del precedente en la doctrina del derecho inglés:	
Distinción entre <i>ratio decidendi</i> y <i>obiter dicta</i>	60
La práctica de la doctrina del precedente en Inglaterra	67
Evolución de la doctrina del precedente en EE. UU.: Analogías y diferencias con el sistema inglés	71
La temprana doctrina del precedente en EE. UU.	75
La doctrina del precedente en el siglo XX en EE. UU.	77
Primeros pasos hacia una doctrina “flexible” del precedente en EE. UU.	80
La doctrina del precedente en EE. UU.: Un aporte para el desarrollo del derecho	82
El valor del precedente en los sistemas de origen en el <i>common law</i>	86
Visión comparada de la evolución de la jurisprudencia en los sistemas de origen en el <i>civil law</i> y el precedente en el <i>common law</i>	88

Capítulo II

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SUS ELEMENTOS CENTRALES

Transformación del Estado legal al Estado constitucional	93
Los estatus ontológico y epistemológico de la creación judicial del derecho	101
Separación de poderes como condición de existencia del Estado constitucional	109
Frenos y contrapesos: Una visión dinámica de la separación de los poderes	113
Activismo judicial: Evaluación en el Estado constitucional	116
Argumentación jurídica como condición de existencia del Estado constitucional	120

Justicia, igualdad y seguridad jurídica como fundamentos de la creación judicial del derecho	131
Estándar de conducta	136
Criterio de igualdad	137
Condición de excepción	138
Categorías de creación judicial del derecho	139
Por el grado de vinculatoriedad: Precedente y/o jurisprudencia obligatoria y precedente y/o jurisprudencia persuasiva	140
Por la forma de creación: Jurisprudencia vinculante y precedente (judicial, jurisdiccional)	145
Por los efectos que origina: Precedente con efectos verticales y precedente con efectos horizontales	151
El valor de la jurisprudencia en el Estado constitucional a la luz de sus elementos centrales	154

Capítulo III

**LA CREACIÓN JUDICIAL EN ECUADOR:
JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y PRECEDENTE
CONSTITUCIONAL**

La noción de la “jurisprudencia obligatoria” en Ecuador	159
Incorporación de la jurisprudencia obligatoria en Ecuador	163
Jurisprudencia vinculante en el actual sistema jurídico ecuatoriano	168
Mecanismos de disciplina de la jurisprudencia vinculante	180
La noción de precedente constitucional en Ecuador	185
La incorporación del precedente constitucional en Ecuador	188
El carácter vinculante del precedente constitucional ecuatoriano	193
El test de motivación constitucional	201
Razonabilidad como parte del test de la motivación	206
Lógica como parte del test de la motivación	207
Comprensibilidad como parte del test de la motivación	208
Aplicación del test de motivación	210
Efectos de las sentencias constitucionales y mecanismos de vinculación al precedente constitucional	211
Acción de interpretación constitucional	213

Control de constitucionalidad	216
Garantías jurisdiccionales de los derechos	221
Procesos de selección y revisión de sentencias ejecutoriadas de las garantías jurisdiccionales de los derechos	222
Acción extraordinaria de protección	231
Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales	239
La yuxtaposición de las acciones constitucionales como mecanismos de disciplina del precedente constitucional	243
Vinculación al precedente constitucional	246
Técnicas de vinculatoriedad del precedente constitucional ecuatoriano	248
Observancia del precedente <i>-following-</i>	248
Distinguir el caso del precedente <i>-distinguish-</i> y formular un nuevo precedente <i>-overruling-</i>	254
Eficacia del precedente constitucional ecuatoriano	262
La utilización de la jurisprudencia de la CC en el año 2014 en las sentencias de acciones de protección	263
Conclusiones	271
Bibliografía	281

*A quienes lo han dado todo por mí, mis padres:
Edwin Aguirre e Irene Castro.*

*A María José Aguirre: mi hermana y mejor amiga
por ser el pilar fundamental en mi vida.*

*A los grandes amores de mi vida:
Pablo Andrés y Pablo Martín Alarcón.*

Abreviaturas

CC:	Corte Constitucional
CCPT:	Corte Constitucional para el Período de Transición
CEDEC:	Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
CEN:	Corporación Editora Nacional
CEP:	Corporación de Estudios y Publicaciones
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CRE:	Constitución de la República del Ecuador
CNJ:	Consejo Nacional de la Judicatura
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
CEN:	Corporación Editora Nacional
CPFJ:	Código Orgánico de la Función Judicial
CNJ:	Corte Nacional de Justicia
COGEP:	Código General de Procesos
COIP:	Código Orgánico Integral Penal
CPPCS:	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
CSJ:	Corte Suprema de Justicia
EE. UU.:	Estados Unidos de Norteamérica
FCE:	Fondo de Cultura Económica
UASB-E:	Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
UNAM:	Universidad Nacional Autónoma de México
IJJ:	Instituto de Investigaciones Jurídicas
LOFJ:	Ley Orgánica de la Función Judicial
LOGJCC:	Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional
LOTG:	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL:	Ley de Procedimiento Laboral
LPL:	Ley de Procedimiento Laboral
MJDH:	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
PUCP:	Pontificia Universidad Católica del Perú
RO:	Registro Oficial
UEC:	Universidad Externado de Colombia

Prólogo

El Programa Internacional de Doctorado en Derecho de nuestra Universidad que viene desarrollándose con éxito desde 2002, cuando inició su primera convocatoria ha permitido vincular en cada una de sus convocatorias a docentes y estudiantes nacionales e internacionales; también ha sido el espacio propicio para elevar el debate e intercambio académico de la ciencia del Derecho con tres enfoques principales, a saber: Derecho Constitucional, Derecho Tributario y Derecho Internacional Económico. Tal vez la principal contribución que ha hecho al país y a la región sea un cúmulo de investigaciones jurídicas proyectadas sobre cuestiones álgidas que preocupan a los juristas, así como a profesionales de otros campos. Precisamente, uno de los destacados estudios logrados y que ha cubierto las expectativas del tribunal evaluador es el que ahora tengo el gusto de prologar para publicación en la serie Derecho y Sociedad, cuyo título: *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, constituye una contribución al conocimiento y a la discusión de situaciones que han sido afectadas, en algún sentido, con la adopción de la Constitución de 2008 en Ecuador, como también con la creación y actuación de la Corte Constitucional.

Dejo sentado también que tengo una corresponsabilidad con el trabajo realizado por la autora, Pamela Juliana Aguirre Castro, pues al haber oficiado de director de la tesis asumí, además, un papel de acompañamiento de lo que implica la misión dilatada y esforzada de construir un estudio fundamentado, crítico y propositivo útil para comprender un sector sustancial del desarrollo del pensamiento jurídico. La autora en este trabajo demuestra que ha experimentado una evolución y formación manifiestas como jurista conocedora primeramente del derecho público, del derecho económico y fiscal, y más recientemente, del derecho constitucional, procesal constitucional y los derechos humanos; la seriedad y compromiso para acometer tareas de investigación de posgrado siempre la han distinguido, cabe destacar sus roles en los espacios de la docencia y la divulgación del Derecho en el país y fuera de él. Para concretar la presente entrega, fue determinante su contribución mientras se desempeñó como una de las funcionarias más importantes de la Corte Constitucional del Ecuador,

responsabilidad que le permitió conocer de primera mano la producción jurisprudencial, así como los cauces que iban creándose como derivación de los criterios vertidos por los jueces en los fallos. Como exestudiante y docente de nuestra casa de estudios, la autora de la presente obra conoce muy bien los límites propios de la reflexión jurídica subjetiva, por lo que me animo a decir que desde ya estará gustosa de aceptar las pruebas y críticas a las cuales la academia pueda someter su trabajo, cuyas virtudes solo le corresponden a ella; lo demás, es de mi total responsabilidad.

Contamos con una Norma Suprema cuyo proceso de construcción y de aprobación tuvo espacios para la participación ciudadana, ya que recibió el impulso político del gobierno de turno y el acompañamiento de un aparato potente de propaganda oficial cuyos focos de atención fueron aquellos relacionados con destacar innovaciones diversas en la propuesta constitucional, algunas tocaron la estructura del Estado, mientras que otras se referían a la manera como supuestamente se presentaba la Constitución, en la versión de un instrumento jurídico de primer orden que, por una parte, contemplaba una serie de avances relacionados con el reconocimiento y proyección de los derechos sustentados sobre la irrupción aparentemente novedosa de contenidos morales representados por valores y principios explícitos en el articulado –lo dogmático constitucional–; por otra parte, establecía mecanismos para que los ciudadanos pudieran ejercer un rol protagónico respecto al ejercicio del poder, en lo tocante a decisiones relacionadas con el presupuesto, diseño de políticas y control de las actuaciones públicas en todos los niveles de gobierno, amén de novedades en la estructura del Estado –lo orgánico constitucional–.

Asimismo, la Constitución de 2008 propuso innovaciones acerca de la comprensión del papel que encarna frente al ordenamiento jurídico en su totalidad y respecto de la actuación de las autoridades, incluso respecto a las actuaciones de los agentes privados entre ellos y con el Estado. Decir esto significa que de igual forma nuestra Norma Suprema requería que los docentes, investigadores y estudiantes armados con un aparato crítico diferente al tradicional acometieran toda clase de aproximaciones para comprender tanto los pilares centrales, como los recovecos de una nueva construcción intelectual con visos refundacionales y cuestionadores del positivismo como teoría fuerte e inercialmente presente en la realidad constitucional actual, no solo en el país sino también en otras geografías.

Desde dentro de la academia y de las instituciones públicas se ha venido intentando una comprensión cabal y coherente de la Constitución, pero lamentablemente, ha ocurrido algo diferente a lo esperado, es decir, se ha concretado únicamente un acercamiento sobre todo, parcial y hasta

en ocasiones impreciso, realidad que lejos de abonar en la línea de lograr claridad para la vigencia de un verdadero Estado constitucional de derechos y justicia –como reza el art. 1 de la Norma Fundamental–, insufla un clima de inseguridad e insatisfacción ciudadana que impide lograr caros propósitos legados por el último constituyente del siglo pasado.

No obstante, estudios como el presente tratan seriamente de plantear cuestiones medulares que interesan al debate constitucional del siglo XXI, asuntos relacionados especialmente con la forma en que se han de comprender los contenidos constitucionales y, particularmente, las vías que se van abriendo en el campo de las bases mismas del ordenamiento a través de cambios de las fuentes, a remolque de la actuación de los jueces de la más alta judicatura nacional en las perspectivas de la comprensión e interpretación constitucionales.

Antes de comentar las bondades, la estructura, los contenidos y aportes relevantes de esta obra pionera en el análisis acá planteado es pertinente explicar que esta aborda un ámbito de estudio que muchos han pasado por alto porque no se ha percibido dinámicamente la importancia que posee. La experiencia de la autora en el medio constitucional, por su particular posición laboral en la Corte, le permitió percibir la necesidad de tratar la problemática echando mano de elementos, por decir lo menos, sui géneris, como haber recurrido a los sistemas jurídicos del *civil law* y del *common law* para escudriñar y concebir a partir de elementos comparativos idóneos, el valor trascendente y la “personalidad” que va tomando entre nosotros el precedente constitucional como nueva fuente de derecho.

Este texto se debate en el marco de al menos un par de ópticas que no solo en Ecuador han entrado en tensión, debido a que un grupo de académicos sostienen que cualquier cambio en el sentido y alcance de las normas constitucionales debe ser producto de un proceso de reforma, por lo demás, establecido en el propio código fundamental y, otros que, por otra parte, defienden que el juez del máximo órgano intérprete de la Constitución puede y debe decir el significado último de cada una de sus cláusulas, con lo cual se convertiría en una especie de “constituyente permanente” carente de legitimación soberana que, por lindero y control solo tendría la conciencia de una necesaria autolimitación en su desempeño, todo con el cometido de cuidar la democracia y el equilibrio de poderes. De aquí parte uno de los singulares intereses que puede poseer este esfuerzo intelectual, cuyo germen apareció en las aulas y que ha crecido y madurado felizmente junto con nuestra autora.

Algo nuevo ha pasado en la realidad constitucional ecuatoriana en los últimos años, puede gustar o no lo sucedido en este sentido, dependerá

del aparato crítico aplicado para medir los efectos causados en términos de profundización de la democracia, justicia y respeto a los derechos. En las páginas de esta obra se pretende, sobre todo, examinar el complejo ejercicio de creación –intelectual– judicial, replanteando el lugar de la jurisprudencia de la más alta corte, en concreto, del precedente constitucional, así como mostrar la importancia y los roles que cumple en el sistema de fuentes del derecho.

Dicho lo que antecede, se colige que el jurista no puede cerrar los ojos para observar, conocer y enfrentar las novedades, no debe asumir la posición íntima, temerosa y enclaustrada de Ludo, diminutivo de Ludovica, uno de los personajes centrales de esa novela ejemplar del realismo mágico africano, titulada *Teoría general del olvido*, de José Eduardo Agualusa. Ese personaje indescifrable pero de espíritu ermitaño optó por encerrarse cuando todo cambiaba en Angola, debido a la revolución y la independencia que duraron tres largas décadas. Insisto, el jurista no debe actuar como Ludo, sino todo lo contrario, ha de salir permanentemente de su zona de confort, tendrá que alejarse de las verdades supuestas e inmiscuirse en la realidad, debe dejar la torre de marfil del conocimiento parcial, para adentrarse al espacio dinámico de las relaciones y los problemas sociales; el saber libresco es solo una parte, pues el de la experiencia lo precede y condiciona, es el detonante.

El estudio contenido en este libro se divide en tres acápités; el primero versa sobre el valor de la creación judicial –ejercicio de la mente que estaría condicionado por la argumentación jurídica, tarea cada vez más exigente y que ha de ser puesta en práctica no solo por quien administra justicia, sino también por todos los demás operadores del sistema judicial–, con visión comparada, en los sistemas de origen en el *civil law* (Roma, Francia y España) y en el *common law* (Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica).

El segundo está encaminado a explicar el modo en que la evolución del Estado legal al constitucional implica un replanteamiento en las fuentes del derecho, modelo o prototipo que, a todas luces, pone en cuestión las teorías que hasta ahora han tratado de explicar la separación de poderes, de los clásicos tres poderes que sostienen el edificio del esquema republicano estatal, tal cual lúcidos exponentes –como Carl Schmitt– ya nos han expuesto; en suma, por medio de la revisión de los elementos centrales, expone el valor de la jurisprudencia en el Estado constitucional contemporáneo.

El tercer y último capítulo se proyecta desde una entrada sociológica para explicar y analizar el sistema de derecho judicial contenido en la Constitución, al efecto, no se deja por fuera el examen de las diversas acciones constitucionales contempladas en el régimen nacional y se ponen

en evidencia los resultados jurisprudenciales con sus efectos tanto en el ámbito de la justicia ordinaria como en el de la constitucional, con lo cual se valoran, asimismo, los mecanismos de disciplina y vinculación (observancia o *following*, distinción entre el caso concreto y el precedente o *distinguish*, formulación de un precedente nuevo u *overruling*), también la eficacia de esta fuente mediante observación de la utilización de parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las acciones de protección, todo lo cual da luces para imaginar los problemas y los retos que afronta el precedente constitucional en el medio.

Esta investigación logra finalizar con una serie de importantes conclusiones que transmiten el valor evidente de la investigación realizada, que pasa por develar, entre otros, al menos el siguiente conjunto de elementos que, en forma sumaria, paso a reseñar: cada ordenamiento jurídico es producto de circunstancias propias e irrepetibles en otros contextos, lo que los dota de especificidades determinantes a la hora de compartir la experiencia jurídica; el sistema jurídico que heredamos en la experiencia nacional exhibe una mixtura de elementos propios de otros sistemas, de tal forma que los esfuerzos requeridos para comprenderlo a cabalidad deben ser superlativos y naturalmente complejos; las diversas técnicas existentes para evidenciar la sustancia y los componentes del derecho judicial han ido ganando en sofisticación y precisión, todo en aras de justificarlo, sea en la perspectiva tradicional que busca seguridad jurídica –certeza en el ordenamiento e interdicción de la arbitrariedad– o en la que demanda una actualización permanente del derecho por medio de la jurisprudencia de los guardianes de la Constitución.

También este estudio evidencia con múltiples elementos que el Derecho, al igual que la sociedad, se transforma permanentemente, hecho que toca de manera sensible también al vasto campo que atañe a los sistemas de fuentes, particularmente con el surgimiento y posicionamiento del Estado constitucional, entre nosotros desde 2008; dentro de todos estos reacomodos de los pilares y elementos de la experiencia jurídica, no se pierde de vista la centralidad que va adquiriendo la dignidad humana en el marco de todo el aparataje axiológico propio de la Constitución de este tiempo. Simultáneamente, queda patente que la ciencia jurídica carece de ciertos postulados de perfección, por ejemplo, respecto a la claridad, plenitud y coherencia, lo que a su vez confirma que toda obra humana por definición es propensa a la imperfección, al ensayo y al error, lo que da alas a la tarea judicial para encontrar los remedios a cuestiones y asuntos concretos que no pudieron proveer en la experiencia histórica comparada, los principales agentes de los ámbitos ejecutivo y legislativo naturalmente enfocados a la

adopción de medidas y decisiones para la generalidad de las cosas y de las relaciones sociales; las actuales aspiraciones de la experiencia judicial constitucional parecen resumirse en el cuidado de los derechos a través del uso intensivo de un nuevo método jurídico que contiene a la argumentación jurídica –con sus parámetros objetivos de universalidad, coherencia y consistencia–, como alma y caleidoscopio para decidir con razonabilidad frente a la casuística, considerando, en todo caso, las diferencias relevantes entre las situaciones presentadas como condición imprescindible para alcanzar la justicia; estamos abocados a reconocer en el juez a un sujeto creador de Derecho a través del precedente, entendido, este último, como resultado de un esfuerzo racional interpretativo y argumentativo del ordenamiento jurídico, con valor de acto normativo institucional; es importante considerar al precedente como solución a una cuestión particular, con apreciación crítica, razonada y flexible, lo que demanda inmiscuirse en las cuestiones decididas como en sus justificaciones; es necesario tomar en cuenta que la jurisprudencia no es igual al precedente, aquella como instrumento formal propio del *civil law* se refiere al todo, y requiere reiteración para alcanzar el efecto vinculante –triple reiteración en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano–; este, en cambio, es un dispositivo inherente a las familias cuya génesis se encuentra en el *common law*, que por su novedad se abre camino paulatinamente en la cultura jurídica del país por medio de una faena hermenéutica exigente y nada común en el medio; existen problemas de diseño de las competencias atribuidas a la Corte Constitucional, pues gracias a la amalgama de atribuciones relacionadas con la observancia del precedente se afecta, sobre todo, la seguridad jurídica para los justiciables; sin embargo, la situación podría corregirse mediante actuación de la propia Corte encaminando procesos de interpretación sistemática de la Norma Suprema; al día de hoy la eficacia del precedente aún plantea retos para convertirse en una realidad de la experiencia jurídica ecuatoriana.

A lo largo del ensayo, se demuestra que, para el caso ecuatoriano, el precedente constituye una verdadera y novel fuente vinculante de Derecho, gracias a la labor hermenéutica del juez constitucional, evento vital para conducir los preceptos supremos hacia la práctica protectora de derechos con la limitante que esto implica para el ejercicio del poder público.

Justo es resaltar que esta investigación se edifica sobre un ejercicio riguroso de revisión y estudio comparado de abundante y pertinente doctrina jurídica nacional e internacional, de normativa, sobre todo, constitucional y legal, de fallos relevantes adoptados en diversas circunstancias y judicaturas constitucionales. Esta obra contiene doce anexos didácticos, que condensan con lógica y orden elementos destacados del estudio.

Para cerrar, resta decir que esta publicación, de pulida estructura, cuidada redacción y claro hilo conductor, difunde de manera seria y crítica, un campo del saber jurídico que hasta ahora no ha merecido reflexión profunda por parte del foro local. Es una contribución para tratar de entender algunos de los importantes efectos causados en nuestra experiencia jurídica y judicial a remolque de la Constitución de 2008. Como una obra académica del intelecto, siempre podrá ser refutada en el mismo plano, con fundamentos y elementos de contraste objetivos, sea que se proyecten desde la teoría o el delicado y controvertido quehacer jurisprudencial del más alto órgano guardián de la Constitución.

Enhorabuena a la autora por este nuevo aporte a la discusión jurídica del país y la región.

César Montaña Galarza
Rector
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Quito, 17 de febrero de 2019

Introducción

El estudio del precedente ecuatoriano ha cobrado fuerza en Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008, debido a que su reconocimiento como fuente de derecho ha generado interesantes debates iusteóricos de la forma como nace el precedente, la manera en la que vincula, cuáles son los límites que debe observar la Corte Constitucional (CC) cuando los emite. Y es precisamente esta motivación la que impulsó el desarrollo de este estudio, puesto que un análisis pormenorizado del precedente constitucional ecuatoriano, analizado desde la evolución del valor de la jurisprudencia en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law* y el valor del precedente en los sistemas jurídicos de origen en el *common law*; y, estudiado a partir de la transformación del Estado legal al Estado constitucional es imprescindible para entender a cabalidad esta institución jurídica y la práctica que se le ha dado.

En efecto, las bases epistemológicas de la jurisprudencia como fuente de derecho y en particular de su valor dan cuenta de su desarrollo a lo largo de la historia. Por ello estudiar el precedente como fuente del derecho, y en particular de su valor en el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano, es imprescindible estudiarlo históricamente para comprobar la hipótesis central de esta investigación, que plantea al precedente constitucional como auténtica fuente del derecho en Ecuador, esto a pesar de reconocer la influencia originaria de los rasgos propios del *civil law* en el sistema jurídico ecuatoriano y en su concepción de derecho.

Los resultados que se generen como consecuencia de dicho análisis requerirán por su parte una verificación y evaluación desde la dimensión sociológica del sistema jurídico ecuatoriano, en cuyo caso la jurisprudencia de la CC será fundamental para la comprobación empírica de la hipótesis de esta investigación. En esta línea, se utiliza el método deductivo para el análisis teórico, y el método abductivo para el análisis de la práctica constitucional, con este antecedente se ha procedido a esquematizar esta investigación en tres capítulos.

En el primer capítulo, desde el contexto histórico, se analiza crítica y comparativamente la evolución de la jurisprudencia y el precedente como fuente del derecho en los sistemas representativos del *civil law* y el *com-*

mon law, esto con la finalidad de evaluar si existe o no aquella dicotomía o incompatibilidad que plantea cierta iusteoría, con respecto a las dos familias jurídicas, llevándolas a calificar incluso como antagónicas; para ello se toman como objeto de análisis las experiencias francesa y española en el *civil law*, e inglesa y estadounidense en el *common law*.

Posterior, en consecuencia con lo tratado, en el segundo capítulo se analiza el debate teórico actual sobre el valor de la jurisprudencia dentro del Estado constitucional, esto con la finalidad de verificar si su actual estatus ha variado a lo largo de la historia. Para tal efecto, en primer lugar se abordarán las principales transformaciones que comportan el tránsito del Estado legal al constitucional, lo cual da cuenta cómo el ordenamiento constitucional impone nuevas formas de entender el derecho y en consecuencia la evolución de las fuentes del ordenamiento jurídico, y dentro de ellas específicamente el valor de la jurisprudencia y el precedente.

A partir del reposicionamiento del derecho judicial en el sistema de fuentes se estudia el estatus epistemológico y ontológico de la creación judicial derecho, y cómo esta creación presupone dos elementos básicos, a saber: la separación de poderes como garantía del Estado constitucional y la argumentación jurídica. En atención al primero, la separación de poderes en el ámbito de la creación judicial interesa tratar dos puntos: el sistema de frenos y contrapesos que debe existir como límite y la conceptualización del activismo constitucional. Respecto de la argumentación jurídica, como un elemento básico dentro de la creación judicial del derecho, se estudian los límites que esta ofrece para enmarcar la actividad jurisdiccional mediante el discurso práctico, y cómo un sistema de vinculación de la jurisprudencia es una de las herramientas que permite obtener una decisión racionalmente fundamentada.

A continuación, se analiza la importancia de la creación judicial del derecho en el Estado constitucional a partir de la justicia, igualdad y seguridad jurídica, resaltando cómo esta fuente de derecho tiene la virtud potencial de generar transversalmente la tutela efectiva de los derechos constitucionales. En este marco se estudiará cómo opera la denominada regla de la justicia a partir de tres parámetros de aplicación que se proponen, el primero atinente al estándar de la conducta, el segundo referente al criterio de igualdad y, finalmente, el tercero vinculado a la condición de excepción.

Para cerrar el capítulo se estudiarán los tipos de creación judicial del derecho mediante las categorías en el derecho judicial, lo cual sentará las bases ontológicas que serán utilizadas para analizar la práctica constitucional ecuatoriana en materia de creación judicial del derecho, esto como esencia de análisis del tercer capítulo. Para alcanzar este objetivo, se abor-

darán tres cuestiones centrales en la creación judicial del derecho: cómo se genera la determinación y aplicación de su significado y la función normativa que desempeña en el ordenamiento constitucional.

En el tercer capítulo se construirá una teoría tanto descriptiva como prescriptiva del precedente constitucional ecuatoriano a partir de las bases sentadas en los dos primeros capítulos. Para alcanzar este fin, se realizará un análisis de la primera gran distinción establecida en el texto constitucional respecto a cómo nace el derecho judicial en Ecuador en el ámbito de la justicia ordinaria (jurisprudencia obligatoria) y en el ámbito constitucional (precedente constitucional).

Una vez clarificada la distinción en la formación de la jurisprudencia vinculante y el precedente constitucional, frente a este último se realiza un análisis pormenorizado de los efectos de las sentencias y en consecuencia de los mecanismos de disciplina para su observancia. Luego, se determina cómo opera la vinculación del precedente a partir de la especial estructura que ha adquirido en la praxis constitucional, y finalmente su eficacia con base en la aplicación del método sociológico¹ —jurisprudencia de la CC, dictada a partir de la resolución de las distintas acciones constitucionales—, para determinar cómo el precedente se ha ido incorporando como fuente de derecho objetivo en el ordenamiento constitucional ecuatoriano, los problemas que existen en la práctica y cuáles podrían ser algunas soluciones para solventarlos.

Finalmente, se expondrán de manera crítica propositiva una serie de conclusiones que reflejarán la comprobación de la hipótesis general de esta investigación, y una serie de planteamientos en torno a los problemas identificados respecto al valor del precedente como fuente objetiva del derecho en Ecuador.

1 Sobre este método, Daniel Bonilla señala su bondad dado que el derecho refleja —de un modo más o menos preciso— la sociedad que regula; es decir, es consecuencia de las variables culturales, políticas y económicas que caracterizan a la comunidad, las cuales pueden ser medidas principalmente a través de la jurisprudencia, dado que es la concretización de la aplicación de derechos, instituciones que se han ido incorporando en el ordenamiento jurídico. Véase Daniel Bonilla Maldonado, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Bogotá: Siglo del hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, 2009).

Capítulo I

LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN LOS SISTEMAS DE ORIGEN EN EL CIVIL LAW Y EN EL COMMON LAW

... se lamentó que nadie más controle las fuentes del Derecho, pero nadie nunca ha logrado controlarlas solo; las fuentes siempre son el resultado de cooperación y conflicto entre muchos sujetos distintos.

—Mauro Barberis¹

El estudio de la jurisprudencia en Ecuador y, por tanto, del precedente² requiere de un análisis de las bases epistemológicas que describen cómo ha sido su evolución a lo largo de la historia. En el primer capítulo de esta investigación se expone el corpus teórico que servirá de base para el análisis de los sistemas jurisprudenciales³ existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que se realizará en el capítulo III, a partir de un estudio de la visión histórica del precedente. Se ha tomado la explicación de la caracterización estándar que se hace de cada uno de ellos a partir de la “oposición” entre sistemas jurídicos de origen en el *common law* y en el *civil law*; procediendo de esta forma, exclusivamente, con la finalidad de ilustrar la explicación con el suficiente nivel de abstracción y generalidad. No obstante, es importante dejar en claro que ello responde solo a razones expositivas, porque en muchos sistemas que tienen como origen el *civil law* la incorporación de algunas normas de origen judicial al derecho objetivo responden más al modelo del precedente que al de la jurisprudencia, e inversamente, lo mismo puede decirse de algunos sistemas de origen en el *common law*.

1 Mauro Barberis, *Estado, derechos, interpretación: Una perspectiva evolucionista* (Lima: Palestra, 2013).

2 La diferencia de la formación de la jurisprudencia y del precedente será abordada en el segundo capítulo; sin embargo, para evitar equívocos en la utilización del término, cabe señalar que el concepto “jurisprudencia” es entendido como la resolución en su totalidad, de una o varias decisiones; en tanto que el “precedente” es una parte de la jurisprudencia, que en el sistema del *common law* es vinculante.

3 Sobre la noción de “jurisprudencia” que se debe atribuir al ordenamiento ecuatoriano, véase lo enunciado en el capítulo II.

Así, el presente capítulo se organiza en dos grandes partes: la primera dedicada al *civil law* y la segunda, al *common law*. Dentro de la primera, se establecen cuatro divisiones: La inicial que estudia la situación en el derecho romano y su influencia posterior; la segunda que trata la consideración de la jurisprudencia en el derecho francés, desde la Revolución francesa hasta la actualidad; la tercera atinente a la doctrina legal en España; y finalmente, la cuarta una recapitulación. La segunda parte se subdivide de la siguiente forma: aquella que estudia el precedente en Inglaterra, y aquella en la que se hace lo propio con los Estados Unidos de América (EE. UU.); y finalmente, en la que se resume las principales conclusiones referentes a los países del *common law*. Para cerrar el capítulo, se realiza una evaluación general respecto a la evolución de la jurisprudencia y precedente.

La evolución de la jurisprudencia en los sistemas de origen en el *civil law*

El estudio de las fuentes del derecho es un tema apasionante, y de ninguna manera pacífico en cada una de las familias jurídicas;⁴ y dentro de cada una de ellas, el análisis y comparación de cada sistema jurídico lo es aun más. El objetivo de este primer título no es tan ambicioso; sin embargo, ofrece principalmente una visión panorámica de cómo en el *civil law* se originó la idea de que la jurisprudencia puede ser fuente de derecho, lo cual es una herramienta determinante al momento de realizar el análisis del caso ecuatoriano, ya que permitirá dar cuenta de su evolución o involución; esto solo se conocerá luego de un exhaustivo análisis de nuestro ordenamiento jurídico.

El objetivo de este primer punto del capítulo tiene por fin verificar cuál ha sido el camino que ha recorrido la jurisprudencia en el razonamiento jurídico en la familia del *civil law*, desde el origen del derecho romano, la transformación que se originó en Francia a partir de la revolución, hasta

4 La noción de “familia jurídica” es tradicional en los estudios comparados. Aparece como elemento clave en la obra clásica de José Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (Madrid: Reus, 1957), 6 y s. Para una definición posterior, véase, por ejemplo, Nuria González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica románico-germánica”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 30 (2000). En general, se trata de aquellos sistemas jurídicos que comparten una historia; una tradición en común; una filosofía común de valores; un mismo orden de prelación de fuentes. Ahora bien, el concepto de “familia jurídica” no se encuentra exento de un gran debate respecto a su utilidad en el actual mundo globalizado, puesto que los rasgos característicos de cada una de las familias ha mutando por el decurso del tiempo; así como por los diálogos existentes entre los sistemas jurídicos de distintas “familias jurídicas”. Véase Daniel Bonilla, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*.

la incorporación en el derecho español, recordando que principalmente las características de esta tradición del derecho residen en que la fuente primigenia es el derecho codificado, y en consecuencia el método de aplicación es la subsunción.⁵

El acercamiento a la idea de jurisprudencia en el derecho romano

Para establecer el origen y la naturaleza jurídica de la jurisprudencia en los sistemas de tradición del *civil law*, es indispensable referirse a ciertas particularidades del derecho romano que proporcionarán los primeros elementos para comprender la evolución de la jurisprudencia hasta nuestros días. Estos primeros comentarios servirán de base para entender la naturaleza jurídica y el papel que desempeña la jurisprudencia en los sistemas de origen del *civil law*.

A continuación se realiza un breve recorrido por tres etapas o períodos del derecho romano;⁶ la finalidad de esta descripción es ubicar en el tiempo las instituciones o figuras jurídicas que permitirán entender cómo se concebía a la jurisprudencia en el derecho romano y las transformaciones a lo largo del tiempo. A partir de esta breve explicación, se empezará por abordar los períodos antes señalados.

En la primera etapa se destaca que el derecho romano fue eminentemente consuetudinario y con características religiosas; este período se lo puede identificar desde los albores de la naciente monarquía de Roma (753 aC)

5 Riccardo Guastini, de una manera diáfana, señala que por subsunción debe entenderse “adscribir un individuo (en sentido lógico) a una clase (subsunción individual), o incluir una clase en una clase más amplia (subsunción genérica). En otras palabras, subsumir significa, comúnmente, usar un concepto”. Riccardo Guastini, *Las fuentes del derecho: Fundamentos teóricos* (Lima: Edit. Científica Peruana S. A. C., 2016), 338.

Sobre este tema, Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 1999) se refiere ampliamente. En general, por subsunción se entiende la “Operación lógica en que se establece una dependencia de especie a género o de hecho a ley, o de afirmación individual a afirmación general. El razonamiento deductivo suele extenderse como una operación de este tipo, en que se va de lo general a lo particular. En derecho, más estrictamente, es la relación lógica de una situación particular, específica y concreta con la previsión abstracta e hipotética de la ley”, José A. Garrone, *Diccionario jurídico*, t. IV (Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis, 2005), 538.

6 La metodología en el establecimiento de tres etapas fue propuesta por el profesor alemán Wolfgang Kunkel, en su obra *Historia del derecho romano*; la primera denominada “arcaica”, la segunda denominada “derecho del Imperio” y la tercera presentada como “tardía”. Ciertamente esta no es la única, pues se han expuesto varios criterios en los estudios del derecho romano; sin embargo, para los fines de este estudio esta metodología presenta las características básicas respecto a la jurisprudencia. Ver Wolfgang Kunkel, *Historia del derecho romano*, trad. por Juan Miquel (Barcelona: Ariel Derecho, 1999).

hasta la expedición de la Ley de las XII Tablas (mediados del siglo V aC), período en el cual el derecho se caracterizó por conservar costumbres transmitidas desde los antiguos pueblos que habitaban la península itálica.⁷

En esta primera etapa vale destacar que los romanos adoptaron algunos enfoques filosóficos griegos de la justicia, como ejemplo de aquello se puede mencionar que tanto las palabras latinas que designan a *justicia* y *derecho* nacen de la misma raíz, su campo semántico es el mismo en griego y latín, *dikaion* y *jus* para el derecho y ley, en su orden; de la misma manera que *dikaosyne* y *justitia* para justicia; coligiéndose entonces que, más allá de la terminología, la palabra romana *jus*, como la griega *dikaion*, converge en un mismo concepto acerca de lo legítimo y justo, poniéndose de manifiesto el desarrollo del derecho romano basado sobre las ideas aristotélicas de justicia general y particular.⁸

En el ámbito de la administración de justicia se debe mencionar que existían pontífices, los cuales tenían orígenes comunes en las familias patricias, sus pronunciamientos poseían lineamientos eminentemente religiosos, razón por la cual, en esos tiempos, los conocimientos jurídicos les estaban restringidos a personas distintas a ellos. De esta forma limitada de transmitir el conocimiento jurídico, los pontífices y sacerdotes aseguraban el dominio de manera exclusiva, acerca de cómo se debía administrar la justicia; es decir, determinaban entre quienes operaba, en qué tiempo y de qué manera. Esta facultad les permitió un amplio margen de discrecionalidad, aún más, entendiendo que no existía un derecho escrito que limitara su interpretación.⁹ La correcta razón de los griegos se transformó en la *recta ratio* romana o buen juicio, aplicada por los pontífices “como sentido común que ha sido la principal fuente de la ley”.¹⁰

Con posterioridad, hacia la mitad del siglo V aC, en el Imperio romano tiene lugar una de las primeras manifestaciones claras de inconformidad con la

7 Kunkel, *Historia del derecho romano*, 20-1.

8 “[...] la justicia general se parece a la definición platónica sin el fuerte elemento metafísico. Tiene elementos de moralidad política y social y está relacionada con el derecho, pero es más amplia que ambos. Como el derecho cubre muchos aspectos de la existencia humana, lo justo y lo legal pueden coincidir [...] la justicia particular existe en las ciudades; cuando sus demandas son contestadas por dos partes, requiere la intervención de una tercera persona desinteresada, el juez o *dikastes*. Su juicio también es *dikaion*, la solución legal y justa. *Dikaion* significa entonces el objeto de la toma de decisiones judiciales, la acción del hombre justo y el objetivo del derecho”. Véase Costas Douzinas, *El fin de los derechos humanos*, trad. por Ricardo Sanín Restrepo, Óscar Guardiola Rivera y Omar Alonso Medina, 1a. ed. en español (Bogotá: Legis, 2008), 46.

9 Beatriz Bernal de Bugeda, “Sobre la jurisprudencia romana (sus características y tendencias, la literatura jurídica y las escuelas de derecho)”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 6 (1974): 91-2.

10 Citado por Douzinas, *El fin de los derechos humanos*, 58.

administración de justicia; pues los pontífices fueron acusados reiteradamente de emitir de manera arbitraria sus decisiones y de favorecer los intereses patrios, situación que generó malestar y reclamos de la plebe, ocasionando así la necesidad de expedir la Ley de las XII Tablas,¹¹ la cual a pesar de no ser evidentemente favorable al pueblo, sí proporcionó mayor certeza, pues contenía, al menos, por escrito y de manera pública, algunas de las costumbres antiguas.¹² Finalmente, con la promulgación de esta ley se terminará la etapa en la cual la costumbre fue la fuente principal del derecho romano, y en consecuencia los pontífices y sacerdotes administraban justicia a partir de sus conocimientos.

Así entonces, el derecho romano dio un giro hacia una segunda etapa, en la cual predominó un derecho solemne y ritualista, y prevalecieron los criterios eminentemente formales. Este período también se caracteriza por la separación clara entre las normas que regulaban las relaciones de los dioses y las de los hombres; así surgen reconocidos jurisconsultos, entre ellos, Ulpiano, Gayo o Paulo, además de una división del derecho en las ramas: civil, público y el derecho de gentes.¹³

Como consecuencia de la formalización del derecho, en este período tienen origen las grandes instituciones jurídicas civiles que van a llegar hasta nuestro tiempo: la propiedad, la sucesión, contratos, entre otros. El inicio de esta etapa se lo puede establecer en el año 204 aC, fecha en la cual se publica la obra jurídica de Sextus Aelius Paetus Catus llamada *Tripertita* que culmina con la “secularización del derecho” en el territorio romano.¹⁴

Finalmente, el último período se encuentra caracterizado por las grandes codificaciones. Es en esta época que se realizan varios compendios cuya finalidad fue conservar y unificar la memoria jurídica romana de manera escrita, entre estas obras, destaca el célebre *Corpus Iuris Civilis* y, dentro de este, el llamado *Digesto* de Justiniano. Es con la iniciativa de unificación del derecho de Justiniano que se logró conservar la memoria de las grandes instituciones jurídicas que estuvieron vigentes en todos los territorios del Imperio romano, que incluso se sobrepusieron a las invasiones bárbaras e influenciaron el derecho continental hasta nuestros días.¹⁵

11 En estas se recogen por escrito una serie de costumbres que adquirieron el carácter de normas obligatorias, las cuales fueron redactadas por los decenviratos legislativos (patricios designados para redactar las tablas).

12 Ley de las XII Tablas, traducción al castellano, <<http://ww2.educarchile.cl/UserFiles/P0001/File/doce%20tablas.pdf>>. Consulta: 12 de abril de 2016.

13 Jorge Valencia Cuellar, *Derecho* (Bogotá: Nomos, 2003), 21.

14 Bernal de Bugada, “Sobre la jurisprudencia romana”, 92.

15 Así por ejemplo el derecho sucesorio ecuatoriano recibe una influencia directa de instituciones del derecho romano; véase Hernán Coello García, *La sucesión por causa de muerte* (Cuenca: Universidad de Cuenca-Facultad de Jurisprudencia, 2002).

A esta tercera etapa se la ubica después del año 527 dC, cuando comienza el reinado de Justiniano I como emperador del Imperio romano de Oriente, también conocido como Imperio bizantino. Se debe recordar que en esta época el Imperio romano de Occidente ya había desaparecido y se encontraba en decadencia el de Oriente, situación ante la cual Justiniano pretendía recuperar la grandeza romana en todos los ámbitos, incluido el jurídico.

Una vez relatadas brevemente las transformaciones que con el tiempo sufrió el derecho romano, por medio de un mecanismo de agrupación de características predominantes, antes de pasar al análisis detallado del papel que desempeñó la jurisprudencia a partir de aquella época, es oportuno indagar el rol de los jurisconsultos y su influencia en la generación del derecho romano y cómo sus aportes fueron incorporados en el *Digesto*.

En definitiva, como se puede advertir, el derecho romano nace muy alejado de la idea de jurisprudencia, y se va acercando a ella por dos caminos: el primero referente a la obra de los grandes jurisconsultos romanos, y el segundo relativo al valor de autoridad que se le otorga a las codificaciones tardeo imperiales.

Los jurisconsultos romanos y el Digesto

En materia de jurisprudencia, en la Roma monárquica no hay mucho que destacar por ser una etapa eminentemente religiosa, que no permitió un mayor avance de las instituciones jurídicas. Una vez superada la monarquía, siendo Roma una floreciente República, aparecieron también los llamados jurisconsultos.¹⁶

Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que en la época de la monarquía romana se hicieron presentes en el derecho algunas características seculares, que fueron el germen de la transformación. Así por ejemplo, en el año 254 aC, Tiberius Coruncanus, de origen plebeyo, se hizo cargo del pontificado máximo del colegio de pontífices, *Pontifex Maximus*, rompiendo así con la tradición que imponía que este cargo fuera ocupado únicamente por hombres de origen patricio.¹⁷ Este no es el hecho que se pretende resaltar, sino que al asumir Tiberius Coruncanus el cargo de máximo pontífice, se convirtió en el primer jurisconsulto romano que comenzó a enseñar el derecho de una manera pública, contrario a las tradiciones que hasta el momento imperaban en Roma. Sin lugar a dudas, estas manifestaciones denotan la decadencia del poder de los antiguos sacerdotes y su modelo

16 Bernal de Bugada, "Sobre la jurisprudencia romana".

17 Kunkel, *Historia del derecho romano*, 40-1.

religioso jurídico, que termina, como se mencionó, con la publicación de la obra de *Sextus Aelius Paetus Catus* llamada *Tripertita* con la que se inicia una “jurisprudencia laica”.¹⁸

Es entonces, a partir de esos acontecimientos, que comienzan a tener un rol protagónico los jurisconsultos romanos, quienes llegaron a emitir verdaderos criterios jurídicos, a pesar de que estos, en sus inicios no eran en estricto sentido obligatorios, sino únicamente persuasivos. El cumplimiento de estos pronunciamientos se debía, más que a una coerción jurídica, a su relevancia jurídica analítica y a la respetabilidad de las personas que los emitían. Es importante mencionar que con el transcurso del tiempo, durante la vigencia del Imperio romano, la jurisprudencia de los jurisconsultos llegó incluso a considerarse fuente obligatoria del derecho,¹⁹ como resultado del argumento de autoridad²⁰ del que se contraban revestidos.

El valor persuasivo y posterior obligatorio de los criterios de los jurisconsultos en una sociedad jerárquica suponía, como no podía ser de otra manera, una posición privilegiada dentro de la sociedad romana, por lo que, en la mayoría de los casos, los jurisconsultos también ocupaban cargos públicos de relevancia en el Imperio, en especial de magistrados o pretores.

Con relación a las competencias que tenían los jurisconsultos, estas fueron variadas, pues comprendían desde la simple consulta, hasta la emisión de una opinión jurídica que podía ser utilizada en un juicio, lo cual denotaba su importancia. Estas funciones o competencias pueden –siguiendo la doctrina–²¹ clasificarse de la siguiente manera: *respondere, cavere, agere, instituere y scribere*.

Mediante la actividad del *respondere*, los jurisconsultos emitían su opinión sobre las cuestiones jurídicas, litigiosas o no, que se les planteaban. Esta función llegó a tener gran relevancia y aunque en un inicio –como ya se mencionó en párrafos anteriores– el criterio no obligaba al consultante, pese a que generalmente sí se tomaba en cuenta debido a la fuerza convincente y a la autoridad relevante de su autor. Como se advertirá con posterioridad, esta función sirvió de base para el desarrollo de la jurisprudencia

18 Bernal de Bugada, “Sobre la jurisprudencia romana”, 92.

19 *Ibid.*, 93-4.

20 La estructura lógica de un argumento (práctico) de autoridad conste en: X ha establecido que la condición C debe hacerse A (por ejemplo, seguir el sistema de fuentes vigentes, o interpretar el enunciado I en el sentido I). X tiene autoridad sobre Y (que se encuentra en condiciones C). Por lo tanto, Y debe hacer A (seguir el sistema de fuentes vigentes, o interpretar el enunciado I en el sentido I). Véase Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2003), 420.

21 Véase Bernal de Bugada, “Sobre la jurisprudencia romana” y Kunkel, *Historia del derecho romano*.

como fuente formal del derecho romano en la época imperial por medio del *ius publice respondendi*.²²

A partir de la actividad del *cavere*, al contrario, los jurisconsultos sugerían los términos y fórmulas que las partes debían usar en la concertación de los negocios jurídicos, labor que alcanzó gran auge a finales de la República, cuando se sintió la necesidad de adaptar las viejas instituciones jurídicas a las nuevas relaciones que fueron surgiendo, de esta manera nace la denominada jurisprudencia cautelar.²³

Mediante la actividad del *agere*, por su parte, los jurisconsultos indicaban a los litigantes los recursos procesales que debían utilizar para la defensa de sus intereses. A través del *instituere* los jurisconsultos impartían la enseñanza del derecho; antecedente de las famosas escuelas de derecho que posteriormente se desarrollaron en la época clásica.

Y, finalmente, la tarea del *scribere* de los jurisconsultos se refería a la de componer colecciones y tratados sobre temas jurídicos, a partir de lo cual el derecho empieza a ser publicitado y conocido en forma de *responsa* y de *regulae*.²⁴

De lo anotado se deduce que no todas las competencias de los jurisconsultos correspondían al área jurisdiccional, en estricto sentido, por lo que en principio su ejercicio se lo podría asimilar, al menos en parte, a la doctrina y defensa técnica en el sentido moderno. Sin embargo, todas las actividades sí estuvieron ligadas al área jurídica, entendiendo que en muchas ocasiones –como se ha señalado– los jurisconsultos complementaban su labor en la magistratura o en una labor de asesoría con influencia directa en las decisiones judiciales; razón por la cual, desde esta óptica, sus criterios se convertían en derecho.²⁵

Ahora bien, queda de manifiesto que la naturaleza jurídica de las consideraciones de los jurisconsultos no es un tema terminado, pues si bien sus criterios directamente no podían considerarse como vinculantes, con fuerza coercitiva, si es evidente que tenían una función importante en el desarrollo del derecho romano; de ahí que en la actualidad perdure entre

22 Existen discrepancias respecto a las reales dimensiones del *ius publice respondendi* –la jurisprudencia del principado– que se generaba a partir del grupo reducido de juristas que “asesoraban” al emperador; sin embargo, existe el consenso mayoritario de la importancia de los criterios esgrimidos por este grupo de especialistas. Véase Vincenzo Arangio-Ruiz, *Instituciones de derecho romano* (Buenos Aires: Editora de Palma, 1986).

23 Se la denomina “jurisprudencia cautelar” dado que los criterios de los jurisconsultos estaban ligados a dirigir la concreción de un negocio jurídico de acuerdo con los criterios jurídicos existentes, para evitar que en el futuro se generen controversias. Ver Robert Von Mayr, *Historia del derecho romano*, 1 (Barcelona: Labor, 1930), 44.

24 Bernal de Bugeda, “Sobre la jurisprudencia romana”, 92-3.

25 *Ibid.*, 93.

los historiadores del derecho²⁶ un amplio debate respecto a la obligatoriedad de los criterios que emitían los jurisconsultos.

En efecto, el debate se sustenta, entre otras razones, porque a partir de la creación del *Consilium Principis* –colegio de jurisconsultos encargados de asesorar al emperador, creado en la época de Augusto– los criterios que emitían no eran vinculantes; al contrario, “debieron pesar más en el ánimo de los jueces, porque provenían de personas ‘con influencias’ frente al emperador mismo”.²⁷ De lo cual se advierte que, a pesar del carácter persuasivo de estos criterios, en la práctica gozaban de algún grado de autoridad.

Es probable que durante el reinado de Adriano (117-138), las respuestas del colegio de jurisconsultos que asesoraban directamente al emperador, “debieron tener fuerza de ley, además de intervenir estos [criterios] directamente en el proceso legislativo como miembros del concilio”.²⁸ Esto evidencia que sus decisiones tenían plenos efectos jurídicos en el proceso de conformación del derecho escrito; es decir, en este período las consideraciones de los jurisconsultos podían tener una fuerza vinculante para los pretores o magistrados.

Hasta aquí se ha realizado una breve mención a la figura de los jurisconsultos, destacándose cómo sus comentarios pasaron de ser opiniones con carácter persuasivo, a constituir fuentes del derecho romano. A partir de esta época, los jurisconsultos comienzan a tener mayor relevancia con sus nuevas facultades, y en consecuencia, tiempo después, empezará el período de publicación de las grandes compilaciones jurídicas.

Vale resaltar en este punto de análisis, que en gran medida el derecho romano le debe su trascendencia en el tiempo a la obra jurídica realizada por el emperador Justiniano (527-565). Ciertamente, al haber dividido el Imperio romano –el entonces emperador bizantino– se propuso recuperar la gloria y territorios perdidos en el siglo pasado (siglo V); y también recopilar la obra jurídica romana en un compendio que se convertirá, años más tarde, en el fundamento del derecho continental europeo, con influencia directa de los estudios de la famosa Escuela de Bolonia.²⁹

Como es de amplio conocimiento, la obra más relevante de Justiniano es el *Corpus Iuris Civilis*, compilación que fue encomendada cuidadosamente al jurista Triboniano; esta obra está compuesta por tres partes: *Institutiones*,

26 Véase Von Mayr, *Historia del derecho romano*; también Beatriz Bernal y José de Jesús Ledesma, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas* (México DF: Porrúa, 2000).

27 Bernal de Bugada, “Sobre la jurisprudencia romana”, 95.

28 *Ibid.*

29 Véase René David y Pedro Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (Madrid: Aguilar, 1969), 79-99.

Digesto y *Codex* que se actualizó a través de las *Novellae*. El *Codex* fue la primera en publicarse (529); contiene todas las Constituciones imperiales, y estuvo a cargo del jurista Juan de Capadocia. Para la segunda parte, que se denominó *Digesto* (533), Triboniano trabajó junto con 16 juristas por él escogidos; esta obra recoge la jurisprudencia de los más reconocidos jurisconsultos romanos.³⁰

El *Digesto*, compuesto por cincuenta libros que contienen títulos y leyes, trata sobre temas tan diversos como la jurisdicción, el usufructo, el trabajo de los esclavos, de “la acción tributaria”, entre otros. Para su elaboración, Triboniano compiló la obra de los jurisconsultos romanos entre los que se destacan los escritos realizados por Ulpiano, Gayo, Paulo, que constituyen gran parte de la misma.³¹

Como se puede advertir, en este estudio la cita al *Digesto* no es gratuita, pues genera dos lecturas acertadas y opuestas a la vez. La *primera* radica en que esta compilación puede ser considerada como un verdadero germen frente al análisis de la importancia de la actividad jurisdiccional, dado que:

El *Digesto* dice que “nuestra propia ley civil no es escrita sino que consiste exclusivamente en la interpretación de los juristas”. Las opiniones de los jurisconsultos finalmente empezaron a ser escritas y adquirieron una fuerza persuasiva para casos posteriores, pero el método siguió siendo dialéctico y casuístico. “Con base en el estudio de las determinaciones justas e injustas, la jurisprudencia eleva el conocimiento general y llega a formular ‘definiciones’, ‘reglas’, ‘veredictos’, opiniones de los jurisconsultos”. El *jus civile* es una colección de decisiones justas y reglas jurisprudenciales, de decretos procedimentales de los magistrados y, también, de decretos de los juristas de las cortes imperiales, y tiene poca afinidad con los sistemas legales contemporáneos, excepto con el derecho consuetudinario (*common law*) antes del asalto del espíritu codificador europeo. El *Digesto* claramente señala que la “regla describe una realidad brevemente. El *jus* no emana de la regla sino que el *jus* existente crea la regla”.³²

De lo transcrito se deduce que la obra compila una serie de criterios, los cuales gracias a la “recopilación” fueron adquiriendo fuerza obligatoria sobre su aplicación y reiteración en la praxis jurídica. Es este hito de publicidad el que demuestra cómo la jurisprudencia realmente en un período determinado puede constituirse en fuente del derecho.

La *segunda* lectura que puede darse a este gran proceso codificador, tiene un tinte formalista por cuanto está relacionada con la concepción del derecho

30 En una época posterior fue incluida las actualizaciones de este, parte a la que se le denominó *Novellae*.

31 Véase Ildelfonso García del Corral, *Cuerpo del derecho civil romano*, trad. por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, t. I (Madrid: Jaime Molinas, 1889).

32 Douzinas, *El fin de los derechos humanos*, 56.

mismo. En efecto el derecho, a partir de la compilación del *Corpus Iuris*, para muchos juristas romanos se reducirá a estas normas, lo cual evidentemente es también el germen del positivismo formalista,³³ retomado años más tarde en el derecho europeo continental, afincando la concepción del derecho como acto eminentemente autoritativo del Estado, pleno, completo y coherente.

Para finalizar este apartado, en el cual se realizó una breve mención de cómo se desarrolló la jurisprudencia en el derecho romano, y también se destacó cómo la obra jurídica de los jurisconsultos llegó a estar contenida en el *Digesto*, es importante mencionar que la obra de Justiniano es relevante para el análisis del precedente constitucional, por cuanto, a más de constituirse en el “hito más importante de la historia de la familia jurídica Romano-Germánica e incluso el hito más sobresaliente de la historia jurídica del mundo”,³⁴ se constituye en el “primer” libro de jurisprudencia.

La evolución de la jurisprudencia en el derecho francés

Al analizar el precedente constitucional, como objeto de este estudio, uno de los escenarios que no puede obviarse en la evolución de la jurisprudencia en los sistemas de *civil law* es el derecho francés. Como es de amplio conocimiento, en Francia acaecieron varios fenómenos sociales y jurídicos que terminaron influenciando a gran parte del mundo occidental, principalmente la Revolución francesa, sus consecuencias e instituciones jurídicas. En este sentido, el ordenamiento jurídico francés ha sido fuente de referencia de muchos otros; razón por la cual al estudiar la concepción de la jurisprudencia francesa, sin duda, se tocarán tópicos asimilables a varios ordenamientos europeos y americanos.

Dentro de aquellos elementos comunes del derecho continental, el más relevante es la influencia de las instituciones contenidas en el Código Napoleónico o Código del pueblo francés, expedido en 1804. Este histórico cuerpo normativo contiene, sobre la base de la evolución e importancia del derecho romano, postulados establecidos en el *Corpus Iuris Civilis* y también del derecho romano-germánico, de allí que la influencia romana y la de sus antiguos jurisconsultos, perdure en los ordenamientos de corte continental, conforme fue mencionado.

33 Para el positivismo formalista, el derecho de origen legislativo goza de plenitud hermenéutica, es decir, el sistema jurídico es claro, completo y coherente, siendo el único mecanismo válido de interpretación el literal pues el único que guarda coherencia con el respeto irrestricto de la ley. Véase Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel, 2010).

34 Nuria González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”, 658, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/.../cnt27.pdf>>. Consulta: 13 de marzo de 2016.

Para comprender la evolución de la doctrina en la jurisprudencia del derecho francés, es necesario indagar en la historia, razón por la cual cabe realizar algunos comentarios de cómo se entendía a la jurisprudencia antes del 14 de julio de 1789 –fecha génesis de la Revolución francesa–, para así lograr entender el repudio generalizado en la *République* respecto a la creación judicial del derecho.

En el período anterior a la Revolución, es decir, en el *ancien régime*, los parlamentos provinciales se encargaban de administrar justicia, por ello adoptaban resoluciones mediante “las cuales anunciaban que pensaban establecer y seguir, en sus decisiones posteriores, tal o cual principio de derecho. Estas decisiones eran lo que todavía se denomina: *arrêtés de réglemant*, es decir sentencias reglamentarias”.³⁵ De ahí que la jurisprudencia puede ser considerada como una verdadera fuente de derecho e incluso, en algunas ocasiones, como un contrapeso del poder despótico de la monarquía, lo cual en aquellos tiempos le valió un estatus de prestigio en parte de la sociedad francesa. Pero esta concepción va a cambiar en el tiempo de la revolución, y de alguna manera, la jurisprudencia en el derecho francés no volverá a ser considerada fuente directa de derecho, o por lo menos, para los *inquietos franceses*, no tan claramente, lo cual se analizará más adelante en este tratado.

Principalmente, los tribunales del antiguo régimen imponían la desconfianza, dado su poder de revisión de los decretos del soberano –cuando se consideraban contrarios a las leyes fundamentales del reino–, con una justificación en leyes no escritas, y en algunas ocasiones respondían al arbitrio de su conservadurismo y a la necesidad de mantener el *statu quo* en beneficio de su clase. Sobre la base del mecanismo de adopción de decisiones, estos tribunales se constituyeron como órganos impredecibles, que operaban de manera arbitraria, pues su “poder” para desconocer leyes y decretos no tenía ninguna justificación racional. Como resulta obvio, la secuela de este proceder sirvió de fundamento para que cada tribunal sea el creador del “derecho”, y en consecuencia el término jurisprudencia fue asociado como el derecho *ex novo* y arbitrario, instaurado por cada judicatura, a partir de lo cual se evidenció el reino del anarquismo.

La Revolución francesa y la organización judicial

Una vez acaecido todo el proceso revolucionario, en las discusiones para la conformación del nuevo orden jurídico, surge la fuerte idea que los antiguos parlamentos debían estar sometidos al nuevo orden político preestablecido mediante reglas, por lo cual era inviable que continuaran

35 Claude Belair Mouchel, “Comentario de jurisprudencia francesa”, en *Legislación y jurisprudencia. Gaceta informativa*, n.º 24 (1978): 330.

ostentando sus antiguas facultades, pues, en definitiva, aquellas vendrían a otorgarles un poder incontrolable que se convertiría en un obstáculo para el nuevo *statu quo* de Francia.

La prioridad de la *République* en surgimiento era destruir el antiguo orden y empezar uno nuevo mediante el establecimiento de un poder legislativo que respondiera a los intereses de la mayoría de la población y no exclusivamente a un pequeño grupo reducido de nobles. A pesar de esto, los revolucionarios no obviaron la importancia que los parlamentarios habían tenido en el antiguo régimen,³⁶ pues incluso en el dictamen de la Asamblea Nacional Constituyente reconocieron expresamente lo que estos significaron para el orden jurídico, con la aclaración de su posición respecto a ese protagonismo:

La nación no ha olvidado lo que se debe a los parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía; ellos solos han defendido los derechos de la nación [...] Se les debe reconocimiento; pero no es de reconocimiento de lo que hay que ocuparse para regenerar el imperio [...] Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir el despotismo, pero este ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria.³⁷

La idea de trasfondo responde a que los tribunales judiciales no ejerzan directa o indirectamente el poder legislativo, ni impidan o suspendan la ejecución de decretos expedidos por la Asamblea. Las reflexiones de Robespierre reflejan claramente el pensamiento de la época, atinente al valor que se le debe dar a la jurisprudencia: “Esta palabra jurisprudencia de los tribunales [...] debe ser borrada de nuestro idioma; en un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia no es otra cosa sino la ley”.³⁸ En igual sentido reflexionaba Le Chapelier al señalar que: “El Tribunal de Casación no deberá tener jurisprudencia. Si la jurisprudencia de los tribunales, la más detestable de todas las instituciones, existiera en el Tribunal de Casación, habría que destruirla”.³⁹

Entonces, resulta claro el ínfimo valor que en la *Republique* se le quiere otorgar a la jurisprudencia: reduciéndola al máximo, resumiéndola a un

36 Es decir, que mantuvieron frente a ellos una postura ambivalente: si, por un lado, rechazaban la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales obstaculizaran la acción del Poder Legislativo con sus interpretaciones, por otra, les reconocían el haber sido uno de los pocos elementos de control de la soberanía monárquica absoluta.

37 Citado en Eduardo García de Enterría. *Revolución francesa y administración contemporánea* (Madrid: Civitas, 1994), 48.

38 *Archives Parlementaires*, 1 Serie, t. XX, 516. Citado en Belair Mouchel, “Comentario de jurisprudencia francesa”, 330, en *Legislación y jurisprudencia*, Gaceta Informativa, 24.

39 Luis Díez Picazo, *La jurisprudencia en el poder judicial*, vol. I (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales-Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1983), 273.

ejercicio de aplicación mecánico del derecho. Esta ideología revolucionaria quedará plasmada en el sistema jurídico francés y, por consiguiente, en la mayoría de sistemas de *civil law*, a partir de la vigencia del Código Napoleónico de 1804 o Código de Napoleón.

En efecto, los art. 5 y 1351 de dicho cuerpo normativo contienen dos principios que definieron el accionar del entonces Tribunal de Casación, restringido a la verificación del orden legal y la separación de poderes, sin facultad para realizar ningún tipo de interpretación, cuestión restringida exclusivamente al poder legislativo.⁴⁰ Así, el art. 5 establecía: “Queda prohibido a los jueces pronunciar por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas a ellos sometidas”,⁴¹ infiriéndose que los jueces no estaban obligados a seguir los lineamientos proferidos en decisiones anteriores; es decir, cada caso debía resolverse sobre la interpretación exclusiva y excluyente de la ley. Por su parte, el art. 1351 determinó claramente: “La autoridad de la cosa juzgada no tiene efecto más que con relación a aquello que fue juzgado. Lo que se pide debe ser exactamente lo mismo; la demanda debe estar fundada sobre la misma causa, implicar a las mismas partes, estar formulada por ellas y contra ellas sin cambio de calidad”.⁴²

A partir de la normativa establecida en el Código Napoleónico las decisiones judiciales tendrán autoridad “relativa y no absoluta”, en tanto se encaminaron únicamente a la ejecutoria de la decisión,⁴³ es decir, resolver el caso concreto con justificación exclusiva y excluyente en las reglas contenidas en los códigos promulgados por la Asamblea. Lo cual, a pesar del formalismo imperante, se transforma a partir de la creación de la Corte de Casación, puesto que se le asigna a la jurisprudencia un valor relativo en el derecho francés, situación que se analizará en el punto siguiente.

Luego del proceso revolucionario y con la consolidación del nuevo poder político, Francia adoptó un sistema de organización administrativa que dio resultados muy significativos y en corto tiempo; de este modelo se derivará el sistema de administración de justicia administrativa moderna.

40 El artículo 12 de la Ley revolucionaria sobre organización judicial de agosto de 1790 determinaba que los tribunales judiciales “... deberán remitirse al cuerpo legislativo siempre que encuentren necesario interpretar una ley u obtener una nueva”. Ver Díez Picazo, *La jurisprudencia en el poder judicial*, 270.

41 *Ibid.*, 271.

42 *Ibid.* Esta disposición normativa será reproducida en el mismo sentido, en la mayoría de códigos civiles que tienen origen en el Código Napoleónico; así, en el caso ecuatoriano, subsiste la disposición “Artículo 3.- Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren”. Ecuador, Código Civil, art. 3, codificación 010, 24 de junio de 2005.

43 García de Enterría, *Revolución francesa*, 331.

Así, por ejemplo, para García de Enterría, la recepción del modelo administrativo francés fue en principio imposición napoleónica en los territorios conquistados; sin embargo, no pasó mucho tiempo para que este modelo de administración fuera aceptado por los países europeos continentales y perdurara en el nuevo orden territorial por sus interesantes características. Efectivamente:

Así se forjó el modelo de la gran Administración contemporánea, “cette belle conquête de la Révolution que l’Europe nous envie”. Toda Europa, en efecto, en un nuevo proceso de recepción más enérgico, más intenso y más rápido que el que pudo ser la recepción del Derecho Romano, adoptó este ejemplo, que se consagró en seguida como la fórmula de los tiempos. En verdad, como hemos tratado de exponer, una suerte de vinculación profunda la ligaba definitivamente al nuevo período histórico que la Revolución había abierto.⁴⁴

La influencia de este modelo de administración fue tan fuerte que perdura hasta nuestros días, obviamente, con las modificaciones y particularidades de cada uno de los Estados en los que se ha adoptado. La organización administrativa del poder judicial se avizoró como: “En cada cantón, un juez de paz [...] En cada distrito, un tribunal de primera instancia [...] En cada departamento, un jurado [...] En cada gran distrito judicial, un tribunal superior [...] En la capital, un tribunal de casación”.⁴⁵

Esta organización judicial con relación a las materias estuvo dividida en tres partes: el orden administrativo, el orden judicial o civil y el orden penal o criminal. El orden administrativo se constituyó completamente autónomo y, por su parte, lo civil y lo penal tenía una corte de casación encargada de salvaguardar el orden legal, situación puntual a ser abordada más adelante.

De estas características se infiere que Francia se constituyó en el escenario más influyente en el desarrollo moderno del *civil law*, a partir del predominio absoluto de la creencia en la soberanía parlamentaria, traducida en la supremacía jerárquica de la ley, como fuente excelsa del derecho, y la nula actividad interpretativa del juez. Es en este período en el que van a primar las ideas de democracia representativa, otorgándole valor a la participación del pueblo al escoger sus representantes, y por consiguiente, la prevalencia del legislador por sobre el juez y la noción de una rígida separación de poderes. Entonces, a partir de la ideología predominante no se le otorga ninguna influencia jurídica a los pronunciamientos jurisdiccionales, limitada solo a la resolución del caso concreto.

44 Ibid., 72-3.

45 Véase “La historia de las instituciones judiciales surgida de la Revolución en Godechot”, en Eduardo García de Enterría, *Revolución francesa*, 69.

En síntesis, el modelo de juez que instaura la Revolución francesa, teorizado principalmente por Montesquieu,⁴⁶ y concretizado a partir de la legislación, debe entenderse en el marco de una reorganización general de los poderes, y de una reestructuración de la organización de la función judicial, estructura que respondió a las necesidades territoriales, y que se convirtió por más de un siglo⁴⁷ en el rasgo distintivo del Estado europeo continental.

La reacción antiformalista: Los inquietos franceses frente a la Escuela de la Exégesis⁴⁸

Desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a reconocer el valor cognitivo de la jurisprudencia, que se iba formando con los criterios constantes generados mediante las decisiones de los tribunales (fenómeno denominado en Francia como *jurisprudence constante*);⁴⁹ es importante resaltar que a la par en EE. UU. también germinaba un realismo sociológico,⁵⁰ liderado por Roscoe Pound, cuya referencia será efectuada más adelante. El surgimiento de la *jurisprudencia constante* resultó un cambio relevante en el concepto de derecho, que el legalismo liberal instauró en este país europeo.

46 Véase Charles Louis de Secondant, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, libro XI, trad. y preparación por Mercedes Blásquez y Pedro de Vega (Madrid: Tecnos, 1972).

47 Situación que se modifica a partir de la Segunda Guerra Mundial, lo cual será analizado en el segundo capítulo.

48 La corriente metodológica dominante en Francia, posterior a la Revolución fue la de la Escuela de la Exégesis, que ejerció su influencia hasta finales del siglo XX. Las características de esta escuela consistían principalmente: a) respeto al texto literal de las normas; b) predominio de la intención del legislador a la hora de interpretar las leyes; c) primacía del derecho legislado por cualquier otra fuente. Ciertamente de estas características fundamentales de la Escuela de la Exégesis se desprende que la función del juez es una labor casi mecánica de aplicación-repetición de la norma a casos concretos, por un procedimiento lógico-deductivo (teoría de la subsunción). Los jueces no pueden crear derecho, ni siquiera pueden hacer una interpretación extensiva de la ley Léon Husson "Analyse critique de la méthode de L'Exégèse", en Dalloz, ed., *Nouvelles études sur la pensée juridique*, trad. por Gabriel Limodio, 184-96 (París: Ed. Dalloz, 1974), <<http://web.archive.org/web/20090306035902/http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/La%20escuela%20de%20la%20Exegesis.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

49 Diego López Medina, *La teoría impura del derecho* (Bogotá: Temis, 2000).

50 Para el realismo jurídico el derecho no está formado por normas con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal que efectivamente observa la sociedad, en consecuencia, prima el concepto de eficacia por sobre el concepto de validez. En esta lógica, la actividad jurisdiccional ocupa un rol predominante, dado que hasta que no se aplique las normas, están son letra muerta. De la escuela realista del derecho se puede citar dos ramificaciones de gran influencia en el mundo jurídico, la primera la estadounidense (Oliver Wendell Holmes Jr. Roscoe Pound, Jerome Frank, entre otros), y la escandinava (Axel Hägerström, Alf Ross y Karl Olivecrona). Véase Brian Leiter, *American Legal Realism. U of Texas Law, Public Law Research Paper*, n.º 42 (2002), <<http://ssrn.com/abstract=339562>> <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.339562>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

La interpretación radical del principado de la ley apostaba a que todos los casos debían ser resueltos por el juez en estricta y literal obediencia de alguna disposición legal. Sin embargo, la práctica jurídica puso de manifiesto que varios casos no podían resolverse con exclusiva referencia a la ley; de hecho, los códigos tenían vacíos, ambigüedades, contradicciones, choques de intereses y derechos, situación que por necesidad generó que los criterios jurídicos anteriores de los jueces fueran considerados con el tiempo. Contra el espíritu revolucionario del legalismo y de la estricta exégesis de textos, empezó a aceptarse con lentitud que la jurisprudencia tenía incidencia en la resolución de los casos, lo cual evidencia una rehabilitación “limitada” de su valor como fuente de derecho.

La paulatina recuperación de la fuerza persuasiva de la jurisprudencia comenzó con las reflexiones doctrinales publicadas en obras jurídicas denominadas “colecciones” o “compendios”, que se originó en Francia y otros países europeos, a partir de la relevancia que adquieren los criterios de los jueces en la práctica jurídica;⁵¹ así se publica:

desde el año de 1827 el *Recueil* de sentencias de Armand Dalloz con el nombre de “Jurisprudence générale du Royaume: en matière civile, commerciale et criminelle ou journal des audiences de la cour de cassation et des cours royales”. El mismo autor publica en 1835 el *Dictionnaire général et raisonné de législation, de doctrine et de jurisprudence*.⁵²

Estas manifestaciones jurídicas revelan que la ideología legalista de la codificación francesa no era absoluta principalmente en la práctica judicial. La importancia de la publicación de esas obras era doble, pues presentaba los criterios jurisprudenciales sobre la resolución de las causas a los abogados litigantes, al mismo tiempo que los sistematizaba. Ahora bien, con relación a los criterios de sistematización surgieron interesantes debates acerca de los métodos de organización útiles para aprovechar la argumentación jurídica contenida en las decisiones judiciales,⁵³ lo cual puso de manifiesto la necesidad de un método propio para el análisis del derecho judicial, distinto del legislado, que pueda generar una lectura adecuada de la jurisprudencia y, en consecuencia, un método apropiado para su esquematización.

Respecto a este tema, Francois Géný, uno de los mayores exponentes de los doctrinarios franceses, que entendió al sistema de fuentes,

51 García de Enterría, *Revolución francesa*.

52 Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente de derecho: Visión histórica y comparada”, *Umbral*, n.º 1 (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional –CEDEC– / Corte Constitucional del Ecuador, 2011), 28.

53 En el punto 2 de este capítulo se profundizará en los métodos de organización y sistematización de la jurisprudencia.

más allá de las reglas establecidas en la ley –de ahí la denominación a este grupo de juristas como “inquietos” frente al monopolio absoluto de ley–, reflexionaba:

La cuestión que se presenta aquí se puede traducir brevemente en una fórmula corriente en Francia, diciendo que se trata de saber si nosotros *podemos y debemos* hoy reconocer un poder pretoriano a la jurisprudencia [...] Se trata sencillamente de saber si la circunstancia de que una cierta interpretación jurídica que ha prevalecido en un juicio, o mejor, en una serie de juicios, que una regla de derecho, más o menos dudosa, ha sido consagrada jurisdiccionalmente un cierto número de veces, confiere a esa interpretación o a esa regla, mirada en lo sucesivo como regla abstracta, y por el mandato de la solo autoridad de que ellas emanan, el valor de preceptos cuasi-legislativos, que en todo caso se impondrían en lo sucesivo en algún respecto al intérprete.⁵⁴

En esta línea de pensamiento, Géný sostenía que no era extraño encontrar en la argumentación de las sentencias otras decisiones constantes –criterios reiterativos– que justificaran las decisiones adoptadas; lo cual derivó que el derecho se analice desde “las modificaciones sobrevenidas en la práctica, las evoluciones de la jurisprudencia”,⁵⁵ dejando de lado el excesivo culto a la ley. Este mecanismo de análisis jurídico no fue aislado, pues encontró fundamento en la “doctrina que en esa época presentaron los nuevos *arrétisters*: Bartin, Lambert, Labbé, Baudant, Bufnoir y Hauriou”,⁵⁶ juristas que introdujeron varias técnicas utilizadas en la praxis jurídica, como por ejemplo, la de “líneas jurisprudenciales”.

Así, los *inquietos franceses* determinaron que el “derecho decisonal” es una expresión del derecho.⁵⁷ Ahora bien, esta forma de expresión del derecho, en su consideración ejercía pleno efecto en los casos de anomia legal, rompiendo con el esquema rígido de la Escuela de la Exégesis y con el postulado de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, dado que la solución a adoptar no se encontraba en las reglas legales, sino que surge como resultado de la investigación jurídica realizada en la jurisprudencia. A partir de esta actividad, coligen los *inquietos franceses* que los jueces tenían *poder pretoriano* para decidir por fuera o más allá del Código; sin embargo, esos fallos no tenían en estricto sentido el carácter de normas obligatorias para casos futuros, sino que se constituían, en *autoridad persuasiva*.

54 François Géný, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2a. ed. (Madrid: Reus, 1925), 478-80.

55 Lyon Caen y Renault, *Tratado de derecho comercial*, citado por Géný, *Método de interpretación*, 188, párr. 145.

56 Véase Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2000).

57 Véase María José Bernuz Beneitez, *Francois Géný y el derecho: La lucha contra el método exegético* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia –UEC–, 2006).

Este valor persuasivo de la jurisprudencia se fundaba principalmente en lo que se denominó “factores de identidad cultural del derecho francés”, relacionados con la tradición jurídica de su derecho, puesto que al no generarse técnicas de aplicación de la jurisprudencia en su sistema jurídico –al contrario de lo que ocurrió en Inglaterra, que por su tradición en el *common law*, la técnica de aplicación e interpretación del precedente es uno de los principales temas a estudiar– sostenían que es difícil concebir que una sentencia sienta precedentes claros (reglas) para casos futuros análogos.⁵⁸

Razón por la cual, manteniendo las características propias de su sistema jurídico, los *inquiets franceses* insistirán en que el propósito de sus reflexiones consistía en “agrandar la esfera de acción de los tribunales”, principalmente en los casos de anomia legal, pues la actividad pretoriana se abre paso a la libre investigación científica, mas se rechaza la doctrina del precedente de tipo *common law*.

En síntesis, estos juristas impusieron reflexiones que se compadecían de la práctica judicial ante la realidad de vacíos, contradicciones, inconsistencias de la ley resaltando la importancia de los criterios judiciales en la formación del derecho, pues evidenciaron que estos permiten dinamizar la práctica jurídica frente a la realidad, dada la imposibilidad de que el legislador regule todos y cada uno de los espacios de conflictos que se presentan en el derecho. Este movimiento, sin lugar a dudas, es el origen de escuelas del derecho que permiten entender la producción del derecho en un sentido dinámico, abandonando el formalismo exacerbado de la estatización del derecho.⁵⁹

El recurso de casación francés y la generación de jurisprudencia

Toda esta polémica en torno al uso de las fuentes y de la interpretación va a encontrar su reflejo institucional en la regulación del recurso de casación. Efectivamente, será con esta institución jurídica que se tratará de establecer la posición de los jueces en el proceso de administración de justicia, desde la cual se terminó por imponer jurídicamente una cierta concepción de la relación entre el poder legislativo, interpretación y el poder judicial.

58 Véase Bernuz Beneitez, *Francois Géný y el derecho*.

59 No es objeto de este estudio el análisis de las escuelas jurídicas de pensamiento, mucho menos de las distintas ramificaciones que se presentan en cada realidad. Sin embargo, es preciso señalar que la jurisprudencia, en tanto fuente de derecho, es uno de los elementos fundamentales que dan cuenta de elementos propios de escuelas formalistas y antiformalistas del derecho. Véase López Medina, *La teoría impura del derecho*.

En efecto, tras su creación en 1790, el Tribunal de Casación francés no fue propiamente un supremo intérprete unificador de las distintas interpretaciones de la ley que existiesen en los estrados judiciales inferiores,⁶⁰ sino que se constituyó en el órgano encargado de vigilar que la interpretación judicial de la ley sea nula; en términos de Montesquieu, que los jueces se limiten a ser “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley”.⁶¹ Desde esta perspectiva, la función judicial es la boca muda de la ley, de lo cual se infiere la prevalencia de la interpretación literal, fiel reflejo de la razón jurídica impuesta por el legislador mediante la ley.

Con la expedición de la Ley de 1 de abril de 1837, el antiguo Tribunal de Casación, instituido en 1790, se convierte en Corte de Casación. Este cambio constituye un avance importante en materia jurisprudencial, sobre todo, porque entre las nuevas competencias de la Corte se encuentra la de unificar la jurisprudencia de los tribunales franceses. Igualmente, como órgano superior, la Corte de Casación también va a verificar que las decisiones de los jueces estén conformes a la ley. En consecuencia, la Corte de Casación no constituye una tercera instancia,⁶² su labor es de un “juez del derecho y no del hecho”,⁶³ razón por la cual sus decisiones no se refieren al asunto controvertido –resolución del caso concreto– sino a verificar que las decisiones de los jueces sean conformes con la ley.⁶⁴

En concreto, fueron tres los factores determinantes en el nacimiento de la casación en Francia. El primero, relacionado al concepto “ley”

60 El nombre de Tribunal, que en las discusiones de la Asamblea se ve generalmente atribuido al órgano de casación que se ha de instituir, y la consiguiente calificación de *juges* que se ve dada a sus miembros, no debe hacer creer que la Asamblea pretendiese crear en él un órgano jurisdiccional, similar a los verdaderos y propios tribunales. Véase Piero Calamandrei, *La casación civil*, t. I, vol. II (Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1945), 53.

61 Véase Barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 149.

62 Sergio Muñoz Gajardo, “Historia y naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación”, en VV. AA., *El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia* (Quito: Corte Nacional de Justicia del Ecuador –CNJ–, 2013), 72.

63 “Se ponía así claramente de manifiesto que no se estaba ante un órgano jurisdiccional que juzgara sobre los derechos de las partes (del llamado *ius litigatoris*), sino ante un órgano político que defendía la vigencia de la ley (del *ius constitutionis*). Desde el principio, en Francia se quedó claro que los tribunales ordinarios juzgaban a las partes y por medio de la casación se juzgaba a las resoluciones judiciales”. Juan Montero Aroca y José Flors Maties, *El recurso de casación civil: Casación e infracción procesal* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009), 250.

64 Belair Mouchel, “Comentario de jurisprudencia francesa”, 334. Todo ello en consonancia con la anterior tradición. Así, Tolosa Villabona manifiesta que: “Por ende en su nacimiento ‘*casation*’, originariamente tenía el significado de anulación, tomando luego como significado específico, “anulación que solo el rey podía llevar a cabo sobre una sentencia por razones de índole política”, siendo entonces un acto ejecutivo y político, mas no jurisdiccional, ya que, articulado con todos los de la administración de justicia y colocado en su cúspide, vela por la recta interpretación y aplicación de la ley”. Luis Armando Tolosa Villabona, *Teoría y técnica de la casación* (Bogotá: Edic. Doctrina y Ley Ltda., 2008), 30.

–manifestación de voluntad soberana– que es el eje jurídico central en el que se desenvuelve la doctrina revolucionaria. El segundo, referente a la libertad y voluntariedad con la que los ciudadanos se someten a la ley,⁶⁵ lo que genera el tercer elemento, atinente a la necesidad de articular una vigilancia sobre el adecuado uso de la voluntad del pueblo soberano y una igual aplicación de la ley para todos a través de la creación de un órgano que, con un criterio único, mantuviese a los jueces dentro de los límites de aplicación de la ley.⁶⁶

Para establecer si la Corte de Casación emite jurisprudencia, se debe determinar si sus pronunciamientos cumplen o no con los requisitos necesarios para que sea considerada de esta manera. Al respecto, se debe señalar que los elementos necesarios, a partir de la doctrina francesa, son: las sentencias o ejecutorias, la reiteración y la jerarquía judicial, también se menciona que puede existir un cuarto elemento relacionado con la publicidad, aunque este último en estricto sentido no sería necesario para la “formación de la jurisprudencia francesa”.⁶⁷ Requisitos que, como se estudiará en el tercer capítulo, se encuentran presentes en el sistema de administración de la justicia ordinaria ecuatoriana, razón por la cual, se realizará una referencia a cada uno de ellos.

En lo atinente al *primer requisito*, sentencia o ejecutoria, está vinculado con “lo que se encuentra de más abstracto en las sentencias que tiene un valor general para otros casos posibles. No es la decisión en sí, sino las proposiciones de derecho contenidas en las motivaciones”; es decir, no es la *decisum* lo que debe ser analizado en el proceso de formación de jurisprudencia, sino el razonamiento que justifica la resolución.⁶⁸

Por tanto, dentro de los requisitos a considerar para la existencia de la jurisprudencia se tiene, como primer punto, que la fuerza vinculante se encuentra propiamente en el razonamiento que realiza la Corte de Casación en sus decisiones. Las proposiciones jurídicas que han permitido que la Corte resuelva el caso concreto son consideradas de manera abstracta para establecer el valor jurídico aplicable de manera general a otros casos. Es decir, lo que vincula a los criterios predecesores no es la resolución del caso concreto, sino el razonamiento general, más allá de las concreciones de la resolución del caso *in examine*.

65 Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, trad. por J. Carrier (Barcelona: Edicomunicación, 1994). Esta idea queda, además, expresada en el art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789: “La ley es la expresión de la voluntad general y debe ser la misma para todos tanto si protege como si castiga”.

66 Pietro Calamandrei, *Casación civil*, trad. por Santiago Sentís Melendo y otros, t. I (Buenos Aires: EJE, 1952).

67 Belair Mouchel, “Comentario de jurisprudencia francesa”, 337.

68 Calamandrei, *Casación civil*, 250.

Un punto importante a dilucidar sobre este requisito es determinar si la Corte debe utilizar los mismos argumentos referidos en las decisiones anteriores; es decir, si debe repetir las mismas palabras de las proposiciones jurídicas utilizadas anteriormente, o si por el contrario es el “argumento” el que debe ser utilizado. Al parecer, en el derecho francés lo que se debe verificar es el “argumento”, una razón que refuerza esta posición es que, por regla general, las cortes pueden ampliar o aclarar las proposiciones utilizadas en sus decisiones anteriores, siempre que se mantenga el razonamiento empleado;⁶⁹ con lo cual pesa el significado más que la sintaxis empleada. Este avance en el derecho francés es significativo, pues piénsese que si el método de interpretación por antonomasia en el derecho formalista “es el tenor literal de las palabras de la ley”; la posibilidad de interpretación –a partir de otros métodos–⁷⁰ de los razonamientos jurídicos esgrimidos da la pauta para conocer su significado no limitado exclusivamente a la sintaxis judicial.

El *segundo requisito* a verificarse para hablar de jurisprudencia, en el derecho francés, es el de la reiteración. Este elemento se refiere a que la cuestión de derecho tiene que ser repetida en varias decisiones; a partir de ello existirá la seguridad que las decisiones posteriores tendrán ese sentido. Sin embargo, este parámetro en la jurisprudencia francesa no es una regla absoluta, puesto que existen las “decisiones de principio”. En estas decisiones, “es tan clara la opinión de la Corte de Casación y enunciada de una manera tan decisiva que no deja lugar a duda en cuanto a la doctrina jurídica ahí expuesta, y la voluntad de los magistrados de esta Suprema Corte en verla generalizada”.⁷¹ Reconociendo la excepción, la regla general reside entonces en que el criterio adoptado por la Corte de Casación genera efectos cuando dicho criterio ha sido reiterado, y es mediante esta reiteración que se convierte en fuente de derecho.

El *tercer requisito* es el de la jerarquía judicial. Al establecerse el derecho a la impugnación, las decisiones que toman los jueces superiores prevalecen sobre las de los inferiores, y también persuaden para que en las próximas ocasiones el juez inferior tome el criterio del juez superior. En este escenario, los pronunciamientos de la Corte de Casación prevalecen sobre los criterios de los tribunales inferiores, como argumentos de autoridad, aspecto conocido como los efectos verticales de la jurisprudencia.

69 Belair Mouchel, “Comentario de jurisprudencia francesa”, 339.

70 Ihering señalará por ejemplo que es necesario analizar la realidad sociológica, así plantea frente a los métodos tradicionales, la “jurisprudencia de intereses”. Véase Rudolph Von Ihering, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. Ramón Riza (Madrid: Reus, 2015).

71 Belair Mouchel, “Comentario de jurisprudencia francesa, 338.

En el caso de que el Tribunal inferior no acate las decisiones de la Corte de Casación, esta última siempre tendrá la decisión final, pues cuenta con los mecanismos jurídicos para que su decisión sea obligatoria, tal como se determinó en líneas anteriores; es decir, la Corte de Casación es un tribunal de cierre, razón por la cual sus criterios prevalecen.

Frente a un recurso en casación, la Corte puede adoptar dos caminos: el primero, rechazar el recurso, y en este caso la sentencia de la Corte de Apelaciones tiene pleno efecto; o el segundo, aceptar el recurso y “romper” la decisión del tribunal inferior y reenviar el caso ante otra jurisdicción inferior del mismo grado que la anterior para que resuelva –haciendo un símil con la práctica ecuatoriana, el denominado reenvío–.⁷² La judicatura inferior, a su vez, tiene dos opciones: conformarse con la tesis adoptada por la Corte de Casación o juzgar en el mismo sentido que los primeros jueces. Si su decisión es objeto de un nuevo recurso (*purvoi*), la Corte de Casación decidirá con todas las salas reunidas –instancia más solemne de la Corte–, es posible aquí también que rechace o acepte el nuevo recurso. Si opta por “romper” nuevamente la decisión del tribunal inferior, reenviará el caso ante una tercera jurisdicción inferior, del mismo grado que las dos anteriores, la cual tendrá la *obligación* de adoptar la tesis de la Corte de Casación de “todas las salas reunidas”. Entonces, es gracias a este mecanismo que se puede lograr la unificación de la jurisprudencia.⁷³

Una vez analizados los requisitos, que deben converger en la doctrina jurisprudencial, se puede concluir que las decisiones de la Corte de Casación pueden constituir jurisprudencia; inclusive más, los tribunales pueden emitir jurisprudencia, siempre y cuando, la Corte de Casación no

72 El reenvío entre judicaturas es consecuencia de las competencias exclusivas a cada tribunal; específicamente en el caso del reenvío de la Corte de Casación a tribunales inferiores tiene como antecedente la naturaleza propia de la casación, ya que al no ser una instancia adicional, no tiene competencia para pronunciarse sobre los hechos de los casos concretos, sino exclusivamente sobre la correcta interpretación y aplicación de la ley.

Esta figura en el Estado constitucional, a partir de la tutela de los derechos constitucionales en procesos judiciales, también ha dado origen al reenvío desde la judicatura constitucional a la ordinaria cuando verificada una vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, y/o debido proceso, y/o seguridad jurídica y estando la justicia constitucional imposibilitada de conocer sobre temas de legalidad, reenvía a la judicatura ordinaria para que sea ésta la que subsane la vulneración y resuelva el caso concreto. En efecto “Como ya se mencionó en capítulos anteriores, la Corte Constitucional ha asumido como ‘reparación integral’ en acciones extraordinarias planteadas frente a decisiones de la justicia ordinaria, que esta se limita a disponer el ‘reenvío’, es decir, que sea una nueva sala o tribunal, dependiendo del caso, quien vuelva a dictar una decisión judicial. Lo cierto es, que una reparación integral asumida de esta manera, no ha resultado del todo eficaz”. Véase Patricio Pazmiño Freire, *La acción extraordinaria de protección*, tesis de doctorado, director Roberto Viciano Pastor (Valencia: Universidad de Valencia, 2015), 354.

73 Belair Mouchel, “Comentario de jurisprudencia francesa”, 339.

argumente en sentido contrario. Sin embargo, no se debe olvidar que uno de los objetivos de la Corte de Casación es evitar que los jueces emitan pronunciamientos que generen reglas de carácter abstracto, es decir, potestad normativa en sentido estricto, asegurando que el método de aplicación del derecho sea eminentemente subsuntivo, justificado siempre en una regla legislativa como premisa mayor.

Una vez establecido cómo se entiende la jurisprudencia en el derecho francés y el papel que desempeña la Corte de Casación, vale preguntarse ¿qué naturaleza jurídica tiene la jurisprudencia? Para dar respuesta a este interrogante, es oportuno señalar que a partir de la separación de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, las facultades de cada uno ellos quedaron claramente definidas.⁷⁴ De esta forma, la potestad de emitir normas reglamentarias le está restringida al Poder Judicial, y a partir de este punto, se ha justificado que la jurisprudencia no puede ser tomada como fuente formal de derecho, por cuanto se estaría usurpando funciones eminentemente legislativas; es decir, los jueces no pueden legislar, porque carecen de la competencia para crear reglas de carácter general y abstracto.

En esa línea de pensamiento, la obligatoriedad de la jurisprudencia no puede equipararse a la obligatoriedad que ostenta la ley. Así se entendió que los jueces franceses únicamente ejercen la labor de desentrañar el contenido de la norma jurídica y aplicarla al caso concreto. Ahora bien, sin perjuicio de las excepciones señaladas en el caso de reenvío y la emisión del criterio de la sala plena de la Corte de Casación, los jueces inferiores no tienen la obligación de emitir sentencias en el mismo sentido que sus superiores.⁷⁵

Hasta aquí se estudió la evolución del valor de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico francés, evidenciándose que no forma parte de las fuentes objetivas del derecho, tan solo como criterios informativos, a partir de su desarrollo en el recurso de casación, el que guarda analogía con la mayoría de sistemas jurídicos occidentales instituidos en el siglo XX.⁷⁶

74 Montesquieu fundó su teoría de la separación de los poderes como garantía de la libertad; en efecto esta doctrina propone que el poder contenga al poder, lo que se lograría dividiendo el poder estatal y oponiendo las partes respectivas para que se controlen recíprocamente, lo que se obtiene distribuyendo las funciones estatales entre diferentes órganos. Barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*.

75 Véase Belair Mouchel, "Comentario de jurisprudencia francesa".

76 En el caso ecuatoriano, por ejemplo, la casación y la generación de jurisprudencia se originó a partir de la promulgación de la Ley de Casación de 1993; tema que será abordado en el tercer capítulo.

La evolución de la jurisprudencia en el derecho español

Otro ejemplo importante acerca de la manera en que la jurisprudencia ha sido entendida en los ordenamientos jurídicos de origen en el *civil law* es el caso español. En este país, la influencia del derecho romano y de la Revolución francesa es innegable; no obstante, se presentan algunas particularidades que generan que la naturaleza jurídica y concepción de la jurisprudencia posea particularismos. Obviamente, las diferencias no son únicas al caso español; esta situación se presenta en diferentes ordenamientos de origen en el *civil law*, pues, como se ha mencionado en la doctrina⁷⁷ no existe una uniformidad en todos los sistemas de origen en el *civil law*.

Para entender cómo es concebida la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español, vale la pena referirse a su sistema de casación, que tuvo como antecedente el sistema francés analizado en párrafos anteriores. Sobre esta base se realizará algunas puntualizaciones acerca de la naturaleza jurídica de la jurisprudencia en el sistema de casación español, para pasar al contraste con la casación francesa.

De esa forma, al estudiar los dos sistemas de casación surge una principal diferencia: mientras el modelo de casación francés procura la integridad y supremacía de la ley –para lo cual la Corte de Casación controla el ejercicio jurisdiccional de los tribunales sin llegar a resolver la cuestión de fondo–; la casación española, además de procurar salvaguardar el ordenamiento jurídico, se constituye en un recurso jurisdiccional, es decir, en el caso español si se resuelve el fondo de la cuestión, esto es caso *in examine*.⁷⁸

En otras palabras, los dos sistemas de casación persiguen fines distintos: la casación española procura salvaguardar la materia subjetiva, otorgándole protagonismo a las alegaciones de la *litis*, y en este sentido la función de unificación también va a cambiar; en tanto que, tal como se abordó en apartados anteriores, la casación francesa cumple con un rol netamente de verificación de la interpretación de la ley de manera objetiva, en otras palabras: abstracta.

Otra diferencia relevante de la casación española con la francesa es que en el ordenamiento jurídico español existe la posibilidad de presentar

77 Reinhard Zimmermann, “Derecho romano y cultura europea”, *Revista de Derecho Privado* [en línea] (enero-junio de 2010), <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537592001>>. Consulta: 7 de abril de 2016.

78 Jordi Delgado Castro, “La historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina”, *Revista de derecho (Valparaíso)* n.º 33 (2009): 345-67, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200009&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512009000200009>. Consulta: 6 de abril de 2016.

un recurso de casación ante la eventual “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia”.⁷⁹ Esta facultad demuestra que el valor que se da a la jurisprudencia en el derecho español, es distinto al otorgado en el ordenamiento jurídico francés, pues la jurisprudencia del tribunal superior español, en este orden de ideas, es asimilable a la ley. Estas diferencias generan que la naturaleza jurídica de la jurisprudencia, emitida por el órgano de casación español, pueda ser considerada como fuente de derecho, y en consecuencia, su obligatoriedad varía con relación a la casación en el ordenamiento jurídico francés.

Al analizar el ordenamiento jurídico español se evidencia, como sucede con la mayoría de sistemas jurídicos de origen del *civil law*, que existen algunos mecanismos por los que se crea derecho judicial. El primer enunciado jurídico que se refiere a la jurisprudencia es el art. 1.6 del Código Civil,⁸⁰ norma que se encuentra dentro del capítulo referente a las *Fuentes del Derecho*, en el que de manera categórica se señala: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

Evidentemente, el Código Civil le otorga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo un papel complementario con relación a las demás fuentes del derecho, recordando que este cuerpo legal fue promulgado el 24 de julio de 1889, período en el cual, a la par los *inquiets franceses* cuestionaban el formalismo como teoría del derecho, consagrando en el art. 1.1: “Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.⁸¹

Sobre la base de la normativa civil española, entonces, la jurisprudencia es una “fuente indirecta” del derecho que reviste importancia, en tanto proporciona a la comunidad jurídica interpretaciones de las fuentes primarias del derecho,⁸² las que conforme lo determina el art. 1.1 son la ley, la costumbre y los principios generales; es decir, la jurisprudencia no constituiría fuente formal del derecho, expresado categóricamente en el art. 1.1.

79 María Victoria Iturralde Sesma, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho en los sistemas de *civil law* el caso español”, *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 12 (1995): 401-24, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142313>>. Consulta: 5 de abril de 2016.

80 Esta disposición se introdujo en la reforma de 9 de julio de 1974 y se ha mantenido, sin cambios, hasta la actualidad. España, Código Civil, BOE n.º 206, de 25 de julio de 1889.

81 También desde 1974. En su redacción original, el precepto equivalente estaba en el artículo 6 que decía: “Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.”

82 Alejandro Nieto, “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”. *UNED. Teoría y realidad constitucional*, n.º 8-9 (semestre de 2001/1-semestre de 2001).

Sin embargo, a pesar de aquella norma, la jurisprudencia si ostenta una posición privilegiada al constituir el referente interpretativo más próximo dentro de la práctica judicial.

Incluso, la importancia que se le otorga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ve reflejada en la disposición tercera del Código Civil, la cual textualmente dispone: “En vista de estos datos, de los progresos realizados en otros países que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir”,⁸³ con lo cual se reconoce a la jurisprudencia ese rol modelador de los cambios legales, justamente por constituirse la dimensión de evaluación sociológica de la eficacia de las normas legales. Esta disposición recoge la previsible evolución jurídica que ocasionará la labor jurisdiccional del Tribunal Supremo, frente a la desactualización de la legislación codificada.

La doctrina legal española

Los españoles, al igual que los *inquiets franceses*, al analizar la *jurisprudence constante* empiezan a referirse a la “doctrina legal” para denominar los criterios jurídicos de las altas cortes; no obstante, este término encontró cabida –lo cual no sucedió en Francia– en la legislación procesal civil y luego en el Código Civil de 1889. El art. 1.6 del citado cuerpo normativo determina que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”, evidenciándose el espacio que iba ganando la jurisprudencia dentro de las fuentes formales del derecho.

En efecto, mientras la posición clásica francesa negaba valor alguno a la jurisprudencia,⁸⁴ el Código Civil español de 1889 aceptaba que esta tenía un rol “complementario” en la interpretación y aplicación de la ley. Transformación que –sin lugar a dudas– fue fuente de reflexión en los países latinoamericanos que miran a España como la guía jurídica.⁸⁵

La doctrina legal española, por oposición a la *jurisprudence constante* de los franceses, había llegado a adquirir reconocimiento normativo explícito y no meramente doctrinario destacado por *arrêts* franceses. En efecto, el origen del concepto de “doctrina legal” reside –según se considera a pesar

83 Esta disposición se ha mantenido en vigor, sin cambios, desde la aprobación inicial del Código Civil, en 1889.

84 Véase Nicolas Molfessis, dir., *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica (París: Etudes Juridiques, 2005).

85 Véase López Medina, *La teoría impura del derecho*.

del debate acerca de la interpretación de esta norma— en el art. 7 del decreto del 4 de noviembre de 1838, el cual regulaba que el recurso de nulidad podía justificarse mediante la citación de la ley o doctrina legal violada.⁸⁶ Posteriormente, en el siglo XIX, el Tribunal Supremo español adopta el modelo francés de casación, a partir del cual se reemplaza el recurso de nulidad; sin embargo, como sucede para presentar el recurso de nulidad, fue también causal de casación la violación de la doctrina legal:

así en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se afirmaba en su artículo 1012 que “El recurso de casación puede fundarse: En que la sentencia sea contra Ley o contra doctrina admitida por la Jurisprudencia de los Tribunales...”. De la misma forma, en una Real Orden de 30 de enero de 1855, mediante la cual se reorganizaba la justicia española en las “provincias de Ultramar”, se permitió la casación por violación directa de la Ley y por “violación de una doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales”.⁸⁷

Los textos legales citados dan cuenta de que el concepto “doctrina legal” no hacía referencia propiamente a las decisiones de los jueces, sino a los principios u opiniones que admitieran o recibieran en sus sentencias; que podían provenir de sentencias anteriores o de criterios de renombrados juristas incorporados en las sentencias. Este criterio, entonces, coincide con los primeros usos que se le dio en el derecho romano al término jurisprudencia, en el sentido que comprende todos los criterios jurídicos compilados en el *Digesto*; considerándose:

Evidencia máxima de ello se encuentra, en el artículo 1729, numeral 10 de la Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuando se afirma que la casación no procede “cuando se citen como doctrina legal principios que no merezcan tal concepto, ó las opiniones de los Jurisconsultos á que la legislación del país no dé fuerza de ley”.⁸⁸

En España al haberse asignado un ámbito más amplio a la doctrina legal, se manifiesta la búsqueda por la superación del formalismo francés, la cual, poco a poco, se abrirá campo a través de la incorporación de su reconocimiento en las reglas legislativas; es decir, a través de la positivización. En efecto, la Ley de Casación Civil de 1870, cuyo título XXI, art. 4 disponía: “El recurso de casación se fundará en una de las causas siguientes: 1. Ser la sentencia contra ley o doctrina legal...”.⁸⁹ Este mecanismo de positivización del valor de la jurisprudencia se consolidó con la promulgación de

86 Véase Jesús Peces Morate, “Valor de la jurisprudencia”, en Joaquín Samper Juen, edit., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001), 33-4.

87 López Medina, *La jurisprudencia como fuente de derecho*, 32.

88 Peces Morate, “Valor de la jurisprudencia”, 33.

89 *Ibid.*, 34.

la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (derogada en el 2000) al disponer en el art. 1691: “El recurso de casación habrá de fundarse en alguna de las causas siguientes: 1. Infracción de la ley ó de doctrina legal en la parte dispositiva de las sentencias...”⁹⁰

Entonces, el proceso de incorporación de la jurisprudencia al ordenamiento jurídico español responde a un reconocimiento formal del ordenamiento jurídico, y con ello la posibilidad de presentar los recursos, en su inicio de nulidad, posterior casación, cuando existía desconocimiento de la “doctrina legal” por parte de las judicaturas inferiores. De lo estudiado, se colige que esta fuente sociológica se convierte en una fuente del derecho positivo en la medida que este le reconoce expresamente un valor; es decir, una lógica de fuentes ordenadas.

El recurso de casación español y la doctrina jurisprudencial

Como lo señala María Victoria Iturralde⁹¹ en el caso español existe un complejo panorama normativo, puesto que depende de la materia a la que se refiera para que se consideren ciertas particularidades en la procedencia del recurso. Así, con el propósito de ofrecer un panorama general de la situación se detallará dicho entramado jurídico.

En el ámbito civil, de conformidad con el art. 1692 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC), vigente por la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, se determina “El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: 4. *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *la jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.⁹²

Para el recurso de casación ordinario y recurso de casación para la unificación de doctrina, en el ámbito administrativo, el art. 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁹³ (LJCA), introducido por la Ley 10/1992, establece: “El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: 4. *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *la jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver cuestiones objeto de debate”. Por su parte, el art. 102, lit. a) regula el recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por finalidad la eliminación de eventuales contradicciones entre sentencias.

En el recurso de casación ordinario y el recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito laboral se regula en el art. 204 de la

90 *Ibíd.*

91 Véase Iturralde Sesma, “Las decisiones judiciales”, 416-7.

92 España, Ley Enjuiciamiento Civil, BOE n.º 7 de 8 de enero de 2000.

93 España, Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, BOE n.º 14 de julio de 1998.

Ley de Procedimiento Laboral⁹⁴ (LPL) que: “El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: e) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”. En concordancia, el art. 215 de la citada ley establece que: “Son recurribles en casación para la unificación de doctrina las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia”. Adicionalmente, el contenido del art. 216 preceptúa:

El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de *sentencias* dictadas en suplicación por las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia, *que fueran contradictorias* entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde, en mérito a los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

Para comprender esa regulación⁹⁵ es necesario, en primer lugar, remitirse a la literalidad del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en adelante LEC–, que contiene los motivos y resoluciones recurribles en casación; esta disposición normativa señala:

Artículo. 477.- Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación.

1. El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

2. Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

3. Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

94 España, Ley de Procedimiento Laboral, BOE, 11 de abril de 1995

95 Véase, en general, Jaime Greif, “Recurso de casación penal”, en José Vicente Gimeno Sendra y María José Cabezedo Bajo, coord., *El Tribunal Supremo: Su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete* (Madrid: Iustel, 2007); Vicente Gimeno Sendra, “El recurso civil de casación”, *ibid.*, 227-64.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Lo primero que destaca en el artículo anterior es que el numeral uno consagra como único motivo para presentar el recurso de casación “La infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Normas que “deben entenderse de acuerdo con su interpretación jurisprudencial. Lo que significa que si se entienden y aplican en otro sentido, se abre el motivo”.⁹⁶

Por su parte, en el numeral tres que se refiere al interés casacional, se establece que está presente “cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”; en igual sentido lo regula para la doctrina del Tribunal Superior. De lo cual se colige que la doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Supremo en el recurso de casación es vinculante, y por lo tanto, se puede concluir que se constituye en fuente de derecho.

Ciertamente, lo anterior se complementa con la causal de inadmisión que contiene el art. 483.2.4 del mismo cuerpo normativo, cuando dispone: “Si el recurso careciere manifiestamente de fundamento o se hubiesen resuelto ya en el fondo otros recursos sustancialmente iguales”, de ahí que se proporciona el mecanismo que refuerza la naturaleza vinculante de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Otro caso en el que se puede sostener que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo constituye fuente de derecho, es a partir de la resolución del “recurso en interés de la ley”. El art. 490.1 de la LEC dispone que: “Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales”.⁹⁷

Entonces, a través de este recurso, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ratificará la doctrina jurisprudencial que exista sobre determinado asunto en la interpretación de normas procesales, razón por la cual, más que elaborar una nueva doctrina, consolida una existente, o en su defecto la unifica en el caso de que existan contradicciones.⁹⁸ Esta posibilidad se origina dado que la doctrina jurisprudencial, al evaluar la eficacia de las

96 Nieto, “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, 106.

97 España, Ley Enjuiciamiento Civil.

98 Nieto, “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, 107.

normas en la realidad social, está en constante evolución; de ahí que los pronunciamientos que emite el Tribunal Supremo podrían modificarse o mutarse en el tiempo.

En síntesis, los requisitos que deben verificarse para que exista doctrina jurisprudencial radican: En la reiteración de un criterio que resuelva la controversia sobre un punto de derecho; el valor explícito que le debe otorgarle las normas legales; y que las decisiones provengan del Tribunal Supremo; es decir, de la más alta judicatura de administración de justicia en la materia. Efectivamente, existen otras decisiones, en lo administrativo y lo penal, aunque de naturaleza distinta, pero guardan los mismos presupuestos enunciados y se podrían considerarse fuente de derecho en igual sentido; sobre esta base y para los propósitos del presente estudio, basta con las consideraciones ya mencionadas como ejemplo.⁹⁹

El Tribunal Constitucional español: Competencias y los efectos de su jurisprudencia

Otro tipo de decisiones jurisdiccionales que se constituyen en fuente del derecho dentro del ordenamiento jurídico español son las emitidas por el Tribunal Constitucional. Esta situación se analizará de manera específica en este apartado, para lo cual primero se realizará algunas precisiones conceptuales necesarias que permitan una mejor comprensión del lenguaje jurídico utilizado en el ordenamiento constitucional español.

Alejandro Nieto, de manera didáctica, menciona que los conceptos jurisprudencia, doctrina jurisprudencial y precedente jurisprudencial no son sinónimos en el lenguaje jurídico español. Así se puede distinguir entre: la jurisprudencia entendida como “la suma o conjunto de las resoluciones dictadas por los órganos del poder judicial”,¹⁰⁰ y la doctrina jurisprudencial que “consiste en una proposición jurídica afirmada en una o varias sentencias, los jueces y tribunales se expresan en sentencias (que en su conjunto forman la jurisprudencia) y en el texto de una o varias sentencias se encuentran proposiciones jurídicas que son las que forman la doctrina”;¹⁰¹ y finalmente, el precedente que consiste en “una resolución judicial que ha resuelto ya un caso sustancialmente idéntico al que se debate. Por tanto, precedente no equivale a anterior, que es una calidad meramente cronológica”.¹⁰²

99 Véase Andrés Martínez Arrieta, *El recurso de revisión y de casación penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 296-97. También Montero Aroca y Maties, *El recurso de casación civil*, 266-26.

100 Nieto, “Valor legal y alcance real de la jurisprudencia”, 103.

101 *Ibid.*, 104.

102 *Ibid.*

Esta distinción técnica también permitirá entender la razón del porqué la Constitución¹⁰³ española (en adelante CE) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) se refieren a doctrina jurisprudencial del Tribunal y no a jurisprudencia. Sin perjuicio de la distinción semántica del ordenamiento jurídico español, en este estudio se utilizará como sinónimos doctrina jurisprudencial y jurisprudencia.

La Constitución española de 1978 en el Título IX, entre los art. 159 y 165, determina la estructura, composición, jurisdicción del Tribunal Constitucional. Así, en el art. 159 de la CE establece que el Tribunal Constitucional está integrado por 12 magistrados, quienes serán elegidos entre reconocidos juristas con más de 15 años de ejercicio profesional, ejercerán por un período de nueve años, tiempo en el que habrá una renovación por terceras partes cada tres años, norma que respecto a su renovación puede considerarse un precedente de la normativa constitucional ecuatoriana referente a la CC.¹⁰⁴

Por su parte, en los art. 161¹⁰⁵ y 163¹⁰⁶ se detallan las competencias del Tribunal Constitucional determinándose tres grandes categorías: a) Control de constitucionalidad, b) Conflictos constitucionales y c) Recurso de amparo constitucional; en este marco de competencias la CE y la LOTC las regula de manera amplia. Respecto de la obligatoriedad de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, el art. 164 determina que estas “Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas”.

103 Constitución española, Boletín Oficial del Estado, n.º 311, de 29 de diciembre de 1978.

104 Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* (en adelante citado como RO), n.º 449, Quito, 20 de octubre de 2008.

105 “1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada. b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí. d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.”

106 Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Dentro de las disposiciones normativas que contiene la LOTC se debe resaltar que el art. 1.1 determina que el Tribunal Constitucional es el “intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”. De esta forma, se deja en claro que el Tribunal Constitucional no forma parte de la función judicial y que está sometido únicamente a la CE y a la LOTC.

De la normativa descrita, surgen dos preguntas para efectos de este trabajo relacionadas con el valor que tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en el ejercicio de qué competencia el Tribunal Constitucional crea doctrina jurisprudencial. Para resolver estos cuestionamientos se procederá a analizar las competencias del Tribunal Constitucional, a la luz de las tres categorías señaladas en párrafos anteriores.

El control de constitucionalidad en el sistema español

Mediante el ejercicio de estas competencias, el Tribunal Constitucional verificará si las normas positivas del ordenamiento jurídico español guardan o no armonía con lo dispuesto en la Constitución. En este sentido, en el art. 27 de la LOTC se determina las leyes, disposiciones y actos que se someten al control de constitucionalidad, haciendo una enumeración de cada una de ellas.¹⁰⁷

Al realizar el Tribunal un análisis abstracto de la constitucionalidad de las normas, obviamente sus decisiones en el ejercicio de esta competencia tendrán efectos generales o *erga omnes*; es decir, en estos casos la jurisprudencia crea derecho vinculante. El Tribunal Constitucional cumple las funciones de legislador negativo, por lo cual, en el caso de declarar la inconstitucionalidad de una ley, su decisión tendrá efectos derogatorios y persuasivos hacia el legislativo; por cuanto en el futuro no se debería legislar en el mismo sentido, a riesgo de que el Tribunal nuevamente declare la inconstitucionalidad.¹⁰⁸ Este efecto, como no podía ser de otra manera en un sistema jurídico de tinte positivista, se encuentra determinado en la disposición contenida en el art. 164 de la CE, en el cual se determina que

107 a) Los estatutos de autonomía y las demás leyes orgánicas. b) Las demás leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del art. 80 y dos de la Constitución. c) Los tratados internacionales. d) Los reglamentos de las cámaras y de las Cortes generales. e) Las leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) con relación a los casos de delegación legislativa. f) Los reglamentos de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

108 Iturralde Sesma, *Las decisiones judiciales como fuente del derecho*, 412-3.

las sentencias del Tribunal Constitucional “que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”.

Entonces, el efecto *erga omnes* de una decisión se traduce en el valor vinculante y obligatorio de todos respecto a la jurisprudencia, puesto que los efectos trascienden a los poderes ejecutivo y legislativo cuando se establecen criterios que determinan la inconstitucionalidad de las normas que deberán ser observados al momento de emisión de una nueva normativa.

Si la sentencia es estimatoria en procesos de control de constitucionalidad, entonces, se anula la disposición legal o todo el cuerpo normativo lo que produce un vacío legal, razón por la cual se altera el ordenamiento sustancialmente, en virtud de que cierto ámbito jurídico ha dejado de estar regulado en la forma que establecía la ley declarada inconstitucional. Contrario *sensu*, cuando se niega la acción el ordenamiento no queda alterado, su efecto no es otro que confirmar ante todos la obligatoriedad del cumplimiento de la norma.

La obligatoriedad de la sentencia se extiende no solo a la decisión, sino a la motivación que fundamenta la sentencia; así el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece que:

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

De lo cual se deriva que no solo hay que seguir el fallo, sino las interpretaciones que hace el Tribunal Constitucional respecto a los fundamentos jurídicos de cualquier proceso.

Ahora bien, las funciones del Tribunal Constitucional no se limitan a las del legislador negativo en el control de constitucionalidad, puesto que este Tribunal adoptó criterios doctrinarios contemporáneos¹⁰⁹ respecto a la posibilidad de decisiones que puede tomar a partir de la emisión de sentencias manipulativas e interpretativas.¹¹⁰ En las interpretativas, el Tribunal

109 Véase Pablo Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales: La experiencia española* (Lima: Palestra, 2006).

110 Este es sin duda uno de los temas más apasionantes y polémicos del derecho constitucional, pues los efectos de las sentencias de las Cortes Constitucionales o Tribunales Constitucionales dan paso al denominado activismo judicial, que en algunos casos puede beneficiar al ordenamiento constitucional de un país, pero que es blanco de ataques contra la abrogación de funciones que son propias de la función legislativa en un Estado democrático. El tema sin duda es amplio y controversial por lo que merece ser estudiado a profundidad, y al que se hará referencia en el caso del análisis ecuatoriano.

determina que la norma jurídica no es contraria a la Constitución, siempre y cuando se la interprete de la forma establecida por el Tribunal. Por su parte, en las sentencias manipulativas el Tribunal “adiciona”, “elimina” o “sustituye” algo al enunciado normativo, siendo esta una técnica que puede resultar invasiva de las facultades legislativas.¹¹¹

Los conflictos de competencia constitucional en el sistema español

El art. 59 de LOTC le otorga al Tribunal Constitucional la facultad para conocer “Los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas”.

En esos procesos la decisión del Tribunal va a determinar a quién le corresponde la titularidad de la atribución controvertida. En la sentencia constitucional se declarará “La nulidad de los actos que han invadido la competencia correspondiente, resolviendo lo que procediere sobre las situaciones jurídicas generadas por los mismos (art. 75.2, LOTC). Esta fórmula otorga un cierto margen al Tribunal para modular el alcance de sus decisiones”.¹¹² Por su especificidad, en esta competencia se generan sentencias que vinculan únicamente a los órganos del Estado inmersos en el proceso. Sin embargo, se constituyen en criterios referenciales en el caso de la presencia de situaciones análogas a las ya resueltas.

El recurso de amparo constitucional en el sistema español

El art. 161.1.b de la CE le otorga al Tribunal Constitucional el conocimiento de los recursos de amparo que tengan como objeto “La reparación de los derechos fundamentales lesionados por actuaciones procedentes de los poderes públicos”.¹¹³ Este recurso es de carácter extraordinario y subsidiario: extraordinario, puesto que no cualquier cuestión puede ser susceptible de amparo, sino únicamente vulneraciones a los derechos establecidos en el art. 14, sección primera del capítulo II del título I, y el derecho a la objeción de conciencia establecida en el art. 30.2 de la CE; es decir, procede solo en el caso de vulneración de un derecho catalogado

111 Las sentencias interpretativas pueden ser estimatorias o desestimatorias; las manipulativas, a su vez, pueden ser aditivas, sustractivas, sustitutivas o exhortativas. Para estos conceptos, véase Riccardo Guastini, *Las fuentes del derecho: Fundamentos teóricos*. También Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”, en Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición –CCPT–, 2012), 113-34.

112 Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales*, 104-5.

113 STC 167/2013, 7 de octubre de 2013, 11.

como fundamental.¹¹⁴ Y subsidiario, porque para su presentación se deben agotar las vías legales, en otras palabras, acudir primeramente ante los jueces ordinarios.¹¹⁵

Ahora bien, para determinar los efectos que causan las sentencias en los recursos de amparo, se debe recurrir al enunciado general contenido en el art. 164 de la CE, que señala que todas “Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas”. Esto quiere decir que todas las sentencias son vinculantes para las partes, por lo que la naturaleza vinculante e inapelable de las sentencias no se discute; lo que interesa conocer, es si la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional tiene que ser acatada obligatoriamente por los órganos judiciales.

Para abordar la cuestión es importante referirnos a dos decisiones del Tribunal Constitucional, mediante las cuales se pronuncia de manera determinante sobre el asunto, estas son las sentencias números STC 206/2009, de 23 de noviembre de 2009, y STC 133/2011, de 18 de julio de 2011. En estas decisiones se conocieron recursos de amparo en los que se alegaba vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto los tribunales judiciales no acataron la doctrina del Tribunal Constitucional respecto de un asunto relacionado con la prescripción penal –tema en particular que resulta intrascendente para este análisis–; sin embargo, lo que si merece nuestra atención es conocer si el Tribunal Constitucional declaró o no la vulneración del derecho en virtud de la inobservancia de sus criterios. Así, el TC argumentó textualmente:

Sentado lo anterior, y ante los argumentos esgrimidos en las Sentencias impugnadas para deliberadamente inaplicar la doctrina establecida en la STC 63/2005, resulta también procedente enfatizar que, como recuerda la citada STC 195/2009, “tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 CE), y que al Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución (Art. 1 LOTC), corresponde decir la última palabra sobre la interpretación de la misma, en el marco de los distintos procesos constitucionales y, por supuesto, dentro de los límites de estos, que son los de su jurisdicción (SSTC 114/1995, de 6 de julio, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 5; 159/1997, de 2 de octubre, FJ 6)”. El Tribunal Supremo es, ciertamente, el órgano superior en todos los órdenes, “salvo en materia de garantías constitucionales” (art. 123 CE). Dicha materia y, en concreto, la definición del contenido y alcance

114 Es importante recordar que en el constitucionalismo español se mantiene la categoría de derechos fundamentales, como aquellos plenamente exigibles por intermedio de las garantías de protección de los derechos. Esta distinción entre fundamentales y otros derechos constitucionales tiene su origen en la denominada generación de derechos, correspondiendo precisamente los fundamentales a los de primera generación.

115 Pérez Tremps, *Los procesos constitucionales*, 123-5.

de los derechos fundamentales corresponde en último término, a través de los diversos procesos constitucionales, a este Tribunal Constitucional, cuya doctrina han de respetar todos los órganos jurisdiccionales.

Este criterio se reitera en la segunda sentencia citada, solo que esta vez de una manera más clara:

Pues bien, al momento de dictarse la Sentencia impugnada –el 26 de febrero de 2009–, ya había doctrina constitucional aplicable, debiendo recordarse que el art. 5.1 LOPJ, dentro del título preliminar y bajo el rótulo “Del poder judicial y del ejercicio de la potestad jurisdiccional” dispone expresamente que “[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. No cabe duda que ambas resoluciones judiciales, al considerar no prescrita la responsabilidad criminal respecto al ejercicio 1998, con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se oponen frontalmente a la interpretación realizada por este Tribunal del alcance del art. 132.2 CP. Lo cual supone una clara quiebra del mandato recogido en el citado art. 5.1 LOPJ de la que deriva la consiguiente lesión de los derechos de los demandantes a la tutela judicial efectiva consagrada en [...] los órganos judiciales eran concedores de la existencia de una decisión clara del Tribunal Constitucional sobre el particular en la que se había considerado contraria a la Constitución española la interpretación finalmente asumida y, a pesar de ello, deciden conscientemente no aplicar dicha doctrina constitucional. Ello implica una contravención del mandato tajante del art. 5.1 LOPJ cuyo incumplimiento determina que las resoluciones judiciales impugnadas deban reputarse vulneradoras del art. 24.1 CE.

Estas decisiones ratifican la naturaleza vinculante de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a los órganos judiciales, mas se advierte que estas decisiones no tienen efecto *erga omnes* como sí lo tienen las decisiones que resuelven acciones de control de constitucionalidad. El efecto que se presenta sería aquel denominado *inter pares*; es decir, la decisión de amparo constitucional emitida por el Tribunal Constitucional español tiene fuerza vinculante para los demás operadores de justicia en la medida en que las circunstancias fácticas guarden analogía.

En lo atinente a la rigurosidad de la doctrina jurisprudencial, es importante mencionar que existen argumentos persuasivos, como el expuesto por el magistrado Manuel Aragón Reyes en la STC 133/2011, de 18 de julio de 2011, quien sostiene que el incumplimiento de acatar “una doctrina del Tribunal Constitucional por los órganos judiciales, como ha ocurrido en este caso, supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el art. 24.1 CE, esto solo cabe apreciar, cuando el propio

Tribunal desea mantener esa doctrina, no, obviamente, cuando esté dispuesto a modificarla". De lo cual se colige que la doctrina es vinculante, mientras el Tribunal no decida cambiar de criterio.

Como se puede advertir, tras la revisión teórica,¹¹⁶ de las posibles decisiones del Tribunal Constitucional español en las distintas competencias, estas sí se constituyen en fuente de derecho: *erga omnes* cuando se resuelve sobre acciones de control constitucional; *inter partes* cuando se resuelven conflictos de constitucionalidad. Finalmente, en el caso de resolución de amparos constitucionales es importante tener presente la analogía que debe mantener el caso precedente con el actual para su aplicación; es decir, efectos *inter pares*, de lo cual se puede concluir que las decisiones del Tribunal son fuente de derecho en diferentes niveles, lo que va a depender de la competencia que se encuentre conociendo el TC.

El valor de la jurisprudencia en los sistemas de origen en el civil law

Como se advierte de todo lo analizado, la historia del derecho es la historia del poder político. Desde los albores del Imperio romano, el debate radicó en quién podía imponer normas a la sociedad, específicamente quién detenta el poder para imponer lo jurídico a la sociedad. Y como no es extraño, pues la historia de la humanidad es la historia de la lucha de clases sociales, el detentador del poder fue ampliándose paulatinamente y con este quienes podían configurar el derecho. En efecto, como se analizó respecto a Roma, los patricios, luego los jurisconsultos a través de la influencia que podían ejercer ante el emperador; posteriormente en la época feudal en Francia, los nobles a través de sus parlamentos, lo cual cambia con la revolución y en consecuencia el ejercicio del poder se restituye a los ciudadanos representados en la Asamblea, para que sea esta la que imponga las reglas generales y abstractas a toda la sociedad mediante la promulgación de la ley.

La recepción filosófica de los criterios de justicia general y particular aristotélica del derecho romano se va diluyendo a partir de la codificación del *Corpus Iuris*, con el inicio del proceso de identificación del derecho con las leyes escritas, el derecho romano incorporado en el *Digesto* pasa de ser una manifestación autoritativa y valorativa, a ser únicamente una

116 Véase un amplio estudio de la cuestión en Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional* (Madrid: Instituto de Administración Local, 1982); y los comentarios y matizaciones a esta obra en Ignacio De Otto y Pardo, "Reseña a: El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 6 (1982), 325.

manifestación del ejercicio del poder; es decir, eminentemente autoritativa, lo cual confirma que el derecho es una de las expresiones del ejercicio del poder.

El valor que se le da a la jurisprudencia luego del proceso revolucionario es nulo, como consecuencia del desprecio al ejercicio arbitrario de los parlamentos; sin embargo, el método subsuntivo¹¹⁷ por el cual la premisa mayor será encontrada en las reglas claras, completas y coherentes¹¹⁸ no resulta suficiente, puesto que la realidad rebasa a la normativa impuesta en el derecho positivo. De ahí que los *inquiets franceses* encuentran en los criterios jurisprudenciales, el mecanismo idóneo para actualizar las leyes, y sobre todo para llenar los vacíos que se presentan en los códigos, lo que ellos denominarán “investigación jurídica”. La jurisprudencia se constituye entonces en fuente de derecho auxiliar, en la medida en que ilustra las insuficiencias de la ley. En este discurso dialéctico de la historia, resulta interesante advertir cómo, para asegurar la vigencia del Estado formalista, se instaura una Corte de Casación destinada a verificar la correcta interpretación de la ley, sin potestad de conocer los casos particulares que dieron origen al recurso planteado.

El caso del ordenamiento español se aleja de la casación original francesa al incorporar el modelo con algunas variantes. Se crea un Tribunal Supremo con la finalidad de asegurar la interpretación exegética de la ley, pero también para afianzar los criterios que se han ido incorporando en las sentencias por medio de la doctrina legal. De lo cual se concluye que es el propio legislador el que advierte que la ley puede ser incompleta, incoherente, de ahí que reconocen positivamente como uno de los requisitos de procedencia de la casación, el supuesto que “doctrina legal” no haya sido observada. Así, se verifica que la jurisprudencia tiene valor de fuente de derecho, porque es la ley la que le reconoce este valor. Esta realidad, sin lugar a dudas, da cuenta de la centralidad de la ley y de su identificación con el derecho. Obviamente, con el advenimiento del Estado constitucional las relaciones de poder se transforman y con ello las fuentes de derecho, tal como se expondrá con posterioridad.

El modelo español reconoce a la jurisprudencia como fuente del derecho. En el caso de la justicia *ordinaria*¹¹⁹ será fuente de derecho siempre que concurren tres características principalmente. La primera se encuentra relacionada con la reiteración, esto es, sobre un mismo punto de derecho debe existir una repetición; si bien no se establece el número exacto de “reiteraciones”, es necesario que se considere que debe existir alguna consistencia en el criterio de derecho presentado. Como segunda característica se

117 Sobre la subsunción, véase cita 4.

118 Véase sobre las premisas del positivismo formalista, Bernuz Beneitez, *Francois Génys y el derecho*.

119 Civil, penal, administrativa, laboral tal como se hizo mención en los epígrafes anteriores.

encuentra la autoridad, en dos vías, la primera que sea el máximo órgano de administración de justicia que emita los criterios coincidentes, y que además sea la ley la que reconozca “positivamente” que esos criterios forman parte de las fuentes del derecho. Características que evidencian la formalización que recibe la jurisprudencia para alcanzar el estatus de fuente de derecho.

Respecto a la justicia *constitucional* para que exista doctrina jurisprudencial aplicable es necesario analizar la competencia que dio origen a la decisión, puesto que dependiendo de ese dato, se podrá advertir efectos *erga omnes, inter partes* e *inter pares*, para que opere lo determinado en el art. 5.1 de la LOPJ, los jueces y tribunales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Así, los razonamientos de las sentencias del TC, constituyen jurisprudencia obligatoria con alcance interpretativo para todos los tribunales.

En síntesis, en el derecho francés la jurisprudencia tiene un valor meramente persuasivo, esto es, no se constituye en una fuente¹²⁰ de derecho objetivo o primario; en tanto que en el ordenamiento jurídico español, la jurisprudencia es vinculante, es decir, constituye una verdadera fuente de derecho, siempre que se observen los requisitos impuestos en la ley para aceptarla como fuente originaria.

Evolución de la doctrina del precedente en los sistemas de origen en el *common law*

La doctrina del precedente ha evolucionado notablemente en diversos sistemas jurídicos. Se desarrolló en páginas anteriores un panorama de la evolución en dos de los principales exponentes de la familia de origen del *civil law*; no obstante, no cabe duda de que su evolución es mucho más clara en ordenamientos jurídicos que tienen origen en el *common law*, en específico en los ordenamientos jurídicos estadounidense e inglés, siendo

120 En la doctrina jurídica el concepto de fuente no es unívoco. Por ejemplo, se utiliza el término fuente en sentido formal para denominar a todo acto o hecho que produce una norma jurídica, facultado para aquello; al contrario, fuente en sentido material es todo acto o hecho que produce una norma jurídica facultada o no para aquello. Véase Guastini, *Las fuentes del derecho*. Otra forma de utilización del término fuente de derecho está ligado con la coerción que se puede ejercer para su cumplimiento; así tenemos fuentes objetivas plenamente exigibles, y fuentes persuasivas que no son obligatorias y solo se encuentran revestidas por la legitimidad de quien las emite, en otras palabras, cómo estas fuentes tienen autoridad para la toma de decisiones jurídicas. Véase Roger Shiner, *Legal Institutions and the Sources of Law* (Dordrecht: Springer, 2007). En este estudio el criterio a utilizarse será este último.

este último el principal representante de este sistema. En este sentido, el estudio del precedente requiere analizar su evolución en el sistema jurídico del *common law*, específicamente su relación con el principio de *equity* en las primeras cortes inglesas y su exportación al nuevo continente mediante su aplicación en las cortes coloniales de América del Norte.

La importancia de analizar el desarrollo y evolución de la doctrina del precedente en estos dos ordenamientos yace en la relación existente entre la Judicatura y el Poder Legislativo, o en otras palabras, respecto a la cuestión de si los jueces pueden o no crear *law*,¹²¹ dentro de un ordenamiento jurídico, o si dicha facultad únicamente recae en los legisladores. De hecho, este vaivén de responsabilidades entre los poderes judicial y legislativo puede acarrear teorías divergentes de cómo aplicar el derecho dentro de la sociedad, o mejor dicho, de cómo interpretarlo. En este marco, la doctrina del precedente permite afianzar no solo el contenido de un estatuto adoptado por el legislativo, sino que también podría permitir a los jueces tomar sus decisiones “dentro de la sociedad y no fuera de ella”.¹²² No obstante, para muchos, los jueces no tienen la suficiente discrecionalidad para crear derecho, al contrario: “Existen varias consideraciones que se deben tomar en cuenta, incluyendo no solo decisiones previas de tribunales inferiores, sino además consideraciones de política pública y principios legales que son las bases de cualquier ordenamiento jurídico”.¹²³

Esta relación es mucho más compleja dentro de la tradición jurídica del *common law*, toda vez que la limitación de las facultades parlamentarias incluyen “principios arraigados del *common law* y decisiones judiciales históricas concernientes a los límites apropiados de la autoridad legislativa del Parlamento”.¹²⁴

En dicho marco, la evolución de la doctrina del precedente, tanto en Estados Unidos de América (EE. UU.) como en Inglaterra, permitirá prever cómo el derecho continental (o mejor entendido como la tradición del derecho romano-germánico) ha aplicado esta doctrina, generalmente como una guía con fuerza persuasiva para los jueces, sin que necesariamente se reconozca como una fuente directa de derecho; en efecto:

Si todos estos factores son considerados, se podría observar que, desde el punto de vista del derecho sustancial, la jurisprudencia forma una parte

121 Para tener claro el concepto de *law* lo vinculamos al concepto de derecho, y no exclusivamente como ley.

122 Ronald Dworkin, *El imperio de la Justicia* (Barcelona: Gedisa, 2005), 73.

123 Petr Sprinz, “The Role of Judges in the English Legal System with Respect to the Creation of *Law*”, *Olomouc Young Lawyers Debates. Collection of Papers* 1. n.º 38 (2008).

124 W. J. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge Studies in Philosophy and Law (Nueva York: Cambridge University Press, 2007): 20.

importante del derecho continental y tiene autoridad persuasiva, aunque su posición formal en el sistema legal no ha sido determinada de manera satisfactoria.¹²⁵

Sin embargo, es importante considerar que si el precedente no tiene una posición clara dentro de sistemas jurídicos diferentes al *common law*, no implica necesariamente su falta de aplicación. Es más, algunos autores sugieren que caracterizar la doctrina del precedente como únicamente aplicable en el sistema de justicia anglicano es erróneo, ya que “la forma más temprana de derecho es la costumbre, y el ‘núcleo de la costumbre’ es el precedente, no necesariamente judicial, pero algo bastante autoritativo”.¹²⁶

Hay sistemas jurídicos como el actual derecho civil y el derecho internacional que constantemente se nutren de los criterios jurisprudenciales. En el primer caso, en el derecho civil continuamente se utiliza la doctrina y la jurisprudencia, como un desarrollo del consenso de los jurisconsultos más reconocidos,¹²⁷ mientras que en el segundo caso el propio Estatuto de la Corte Internacional de Justicia menciona las decisiones judiciales como una fuente auxiliar del derecho internacional, a pesar de que el propio Estatuto limita su carácter obligatorio *inter partes*.¹²⁸ Esta limitación, sin embargo, no ha eliminado la posibilidad que la Corte Internacional de Justicia haga referencia a sentencias anteriores para garantizar la “consistencia de sus propias decisiones”.¹²⁹

En definitiva, el uso del precedente no es ajeno a otros sistemas jurídicos diferentes al derecho de origen en el *common law*. Adicionalmente, esta doctrina permite crear un mecanismo claro de continuidad en las decisiones de tribunales judiciales, lo que a la vez garantiza que dichas decisiones no sean arbitrarias o injustificadas:

Si las decisiones judiciales no son enteramente predecibles, nunca deberían ser arbitrarias. Cualquier sistema jurídico requiere un mínimo de certeza, y cualquier sistema de solución de disputas un mínimo de previsibilidad. Además, estos sistemas asumen que personas en situaciones similares, sean

125 D. K. Lipstein, “The Doctrine of Precedent in Continental Law with Special Reference to French and German Law”, *Journal of Comparative Legislation and International Law*, vol. 28, n.º 3/4 (1946): 34.

126 C. Sumner Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, *Michigan Law Review* 44, n.º 6 (1946): 956.

127 Sumner Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, 958.

128 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 59, vigencia desde el 1 de julio de 2002, <http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf>. Consulta: 7 de marzo de 2016.

129 Gilbert Guillaume, “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”, *Journal of International Dispute Settlement* 2, n.º 1 (February 1, 2011): 9-10.

tratadas de manera similar. El precedente juega un papel irremplazable en este respecto. Esta es la garantía y de certeza e igualdad de trato para las partes.¹³⁰

El estudio de la doctrina del precedente, desde sus inicios en el derecho inglés y su desarrollo en los tribunales de justicia norteamericanos, permitirá elaborar un escenario claro sobre cómo esta doctrina ha logrado mantener un equilibrio entre el papel del juez como creador del derecho y el rol del legislativo como generador de las leyes. De igual manera, el análisis del desarrollo del precedente en diferentes prácticas de *common law* será de gran utilidad para el diseño de doctrinas similares en otros sistemas jurídicos, principalmente aquellos pertenecientes al sistema romano-germánico.

Cabe destacar que el uso de la doctrina del precedente ha logrado que los jueces adquieran un rol más activo en los procesos de garantía de los derechos humanos, y aunque en ocasiones han sido objeto de crítica, también vale reconocer que en varias ocasiones las decisiones judiciales han logrado varios avances para la protección de los derechos y garantías en su comunidad.¹³¹

Considerando que el sistema estadounidense es resultado de la evolución del sistema inglés, se expondrá primero este en el epígrafe 2.1., distinguiendo una primera fase de creación y aseguramiento de la doctrina del precedente y, una segunda, con su desarrollo en el siglo XX. Posterior, en el apartado 2.2., se abordará la cuestión del precedente en los EE. UU., siguiendo, igualmente, un punto de vista cronológico y separando la recepción de la teoría inglesa en el siglo XIX de la propia evolución en el país durante el siglo XX. Finalmente, en el punto 2.3., se abordan conjuntamente estas experiencias para extraer las principales características del sistema del *common law* en materia de precedentes jurisprudenciales.

El precedente en Inglaterra: Actores, mecanismos y evolución

El sistema del precedente en Inglaterra es de los más antiguos en la historia del derecho, pues si bien el sistema jurídico del Imperio romano guardaba un gran respeto al precedente, dado que las doctrinas de los más reconocidos *juris prudentes* del Imperio se caracterizaban por ser

130 Guillaume, "The Use of Precedent", 6.

131 Se puede citar todo el avance en materia de reparación integral que se ha desarrollado gracias a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase en Cristián Correa "Sección 2-Competencia y Funciones. Artículo 63", en Christian Steiner y Patricia Uribe, edit., *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Lima: Konrad-Adenauer/ Tribunal Constitucional de Perú, 2016), 864.

reconocidos como “precedentes”,¹³² el uso del precedente en Inglaterra era ya utilizado por los habitantes celtas, aun antes de la conquista normanda. Se puede afirmar, entonces:

El precedente fue reconocido en Inglaterra por los habitantes celtas antes de la invasión anglosajona. Los “códigos, como la *Lege Barbarorum* del continente, fueron promulgados como derecho consuetudinario en la tribu”. Después de la conquista normanda, ‘la opinión general o universal de la barra [...] era a menudo solicitada por los jueces y vista, cuando era obtenida, como de autoridad’ algo que aún parece ser verdad.¹³³

De esta manera, el análisis de la evolución del uso del precedente en Inglaterra requiere considerar cómo esta doctrina logró implantarse y permanecer en el sistema jurídico inglés. La llegada de Guillermo el Conquistador en 1066 marcó la pauta para el inicio de la sistematización de la costumbre usada por los habitantes de la isla, en particular por los celtas. Sin embargo, la llegada de la tradición continental feudal por parte de la conquista normanda permitió la centralización del poder de la corona, incluyendo la administración de la justicia, “limitando la jurisdicción de los señores feudales”.¹³⁴ Así, con la conquista normanda de lo que hoy se conoce como Inglaterra se inició el proceso de formación del sistema judicial anglosajón, y con ello de instituciones que en la actualidad siguen en funcionamiento. De esta forma:

Con el tiempo, la Corona logró el establecimiento de tres tribunales, con sede en la ciudad de Londres, en la de los Tribunales de Westminster, que fueron el Tribunal del Tesoro (Court of Exchequer), para asuntos hacendarios, el Tribunal del Banco del rey (Court of the King’s Bench), con jurisdicción, tanto civil como penal y el tribunal de Causas Comunes (Court of Common Pleas) con jurisdicción civil.¹³⁵

En lo principal, la centralización de la administración de justicia en el monarca permitió que el desarrollo jurisprudencial gane espacio dentro del desarrollo del derecho, ya que las decisiones adoptadas por dichos tribunales gozaban de la anuencia real, y por tal eran decisiones adoptadas por el rey. La adopción de este tipo de administración llevó también a la consolidación del *common law* como principal fuente del derecho inglés, inclusive por encima de las decisiones legislativas. Sin embargo, todavía no resulta totalmente claro cuál fue el rol de los jueces dentro de dicho

132 Jolowicz, “Precedent in Greek and Roman Law”, citado por Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, *Michigan Law Review*, 44, n.º 6 (1946): 957.

133 Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”, 957.

134 Marta Morineau, “Una introducción al *Common Law*”, *Serie de Estudios Jurídicos*, n.º 4 (México DF: UNAM-III, 2004), 14.

135 *Ibid.*, 15.

proceso, pues en principio los tribunales reales únicamente “declararon” las normas y costumbres que resultaban comunes a todos los pueblos que habitan en Inglaterra con el objetivo de aplicarlas por igual en asuntos de su competencia. Y:

Para poder resolver los asuntos de su competencia, los tribunales reales debieron buscar lo que había de “común” en las costumbres locales, para así crear un derecho unificado, reglas, que aunque en un principio estuvieran basadas en esas mismas costumbres, serían, en adelante, las normas aplicables en todo el país, o sea, que se convertirían en un derecho común a todo el territorio, así surgió el *Common Law*, la común ley, como la llamaron los normandos.¹³⁶

A partir de la consideración de que los jueces determinen por medio de sus decisiones el derecho vigente, afianza el criterio de que en el *common law* los jueces crean derecho, pues: “Nunca ha existido una controversia más infecunda que aquella sobre la cuestión de si los jueces crean derecho. Por supuesto que los jueces lo crean. ¿Cómo pueden evitarlo?”.¹³⁷ No obstante, es necesario puntualizar que la teoría en principio más cercana a los orígenes del *common law* considera que “Los jueces no crean el derecho y que el [*common law*] se ha desarrollado de manera gradual y los jueces únicamente declaran la ley”.¹³⁸

En definitiva la reorganización judicial que supuso la conquista normanda en 1066 generó, por un lado, un cuerpo legal aplicable a todo el reino y, por el otro, una práctica judicial en los tribunales reales que daba cuerpo a esas normas. Este proceso fue progresivo a lo largo de los siglos XII al XVII, y sería, finalmente, sistematizado por Blackstone, otorgándole su forma clásica.

Independientemente del alcance que quiera reconocerse al papel de los jueces en la evolución de la doctrina del precedente en Inglaterra, es indispensable reconocer que la doctrina del precedente se encuentra intrínsecamente relacionada con la evolución de la *case law* inglés y la noción del *stare decisis*.¹³⁹ En dicho marco, es importante también considerar

136 Véase Sumner Lobingier, “Precedent in Past and Present Legal Systems”.

137 Lord C. J. Radcliffe, *Not in Feather Beds*, Hamilton (1968), 215, citado por Petr Sprinz, “The Role of Judges in the English Legal System with Respect to the Creation of Law”, *Olomouc Young Lawyers Debates Collection of Papers* 1 (2008): 37.

138 *Ibid.*

139 La definición clásica del funcionamiento del *stare decisis*, sobre la que se profundizará en el segundo capítulo, fue realizada por Blackstone: “Es regla establecida la de someterse a los precedentes cuando puntos ya juzgados vuelvan de nuevo ante los jueces. Es preciso, en efecto, que la balanza de la justicia sea firmemente sostenida y estable, no sujeta a variación según la opinión de cada nuevo juez. Además, cuando un punto de derecho ha sido maduramente decidido y declarado, lo que antes era incierto e incluso, quizá, no estaba

que el reconocimiento formal de la doctrina del precedente en Inglaterra se da en la segunda mitad del siglo xix, dentro de la reforma del sistema judicial de ese país:

Solo a partir del final del siglo XIX la doctrina declarativa del precedente, como fuera llamada, fue reemplazada –tanto en Inglaterra como en EE. UU.– por la doctrina estricta, llamada [*stare decisis*], por la cual la decisión de un solo caso cuyos hechos están “en completa armonía” con los hechos de un caso posterior es vinculante para este último.¹⁴⁰

Como antecedente principal, es necesario reconocer que para Hale la caracterización del precedente como obligatorio, únicamente tenía efecto *inter partes* dentro del proceso judicial, ya que la creación de la ley se limitaba al rey y al Parlamento. No obstante, también recordaba que “Las decisiones de las Cortes de Justicia tienen un gran peso y autoridad para explicar, declarar y publicar lo que la ley del Reino es, especialmente cuando dichas decisiones tienen consonancia y congruencia con resoluciones y decisiones de otros tiempos”.¹⁴¹

De esa manera, queda claro que el papel de los jueces dentro del sistema jurídico inglés evolucionó desde la doctrina declarativa del precedente, por medio de la cual los jueces solo enuncian el derecho existente hacia una doctrina mucho más estricta del *stare decisis*, por la cual los tribunales se ven obligados a seguir las decisiones judiciales adoptadas con anterioridad sobre hechos que guarden “completa armonía” entre ellos. Como se analizará más adelante, es justamente este criterio el que ha permitido el fortalecimiento de la doctrina del precedente en el actual sistema jurídico inglés.

previsto por el derecho, se convierte en regla permanente que ya no puede ser modificada o alterada por el juez conforme a sus sentimientos, puesto que por juramento se comporte a juzgar, no conforme a su juicio personal, sino confirme a las leyes costumbres conocidas del país; no tiene la misión de crear un derecho nuevo, sino la de mantener y exponer el viejo derecho. Sin embargo, esta regla admite excepciones cuando la decisión anterior es evidentemente contraria a la razón; y todavía más, si es contraria a la ley divina [...]. La doctrina del derecho es la siguiente: los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos que sean netamente absurdos o injustos: porque, aunque su razón pueda no ser aparente a primera vista, demos a quienes nos han precedido la deferencia suficiente de no suponer que han resuelto sin razón [...] Así, el derecho y las decisiones de los jueces no son siempre una sola y misma cosa, puesto que, a veces, puede ocurrir que un juez se equivoque. En conjunto, sin embargo, deberemos considerar como regla general “que las decisiones de los tribunales de justicia son la prueba de lo que es el *common law*”; de la misma manera que en el derecho romano lo que había sido decidido una vez por el Emperador debía ser seguido en el porvenir”. Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, Commentaries on the Laws of England* (Oxford: Clarendon Press, 1765), 71.

140 Harold J. Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal* 103, n.º 7 (1994): 1723.

141 Matthew Hale, “The History of the Common Law of England”, Charles M. Gray, edit., *Classics of British Historical Literature* (Chicago: University of Chicago Press, 1971), 45.

Posiciones de los principales representantes de la doctrina del precedente en Inglaterra

La doctrina del precedente en Inglaterra forma parte intrínseca del *common law* inglés, lo que deriva en que sus mayores representantes también hayan marcado notablemente el desarrollo del derecho en EE. UU. Entre los más renombrados proponentes de esta doctrina en Inglaterra se encuentran Jeremy Bentham, Sir Edward Coke, Sir Mathew Hale y Sir William Blackstone, este último de gran impacto también en el derecho estadounidense. En este orden, se expondrá primero someramente sus ideas en orden cronológico, para realizar luego un análisis comparativo entre ellas.

Sir Edward Coke es reconocido como uno de los mayores representantes del *common law* inglés, ya que dedicó su vida al estudio de los precedentes del derecho inglés y logró diferenciar, sobre criterios del historicismo, las bases en la que se asienta el derecho inglés contemporáneo. Para Sir Edward Coke el derecho inglés debía definirse por sí mismo, y por tal se diferenciaba de la teoría filosófica en la que se basaba la teoría general del derecho –en ese entonces romano-católico– como tal. Su obra *Instituciones de la Leyes de Inglaterra* logró presentar el *common law* no como un sistema proveniente de la voluntad del monarca, sino como una construcción histórica que data incluso de la conquista normanda. Efectivamente,

Para Coke, y de hecho para los ingleses en general, las “leyes del Rey” incluye las leyes no solo del monarca reinante pero también de sus predecesores: los Tudor, Los Plantagenet y los anteriores normandos, e inclusive los soberanos anglo-sajones, quienes mediante sus consejos y sus parlamentos y sus cortes han creado, durante siglos, un sistema legal que ha perdurado en el tiempo y ha llevado consigo los significados recordados del pasado.¹⁴²

En otras palabras, concebía el derecho inglés como la evolución de las tradiciones nacionales de Inglaterra, y no únicamente como las decisiones adoptadas por el regente. En efecto, Coke consideraba que las cortes del *common law* “servían mejor a su monarca cuando decidía casos conforme a los principios del *common law* establecidos por las cortes y los parlamentos del ‘rey’ en siglos pasados que no han sido modificados o derogados”.¹⁴³ Es más, para Coke, la razón del derecho se encontraba inmersa en dicha tradición histórica, y el monarca se encontraba sometido a dichas tradiciones. En la primera parte de la obra mencionada,

142 Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence”, 1676.

143 *Ibid.*, 1677.

él reconoce que la “razón” de la ley no nace de una sola persona, sino por el contrario responde al desarrollo histórico compartido por varios individuos:

Pues la razón es la vida del derecho, más aún, el *common law* no es en sí mismo el fin, sino la razón, que tiene que comprenderse como una perfección artificial de la razón, conseguido por el estudio durante mucho tiempo, la observación y la experiencia, y no por la razón natural de los hombres, pues nadie nace maestro (en la ciencia del derecho) (*nemo nascitur artifex*). Esta razón jurídica es la razón más elevada (*summa ratio*). Y por lo tanto, si toda la razón que está dispersa en muy distintas cabezas estuviera unida en una, no podría sin embargo hacer un derecho tal como el derecho de Inglaterra, porque es a través de la sucesión de muchas épocas que ha sido purificado y refinado por un infinito número de hombres serios y cultos, y a través de una larga experiencia se ha desarrollado a tal perfección para el gobierno de este Reino, como para que pueda justamente confirmarse la antigua norma de que *Neminem oportet esse sapienterem legibus*: Ningún hombre –fuera de su propia razón personal– debe ser más sabio, más juicioso, que el Derecho, que es la perfección de la razón.¹⁴⁴

De esa manera, la “razón” comprendía:

el razonamiento de aquellos juristas, abogados y jueces, ingleses que Coke consideraba hombres serios, cultos e instruidos, que a lo largo de los siglos habían venido razonando, argumentando, sobre las más diversas materias jurídicas. En coherencia con ello, Coke iba a defender más que ningún otro pensador, la continuidad ininterrumpida del *common law*, lo que entrañaba considerar que sus más lejanos precedentes habían sobrevivido.¹⁴⁵

De lo dicho, se puede concluir que para Coke, en principio, la doctrina del precedente logra evidenciar el derecho existente dentro del *common law*. De igual manera, el uso de precedentes y decisiones judiciales permitiría definir el derecho inglés en términos históricos, pues “logró trasladar la atención jurisprudencial de la ley en general al derecho inglés, y en particular al *common law* inglés, que después [Coke] definió en términos históricos. Su respuesta a Jacobo fue historia, que él veía ampliamente en términos de tradición y precedente”.¹⁴⁶

A la par, Sir Matthew Hale señaló que el *common law* debe ser entendido como un proceso de adaptación, como un mecanismo de auto mejora del derecho inglés, es decir, un derecho que se encuentra en una continua

144 Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England or A Commentary upon Littleton*, Nineteenth London Edition Revised (1853), Sect. 138. Trad. por Francisco Fernández Segado, “Sir Edward Coke, El Bonham’s Case y la Judicial Review”, *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Año 6, n.º 2, 181.

145 Fernández Segado, “Sir Edward Coke”, 182.

146 Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence”, 1681.

depuración. No obstante, también reconocía que el marco constitucional básico debía mantenerse de manera constante, ciertamente,

Hale consideraba la historia del *common law* inglés como un proceso de adaptación con respecto a las necesidades cambiantes. En una perspectiva duradera, él observaba dicha adaptación como un proceso de mejora gradual y auto-perfeccionamiento [...] Era la naturaleza del cambio legal en Inglaterra, sin embargo, que el marco constitucional de la ley se mantenga constante.¹⁴⁷

De manera similar, para Hale la doctrina del *common law* inglés se caracterizaba por ser un compendio de usos y costumbres de los habitantes de Inglaterra. Además, dichos usos y costumbres suponían ser aplicados de manera conjunta con base en principios generales del derecho y que podían ser reformados por un acta del Parlamento.¹⁴⁸ De hecho, Hale enfatizó en la capacidad evolutiva de las normas para garantizar su eficacia, señalando inclusive “Las leyes deben cambiar con el tiempo, [...] o ellas perderán su utilidad.¹⁴⁹

No resulta extraño, que Sir Matthew Hale haya considerado a las decisiones judiciales, al igual que Coke, como una herramienta indispensable para conocer y practicar el derecho del *common law*; es decir, el derecho vigente se manifiesta a través de la resolución del caso concreto. Sin embargo, resulta interesante observar que para Hale, el precedente judicial no puede ser considerado como derecho en sí mismo, aunque sí reconocía la autoridad y peso que las decisiones de las cortes tenían dentro del sistema jurídico inglés:

ellas [decisiones] no pueden crear una ley propiamente dicha, porque solo el Rey y el Parlamento pueden hacerlo; pero ellas tienen un gran peso y autoridad en exponer, declarar, y publicar lo que es la ley del Reino, especialmente cuando dichas decisiones mantienen consonancia y congruencia con resoluciones y decisiones de épocas anteriores.¹⁵⁰

En efecto, a pesar de no reconocer el precedente como una “norma” propiamente dicha, Hale admitía su valor como una evidencia de la existencia de dicha norma, sobre todo al compararla con las opiniones provenientes de particulares.¹⁵¹ De esta manera, el precedente para Sir Matthew Hale debía ser entendido dentro de la teoría declarativa, mas esto no implicaba la obligación de las cortes a regirse por las decisiones de antecesores; esto no es la obligatoriedad del *stare decisis*.

147 *Ibid.*, 1712.

148 Rupert Cross y J. W Harris, *Precedent in English Law* (Oxford: Clarendon Press, 1991), 28.

149 Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence”, 1708.

150 Sir Matthew Hale, *The History of the Common Law of England and an analysis of the civil part of the law*, 6a. ed. (Londres: Printed for Henry Butterworth, 1820), 90.

151 *Ibid.*

Es importante destacar que Hale distinguía tres tipos de decisiones judiciales existentes en el derecho inglés.¹⁵² La primera se refiere a leyes y costumbres del Reino, en las que “las leyes antiguas y expresas del Reino dan una decisión expresa, y el juez parece el instrumento que las pronuncia”.¹⁵³ En el segundo caso, se refiere a decisiones enmarcadas o deducidas a partir de las costumbres o usos del derecho inglés. En dichos casos para Hale, primero deben aplicarse las costumbres existentes, después las decisiones judiciales análogas, y por último la razón. Entonces la jurisprudencia es válida en tanto tiene la capacidad para concretar las costumbres o usos del derecho inglés.

Hale señalaba que en las decisiones que se refieran al sentido común de los hechos que generan su existencia, los jueces tienen un papel mucho más importante en comparación con otros profesionales, ya que “En muchos casos existen decisiones anteriores, ya sea en el punto de derecho, en razonamientos concordantes o analogías con el caso en cuestión; o, tal vez, porque la cláusula expuesta se entremezcla con términos o cuestiones de carácter legal”.¹⁵⁴ Discernimiento que permite solventar nuevas situaciones sobre la base del derecho inglés existente.

De lo señalado, es posible concluir que si bien para Sir Matthew Hale la doctrina del precedente estricto no es directamente aplicable, pues la creación del derecho se limitaba únicamente al Rey o al Parlamento, sí reconocía el valor de las decisiones judiciales como una herramienta para preservar las tradiciones del *common law* inglés, y más importante aún, como un mecanismo para garantizar la certeza del derecho. Ahora bien:

La necesidad de certeza, sin embargo, no se garantiza completamente mediante el establecimiento de leyes y procedimientos que las ejecuten, ya que se mantiene el problema de aplicar dichas normas y procedimientos en un sinnúmero de casos particulares. Por lo que debe existir una elaboración de la ley, para hacer frente a circunstancias enormemente diversas.¹⁵⁵

En síntesis, para Hale dicha elaboración es “la combinación del razonamiento inherente a la ley misma y al razonamiento de estudiantes y practicantes conocedores del derecho”,¹⁵⁶ entendiendo al concepto del derecho como una manifestación social de la composición política de Inglaterra.

De la misma manera que para Coke y Hale, Sir William Blackstone consideraba el precedente como evidencia de la costumbre existente dentro del *common law*, esto implicaba que las decisiones judiciales no creaban las

152 Hale, *A History of the Common Law of England*, 90-1.

153 Ibid.

154 Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence”, 1716-91.

155 Ibid.

156 Ibid., 1718.

normas, simplemente las declaraban.¹⁵⁷ De este modo, durante el siglo XVIII, Blackstone fue el principal representante de la teoría declarativa del precedente, particularmente en EE. UU., país en el que su obra *Comentarios* fue de uso preferido por profesores y estudiantes de derecho.

Blackstone consideraba a los jueces como “oráculos vivientes”¹⁵⁸ de la ley, aunque reconocía la importancia de las decisiones judiciales como ejemplos o evidencia de dichas costumbres, al reconocerlos como una representación de la “razón” del derecho; así reflexionaba que “un precedente es el ejemplo de una costumbre. Los precedentes judiciales no crean leyes; son manifestaciones contemporáneas de una siempre subyacente norma”.¹⁵⁹ De lo cual se infiere que Blackstone reconoce a los precedentes como la fuente que recoge la manifestación jurídica primaria del derecho inglés, esto es la costumbre.

Entonces, el valor otorgado por Blackstone al precedente es de gran importancia, pues al servir como evidencia de una “costumbre” dentro del *common law*, se genera un contenido pragmático de dicha norma, dado que concebía a los jueces como:

los depositarios de las leyes; los oráculos vivientes, quienes deben decidir en todos los casos de duda, y quienes están obligados por un juramento a decidir de acuerdo a la ley de la nación. Su conocimiento de la ley se deriva de la experiencia y del estudio [...] y de estar enteramente acostumbrados a las decisiones judiciales de sus predecesores. Y de hecho estas decisiones judiciales son la principal y más autoritativa evidencia, que puede darse, de la existencia de dicha costumbre como parte del *common law*.¹⁶⁰

En este marco, es indispensable reconocer que las transformaciones del derecho presentadas por Coke fueron finalizadas por el trabajo de Blackstone, que en definitiva logró cohesionar los elementos indispensables del *common law*. Aún más, con el análisis de Blackstone, en su obra denominada *Commentaries on the Laws of England*, se logró difundir el significado del *common law* más allá de los propios límites territoriales de Inglaterra, y en gran parte fueron la razón del movimiento libertario en EE. UU. al llevar el derecho inglés, junto con sus tradiciones, a los revolucionarios en el nuevo continente. Así vale recordar que:

No solo los Comentarios fueron una atractiva pieza de literatura; ellos fueron en su conjunto una ley extraordinariamente sólida. Si es contrastado con el trabajo de Coke, en Blackstone podemos ver la finalización del proceso iniciado por Coke. Es completamente claro que la transición que Coke trató de

157 Ayelet Ben-Yishai, *Common Precedents: The Presentness of the Past in Victorian Law and Fiction* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 35.

158 *Ibíd.*

159 Ben-Yishai, *Common Precedents: The Presentness of the Past in Victorian Law and Fiction*, 106.

160 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 70.

llevar a cabo del derecho medieval a uno moderno fue un éxito, en Blackstone vemos el producto final, un cuerpo unido y coherente del *common law*.¹⁶¹

Si bien es cierto, Blackstone reconoce la autoridad del precedente como una evidencia de una norma consuetudinaria del *common law*, también es cierto que para él la existencia de precedentes, concretados en decisiones judiciales, representan la aplicación e interpretación de una norma, y por tanto los jueces no deben alejarse de dicho precedente, a no ser que este sea absurdo o injustificado:

La doctrina de la ley es entonces esta: los precedentes y las reglas deben seguirse, a no ser que sean rotundamente absurdas o injustas [...] estas son normas positivas, establecidas por costumbre, costumbre que es evidencia por decisiones judiciales; y de las que ningún juez moderno debe alejarse sin que quebrante su juramento y la ley.¹⁶²

En ese sentido, Blackstone reconoce la posibilidad de que un juez pueda apartarse de un precedente, pero antes de hacerlo, requiere demostrar que dicha decisión es contraria a la razón de la norma, pues “La ley y la opinión del juez no siempre son términos intercambiables, o lo mismo; ya que algunas veces el juez puede equivocarse la ley aplicable”.¹⁶³ Sin embargo, Blackstone reconoce que “por regla general las decisiones de las cortes de justicia son evidencia de lo que es *common law*”.¹⁶⁴ Ahora bien, la evaluación del precedente como absurdo o injustificado por parte de los jueces, sobre la base del análisis de la aplicación e interpretación de la “evidencia del *common law*”, será la base de la aplicación flexible del precedente, con la implementación de la técnica del *overruling*.¹⁶⁵ En lo atinente al *distinguish*,¹⁶⁶ esta técnica nacerá del estudio de lo que implica la *ratio decidendi* en el caso concreto.

161 Theodore Frank Thomas Plucknett, *A Concise History of Common Law* (Indianapolis: Liberty Fund, 2010), 328.

162 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 71.

163 *Ibid.*

164 *Ibid.*

165 La técnica del *overruling* radica en crear un nuevo precedente para el caso; es decir, existe un distanciamiento del caso precedente con el caso actual. Esta posibilidad de crear un nuevo precedente surge de la oportunidad que tienen los jueces para actualizar sus criterios e inclusive corregirlos en caso de que exista un error. Sin embargo, para proceder a un *overruling*, creación de una nueva regla, es necesario una argumentación reforzada que dé cuenta de que el cambio no es un acto arbitrario, sino que responde a una necesidad de realización de la justicia. Véase Kevin Fandl, *Narrowing the gap: legal English for the new international legal practitioner* (Chicago: American Bar Association, 2012).

166 Este concepto se analizará a profundidad más adelante; en este momento basta señalar que implica el análisis de diferencias relevantes entre el caso precedente y el caso posterior, razón por la cual es necesario “distinguir” el precedente para cada uno de ellos. Véase Fandl, *Narrowing the gap*.

Por su parte, Jeremy Bentham señala, particularmente, que la jurisprudencia adquiere un doble sentido, tanto desde una perspectiva de la jurisprudencia como el *case law*¹⁶⁷ anglosajón, al igual que también el sentido de jurisprudencia como el estudio de doctrinas jurídicas, fenómeno que se advirtió en los inicios de la introducción de la “doctrina legal” en España. De hecho, Bentham reconoce a la jurisprudencia como una entidad ficticia sin ningún significado de manera autónoma:

Jurisprudencia es una entidad ficticia: tampoco puede encontrarse un significado al término, salvo si está acompañada de alguna otra palabra que tenga un significado real. Para saber qué significa jurisprudencia, debemos saber, qué se entiende por libro de jurisprudencia. Un libro de jurisprudencia puede ser uno de dos objetos: 1. Para determinar lo que la ley es; 2. Para determinar qué es lo que debe ser. En el primero de los casos puede hablarse de un libro de jurisprudencia declarativa; mientras en el segundo, un libro de jurisprudencia sensorial: o, en otras palabras, un libro sobre el arte de la legislación.¹⁶⁸

Sobre esta reflexión se deriva que existe una asimilación de jurisprudencia y derecho, pues:

Hay ocasiones en las que Bentham emplea “jurisprudencia” como sinónimo de ley, refiriéndose a la sustancia e interpretación histórica de una norma legal en particular, incorporada en decisiones judiciales, precedentes, y otros comentarios legales. Él habla, de “esa porción de Jurisprudencia que es llamada Derecho Civil”. Hay otros momentos en sus escritos en los que jurisprudencia significa algo más parecido a “teoría”, el significado que actualmente tiene en la tradición Anglo-Americana cuando se refiere al “estudio de cuestiones teóricas de carácter general de las leyes y los sistemas jurídicos”.¹⁶⁹

Bentham reconocía la importancia del principio de *stare decisis*,¹⁷⁰ como un mecanismo para garantizar la publicidad del derecho, y para constreñir a los jueces a ofrecer razones de justificación en sus decisiones: “él sostuvo una noción estricta del *stare decisis*, una que pudiera asegurar las expectativas de la sociedad al obligar a los jueces a respetar estrictamente lo que se ha hecho en el pasado.”¹⁷¹

167 La traducción que más se ajusta al español del término *case law* es jurisprudencia, dado que se entiende a la resolución del caso concreto.

168 Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Oxford: Clarendon Press, 1907), Library of Economics and Liberty, par. XVII.23, <<http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML18.html>>. Consulta: 10 de abril de 2016.

169 Robert Loring, “The Role of Universal Jurisprudence in Bentham’s Legal Cosmopolitanism”, *Revue d’études benthamiennes*, n.º 13 (2014): 750.

170 *Stare decisis* es una locución latina traducida al español como “mantenerse con las cosas decididas”, con mayor precisión sería entonces “mantenerse en lo decidido en casos anteriores”.

171 Douglas E. Edlin, edit., *Common Law Theory, Cambridge Studies in Philosophy and Law* (Nueva York: Cambridge University Press, 2007), 136.

Para garantizar efectivamente la publicidad, Bentham reflexionó sobre la necesidad de contar con una sistematización clara de los precedentes, lo que a su vez le llevó a argumentar que si bien los jueces pueden crear derecho, es por lo menos indispensable contar con un sistema organizado de precedentes.

Sus argumentos sobre la reforma del sistema judicial y su condena a la ley creada por los jueces fue tomada por Henry Brougham en 1820, y el establecimiento de los Repertorios de Jurisprudencia [Law Reports] fue basado parcialmente en el argumento de Bentham [...] que si debemos tener leyes creadas por los jueces debemos entonces, por lo menos, tener precedentes sistemáticamente organizados e informados.¹⁷²

Sin embargo, a pesar del desarrollo del sistema del precedente, en cierta forma debido a los argumentos mantenidos por Bentham, es necesario recordar que era un asiduo defensor del derecho codificado. En efecto, sostenía que el derecho creado por los jueces pone en riesgo su utilidad y efectividad; atacaba lo que ahora se conoce como creación judicial, considerándolo una usurpación. “Él creía en la codificación, por la cual las normas de decisión eran adoptadas y promulgadas en detalle, dejando a la corte solo la función de una interpretación genuina de la sección relevante para el caso en cuestión”.¹⁷³ De lo cual se concluye que si bien reconoció una importante función al *case law* de publicidad y certeza, este era válido en la medida en que se constituya en una fuente de conocimiento del derecho codificado, dado que el ámbito de creación *ex novo* para el juez estaba proscrita.

Se advierte, entonces, que existen distintos criterios entre estos autores, tanto de sus posicionamientos doctrinales, como de su ubicación cronológica. Así, mientras que en Coke se observa una construcción típicamente historicista, que va a colocar la raíz misma del derecho en la actividad creativa de los pueblos y que, por tanto, protesta tanto del derecho natural, como de la actividad real, como verdaderas actividades creadoras del derecho, utilizando un concepto de razón no como razón ilustrada o abstracta, sino como razón dentro de la historia de cada pueblo; a diferencia, en Hale se observa un enfoque mucho más limitado y práctico (que, en un contexto diferente, retomará Bentham). Para Hale, el precedente y la actividad jurisdiccional sirven como evidencia (como herramienta heurística) de la existencia de la norma y como mecanismo de adaptación, siempre que no haya una decisión de autoridad por parte del Parlamento. Blackstone, por su parte en lo que es la exposición clásica del precedente, da un paso

172 Neil Duxbury, *The Nature of Authority of Precedent* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 43.

173 Roscoe Pound, “What of Stare Decisis?”, *Fordham Law Review*, n.º 13:1 (1941): 3.

más: no solo la jurisprudencia, los casos, etc. sirven para descubrir o probar la existencia del derecho, sino que tienen una función de guía de la actividad jurisdiccional, de la que solo cabe apartarse extraordinariamente y cuando se pruebe el absurdo de la decisión heredada.

Por último, Bentham realiza una aproximación mucho más cargada de valoraciones filosóficas. Desde su utilitarismo,¹⁷⁴ lo que se plantea es, lógicamente, la función –o utilidad– del sistema descrito y sistematizado por Blackstone, y, sin dejar de apostar por el sistema codificado –en consonancia con su filosofía racionalista ilustrada–, va a destacar dos contribuciones fundamentales del precedente: su función de publicidad del derecho y su contribución a la seguridad jurídica, vía *stare decisis*.

Mecanismos de publicidad del precedente en Inglaterra

Si bien los principales representantes del *common law* en Inglaterra se caracterizaban por mantener una posición bastante cercana a la escuela del derecho positivo, dado que ningún jurista reconoció el poder del juez para crear derecho *ex novo*,¹⁷⁵ es indudable que todos los autores citados reconocían el valor primordial de las decisiones judiciales dentro del desarrollo y evolución del *common law*, entendiendo al derecho como un conjunto de normas que reflejan la dinámica social. En efecto, como se mencionó, Blackstone considera que “Las decisiones de las cortes entonces son consideradas en la más alta estima”,¹⁷⁶ pues comprenden la expresión misma del *common law*; de allí que en la actualidad la doctrina del precedente es entendida como estricta, más aun considerando la larga tradición inglesa.

Para lograr dicho objetivo, los tribunales y cortes de Inglaterra establecieron los registros de sus decisiones judiciales, además de repertorios con el objetivo de “entregarlos a la vista pública”.¹⁷⁷ Estos se entendían como “Historias de varios casos, con un pequeño resumen de los procesos, que son preservados extensamente en los registros; los argumentos de las partes; y las razones que la corte dio para llegar a su decisión; tomados en notas resumidas por personas presentes dentro de proceso”,¹⁷⁸ en estricto sentido el registro de cada *case law* resuelto.

174 Bentham concibe al derecho como un instrumento de ordenación social cuyo objetivo es el control y el ajuste de las relaciones humanas de tal modo que pueda lograrse la satisfacción de la mayor cantidad posible de intereses y necesidades humanas con el menor coste y fricción posible. Jeremías Bentham, *Obras selectas de Jeremías Bentham*, t. IV, Principios de legislación, Panóptico (Buenos Aires: Rodamillans, 2005).

175 Tal como se analizó en el apartado anterior.

176 Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 71.

177 *Ibid.*, 72.

178 *Ibid.*

Los repertorios se publican en una serie regular desde el reinado de Eduardo II incluso; y desde ese tiempo hasta el de Enrique Octavo fueron tomados por protonotarios, o el escriba principal de la corte, a costo de la corona, y publicados anualmente, por lo que son conocidos por la denominación de anuarios.¹⁷⁹ Esta práctica que asegura la publicidad del derecho, característica básica para su exigibilidad, continúa hasta el día de hoy, y es por medio de esta que algunos casos son publicados, esto con base a la posibilidad de la existencia de un nuevo punto de derecho dentro del ordenamiento jurídico de Inglaterra que, como se verá más adelante, implica una reforma dentro de la aplicación común del precedente.

En la actualidad todos los casos de la Corte Suprema son publicados, mientras solo algunos de las cortes inferiores reciben este tratamiento. Entonces, la práctica vigente en Inglaterra supone la publicación de dichos repertorios en medios privados, principalmente *The Law Reports* que contienen la información con *más* autoridad, pues dichos documentos son revisados previamente por los jueces responsables de emitir dichas decisiones,¹⁸⁰ asegurándose de esta manera la recepción fidedigna.

Es pertinente considerar que la publicación de las decisiones adoptadas por las cortes inglesas no solo cumple con garantizar el derecho a la seguridad jurídica, y garantizar la publicidad de la justicia, sino que asegura la propia existencia del *common law*, pues:

El *common law* fue creado por las Cortes reales del Westminster; es un derecho jurisprudencial. La función de la jurisprudencia en Inglaterra no se limitó exclusivamente a la aplicación de la ley, sino de igual manera a la concretización de reglas del derecho. Es natural en estas condiciones, que a la jurisprudencia se le haya atribuido en Inglaterra una autoridad diferente de aquella conferida en el continente europeo. Las reglas creadas por decisiones judiciales, deben ser aplicadas, a riesgo de no hacerlo, de socavar toda certeza, e incluso de comprometer la existencia misma del *common law*.¹⁸¹

En definitiva, como ya señalara Bentham, existe una estrecha vinculación entre publicidad y seguridad jurídica. Solo a partir de un repertorio conocido de precedentes es posible realizar el cálculo de previsibilidad, uno de los elementos fundantes de la seguridad jurídica. Por otro lado, desde un punto de vista puramente práctico, difícilmente se puede mantener vivo un sistema de precedentes, si estos no son, en primer lugar, lo suficientemente numerosos como para constituir un repertorio aplicable

179 *Ibíd.*, 73.

180 SOAS University of London, *Understanding UK Case Law*, <<http://www.soas.ac.uk/library/subjects/law/research/file70250.pdf>>. Consulta: 10 de abril de 2016.

181 David René y Pedro Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (México DF: UNAM-III, 2010), 265.

a una gran variedad de casos y, en segundo lugar, si no son debidamente conocidos y estudiados.

La doctrina del precedente a partir del siglo XX en Inglaterra

Hasta aquí, se ha observado la importancia de los precedentes judiciales –jurisprudencia– en Inglaterra, particularmente en la construcción del *common law*. No obstante, la autoridad otorgada a ella se limitaba a declarar la norma existente, de esta forma, la teoría declarativa de la jurisprudencia era predominante durante los siglos XVI al XVIII. Grandes expositores del derecho inglés durante dichos siglos –Coke, Hale, Blackstone y Bentham– reconocieron la importancia de este como un mecanismo que permitía evidenciar la existencia de una norma consuetudinaria dentro del derecho inglés.

Sentado eso, es necesario precisar que para Blackstone el que una decisión estableciera la existencia de una norma consuetudinaria en el derecho inglés era suficiente motivo para que dicha decisión judicial estableciera un precedente irrefutable, del cual, los jueces posteriores no deberían alejarse. Este criterio, más el uso constante de los repertorios y registros judiciales por parte de profesionales del derecho y magistrados, llevó a que a partir del siglo XIX, en Inglaterra se haya optado por aplicar la doctrina del precedente, y como tal otorgaba autoridad normativa a las decisiones judiciales provenientes de la Corte Suprema; de esta forma el *stare decisis* de las decisiones judiciales resulta de aplicación obligatoria, no solo para el sistema judicial, sino también para la población en general. En este orden de ideas:

La obligatoriedad de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales, es el fundamento de un sistema de derecho jurisprudencial. La necesidad de certeza y de seguridad, sin embargo, no siempre ha experimentado el mismo grado; de hecho fue después de la primera mitad del siglo XIX cuando la regla del precedente (*rule of precedent*), se estableció con rigor y se impuso a los jueces la obligatoriedad de observar las reglas de derecho creadas por sus predecesores.¹⁸²

Si bien la doctrina del precedente es aplicada de forma tal que garantice los principios de seguridad y certeza jurídica, es necesario también recordar que dicha previsibilidad no ha sido bienvenida por igual en todos los tiempos. En efecto, el posicionamiento de una teoría estricta del precedente genera contradicciones entre la naturaleza flexible del derecho consuetudinario y la inmutabilidad del régimen estricto del precedente:

En ningún momento la diferencia de actitud entre el siglo dieciocho y el siglo diecinueve está más claramente vista que en el tratamiento de la costumbre. Ya hemos insistido en la flexibilidad de la costumbre [...] pero si resulta que

182 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 266.

una corte ha dado una decisión sobre una cuestión de derecho, pierde [la costumbre] por siempre su flexibilidad y es fijada por la regla del precedente en el punto en la que corte la ha tocado. La costumbre de la corte misma ahora sufre el mismo tipo de cambio, y la costumbre del *common law* tiene algún riesgo de perder su antigua adaptabilidad.¹⁸³

La doctrina del precedente en Inglaterra alcanza su punto más innovador a finales del siglo XIX, mediante la simplificación del sistema judicial inglés, el cual se extiende durante la primera mitad del siglo XX.¹⁸⁴ Dicha reforma permitió que el actual sistema judicial inglés cuente con cuatro niveles de jerarquía judicial: 1. La Corte Suprema de la Judicatura, 2. La Corte de Apelaciones, 3. La Corte Superior de Justicia, y 4. Las Cortes de la Corona, Las Cortes del Condado, Las Cortes de Magistrados y los Tribunales. De esta manera, las decisiones adoptadas por la Corte Suprema constituyen precedentes obligatorios para toda la judicatura, mientras que aquellas adoptadas por las demás judicaturas solo son obligatorias para las cortes inferiores:

La regla del precedente se ha analizado, en la teoría, atendiendo tres proposiciones muy sencillas: 1. Las decisiones emitidas por la Cámara de los Lores (House of the Lords)¹⁸⁵ constituyen precedentes obligatorios, cuyas reglas deben ser observadas por toda jurisdicción, excepto y en forma excepcional por ella misma; 2. Las resoluciones emitidas por la Court of Appeal (Corte de Apelación) constituyen precedentes obligatorios para todas las jurisdicciones inferiores en jerarquía a esta Corte, y para la misma Court of Appeal. Las resoluciones pronunciadas por un juez de la High Court of Justice se imponen a las jurisdicciones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un gran valor de persuasión y son generalmente observadas por las diferentes divisiones de la High Court of Justice y por la Crown Court.¹⁸⁶

Se advierte, entonces, que los únicos precedentes con plenos efectos – es decir, verticales y horizontales – son aquellos que provienen de la Corte Suprema de la Judicatura, de ahí que solo a este tipo de decisiones se las puede denominar precedentes en estricto sentido, en virtud de que vinculan a la propia judicatura y a las instancias inferiores; en tanto que las demás judicaturas en su nivel de jerarquía emitirán criterios que únicamente se constituirán como fuente de derecho para las judicaturas inferiores, es decir, un efecto exclusivamente vertical.

En definitiva, igual que el surgimiento mismo del sistema del *common law* está asociado a una reorganización general de los tribunales

183 Theodore Frank Thomas Plucknett, *A Concise History of Common Law*, 386.

184 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 256-70.

185 La Cámara de los Lores fue conocida como el Comité de Apelaciones de dicha Cámara, que en 2009 se convirtió en la Corte Suprema de la Judicatura compuesta por 12 miembros seleccionados por un comité especial y que forman parte de la Cámara de los Lores.

186 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 266.

—en la conquista normanda—, el funcionamiento de la regla del *stare decisis*, del precedente en sentido estricto, etc., solo pudo darse, ya en el siglo XX, una vez culminada la organización jerárquica de los tribunales ingleses que, hasta ese momento, habían combinado diversos criterios de jerarquía y, sobre todo, de competencia, para el reparto de los asuntos.

Una vez que queda clara la posición de la Corte Suprema de la Judicatura como cabeza del poder judicial, podrá desarrollarse un sistema de precedentes en sentido moderno. Debe recordarse que, en el caso de los EE. UU., esta dificultad no existirá puesto que, constitucionalmente, el Tribunal Supremo encarnará el poder judicial desde el nacimiento mismo del país.¹⁸⁷

Vinculación del precedente en la doctrina del derecho inglés: Distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*

La identificación del precedente en el derecho inglés difiere de la práctica jurisprudencial en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law* o derecho codificado. En efecto, mientras que el derecho codificado es redactado conforme a un principio implícito de economía lingüística, es decir es canónico, el precedente, por exigencias de justificación racional, es un derecho abundante y argumentativo.

Esto ocasiona que el precedente sea construido a partir de una abundante justificación, densidad argumentativa que dificulta extraer la razón principal de la decisión (el argumento vinculante), y en consecuencia distinguirlo de los argumentos secundarios o de apoyo no es tarea sencilla. Por esta razón, el análisis del precedente en Inglaterra implica una operación lógico funcional que permite identificar y diferenciar con claridad las diferentes secciones de una decisión judicial, a partir de lo cual se distingue cuál de ellas responde al precedente como tal (*ratio decidendi*), y cuál a la línea de apoyo de la argumentación principal (*obiter dicta*); ciertamente:

Debemos saber qué considerar como precedente, y qué debemos ignorar, de manera que podamos identificar lo que es denominado *ratio decidendi*. La doctrina del precedente determina que los casos deben decidirse de manera igual cuando los hechos materiales son los mismos. La *ratio* es definida entonces como el principio de la ley usado por el juez para arribar a su decisión junto con las razones para hacerlo.¹⁸⁸

En efecto, la *ratio decidendi* de una decisión judicial es entendida como “Cualquier norma de derecho expresamente o implícitamente tratada por

187 Rupert Cross y J. W. Harris, *Precedent in English Law* (Oxford: Clarendon Press, 1991).

188 Denis J. Keenan, *Smith & Keenan's English Law: Text and Cases* (Harlow: Pearson Education Limited, 2007), 210.

el juez como un paso necesario para alcanzar su conclusión, teniendo en consideración su línea de razonamiento, o una parte necesaria de su orientación al jurado”;¹⁸⁹ entonces:

La aplicación de la “regla del precedente” exige de la parte del jurista inglés el análisis de los comentarios de las resoluciones judiciales. En las *reasons* (razonamientos) invocadas por el juez que funda y motiva sus decisiones; el jurista inglés debe distinguir entre lo que constituye la motivación y fundamentación de la sentencia, la *ratio decidendi* del juicio, y aquello que se considera *obiter dictum*, que consiste en todo aquello que el juez expuso sin que le asistiera alguna necesidad de hacerlo. Solo la *ratio decidendi* constituye una regla de derecho jurisprudencial, que debe ser observada en lo sucesivo. Lo que resulta *obiter dictum*, por el contrario, carece de esta autoridad; el valor de las *obiter dicta* consiste en su valor de persuasión, que depende del prestigio del juez que pronunció la sentencia, de la exactitud de su análisis y de un gran número de otras circunstancias variables, que corresponden a la especie.¹⁹⁰

Principalmente, la *ratio decidendi* es la razón de la decisión judicial y construye el precedente obligatorio.¹⁹¹ Todo aquello que no forma parte de la *ratio* es conocido como *obiter dicta*, y aunque no es obligatorio puede ser de gran ayuda para la identificación y determinación del punto de derecho que se desarrolla por medio de la decisión judicial, dado que son los criterios de apoyo de la fundamentación central de la decisión; esto en virtud que:

Buscar una solución en la razón no es actuar de ninguna manera en forma arbitraria. El esfuerzo conlleva que se identifique, para su aplicación correspondiente, los llamados principios generales del derecho que puedan derivarse de las reglas existentes. A estos fines se puede recurrir a la doctrina, y de igual manera en Inglaterra, a las *obiter dicta* de los jueces y a las decisiones judiciales que no tienen el carácter estricto de precedentes obligatorios.¹⁹²

Entonces, por la densidad argumentativa que se plantea en una decisión, no todos los argumentos esgrimidos en ella son obligatorios, sino solo algunos; de ahí que solo están cubiertos con el valor del precedente aquellos razonamientos que constituyan su *ratio decidendi*, y como ya se dijo, por descarte, todo aquello que no sea *ratio decidendi* es necesariamente *obiter dicta*. Esta técnica de descarte proviene de Inglaterra, y los estudios más autorizados refieren que por primera vez se hizo alusión a ella en un caso inglés de 1673, en el cual el juez Vaughan determinó que “un razonamiento de la Corte, si no resulta necesario para la decisión adoptada,

189 Cross y Harris, *Precedent in English Law*, 72.

190 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 267.

191 Catherine Elliot y Frances Quinn, *English Legal System* (Reino Unido: Pearson Longman, 2009), 13.

192 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 278.

[...] no constituye un razonamiento judicial sino tan solo un mero *gratis dictum*";¹⁹³ con lo cual, al contrario de lo que frecuentemente parecen presumir los jueces que repiten el concepto sin mayor reflexión, el tema no es pacífico y genera interesantes debates en la dimensión contextual del derecho.

Ciertamente, si no son todos los razonamientos esgrimidos en una sentencia son precedente, sino solo la *ratio decidendi*, surge la interrogante de cómo se puede identificar la *ratio*. Para atender esta interrogante existen dos visiones contrapuestas del precedente que se analizarán a continuación.

La primera guarda relación con una visión formalista del derecho, en la que le corresponde al juez que decide el caso determinar entre sus argumentos cuál de todos ellos es la *ratio decidendi*; no se puede entonces, de forma arbitraria, atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier justificación, sino solo aquellas consideraciones que son realmente la razón necesaria para decidir el asunto y que se encuentran determinados en los razonamientos esgrimidos para la resolución del caso.

Esta posición formalista impone una limitación de interpretación y reconstrucción del precedente, que de manera similar se verificó a inicios de la revolución en Francia con la aplicación exegética de las leyes, en el caso de la aplicación formalista del precedente, procurando una actividad pasiva del juez que interpreta y aplica la *ratio decidendi* preestablecida. En efecto, los jueces que aplican el precedente solo pueden reconocer como precedente aquellos argumentos relevantes para decidir el asunto expresamente consignados en la decisión.¹⁹⁴

En consecuencia, constituyen razón fundamental para decidir todos aquellos razonamientos que se hacen necesarios, por tanto, reciben tratamiento explícito y detenido de la Corte, de lo cual se colige que "es *ratio* aquel argumento que consciente y explícitamente le permite a la Corte llegar a la decisión; el *obiter*, de otro lado, son argumentos incidentales, secundarios, subdesarrollados o, incluso, meramente sugeridos que no se requieren para la conclusión alcanzada".¹⁹⁵

La segunda visión de interpretación y aplicación del precedente, al contrario de la primera (la que se ha denominado formalista), atiende a una práctica hermenéutica, respecto de guardar coherencia y fidelidad con el sentido o significado de la decisión, más allá del texto mismo de la decisión; práctica que dependerá de la experticia y minucia de quién va interpretar y aplicar el precedente. En este orden de ideas, de acuerdo con esta postura, se requiere para aplicar el precedente entender el significado

193 Citado por Cross y Harris, *Precedent in English Law*, 41.

194 Véase López Medina, *El derecho de los jueces*.

195 *Ibid.*, 222.

integral de la decisión, para lo cual esta debe reconstruirse sin vulnerar su sentido general; así “se mantiene la obediencia al precedente, pero a través de un concepto hermenéutico más desarrollado”.¹⁹⁶

Como resulta evidente, esta concepción de precedente ofrece mayores posibilidades de interpretación de lo que es la *ratio decidendi*, dado que se reconoce efectivamente el poder de revisar la *ratio* del caso originario siempre que la “nueva” *ratio* siga dando buenos argumentos para entender la decisión del caso. Estos criterios denotan una técnica de aplicación “des” formalizada del derecho, que fue presentada por los autores antiformalistas norteamericanos en la primera mitad del siglo xx y continúa presente, de manera sólida, en la doctrina contemporánea,¹⁹⁷ y que ha sido utilizada en momentos de cambio social en los cuales se ha requerido mantener la coherencia decisional, al mismo tiempo de una adaptación del derecho a las transformaciones sociales y jurídicas.

Como consecuencia de esta “des” formalización del derecho, Arthur Goodhart presenta una completa teoría hermenéutica del precedente, cuyo fundamento es el postulado que “para descubrir la *ratio decidendi* de un caso no debe buscarse en los argumentos sobre los cuales el juez ha basado su decisión”,¹⁹⁸ revolucionando así las clásicas concepciones formalistas de identificación del precedente en Inglaterra y EE. UU.

Goodhart postula que para encontrar la razón fundamental de la decisión hay que deconstruir y reconstruir el fallo, de lo cual se colige que el intérprete no se limita solo a la aplicación del “texto” de la decisión, sino su sentido integral. Esta concepción “des” formalizada del derecho, ciertamente da cuenta de la dinámica judicial y, por tanto del precedente. Dada la utilidad del procedimiento para identificar la *ratio decidendi*, se analizará a continuación.

Para encontrar el precedente de una decisión es necesario identificar “los hechos relevantes o materiales del caso”, puesto que son estos los parámetros para conocer en qué casos futuros puede aplicarse, y la forma en cómo se decidió el caso; de ahí que para Goodhart la *ratio* no radica en las razones de la Corte, sino que se centra en una visión donde priman el análisis de los hechos y los resultados del caso.

196 *Ibid.*, 223.

197 Siguiendo el análisis realizado por Diego López Medina, el realismo tuvo impacto en el análisis de precedentes. La definición realista de la *ratio decidendi* fue expuesta de manera completa en el artículo de Arthur Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 40 *Yale Law Journal* 161 (1930). Esta técnica reconocida como legítima fue expuesta por varios autores como Joseph Raz, en *The authority the law*; Niel McCorimick en *Why cases have retiones an what these are?*; Ronald Dworkin en *Los derechos en serio*, entre otros.

198 Arthur Goodhart, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”, *Yale Law Journal*, n.º 40 (1930): 164.

De esta forma lo que se pretende demostrar es que el derecho está constituido por los métodos y argumentos que se utilizan en el discurso práctico jurídico *–law in action–* más que por las proposiciones formales emitidas por jueces anteriores o por la legislatura *–law in the books–*. Es el énfasis en los hechos y el resultado por el que se “des” formaliza el derecho y se justifica la práctica de jueces y litigantes, ya que al calificar e interpretar los hechos relevantes del caso se puede seguir *–following–*, distinguir *–distinguishing–*, ampliar *–broadening–* o estrechar *–narrowing–* la fuerza precedencial del caso, argumentos típicos sobre los que se estructura la mayor parte de las estrategias argumentativas de interpretación y aplicación del precedente.¹⁹⁹

Entonces, como primera conclusión, el precedente o *ratio decidendi*, tiene como base el patrón fáctico del caso definido por el juez, de lo cual se colige que fidelidad al precedente no consiste en seguir las justificaciones en abstracto de los jueces, sino asegurar que ante iguales circunstancias, las personas reciban trato igual. Las justificaciones abstractas de una decisión son simplemente teorías jurídicas, morales y políticas que están en continua reelaboración y que permiten sucesivas re-racionalizaciones de las decisiones pasadas, sobre la base de las transformaciones sociales.

Sobre el aspecto de los hechos materiales, Goodhart menciona que para identificarlos en un caso se requiere analizar:

1. Todos los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y cantidad son in-materiales, a menos que se diga expresamente que son materiales.
2. Si hay un fallo, los hechos tal y como son anunciados en el fallo son definitivos y no pueden ser contradichos con fundamento en el expediente del proceso.
3. Si la sentencia omite un hecho que aparece en el expediente, esta circunstancia puede ser debida a (a) una omisión o (b) una decisión implícita de que el hecho era inmaterial. Esta segunda posibilidad se presumirá como cierta, si no existe evidencia en contrario en la sentencia.
4. Todos los hechos que el juez *específicamente* considere inmateriales deben tenerse como inmateriales en la sentencia.
5. Todos los hechos que el juez *implícitamente* considere inmateriales deben tenerse como inmateriales en la sentencia.
6. Todos los hechos que el juez *específicamente* considere materiales deben tenerse como tales.
7. Si la opinión no distingue entre hechos materiales e inmateriales, todos los hechos anunciados en el fallo deben considerarse materiales.

199 Goodhart, “Determining the Ratio Decidendi of a Case”.

8. Una conclusión basada en un hecho hipotético es un *dictum*. Un hecho hipotético es cualquier hecho cuya existencia no ha sido determinada ni aceptada por el juez.²⁰⁰

Los hechos materiales del caso están dados por las circunstancias abordadas en la decisión, así como los elementos principales a ser considerados en el problema jurídico que presenta el caso concreto; de ahí que los hechos materiales son circunstancias abordadas por los jueces en las decisiones, que no se basan en una hipótesis o circunstancias de conexidad a las que eventualmente se pueden hacer referencia, pero que no guardan relación con el caso concreto.

El énfasis en los “hechos materiales o relevantes del caso” de la visión “des” formalizada del precedente, denota cómo opera la derrotabilidad²⁰¹ de las normas del *law*, en la medida que pueden ser modificadas frente a nuevas circunstancias no analizadas. La *ratio decidendi* es moldeada, ajustada, mejorada a través de la deconstrucción que realizan los jueces en la aplicación del precedente, de lo cual se deriva que el derecho está en continua evolución.

Una vez identificada la *ratio decidendi*, y una vez que se han identificado los hechos materiales, o relevantes del caso, Goodhart presenta los siguientes parámetros a considerar para no confundir *ratio decidendi* de las *obiter dicta*:

1. El principio de un caso no se encuentra en las razones aducidas en el fallo.
2. El principio no se encuentra en la regla del derecho explícitamente anunciada en el fallo.
3. El principio no se encuentra necesariamente en la relación con *todos* los hechos discernibles del caso y de la decisión del juez.
4. El principio del caso se encuentra mediante la apreciación de (a) los hechos del caso que el juez consideró materiales, y (b) de su decisión fundamentada en ellos.
5. Para encontrar el principio de un caso, también es necesario establecer cuáles hechos fueron tratados como inmateriales por el juez, ya que el principio de la sentencia puede depender, tanto de la exclusión como de la inclusión de hechos.²⁰²

200 Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 182-3, versión original. Versión en español, véase López Medina, *El derecho de los jueces*, 240.

201 Véase Frederick Schauer, *Pensar como abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, trad. por Tobías J. Scheider (Madrid: Marcial Pons, 2013).

202 Goodhart, *Determining the Ratio Decidendi of a Case*, 812-183 versión original. Versión en español, véase López Medina, *El derecho de los jueces*, 239.

Como ya se mencionó, la premisa sobre la cual descansa la teoría desformalizada del precedente radica en que el precedente o *ratio decidendi* no se encuentra en las razones “literalmente” aducidas en el fallo, a lo que se puede agregar que tampoco se encuentra en las razones abstractas de la decisión.

También se señaló que la *ratio* no se encuentra en la regla del derecho explícitamente anunciada en el fallo, lo cual guarda relación con el carácter de fuente primaria del precedente, dado que si la *ratio* radica en una norma general y abstracta, la función del precedente en el derecho sería únicamente de reconocimiento del derecho existente y no como una verdadera fuente de creación.

En los parámetros tercero, cuarto y quinto expuestos por Goodhart, se determina que no todos los hechos del caso deben considerarse como materiales, y esto tiene sentido sobre la lógica que son solo algunas circunstancias del caso las que pueden denominarse como hechos materiales; es decir, solo aquellos hechos que permiten entender el caso en su real dimensión son materiales. Es importante resaltar que los hechos materiales o relevantes del caso pueden o no tener una calificación jurídica, en otras palabras, un trato especial en el derecho, esto dependerá enteramente del caso analizado.

Se insiste, la centralidad de la doctrina desformalizada del precedente reside en la identificación de los hechos materiales del caso, precisamente, porque son estos los que nos permiten entender el discurso práctico –argumentos centrales– sobre un patrón fáctico cierto y la solución que recibe. Estos tres elementos (hechos, argumentos y decisión) permiten concebir al precedente como *law in action*, convirtiéndose en una verdadera fuente primaria de derecho.

Mediante esta metodología resulta claro que la *ratio decidendi* es la expresión del argumento de analogía o disanalogía basado en la identificación de los hechos materiales, relevantes o claves del caso, la desestimación de los hechos inmateriales, irrelevantes o secundarios del mismo, la resolución del mismo; a lo que habría que sumar el discurso práctico central de la decisión.²⁰³ Respecto a la analogía o disanalogía, es oportuno mencionar que la determinación de semejanza de los hechos relevantes puede corresponder a categorías jurídicas propiamente dichas, o categorías de semejanza natural. Así, un hecho no es relevante en un caso cuando se pueda prescindir de él y el precedente continúa claramente identificado.

203 Robert Alexy señala que la práctica jurídica responde a un discurso práctico, en el que se discuten y justifican las razones por las cuales se imponen determinadas interpretaciones de las normas jurídicas.

En síntesis, la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es uno de los puntos centrales en la teoría del precedente en Inglaterra, pues solo la *ratio decidendi* es verdadera fuente de derecho, y solo esta parte de la sentencia se encuentra cubierta por el principio *stare decisis*. Para identificar la *ratio decidendi* de una decisión, existen dos posturas claramente identificadas tal como se analizó a profundidad: la formalizada y “des” formalizada.

La práctica de la doctrina del precedente en Inglaterra

La doctrina del precedente en Inglaterra –de conformidad con lo expuesto en párrafos anteriores– supone uno de los principios básicos en el cual se sustenta el derecho inglés. En este sentido, los precedentes adoptados por los diferentes órganos de justicia de Inglaterra sirven para marcar no solo la existencia de una costumbre, o inclusive la creación de una norma, sino que además establecen estándares en la práctica del derecho.

El caso más citado sobre el papel de la doctrina del precedente en Inglaterra es el caso *Donoghue v. Stevenson*,²⁰⁴ en el cual la Cámara de Lores decidió reconocer el deber de cuidado –*duty of care*– que un fabricante debe a sus consumidores dentro de un proceso civil por daños. En dicho caso, la demandante indicó que tras haber adquirido un refresco en un local de comercio, cuando se disponía a consumirlo, observó que una pequeña caracola en estado de descomposición se encontraba en el envase de dicho refresco. La pregunta realizada por la Cámara de Lores se relacionaba a si la obligación del deber de cuidado recaía en el fabricante de dicho producto, o al contrario en el vendedor final. Dicha cuestión nacía dentro de la perspectiva común, en que la responsabilidad debía recaer dentro del contrato mantenido entre el dueño del local comercial y su cliente; sin embargo, dicha relación existía por medio de un contrato anterior entre el comerciante y el fabricante de la bebida, por lo cual el consumidor quedaba en indefensión por la imposibilidad de poder actuar “directamente” en contra del fabricante al no existir ningún tipo de relación. Sobre este hecho, Lord Atkin observó:

La regla de ama a tu prójimo se convierte en ley, no debe lesionarse al prójimo; y la pregunta del abogado, quién es mi prójimo recibe una réplica limitada. Se deben tomar cuidados razonables para evitar actos u omisiones cuando de manera razonable se pueda prever la probabilidad de lesionar al prójimo. ¿Quién, entonces, es mi prójimo? La respuesta parece ser, aquellas personas afectadas de manera tan cercana y dicta por un acto que de manera

204 [1932] A. C. 562, Cámara de los Lores. Caso que fue tomado como ejemplo por Niel McCormick en su obra *Legal reasoning and legal theory* para fundamentar su teoría estándar de la argumentación jurídica, que coincide en gran medida con la propuesta por Robert Alexy sobre el discurso práctico.

razonable debía contemplarlos como afectados cuando se piensa en los actos u omisiones en cuestión.²⁰⁵

Y continuó estableciendo que la existencia de proximidad dentro del deber u obligación de cuidado no se encuentra:

confinado a la mera proximidad física, pero debe ser empleado, como creo fue pretendido, de manera extensa a dichas relaciones cercanas y directas de manera que el acto alegado afecte directamente a una persona a quien la persona que presuntamente está obligada a cuidar debía conocer si sería afectada directamente por dicho acto negligente.²⁰⁶

Si bien los comentarios de Lord Atkin respecto al principio de “cuidado al prójimo” se presumen *obiter*, dicho razonamiento permitió el establecimiento del pago de daños por negligencia, por el cual se reconoció la responsabilidad del fabricante con relación al consumidor final. Este caso marcó el inicio del derecho de daños por negligencia hasta su desarrollo actual; recuérdese que:

Donoghue v. Stevenson es un caso importante no solo por el razonamiento con respecto a dicho fabricante sino por los comentarios, en particular, de Lord Atkin cuando se refiere al “principio de vecindad”, donde su Señoría arguyó que una persona debía un cuidado razonable a su prójimo. Este criterio presuntamente desarrolló el derecho de negligencia y este comentario todavía es citado hasta el día de hoy.²⁰⁷

De esta manera, es necesario establecer que inclusive la práctica de la doctrina del precedente se ha dado a través de decisiones judiciales. Uno de los casos comúnmente citado al respecto es *Young vs. Bristol Aeroplane Co Ltd.*²⁰⁸ En dicho caso, la Corte de Apelaciones decidió obligarse a sí misma a seguir sus propias decisiones excepto en los siguientes casos: Primero, cuando existen dos decisiones contradictorias de la propia Corte de Apelaciones, la Corte puede decidir por sí misma cuál utilizar; cuando una decisión previa de la Corte de Apelaciones, a pesar de no haber sido anulada expresamente, es contraria a una decisión de la Cámara de los Lores o de la Corte Suprema; y segundo, cuando una decisión previa fue realizada *per incuriam* (por desconocimiento o ignorancia de la ley).

En otro caso, la Corte de Apelaciones consideró que cortes inferiores no están obligadas a seguir el precedente de la Corte de Apelaciones, cuando dicha decisión se basó en una suposición de la ley no argumentada

205 [1932] A. C., 550.

206 *Ibid.*, 581.

207 Alisdair Gillespie, *The English Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 71.

208 [1944] 1 KB 718, Corte de Apelación.

dentro del proceso.²⁰⁹ Así, la Corte de Apelaciones concluyó que si bien la decisión *Young vs. Bristol Aeroplane Co Ltd.* incluía una lista cerrada de excepciones para la aplicación de la doctrina del precedente, en relación con *Davis vs. Johnson*,²¹⁰ no obstante, también consideraron su propia decisión en *National Enterprises Ltd v. Racal*,²¹¹ por la cual la Corte decidió que el precedente sentado por *Young vs. Bristol* no es aplicable en el orden de las cosas –*in the current line of authority*–.²¹²

De esta manera, se puede observar cómo el desarrollo de la doctrina del precedente en Inglaterra se lleva a cabo por medio de la misma práctica jurisprudencial, pues la propia naturaleza del *common law* permite que sean los jueces no solo “oráculos” de la ley, sino formadores de la ley. Más aún, la formación de un sistema jurídico basado en la costumbre requiere indiscutiblemente la identificación de dicha costumbre a través de los jueces, que a su vez se convierten en guardianes de sus tradiciones.

Cabe recordar que la Cámara de los Lores emitió una Declaración Práctica²¹³ sobre el uso del precedente mediante la cual estableció que dicha instancia –ahora la Corte Suprema– seguirá sus precedentes, siempre que no juzgue necesario alejarse de ellos. Esto implicaría que, mientras las cortes inferiores están siempre obligadas a seguir las decisiones de la Cámara de los Lores, esta última no está obligada, sin embargo, requeriría de razones bastante sólidas y saturadas para alejarse de uno de sus precedentes.

Así, la Corte Suprema reafirmó la Declaración Práctica en “*Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark*”²¹⁴ estableciéndola como una práctica jurisprudencial válida y vigente, pero además reconoció la necesidad de mantener cierta limitación en una práctica menos estricta de la doctrina del precedente en la Corte Suprema al recordar a Lord Reid,²¹⁵ en “*R. v Kneller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.*”,²¹⁶ que:

Se ha dicho más de una vez en casos recientes que nuestro cambio de práctica en no considerar más decisiones previas de esta Cámara como absolutamente vinculatorias no significa que en cualquier momento que pensemos que una decisión es errada deberíamos revertirla. En el interés general de la certeza

209 *Kadhim vs. Housing Benefit Board, Brent* (2001) 33 HLR 79, [2000] EWCA Civ 344, [2001] QB 955, [2001] 2 WLR 1674, parr. 35.

210 [1979] AC 264, *Cámara de los Lores*.

211 [1975] CH 397, *Corte de Apelaciones*.

212 *Kadhim v. Housing Benefit Board, Brent* (2001) 33 HLR 79, [2000] EWCA Civ 344 [2001] QB 955, [2001] 2 WLR 1674, parr. 36.

213 [1966] 1 WLR 1234.

214 [2010] UKSC 28.

215 *Ibid.*, parr. 26.

216 [1973] AC 435.

del derecho debemos estar seguros que existe una muy buena razón antes de actuar [...] sin importar lo erróneo o anómala que una decisión puede ser, debe permanecer y ser aplicada a casos razonablemente similares, a no ser, o hasta que, el Parlamento la modifique.²¹⁷

En este orden de ideas, no todos los precedentes tienen el mismo mecanismo de aplicación. Los precedentes vinculantes obligan a las cortes a seguir los precedentes establecidos en casos anteriores, y son el tipo más común de precedentes dentro de una doctrina estricta, como ha sido evidenciado en los casos anteriormente citados. No obstante, las cortes también pueden optar por anular una decisión adoptada por una corte inferior (*overruling*). Un claro ejemplo es el caso *R vs. R*,²¹⁸ por medio del cual la Cámara de los Lores consideró necesario apartarse del precedente establecido por costumbre, respecto al supuesto consentimiento que la mujer otorga a su esposo para mantener relaciones sexuales, aún sobre el presupuesto que dicho consentimiento no exista. La Cámara de los Lores estableció que “El *common law*, sin embargo, es capaz de evolucionar a la luz de los cambios del desarrollo social, económico y cultural”, por lo que “en tiempos modernos, cualquier persona razonable debe observar esta concepción como inaceptable”.²¹⁹

De igual manera, una corte superior puede alejarse del precedente sentado por la corte inferior cuando se trata de un mismo caso, lo que es conocido como *reversing precedent*. En otras ocasiones, las cortes pueden distinguir los hechos de un caso, respecto a los hechos del caso anterior, por lo que dicho precedente deja de ser aplicable –*distinguish*–. Y por último, en caso de contradicción entre dos precedentes, la corte puede decidir seguir uno, y no aplicar el segundo, lo que es denominado *not following*.²²⁰

De esta manera se puede observar, por medio del desarrollo de su propia práctica jurisprudencial, que las cortes inglesas han reconocido el valor de la doctrina estricta del precedente como un mecanismo para defender la certeza del derecho y, sobre todo, como una herramienta para desarrollar el derecho del *common law*. Su evolución pasa –de acuerdo con los primeros representantes de la escuela historicista del *common law*– de una herramienta para identificar las costumbres comunes inglesas, a verdaderas normas de derecho mediante el *stare decisis*. Inclusive, parafraseando a Lord Denning, los jueces tienen un valor fundamental en la adaptación de las leyes a las condiciones siempre cambiantes de la sociedad inglesa.²²¹

217 *Ibid.*, 455.

218 [1991] 3 WLR 767.

219 [1991] 3 WLR.

220 Gillespie, *The English Legal System*, 71.

221 Véase Elliot y Quinn, *English Legal System*, 28.

Evolución de la doctrina del precedente en EE. UU.: Analogías y diferencias con el sistema inglés

Una vez analizado el desarrollo de la doctrina del precedente en Inglaterra, es pertinente realizar el estudio del caso de EE. UU. Dicho análisis resulta imprescindible para identificar las semejanzas y diferencias entre ambos procesos, más aún si se considera la entrañable relación existente entre las cortes de Inglaterra, las cortes coloniales en América y, sobre todo, las tempranas cortes estadounidenses.

En este sentido, se puede distinguir varias fases. Una primera de carácter colonial en la que, naturalmente, existe una estrechísima relación entre el derecho y la jurisdicción, tal como se practicaba en la metrópoli inglesa, con la peculiaridad de la existencia de las Cartas coloniales en el nuevo continente. Una segunda etapa, tras la independencia de EE. UU. en la que se cuenta con un sistema judicial unitario y jerarquizado que permitió el desarrollo jurídico distinto al de Inglaterra, que hasta finales del siglo XIX no procedió a la ordenación de su propio sistema jurisdiccional. Y siendo curiosamente en el siglo XX, que la influencia cambia de dirección, pues será el sistema judicial norteamericano el sistema dominante y con mayor proyección mundial.

En este orden de ideas, cabe traer a colación que, para empezar, los principios del *common law* son un antecedente común en la mayoría de colonias y protectorados del Imperio británico. Las colonias norteamericanas no corrieron con distinta suerte, y por tal los principios fundamentales del derecho inglés fueron aplicados por las primeras cortes coloniales, como derecho del territorio de las colonias en América del Norte. De esta forma:

Una de las consecuencias inevitables del régimen británico sobre territorios dependientes es la introducción del Derecho Inglés al mismo tiempo como un derecho local existente reconocido dentro de límites. En ciertos casos, se encuentran provisiones expresas en la legislación colonial estableciendo las fechas en la que el derecho inglés se aplica en un territorio particular.²²²

En lo que atañe al *stare decisis* y su auge en los EE. UU., esta institución guardó identidad con su aplicación en Inglaterra, como lo señalaba el Chancery Kent en 1863, dado que una sentencia que se convierte en precedente deriva de “una decisión maduramente reflexionada sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio”,²²³ razón por la cual generará efectos a futuro.

222 T. O. Elias, “Colonial Courts and the Doctrine of Judicial Precedent”, *The Modern Law Review*, n.º 4 (1955): 356.

223 Véase André Tunc y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América* (México DF: Imprenta Universitaria, 1975), <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=633>>, 248 y 251. Consulta: 31 de marzo de 2016.

Sobre la aplicación del *stare decisis*, el instituto de la “supremacy of the parliament” implementado a partir de la revolución gloriosa, para impedir por medio de Cartas²²⁴ la aplicación judicial de leyes coloniales contradictorias, se constituyó en el antecedente para que los jueces, luego de la Revolución de 1776, realizaran un control de constitucionalidad de las leyes de acuerdo con la Constitución, buscando, entre otros,²²⁵ forjar una serie de reglas que pudieran aplicarse a casos similares. De este modo:

Con el control de la legislación de la Colonia, surgen las semillas del *judicial review*. Esto quiere decir que, en el momento en que el principio de supremacía del parlamento es transportado a la colonia, surge el control judicial de sus actos y, de esta forma, el brote del principio de la supremacía del poder judicial. En este sentido, el principio inglés de la supremacía del parlamento, en lugar de obstaculizar, en realidad colaboró para el desarrollo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en los EE. UU.

Con la independencia de las colonias americanas en 1776, las Cartas fueron sustituidas por las nuevas constituciones y, como anteriormente los jueces ya tenían la consciencia y la práctica de decretar la nulidad de las leyes que violasen las Cartas y la legislación del Reino inglés, se volvió prácticamente “natural” controlar las leyes que contraríasen las constituciones de los Estados que acaban de adquirir la independencia.²²⁶

Ahora bien, respecto a las diferencias entre el sistema inglés y el norteamericano, vale señalar que los EE. UU. “aportaron mayores modificaciones” a la cultura del *common law* y que los fundadores estaban muy impregnados por los ideales franceses producto de la Revolución. Cabe recordar que el derecho inglés fue casi impermeable al derecho de tradición romano-germánico, contrario a lo ocurrido en EE. UU., pues por su evolución se puede decir que se habría producido una especie de fusión.

224 “Tales cartas pueden ser consideradas las primeras constituciones de las colonias, sea porque eran vinculantes para la legislación colonial, sea por que regulaban sus estructuras fundamentales. Tales constituciones frecuentemente establecían la posibilidad [de] que las colonias aprobaran sus propias leyes, no obstante, bajo condición de ser «razonables» y «no contrarias a las leyes del Reino inglés», y, así, no discordantes con la voluntad suprema del parlamento. Exactamente en virtud de la idea de la supremacía de la ley –en unísono con la doctrina de la *supremacy of the English parliament*– que, en diversos casos (algunos vueltos celebres), el Privy Council del rey decidió que las leyes deberían ser aplicadas por los jueces de la colonia solo si no estuviese en contradicción con las leyes del Reino”. Véase Mauro Cappelletti, trad. por Hector Fix Fierro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)* (México DF: Porrúa, 1993), 42.

225 El sistema estadounidense está fundado en el derecho a la igualdad de las decisiones, en la seguridad jurídica y en la previsibilidad de las decisiones judiciales. Véase *ibíd.*, 74.

226 Luiz Guilherme Marinoni, *Bases para un sistema de precedentes judiciales*, trad. por Taulio Baires (San Salvador: Cuscatleca, 2011), 42-3.

En efecto, entre las características distintivas estadounidenses estarán, por supuesto, la existencia de una Constitución escrita, la cual tendrá especial relevancia en el papel que juega la Corte Suprema de ese país, pues “adoptó rápidamente decisiones muy audaces o muy conservadoras”, contrariamente al fuerte respeto a la tradición existente en Inglaterra.²²⁷ La existencia de una Constitución escrita, la organización piramidal y estrictamente jerarquizada del sistema judicial y la influencia doctrinal del liberalismo revolucionario francés son las notas peculiares que permitieron un desarrollo distinto al tradicional de Inglaterra.

Dicho esto, es necesario considerar que, en la actualidad, la relación entre el poder legislativo y el poder judicial en EE. UU. resulta bastante conflictiva. En este sentido, para Jeremy Waldron es difícil concebir un mundo en el cual la jurisprudencia o el *common law*, basado en decisiones judiciales, puede tener primacía en un mundo en el que la mayoría del comportamiento humano se basa en estatutos (*statutes*) y normas, por lo que se pregunta:

dato que el mundo legal en el que los ciudadanos y sus abogados encuentran las demandas del Estado es extensamente un mundo reglamentario, o en el mejor de los casos, un mundo en donde el *common law* y los reglamentos se mezclan caóticamente e indiscriminadamente, por qué en la filosofía del derecho hemos persistido en encontrar estructuras conceptuales que hagan el *common law* –el derecho desarrollado por jueces y cortes– el asunto central y de interés.²²⁸

La respuesta a dicha inquietud, sobre todo en el sistema judicial estadounidense, puede considerarse como el fundamento de su lucha libertaria, ya que uno de los motivos principales para iniciar el movimiento independentista norteamericano fue justamente la falta de aplicación o reconocimiento del *common law* en las colonias, pues el compromiso de aplicar allí estos principios fundamentales:

se disipó en la práctica del gobierno Inglés durante el período colonial, pero siguió siendo importante para los americanos, cuyos reclamos de derechos del *common law* proveyeron la razón que justificó su creciente antagonismo hacia sus amos coloniales. Cuando finalmente declararon su independencia de Bretaña, los americanos justificaron su decisión en parte como una defensa del ‘Sistema libre del Derecho Inglés’ de manera que, cuando los nuevos Estados independientes establecieron sus constituciones escritas, fueron rápidos en reafirmar el *common law* de Inglaterra, como existía al momento de su separación de Bretaña.²²⁹

227 Véase Antonie Garapon y Leoannis Papadopoulus, *Juzgar en Estados Unidos de América y en Francia* (Bogotá: Legis, 2006), 31-32.

228 Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation, The John Robert Seeley Lectures* (Nueva York: Cambridge University Press, 1999), 11.

229 Mortimer N. S. Sellers, “The Doctrine of Precedent in the United States of America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, American Law in the 21st Century: U. S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law (2006): 69.

Aún más, si bien se deben considerar los comentarios de Waldrow como correctos dentro de la práctica actual en EE. UU., en especial, teniendo en cuenta el valor de las normas adoptadas no solo por el poder federal, sino por todos los órganos legislativos de cada uno de los estados que conforman la unión, y más aún si se somete dicha práctica al examen de los principios democráticos en los que se basa la organización política de EE.UU. –*check and balances* y *rule of law*– también es necesario observar que:

una propuesta normativa [bill] no se convierte en ley simplemente por ser adoptada, o por adquirir su lugar en Halsbury o en un código legal. Se convierte en ley solo cuando comienza a jugar un rol en la vida de la comunidad, y no podemos saber cuál rol será –y por tal no podemos saber qué ley ha sido creada– hasta que comience a ser administrada e interpretada por las cortes.²³⁰

Se podría incluir que una norma que cae en desuso pierde su eficacia, y como tal, en la práctica, deja de ser autoritativa para la sociedad para la que fue creada. Esta particularidad, como se ha visto en el caso *R vs. R*²³¹ también resulta aplicable dentro del precedente; sin embargo, la posibilidad de anularlo por parte de los jueces resulta mucho más efectiva y económica procesalmente, en comparación con la anulación o reforma por parte del Poder Legislativo, debido a las complejidades que podrían traer dentro de un debate democrático dentro de dicho poder.

El derecho jurisprudencial es criticado por la supuesta falta de legitimidad de los jueces, que en principio se justifica por no garantizar una representatividad democrática al no ser electos por su población. Frente a esta crítica es necesario considerar algunos factores sociales –limitación espacial de los Estados, tasa de habitantes y su repartición dentro de dicho territorio– que generan que en la actualidad exista poca probabilidad de un modelo de democracia directa, y que la lejanía entre las decisiones del poder legislativo y la población sea, al contrario, la regla general. Esto ocurre principalmente porque “en las democracias modernas hay una distancia considerable entre la gente y muchas de las decisiones legislativas por las que se rigen. Estas decisiones pueden estar hechas en nombre del pueblo, pero es importante aclarar que no es el pueblo quien realmente las hace”.²³²

230 Jhon Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2a. ed. (Nueva York: Macmillan, 1927), citado por Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation, The John Robert Seeley Lectures* (Cambridge-Nueva York: Cambridge University Press, 1999), 10.

231 Ver sección 2.2.2.2. del presente capítulo.

232 Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, 17. Texto original [... in modern democracies there is considerable distance between the people and many of the law determining decisions by which they are governed. Such decisions may all be made on behalf of the people, but it is important to clear that is not the people themselves who actually make them].

Por estos motivos, el análisis de la doctrina del precedente en EE. UU. no debe tomarse a la ligera, más aún considerando –como se verá más adelante– que algunas de las reformas más progresivas del derecho norteamericano se han logrado gracias a una vigorosa y activa participación de la COIP, dado que “gran parte del derecho de origen legislativo ha sido desarrollado a partir de decisiones judiciales con participación esporádica de los legisladores reales”.²³³

La temprana doctrina del precedente en EE. UU.

Al contrario de lo sucedido en Inglaterra, el sistema jurídico angloamericano no requirió de siglos²³⁴ para su consolidación, sino que se benefició de un sistema inglés suficientemente organizado que sirvió como fundamento para su propia evolución. Si bien –como se ha señalado enfáticamente–, en principio la configuración de las cortes del naciente Estado a finales del siglo XVIII se fundamentó en los principios del *common law*; esto no quiere decir que en su práctica no se haya distanciado de su antigua metrópoli.

De esta manera, se debe recordar que durante los siglos XVIII y XIX las decisiones judiciales en Inglaterra eran concebidas, por Blackstone y Bentham, simplemente como “evidencias” de normas del *common law* y no como normas propiamente dichas; por lo que dicho criterio no fue distinto en el caso norteamericano. De hecho, algunas de las primeras decisiones judiciales adoptadas en la Corte Provincial de Maryland, anteriores a la independencia de EE. UU., atribuyeron mayor importancia a los criterios de miembros notables de la barra, que a decisiones judiciales previas.²³⁵ Inclusive, en ocasiones en las que las cortes coloniales se hicieron referencia a algunos criterios que se basaron exclusivamente en la opinión del juez más que en el caso en sí mismo; es decir, fuera del análisis de sus hechos.²³⁶ Ahora bien, es pertinente mencionar que una de las principales razones sobre esta forma de proceder, fue la inexistencia de repertorios o registros sobre los casos:

La posición de los reportes en las colonias americanas fue igual, o peor, que la posición de los repertorios ingleses. Mientras Inglaterra tenía repertorios confiables, aunque no-oficiales, durante los siglos XVII y XVIII, es seguro decir que los colonialistas no tenían ninguno hasta el siglo diecinueve. Durante esos años los abogados, para sus propósitos privados, mantenían notas sobre varios casos dentro de sus jurisdicciones. Algunos de estos [...] eran publicados por

233 Richard Posner, *Cómo deciden los jueces*, trad. por Victoria Roca (Madrid: Marcial Pons, 2008), 100.

234 Recordemos que en el caso anglosajón, el establecimiento del actual sistema jurídico inglés inició con la conquista normanda en el siglo X.

235 Ver *Nicholson v Sligh* [1772], en Thomas Harris y John M’Henry, *Maryland Reports*, vol. 1 (1809): 437.

236 Frederick G. Kempin, Jr., “Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850”, *The American Journal of Legal History* 3, n.º 1 (1959): 38.

estos abogados como algún tipo de servicio público, pero no solo eran pocos en número, y tardíos, sino que tenían muy poca semejanza a los reportes actuales.²³⁷

Esa deficiencia no evitó que, al contrario del sistema judicial inglés, el aparato jurisdiccional norteamericano –posindependencia– haya logrado establecerse de manera organizada, de forma tal, que la Corte Suprema de Justicia (CSJ) pudo revisar y anular las decisiones de las cortes inferiores; al mismo tiempo que con el proceso de formalización de los reportes y registros se haya logrado mayor armonía.²³⁸ Es decir, la ausencia de materiales doctrinales fue suplida, en parte, por una organización más sistemática de los órganos judiciales que, como ya se mencionó, es una de las características distintivas de la evolución del sistema norteamericano.

De esta forma, el siglo XIX trajo consigo un entendimiento más claro dentro de la evolución de la doctrina del precedente en el derecho norteamericano. Una vez organizados y desarrollados los reportes y registros judiciales, el entendimiento de la relación, todavía bastante cercana, entre el derecho del *common law* y el naciente sistema estadounidense permitió establecer una doctrina del precedente similar a la aplicable en Inglaterra durante los años de Blackstone. De hecho, los *Comentarios* de Blackstone fueron la base para que el Chancellor James Kent desarrollase sus *Comentarios sobre el derecho americano*, obra en la que calificó al precedente, como la mejor evidencia del *common law*;²³⁹ considerando por lo tanto a los reportes como la fuente más autoritativa y precisa del *common law*;²⁴⁰ afirmando:

Casos juzgados se convierten en precedentes para futuros casos cuando se respaldan en hechos análogos, y son traídos por las mismas razones, y la diligencia del abogado, y la labor de los jueces, constantemente requiere el estudio de los reportes, de manera que permita entender adecuadamente sus importes y los principios que ellos establecen.²⁴¹

Los *Comentarios* de Kent permitieron delimitar e incentivar el desarrollo de la doctrina del precedente en EE. UU., aportando también respecto de su naturaleza flexible, alejándola de la doctrina del *stare decisis* rígido característico del *common law* inglés. Así, el derecho norteamericano, y particularmente su doctrina del precedente, se construiría sobre los principios de: a) los jueces deben respetar los precedentes adoptados por otras cortes,

237 *Ibíd.*, 34.

238 *Ibíd.*, 36.

239 James Kent, "Comments on American Law", vol. 1, *Making of the Modern Law Print Editions*, O. Halsted (1826): 440.

240 Véase *ibíd.*

241 *Ibíd.*, 441.

siempre que sean casos análogos y versen sobre el mismo asunto; b) esta obligación existe siempre que los jueces no puedan probar que la ley fue malinterpretada o incorrectamente aplicada; c) ya que la comunidad tiene derecho a regular su propia conducta mediante contratos y la ley; y d) debe respetarse el orden jerárquico de las cortes, por lo que un precedente no puede ser modificado por la misma corte, a no ser que exista un claro error de derecho.²⁴² Esta doctrina será afirmada en años posteriores mediante las “teorías reformistas del derecho”.²⁴³

La doctrina del precedente en el siglo XX en EE. UU.

El desarrollo del precedente en EE. UU. –como se ha visto– se benefició del largo desarrollo doctrinario, académico y práctico del derecho inglés; no obstante, esto no quiere decir que no tenga sus propias particularidades. El *posicionamiento* de la doctrina del precedente en EE. UU., a diferencia del desarrollo más actual en Inglaterra, como prueba de la existencia del *common law*, permitió establecer un sistema “flexible”²⁴⁴ del precedente que, sin restar certeza y seguridad jurídica, brindó un amplio campo de maniobra a los jueces norteamericanos; además incentivó un activismo judicial característico de regímenes jurisdiccionales progresistas. Si bien el fundamento de la independencia de EE. UU. fue la aplicación de los derechos del *common law* a todos los habitantes de la colonia, esto no implicó que pronto las cortes inicien un proceso activo para fortalecer los principios constitucionales del naciente país.

Esta flexibilidad permitió que los jueces estadounidenses puedan desarrollar su jurisprudencia dentro del marco del realismo jurídico naciente, alejándose notablemente del formalismo característico de una doctrina estricta del precedente, y que, como se verá, el derecho también puede evolucionar por medio de un sistema de precedentes, y criterios doctrinarios provenientes de académicos y estudios del derecho de alto prestigio nacional –*restatements*–.²⁴⁵

242 Véase Mortimer N. S. Sellers, “The Doctrine of Precedent in the United States of America”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, Law (2006): 72.

243 Término tomado de López Medina, en *El derecho de los jueces y Teoría impura del derecho*, para agrupar a todas las teorías que nacen en antítesis a las teorías formalista, exegética, positivista, mecánica. Entre las teorías que se encuentran comprendidas se puede citar el realismo jurídico, *critical legal studies*.

244 El término “flexible”, utilizado en este apartado, tiene relación con la vinculación racional, es decir no absoluta al precedente, como se analizará en el segundo y tercer capítulo.

245 El *Restatement of the Law* es la obra del American Law Institute y tiene por finalidad exponer, de manera exacta, las soluciones que están en mayor armonía con el *common law* norteamericano y que, en consecuencia, deben ser consideradas por las cortes americanas. Numerosos volúmenes han sido publicados en esta colección en muy diversas materias: el derecho de contratos, de la

La escuela de pensamiento realista sostuvo que “mientras los precedentes existan, conflictos entre ellos podrán hallarse de manera invariable, y es precisamente ese conflicto el que permite –de hecho requiere– que los jueces creen derecho”.²⁴⁶ Entonces, el perfeccionamiento del precedente tiene por objeto, hasta el día de hoy, fortalecer el posicionamiento del aparato judicial frente a las otras dos ramas del gobierno: el ejecutivo y el legislativo.²⁴⁷ Superar la distinción entre fuentes formales e informales, primarias y secundarias es el paso decisivo para el nuevo entendimiento del derecho, en efecto:

concluye Pound, “me he olvidado de distinguir entre fuentes primarias y secundarias [...] y lo he hecho así porque creo que la distinción tradicional es en gran medida ilusoria”. Junto con las reglas formales del sistema de fuentes, además, existen unos protocolos recibidos de análisis jurídicos que se consideran legítimos en la profesión y que, además, permiten tomar decisiones en las *fronteras sociales del derecho*. Se trata de una *técnica* profesional que permite resolver casos noveles planteados por las “nuevas exigencias de la vida”. Este repertorio técnico, legítimo pero no formal, hace parte en igualdad de condiciones con la *imagen* tradicional del sistema de fuentes.²⁴⁸

Cabe recordar que, inclusive con anterioridad, durante los siglos XVIII y XIX, algunos estudiosos ingleses del derecho veían en la imposición de una doctrina estricta del *stare decisis* como un mecanismo para limitar el derecho viviente y restar flexibilidad a un sistema que por su naturaleza debe ser flexible, como lo es el *common law*.²⁴⁹ En el caso norteamericano,²⁵⁰ el desarrollo de una judicatura más activa durante los años cincuenta respondió a la necesidad de dicha flexibilidad como una herramienta para

representación (*Agency*), de los conflictos de leyes, de la responsabilidad civil, de los delitos civiles (*Torts*), de los derechos reales (*Property*), de las garantías (*Security*), de los cuasi-contratos (*Restitution*), de los fideicomisos (*Trusts*), de los juicios, entre otros. Dale Beck, “Fuentes del Derecho en Estados Unidos: La muerte del derecho consuetudinario las fuentes escritas en la edad del derecho positivo, y el papel y efecto de los restatements of the law.” Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art/art3.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

246 Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence* (Clarendon Press, 1995), 141.

247 “Hasta el día de hoy, los jueces de la Corte Suprema son conscientes de la debilidad inherente de la judicatura federal y otorgan gran valor en mantener su legitimidad institucional y decisional por medio del uso del precedente”. Ver James H. Fowler y Sangick Jeon, “The authority of Supreme Court precedent”, *Social Networks* 30 (2008): 16.

248 López Medina, *El derecho de los jueces*, 275.

249 Thomas Plucknett, *A Concise History of Common Law*, 386.

250 No hay identidad absoluta exacta entre *ratio decidendi* y *holding*, pero ambos se refieren a la parte vinculante de la decisión. Es normalmente utilizada la expresión *holding* en los EE. UU. y *ratio decidendi* en Inglaterra. Para profundizar, véase Carlos Helver Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011).

desarrollar un sistema judicial más práctico y progresista, que satisfaga los requerimientos de la sociedad en el momento dado.

En la misma línea que Pound, el juez Holmes sostenía que el texto constitucional se configura como un marco abierto a plurales interpretaciones, susceptible de albergar en su seno diversas concepciones políticas, éticas y económicas, tal como expresamente lo señaló en uno de sus célebres votos particulares “La Constitución como todo en la vida es un experimento”.²⁵¹

Posterior, la Corte Warren fue llamada a adquirir un rol más activo y a profundizar cambios sociales necesarios en la comunidad norteamericana, alejándose de una doctrina estricta del precedente, prestando especial atención al estudio de las técnicas de aplicación del precedente —*overruling, narrowing, distinguish, following*—. Esta práctica, en lugar de debilitar el sistema de precedentes fortalece a esta fuente de derecho, pues se requiere el reconocimiento de un precedente jurisprudencial como parte del derecho vinculante, y en consecuencia es necesario ejecutar importantes ejercicios argumentativos para poder adoptar una decisión en el marco de estas técnicas. De ahí que con acierto se reflexione que el precedente se sitúa dentro de las fuentes del derecho aplicable en EE. UU., mediante el *case of law*, dado que “la interpretación de los estatutos todavía es un asunto de las cortes, los estatutos son una fuente del derecho en lugar de derecho en sí mismo”.²⁵²

El avance de la doctrina crítica del derecho,²⁵³ desarrollada desde finales del siglo XX, ha impedido idealizar la manera y las razones por las cuales los jueces adoptan las decisiones, más bien los sitúan dentro de una compleja red de relaciones y realidades sociales que obligan a los jueces a responder a las necesidades comunitarias. Los llevan a definir casos más allá de los límites impuestos por los estatutos legales e, inclusive, por sus decisiones previas. De esta forma:

la judicialización de los temas políticos más sensibles es un fenómeno corriente en los sistemas que —como el de EE. UU. y buena parte de los de Hispanoamérica— han adoptado la institución del control de constitucionalidad. En estos sistemas, virtualmente todos los temas esenciales de los debates ideológicos llegan a instancias judiciales.²⁵⁴

251 Estados Unidos de América, Corte Suprema de Justicia, *Abrams vs. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

252 Martin P. Golding, “Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America—Major Themes and Developments”, *Journal of Legal Education* 36, n.º 4 (1986): 447.

253 La doctrina crítica del derecho surgió como una evolución del realismo jurídico norteamericano, y ha tomado en los EE. UU. el nombre de *critical legal studies*. Según uno de sus principales seguidores, los *critical legal studies* “[are] concerned with the relationship of legal scholarship and practice to the struggle to create a more humane, egalitarian, and democratic society”. Véase Duncan Kennedy y Karl E. Klare, “A Bibliography of Critical Legal Studies”, *Yale Law Journal*, vol. 94, n.º 2 (1984): 461.

254 Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999), 65.

Concretamente, gran parte del derecho estadounidense se presenta como las posibles predicciones de las decisiones judiciales, en virtud de que frente a una situación dada, hay que indagar si existe una decisión que genere un derecho probable para resolver el caso actual; y esto ocurre precisamente porque para su aplicación debe existir un análisis de la analogía fáctica entre los casos precedente y actual.

Primeros pasos hacia una doctrina “flexible” del precedente en EE. UU.²⁵⁵

Un estudio realizado durante el año 2008 situó el desarrollo de una doctrina “flexible” del precedente durante el período de la Corte Warren,²⁵⁶ la cual es reconocida como una de las cortes más progresistas en la defensa de los derechos civiles en EE. UU., dado que se observó:

Durante el siglo XIX, el número de citaciones se elevó –al igual que la fracción de casos citando otros por lo menos una vez– sugiriendo que la Corte gradualmente aprendió a basar sus decisiones en los hechos y opiniones de decisiones previas [...] los datos cuantitativos indican que la norma del *stare decisis* fue adoptada totalmente alrededor de 1900. Los datos también muestran una desviación significativa de la norma de *stare decisis* que coincide con el mandato de la activista Corte Warren.²⁵⁷

Las decisiones adoptadas por la Corte Warren dieron paso a un sistema de precedentes flexibles en el caso del sistema jurídico norteamericano, a través del cual las decisiones judiciales consideraron principalmente el desarrollo de las normas respecto a un sinnúmero de factores sociales. De esta forma, la tradición del derecho viviente, característico del *common law* en sus inicios, permitía la flexibilización del precedente, de tal manera que los jueces puedan aplicar un derecho dirigido a responder a las necesidades de la sociedad. Así se puede constatar que:

la mayoría de casos constitucionales americanos son decididos con base a precedentes, no de una examinación del texto o del entendimiento original de la Constitución [...] La característica del impulso del *common law* es observar y ver lo que ha sido decidido antes, y usar eso, por lo menos, como el punto de partida para decidir el caso actual.²⁵⁸

255 Se utiliza este término dado que la Corte Suprema en el caso *Hertz v. Woodman*, 218 US 205, determinó que el *stare decisis* no es una regla inexcusable, puesto que aunque tiende hacia la consistencia y uniformidad de las sentencias, no es inflexible, pues existen circunstancias que pueden originar una modificación del precedente. Véase Sotirios A. Barber, *Sobre el significado de la Constitución de los EE. UU.* (Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1989).

256 James H. Fowler y Sangick Jeon, “The authority of Supreme Court precedent”, *Social Networks* 30 (2008).

257 *Ibid.*, 16.

258 David A. Strauss, “The Common Law Genius of the Warren Court”, *Public Law Research Paper* n.º 25 (University of Chicago, 2002), 5.

La decisión adoptada por el juez Warren dentro del caso *Brown v Board of Education of Topeka*²⁵⁹ determinó una variación importante entre el entendimiento del uso del precedente en EE. UU., ya que por medio de este proceso la Corte no aplicó la norma de “separados pero iguales” reconocida en el caso *Plessy v Ferguson*,²⁶⁰ ya que si bien ambos casos trataban sobre segregación racial, el último de ellos se relacionaba únicamente al uso de transporte público, mientras el primero implicaba la separación en el sistema educativo. Esto permitió que Warren pudiera distinguir el primer caso del segundo, logrando establecer un nuevo principio de igualdad de esta manera.

Nosotros concluimos que, en el campo de la educación pública, la doctrina “separados pero iguales” no tiene lugar. Las facilidades educacionales separadas son inherentemente iguales. Por lo que, mantenemos que los demandantes y otros situados de manera similar han sido objeto de la segregación reclamada, privados de una igual protección legal garantizada por la enmienda Catorce. Esta disposición hace innecesaria cualquier discusión sobre si dicha segregación también viola la cláusula del Debido Proceso de la Enmienda Catorce.²⁶¹

El análisis de *Brown v Board of Education* permite aclarar que, más allá de la distinción de precedentes por razones fácticas, la Corte puede alejarse de ciertos precedentes en consideración a la “erosión” de las prácticas establecidas en dichos procesos. Así, por ejemplo, mientras que en el caso *Brown v Board of Education* la Corte dejó de aplicar la doctrina “separados pero iguales” establecida en 1896, no anuló el precedente establecido por *Plessy v Ferguson*, como correspondería en el caso de la ley, pero si determinó que dicha práctica había muerto mucho antes de que *Brown v Board of Education* haya llegado a conocimiento de la corte,²⁶² denotándose una interpretación dinámica del precedente. En este orden de ideas, para el juez Warren:

En los casos inmediatos, la cuestión es presentada directamente. Aquí, de manera diferente a *Sweatt v Painter*, hay hallazgos por los que las escuelas de negros y blancos han sido equiparadas, o están siendo equiparadas, con respecto a los edificios, currículo, calificaciones y salarios de los profesores, y otros factores tangibles. Nuestra decisión, por tanto, no puede simplemente hacer una comparación de estos factores tangibles en las escuelas negras y blancas involucradas en cada uno de estos casos. Debemos ver en cambio el efecto de la segregación misma en la educación pública.

259 347 U.S. 483 (1954).

260 163 U.S. 537 (1896).

261 347 U.S. 483 (1954), 495.

262 Albert P. Blaustein y Andrew H. Field, “‘Overruling’ Opinions in the Supreme Court”, *Michigan Law Review*, 57, n.º 2 (1958): 157.

Al aproximarse a este problema, no podemos regresar el reloj a 1868, cuando la Enmienda fue adoptada, o inclusive a 1896 cuando *Plessy v Ferguson* fue escrito. Debemos considerar la educación pública a la luz de su desarrollo completo y su lugar actual en la vida americana a través de toda la Nación. Solo de esta manera podemos determinar si la segregación en escuelas públicas priva a los demandantes de una protección igualitaria de la ley.²⁶³

Entonces, de conformidad con lo analizado, la doctrina “flexible” del precedente exige que se aprecie el desarrollo del pasado, para aprender de él y por esta razón seguir, distinguir o crear otro precedente. La Corte Suprema de EE. UU. ha descrito que la argumentación requerida para modificar el *stare decisis* exige una “justificación especial”, lo cual guarda coherencia con la observancia que impone el *stare decisis*, pues resulta un contrasentido que se modifique cualquier precedente sin ninguna justificación importante.²⁶⁴

En definitiva, la actitud activista del Tribunal Supremo norteamericano, junto con una actividad centrada en la defensa de los derechos (a través del *certiorari*), se ha traducido en un entendimiento “des” formalizado y flexible del precedente, como mecanismo de evolución del derecho, que contrasta con su carácter conservador en Inglaterra.

La doctrina del precedente en EE. UU.: Un aporte para el desarrollo del derecho

El derecho norteamericano se ha beneficiado extensamente de la doctrina del precedente, sobre todo en la rama del derecho constitucional.²⁶⁵ Así, la decisión adoptada en *Marbury vs. Madison*²⁶⁶ marcó el comienzo de un “activismo judicial” persistente hasta el día de hoy.

El elemento real de *Marbury* no fue la supremacía de la Constitución, mas si el de la autoridad de la corte de profesar la ley. Más específicamente, fue la bastante novedosa afirmación, históricamente hablando, que el rol judicial de declarar la ley se extendía a la ley fundamental. Sin embargo, si la construcción de la rama judicial de la Constitución, en general, podía vincular a otras ramas, como *Marbury* implícitamente afirma, también puede ser que ciertas decisiones, incluidas aquellas cuidadosamente deliberadas, pueden vincular a intérpretes posteriores (judiciales o no) de igual manera.²⁶⁷

263 347 U.S. 483 (1954): 492-3.

264 Véase Frederick Schauer, *Pensar como abogado*.

265 Véase Richard Posner, *Cómo deciden los jueces*.

266 5 U.S. 137 (1803).

267 Thomas B. McAfee, “Brown and the Doctrine of Precedent: a Concurring Opinion”, *Southern Illinois University Law Journal*, 20 (1995): 101-2.

El desarrollo de esa decisión marcó un hito en el derecho jurisprudencial estadounidense al permitir el *judicial review* por medio de *Writ of Certiorari*²⁶⁸ y *Writ de Mandamus*,²⁶⁹ garantizando no solo la supremacía de la Constitución, sino también la imposición de la jerarquía constitucional de las decisiones de la COIP. El subsiguiente caso analizado por la COIP de EE. UU., en línea con *Marbury*, fue *McCulloch v Maryland*²⁷⁰ a través del cual la corte determinó su competencia para verificar si cierto acto normativo adoptado por el legislativo de uno de los estados de la Unión, o inclusive por el Estado Federal, es o no contrario a la Constitución.²⁷¹

El desarrollo del *judicial review* también permitió el análisis de procesos judiciales provenientes de cortes inferiores. Importantes líneas jurisprudenciales en este marco han sido responsables de la creación de prácticas comunes en el norteamericano; así, por ejemplo, la adopción de los denominados *Miranda Warnings*, precedentes que han impuesto a las autoridades del orden público la obligación de la lectura de los derechos constitucionales a los sospechosos antes de ser detenidos. Dicha práctica fue inicialmente establecida en el caso *Escobedo v Illinois*,²⁷² cuando la Corte Suprema estableció la prohibición del uso de la confesión judicial autoincriminatoria y en ausencia de un defensor, restando toda su efectividad dentro de un proceso legal. Esta línea jurisprudencial fue reforzada en el caso *Miranda v Arizona*,²⁷³ cuando la Corte Warren decidió no solo negar el valor otorgado a ciertas confesiones judiciales obtenidas por medio de prácticas inconstitucionales, sino que además establecería, mediante su decisión, ciertas directrices constitucionales concretas, que implicaron una obligación para las agencias policiales y tribunales de justicia; como digresión es importante destacar la actualidad de dichas directrices, pues son aplicadas actualmente.

De igual manera, otro desarrollo importante enmarcado dentro de la doctrina del precedente puede evidenciarse dentro de la aplicación de la *Alien Tort Claims Act*²⁷⁴ dentro del caso *Kiobel v Royal Dutch Petroleum, Co. (Shell)*,²⁷⁵

268 En el segundo capítulo (3.2.2.1.2.1. Procesos de selección y revisión) se abordará a profundidad esta institución, por lo que solo vale señalar que el *certiorari* consiste en un procedimiento de revisión de actuaciones tramitadas y de resoluciones tomadas en instancias inferiores.

269 Es una orden judicial que se emite a partir de un tribunal de jurisdicción superior que ordena un tribunal inferior, corporación, o persona para realizar o abstenerse de realizar un acto particular, la realización u omisión de el cual es requerido por la ley como una obligación. Véase Mortimer N. S. Sellers, "The Doctrine of Precedent in the United States of America".

270 17 U.S. 316 (1819).

271 *Ibid.*, 17.

272 378 U.S. 478 (1964).

273 348 U.S. 436 (1966).

274 *Alien Tort Claims Act*.

275 133 S.Ct. 1659 (2013).

que no solo marcó una línea jurisprudencial, sino que también demostró la jerarquía de la COIP al demostrarse que varios procesos en cortes inferiores fueron suspendidos hasta la adopción de una decisión por parte de la COIP.²⁷⁶

Por medio del caso *Kiobel*, la COIP determinó que la aplicación del *Alien Tort Claims Act*²⁷⁷ es únicamente aplicable cuando los procesos tienen una conexión significativa con Estados Unidos de América. La Corte estableció que la presunción de la no aplicación extraterritorial de las normas restringe el uso de la *Alien Tort Claims Act* a conductas que no “toquen o conciernen el territorio de los EE. UU. [...] con suficiente fuerza”.²⁷⁸ En el caso de *Balintulo v Daimler AG*, concernientes a daños causados por la empresa *Daimler* durante el régimen del *apartheid* en Sudáfrica, la Corte de Segundo Circuito aplicó el umbral establecido por *Kiobel* de manera extensa, impidiendo el análisis del proceso toda vez que los hechos alegados no ocurrieron dentro del territorio de Estados Unidos de América.²⁷⁹

En el caso *Al Shimari v. CACI Premier Technology*, concerniente a la aplicación de la *Alien Tort Claims Act* en consideración a los daños ocasionados a un nacional iraquí enviado a la cárcel de *Abu Grahیب* después de ser detenido por fuerzas estadounidenses en 2003. Los hechos alegados incluyen procesos de tortura llevados a cabo durante la detención de la víctima realizados por *CACI Premier Technology*, como contratista del ejército estadounidense. En este caso, la Corte del Cuarto Circuito determinó que el examen establecido en *Kiobel* respecto a “toque y concierna” a intereses estadounidenses era aplicable en el presente caso, pues, a diferencia de *Kiobel*, *Al Shimari* consistía en hechos presuntamente realizados por ciudadanos estadounidenses, con las autoridades de facto, sobre unidades militares estadounidenses que se encontraban en el extranjero a partir de un contrato firmado entre esta compañía y el estado federal de EE. UU., por lo que de acuerdo con la doctrina de “toque y concierna” el territorio o intereses de EE. UU. es directamente aplicable, aceptada la jurisdicción de EE. UU. en dicho proceso.²⁸⁰

276 Ver por ejemplo: *Balintulo v Daimler AG*, 727 F.3d 174 (2d Cir. 2013); también *Al Shimari v. CACI Premier Technology, Inc.*, 758 F.3d 516 (4th Cir. 2014).

277 *Alien Tort Claims Act* o ATCA es el estatuto de reclamación por agravios contra extranjeros, por el que se determina: “Las Cortes Federales de Distrito de Estados Unidos de América tendrán jurisdicción original en toda acción civil entablada por un extranjero por un agravio solamente, cometido en violación de las leyes de la nación o de un tratado de los Estados Unidos de América”. Véase Kevin J. Fandl, *Narrowing the gap*.

278 133 S.Ct. 1659 (2013), par. 1669.

279 Roscoe Pound, “Second Circuit Holds that *Kiobel* Bars Common Law Suits Alleging Violations of Customary International Law Based Solely on Conduct Occurring Abroad”, *Harvard Law Review* 127, n.º 5 (2014): 1496.

280 Francisco Fernández Salgado, “Fourth Circuit Allows Alien Tort Statute Claim Against Abu Ghraib Contractor”, *Harvard Law Review* 128, n.º 5 (2015).

Finalmente, la última decisión adoptada por la COIP respecto a la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo género fue adoptada por la COIP en junio de 2015,²⁸¹ a través de la cual la COIP estableció que la Enmienda Catorce de la Constitución de los EE. UU. obliga a todos los estados de la federación permitir y reconocer el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. La Corte sostuvo que de manera similar a *Brown v Board of Education*:

Las generaciones que escribieron y ratificaron la Carta de Derechos y la Enmienda Catorce no presumían saber la extensión de la libertad en todas sus dimensiones, y por tal confiaron a futuras generaciones una carta que proteja los derechos de todas las personas a disfrutar la libertad cuanto más aprendamos su significado. Cuando una nueva perspectiva revela discordia entre las garantías centrales de la Constitución y una estructura legal adoptada, debe dirigirse un reclamo a la libertad.²⁸²

En síntesis, todos los casos citados –y otros que podían citarse, como el análisis de los castigos inusitados en relación con la tortura, por ejemplo– permiten constatar que el precedente se alega no para inmovilizar el derecho o para llevar el presente hacia el pasado, sino, al contrario, como una invitación a realizar el mismo tipo de análisis innovador que subyace a cada una de las decisiones originales.²⁸³ En esta línea de pensamiento, el precedente es atendido no acerca de la concreta solución del problema, sino respecto a la forma de enfocar el litigio, reproduciendo el esfuerzo interpretativo original, es decir, el razonamiento fundacional de la decisión. De esta manera, se colige que la doctrina del precedente, en parte, ha sido la responsable del desarrollo de las garantías y derechos más significativos del derecho moderno de EE. UU., al mismo tiempo que ha desarrollado una fórmula para dotar a las decisiones judiciales de suficiente autoridad, sin restarles flexibilidad para hacer frente a circunstancias futuras.

281 *Obergefell et al. v Hodges, director, Ohio Department Of Health, et al.*, 576 U.S. (2015).

282 “Second Circuit Holds that Kiobel Bars Common Law Suits Alleging Violations of Customary International Law Based Solely on Conduct Occurring Abroad”, 11.

283 En efecto: “Son las revoluciones judiciales, no las enmiendas formales, las que sirven como una de las grandes vías establecidas para los cambios fundamentales por la Constitución vigente. A pesar de su insistencia en la primacía del texto escrito, los activistas republicanos no se dejan engañar por su propia retórica cuando se trata de asuntos serios como la transformación de la disputa política sobre la Constitución en el derecho constitucional. Sin embargo, la revolución judicial no es en la época moderna el único cambio para transformar los valores constitucionales.” Bruce Ackerman, *La Constitución viviente*, trad. por Carlos Ma. Enrique (Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011), 22.

El valor del precedente en los sistemas de origen en el common law

Luego del estudio de la doctrina del precedente en dos sistemas jurídicos de origen en el *common law*, el inglés y el estadounidense, queda de manifiesto que la imagen típica conforme a la cual el derecho sería creado exclusivamente por los jueces es, por denominarlo de manera clara, una ilusión. En los últimos años en Inglaterra ha proliferado la promulgación de normas de origen parlamentario, y en los EE. UU. coexiste una extensa legislación que comienza con la Constitución escrita. No obstante, la negación del monopolio de una de las fuentes del derecho no impide afirmar que las cortes, y en consecuencia sus decisiones, son figuras importantes en el *common law*.

Como se advirtió en el estudio del derecho inglés, una de las características principales del *common law* es la derrotabilidad de las normas; es decir, que pueden ser modificadas con base en las transformaciones sociales, razón por la cual inclusive en EE. UU. se genera una visión realista del derecho. De ahí que corresponde a los jueces realizar ese proceso de adaptabilidad que, tal como lo señaló Lord Mansfield, se origina porque “el *common law* se purifica a sí mismo mediante las reglas extraídas de la fuente de justicia, es por esta razón superior a un acto parlamentario”.²⁸⁴ Entonces, si una de las características del *common law* es la posibilidad de mejorarlo mediante la intervención de los jueces, la estructura del *common law* es en gran parte el espíritu de un crecimiento gradual focalizado en los jueces, dado que la necesidad de resolver litigios concretos va confirmando el desarrollo gradual, basado en la experiencia del derecho.

Sin lugar a dudas, el derecho inglés mediante la introducción del *stare decisis* ofrece el principal límite al que se encuentra vinculado el juez, ya que los precedentes deben ser respetados y aplicados frente a la existencia de casos análogos. La verificación de la existencia de la analogía entre el caso precedente y el caso actual radica en la identificación de la parte vinculante de la decisión; es decir, el precedente en estricto sentido o *ratio decidendi*.

Acerca de las técnicas de aplicación, se puede concluir que como ocurre con la interpretación y aplicación del derecho legislado –reglas canónicas–, el precedente debe ser aplicado e interpretado desde dos posturas reflexionadas ampliamente en la iusteoría, la formalista y la “des” formalista, como se optó por denominarlas en este trabajo.

La primera, la visión formalista, aboga por una aplicación estricta del precedente; es decir, la *ratio decidendi* se encuentra en los argumentos

284 Juez Lord Mansfield, *Omychund v. Barker*, 1744, citado por Frederick Schauer, *Pensar como abogado*.

centrales de la resolución del caso, que deben estar expresamente consignados en la decisión. Como es fácil colegir, el ámbito de “purificación” propuesto por Mainsfeld es muy estrecho, dado que la obligación del *stare decisis*, aun frente al déficit que puede presentar el precedente para las realidades cambiantes es mayor cuando se encuentran ligados a los argumentos expuestos expresamente en la decisión.

Por otra parte, la visión contrapuesta, la “des” formalizada, pretende un análisis más complejo. En efecto, para encontrar el precedente o *ratio decidendi* de un caso, es necesario deconstruir el fallo para identificar, a partir de los hechos materiales o relevantes del caso, los argumentos fundantes y la decisión misma, el precedente que vinculará a los casos futuros. Esta interpretación integral de la decisión para encontrar la *ratio decidendi* permite, principalmente que técnicas como el *distinguish* y el *overruling* puedan ser aplicadas, y que el derecho jurisprudencial sea verdaderamente una fuente dinámica que faculte la adaptabilidad del derecho a la sociedad.

Ciertamente, estas técnicas de identificación²⁸⁵ de la *ratio decidendi* dan cuenta cómo en los sistemas de origen en el *common law* las cortes prestan atención a la sociedad a la que pertenecen. Sobre la base de esta característica, a manera de ejemplo se tomó algunos cambios relevantes generados en el derecho norteamericano originados en decisiones judiciales. En las sentencias citadas se evidenció que la Corte necesitó una reinterpretación de precedentes existentes, reinterpretación que en lugar de desvirtuar la fuerza vinculante de la doctrina del precedente lo reafirmó, pues la argumentación requerida correspondió a una fundamentación “especial”, necesariamente reforzada, saturada; para que a partir del mismo caso se pueda obtener una interpretación “actual” del precedente, en observancia del *stare decisis*, de tal forma que responda a necesidades cambiantes.

También se ha podido observar reiteradamente cómo la estructura general del sistema judicial es un factor determinante para el funcionamiento del sistema jurisprudencial por precedentes; principalmente, desde el surgimiento del *common law* hasta la formalización del sistema del *stare decisis*, las transformaciones han venido precedidas por cambios institucionales (creación de los tribunales reales y jerarquización de los órganos de justicia en Inglaterra; creación de un orden judicial monolítico en una Constitución escrita en los EE. UU.),²⁸⁶ que generan el ambiente propicio para la transformación.

285 Técnicas que serán retomadas en el análisis del precedente constitucional ecuatoriano en el siguiente capítulo.

286 Héctor Fix-Zamudio y César Astudillo, coord., *Estatuto jurídico del juez constitucional en América Latina y Europa* (México DF: UNAM-IIJ, 2013).

Visión comparada de la evolución de la jurisprudencia en los sistemas de origen en el *civil law* y el precedente en el *common law*

De lo analizado en este capítulo, las diferencias de la fuerza de las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law* y el *common law* son evidentes. Mientras que en el *civil law* se exige que existan criterios coincidentes sobre un mismo punto de derecho, para que se considere vinculante la “doctrina jurisprudencial” o jurisprudencia –y, adicional, que el derecho positivo le reconozca como fuente de derecho expresamente–, en los sistemas de origen en el *common law* no existen tales requisitos. También se evidenció que el término jurisprudencia tiene relación con la actividad del juez en el *civil law*; entretanto, el término precedente está ligado a la actividad del juez en el *common law*.²⁸⁷

Respecto a la tensión existente entre la producción del derecho vía parlamentaria o judicial, en muchas ocasiones el problema tiende a plantearse como una cuestión política de distribución de poder, de forma tal que todo el problema se reduce a la vinculación del juez a la legislación. Sin embargo, desde la perspectiva teórica, el problema es más amplio y afecta no solo a la legislación, sino a todas las fuentes de producción del derecho, dado que la creación judicial de normas está ligada con la premisa que el proceso de aplicación del derecho objetivo contribuye a su conformación misma.

Luego de revisar la evolución de la jurisprudencia desde la época del derecho romano, y comparar su naturaleza jurídica en la casación francesa y española, resulta evidente que no existe una única manera de entenderla dentro de todos los ordenamientos jurídicos de origen en el *civil law*, evidenciándose de manera fehaciente que no existe un sistema puro de derecho en el mundo globalizado.

Existen lugares comunes, como que la labor que realiza la jurisprudencia a través de la interpretación y actualización del derecho resulta vital para el dinámico funcionamiento del orden jurídico; o el comprobar que en la mayoría de ordenamientos existe una labor jurisdiccional que interpreta el derecho mediante la jurisprudencia; no obstante, la naturaleza jurídica que se le otorgue, dependerá de la normativa específica de cada uno de ellos y la visión iusfilosófica del derecho.

Ciertamente no se puede obviar un aspecto, en la actualidad los sistemas de *civil law* están teniendo una transformación en la que se le otorga mayor protagonismo a la jurisprudencia; incluso algunos autores establecen

²⁸⁷ Diferencia terminológica que, más allá de la semántica, a partir del estudio realizado da la pauta para entender cómo vinculan las decisiones judiciales.

que la influencia del *common law* podría estar dando origen a sistemas mixtos. Es decir, la importancia de la jurisprudencia ya no es satanizada, como en los primeros años posrevolucionarios franceses, y en la mayoría de los casos, esta constituye una verdadera fuente de derecho.²⁸⁸ Entonces el debate se traslada junto con esta premisa en cómo opera esta fuente, análisis que se lo efectuará en el siguiente capítulo.

La imagen de un sistema del *common law* completamente creado por los jueces es una ilusión, ilusión compartida por la del *civil law*, en la que se presenta al derecho formado enteramente por libros canónicos de reglas, llamados *códigos*. La imagen típica del derecho continental es una en la cual el derecho solo es creado por los parlamentos, y no por los jueces, y en la cual el código es una regulación clara, completa y con consistencia interna de, virtualmente, toda la actividad humana. Así, en estos sistemas la jurisprudencia sería una fuente mucho menos importante, solo de conocimiento, pues la mayor parte del derecho no se encuentra en un conjunto casual de votos de jueces sino en códigos claros, completos y coherentes.

Como la imagen típica del *common law*, esta imagen del derecho continental es mucha más ilusión que realidad. Los países con sistemas de derecho continental reconocen que un código que determina previamente las soluciones para todos los problemas de la vida real es un “noble sueño”.²⁸⁹ En los países con sistemas de origen en el *civil law*, la jurisprudencia cobra fuerza, los precedentes son una idea más ampliamente aceptada y la creencia que los jueces tienen la función no solo de aplicar el derecho, sino también de crearlo se está generalizando, a través de la actividad interpretativa. Esta comunicación, entre sistemas jurídicos de origen en familias jurídicas distintas, pone de manifiesto la caducidad de la iusteoría de las fuentes del derecho ordenadas (jerarquizadas), lo cual se abordará en el capítulo segundo, y en el tercero se contextualizará en el sistema jurídico ecuatoriano.

Desde la lógica del ordenamiento jurisdiccional (no de los justiciables, naturalmente) la función principal de los jueces radica en otorgar coherencia al derecho, la cual no se reduce exclusivamente a una cuestión de la aplicación de la jerarquía normativa al problema jurídico presentado en

288 La influencia mutua entre las dos grandes familias jurídicas occidentales, *civil law* y *common law*, hace que se tengan que replantear el valor de las fuentes de derecho consideradas inmutables en cada una. Véase Betty Martínez Cárdenas, “Nueva perspectiva del sistema de derecho continental en Colombia”, *Ius et Praxis*, n.º 17, vol. 2 (2011): 25-52, <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000200003&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-00122011000200003>. Consulta: 5 de abril de 2016.

289 Herbert Hart, trad. por Generó Carrió, *El concepto de derecho*, 2a. ed. (Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1968).

un caso concreto, sino que también implica una dimensión de coherencia hacia el pasado y consistencia hacia el futuro. Y ello se explica dado que al consistir su tarea en convertir enunciados abstractos en concretos –resolución de los litigios–, su papel no es otro que el de dinamizar el derecho (llevarlo de los códigos a los hechos). Ahora bien, para desarrollar esta función puede suponer, como se ha visto, la introducción de nuevas técnicas de aplicación e interpretación de los precedentes; estas técnicas permiten verificar la racionalidad y corrección del proceso, pues como ya se mencionó la aplicación del derecho objetivo contribuye a su propia conformación.

En síntesis, el análisis de la visión histórica del precedente brindó el panorama general y las herramientas metodológicas para proceder a un estudio exhaustivo de la creación de normas en sede jurisprudencial, y específicamente en el ordenamiento constitucional ecuatoriano. Sistema jurídico que se encuentra en un proceso de consolidación del constitucionalismo impuesto mediante las disposiciones normativas contenidas en la Constitución de Montecristi; “transformación” jurídica acompañada de un nuevo modelo de juez que, en definitiva, también va a crear derecho a través de sus decisiones, a partir de la concreción de la Constitución, es decir, la constitucionalización del ordenamiento jurídico lo cual será analizado a continuación.

Capítulo II

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y SUS ELEMENTOS CENTRALES

*Una Constitución, por sí sola, es únicamente un pedazo de papel.
Lo interesante de una Constitución es lo que se hace con ella.*

–Lawrence Sager²⁹⁰

Una vez que se ha establecido en el primer capítulo, el marco teórico respecto a la evolución de la jurisprudencia en los sistemas de origen en la familia del *civil law* y el valor del precedente en los sistemas de origen en la familia del *common law*, corresponde en este capítulo realizar el análisis acerca del debate teórico actual sobre el valor de la jurisprudencia dentro del Estado constitucional y sus elementos centrales.

Para tal efecto, en primer lugar, se abordarán las principales transformaciones que comportan el tránsito del Estado legal al constitucional, lo cual da cuenta de cómo el ordenamiento constitucional impone nuevas formas de entender el derecho y, en consecuencia, de la evolución de las fuentes del ordenamiento jurídico, y dentro de ellas específicamente el valor de la jurisprudencia.

A partir del reposicionamiento de la jurisprudencia en el sistema de fuentes se estudia el estatus epistemológico y ontológico de la creación judicial del derecho, y cómo esta creación presupone dos elementos básicos: la separación de poderes como garantía del Estado constitucional y la argumentación jurídica. Respecto al primero, la separación de poderes en el ámbito de la creación judicial interesa tratar dos puntos, el sistema de frenos y contrapesos que debe existir como límite, y la conceptualización del activismo judicial en el Estado constitucional. Acerca de la argumentación jurídica, como elemento básico para la creación judicial del derecho, se analizará los límites que esta ofrece para enmarcar la actividad jurisdiccional por medio del discurso práctico; y demostrar cómo un sistema de vinculación de la jurisprudencia se convierte en una de las herramientas que permite controlar la creación judicial.

290 Lawrence Sager, *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 13.

Posterior a ello, se analiza la importancia de la creación judicial del derecho en el Estado constitucional a partir de la justicia, igualdad y seguridad jurídica, resaltando cómo esta fuente de derecho tiene la virtud de generar transversalmente la tutela efectiva de los derechos humanos/fundamentales/constitucionales.²⁹¹ En este marco, se estudiará cómo opera la denominada regla de la justicia a partir de tres parámetros de aplicación que se proponen, el primero atinente al estándar de la conducta, el segundo referente al criterio de igualdad y, finalmente, el tercero vinculado a la condición de excepción.

Para concluir el capítulo se estudiarán los tipos de creación judicial del derecho, a través de varias categorizaciones, lo cual sentará las bases ontológicas que se utilizarán para analizar la práctica constitucional ecuatoriana en materia de creación del derecho jurisprudencial. Para alcanzar este objetivo, se abordarán tres cuestiones centrales en la creación judicial del derecho, cómo se genera, la determinación y aplicación de su significado y la función normativa que desempeña en el ordenamiento constitucional.

291 Sobre la concepción de derechos humanos, fundamentales y constitucionales, es importante anotar la evolución que estos han sufrido a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando a propósito de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, los Estados europeos (Alemania, Italia, España, Portugal, entre otros) y posteriormente los latinoamericanos (Brasil, Ecuador, Colombia, Venezuela, Bolivia) inician un proceso de incorporación de los derechos humanos en las Constituciones como normas verdaderamente jurídicas, plenamente exigibles, con garantías para hacerlos eficaces, de ahí que adoptan la denominación de derechos fundamentales. Subsiguiente una visión *pro homine* genera la incorporación de un criterio amplio de protección de la dignidad humana, y en consecuencia la exigibilidad ya no se limita a un catálogo de derechos, sino a todos estos; de ahí que, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 adopta el criterio de la doctrina de la unidad de la dignidad humana, disponiendo expresamente que todos los derechos gozan de igual jerarquía, son exigibles y justiciables. En efecto, “Artículo 11.- [...] Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, individuales, interdependientes y de igual jerarquía”, de lo cual se deriva que en Ecuador no existe distinción entre derechos humanos/fundamentales/constitucionales, a diferencia de otros sistemas constitucionales que si distinguen entre derechos constitucionales y fundamentales, razón por la cual este estudio se refiere a ellos indistintamente como derechos constitucionales o, simplemente, derechos. Ello sin perjuicio de recordar que, con carácter general, se utiliza la expresión derechos humanos para referirse a la dimensión internacional de los derechos, derechos fundamentales para referirse a los derechos subjetivos dotados de “fundamentalidad” (por el rango de su reconocimiento, por sus especiales garantías, etc.) y derechos constitucionales para aludir a aquellos derechos fundamentales cuya fundamentalidad se deriva, precisamente, de estar recogidos en la Constitución. Sobre esta cuestión, véase Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos* (México DF: UNAM-IJ, 1989), 165 y s.

Ahora bien, es importante en este punto resaltar lo señalado por Gustavo Zagrebelsky “el renacimiento de los derechos del hombre no representó, por lo general, la victoria del derecho natural sobre su adversario histórico, el positivismo jurídico”, dado que la incorporación de los derechos en las normas supremas implican un proceso de positivización de dichos derechos. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 1995), 66.

Transformación del Estado legal al Estado constitucional

A partir de los sucesos acaecidos en Alemania después de 1933 quedó evidenciada la imposibilidad de identificar el derecho con la ley, razón por la cual cobra fuerza una corriente iusfilosófica que reconoce la existencia de principios que aunque no constituyen objeto de una legislación expresa, se imponen a todos; reaparece así actualizada la tesis de vieja data acerca de que el derecho no es solo expresión de la voluntad del legislador,²⁹² sino de valores que trascienden la legalidad instaurada, entre los cuales figura, en primer plano, la justicia.²⁹³

Esta corriente iusfilosófica, denominada constitucionalismo,²⁹⁴ surgió tras la Segunda Guerra Mundial siendo los casos de la Ley Fundamental de Bonn (1949), de Portugal (1976) y de España (1978), y en Latinoamérica en los casos de las Constituciones: brasileña de 1988, la colombiana de 1991, la venezolana de 1998; se caracteriza sobre todo por la inclusión de un conjunto de elementos materiales en la Constitución como los derivados

292 Idea que remonta, al menos, a Santo Tomás con su definición clásica de la ley: “*Lex est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*”, *Suma Theologica*, I-II, q. 90, a. 4

293 Véase Costas Douzinas, *El fin de los derechos humanos*, 1a. ed. en español (Bogotá: Legis, 2008). También Rodolfo Luis Vigo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: Riesgos y prevenciones”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Saldívar Lelo De Larrea, coord., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (México DF: UNAM-III / IMDPC / Marcial Pons, 2008).

294 Se utiliza el término genérico por cuanto existen distintos parámetros que son analizados para referirse a neoconstitucionalismo, constitucionalismo latinoamericano, constitucionalismo metodológico, ideológico, práctico. Véase Paolo Comanducci, *Democracia, derechos e interpretación jurídica* (Lima: Ara, 2010).

La disputa de la denominación escapa del objeto de análisis de esta tesis; no obstante vale señalar, por ejemplo que Prieto Sanchís afirma que es una “forma política inédita en el Continente” europeo y una “nueva cultura jurídica” o por lo menos una “teoría del derecho”, distinta de la “teoría positivista que sirvió de marco conceptual al Estado de Derecho decimonónico”. Véase Luis Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013). Contrario a esta tesis se encuentra, entre otros doctrinarios, Juan Antonio García Amado quien sostiene una tesis positivista de la Constitución, arremetiendo fundamentalmente a nuevas formas de interpretación de los derechos constitucionales. Véase Juan Antonio García Amado, “Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en Miguel Carbonel, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos* (Madrid: Trotta, 2007).

En el caso ecuatoriano se adscribe lo señalado por Ramiro Ávila: “La palabra ‘neoconstitucionalismo’ no es lo importante”. Véase Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Huaponi, 2016), 38. Efectivamente, más allá de las denominaciones, cuando se habla de constitucionalismo en esta investigación, este concepto implica que el ordenamiento jurídico tiene por matriz a la Constitución; es decir, es norma suprema, directamente aplicable, que su regulación gira en torno de los derechos que tutelan la dignidad humana, y se encuentra blindada por procesos más rigurosos para su modificación que la ley.

de la idea de igualdad material de la denominada cláusula Lelio Basso, del art. 3 de la Constitución italiana o la fórmula del Estado Social de Derecho en el art. 20 de la Ley Fundamental de Bonn; otra clara evidencia de aquello resulta la incorporación de catálogos extensos de derechos,²⁹⁵ y en consecuencia, las Constituciones abandonan su rol meramente organizativo del poder, o de establecimiento de competencias estatales, para abarcar otro fin superior, la tutela de la dignidad humana a través del reconocimiento de los derechos y el establecimiento de garantías para hacer eficaces los mismos.²⁹⁶

En conclusión, el derecho constitucional de la segunda posguerra abandonó la idea según la cual el *Estado de derecho* coincide plenamente con el principio de legalidad,²⁹⁷ dado que se ha evidenciado que la democracia, los derechos humanos y el pluralismo jurídico se defienden mejor si el *Estado de derecho* es caracterizado a partir de un principio de constitucionalidad²⁹⁸ y no a partir de un mero principio de legalidad. En efecto, las Constituciones de la última mitad del siglo XX han adoptado aceleradamente el principio

295 Así por citar un ejemplo, la Ley Fundamental alemana desde el art. 1 al 19 establece el catálogo de derechos fundamentales; la Constitución española recoge el listado de los derechos fundamentales desde el art. 15 al 29. En el caso latinoamericano, la Constitución brasileña determina desde el art. 5 al 76 los derechos fundamentales; en la misma línea la Constitución colombiana recoge a la categoría de derechos fundamentales desde el art. 11 al 41.

296 Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su Laberinto”, en Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo* (Madrid: Trotta / UNAM-IJ, 2007), 9-10.

297 La referencia al principio de legalidad se lo entiende como “la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia– a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.” Véase Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 33. Sobre la construcción de los Estados basada en el principio de legalidad, véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, trad. por Perfecto Andrés y otros (Madrid: Trotta, 1995); también del mismo autor, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, 3 vols. (Madrid: Trotta, 2010), *passim*. Para un análisis aplicado a la realidad latinoamericana, puede consultarse Juan Montaña Pinto y Patricio Pazmiño Freire, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Solíz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: CEDEC, 2013), especialmente, 26 y s. También véase Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: Perspectiva comparada* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012), 18-23 y 95-7.

298 Por principio de constitucionalidad se entiende, a más de la supremacía constitucional que vincula a toda función del Estado, incluyendo al legislador, también implica que el “contenido de la Constitución no se agota en el significado de sus términos y enunciados, en su semántica: la naturaleza última de las normas constitucionales es prelingüística, es axiológica. Por eso las constituciones dicen más de lo que sus términos significan. La Constitución es una entidad ideal, axiológica, cuya materialidad y concreción son independientes en gran medida de las palabras y, por tanto, no sometidas a los límites denotadores y conformadores de estas.” Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, 123.

de constitucionalidad; y en Latinoamérica, en los últimos treinta años, la mayor parte de países han sentido de alguna forma la llegada de este constitucionalismo.²⁹⁹

En ese contexto, el constitucionalismo ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho público, los textos constitucionales y en especial aquellos que consagran derechos se han convertido en normas directamente aplicables³⁰⁰ a todo tipo de conflictos jurídicos; razón por la cual se ha construido una teoría constitucional con cierto nivel de autonomía del derecho ordinario en los sistemas de origen en el *civil law*,³⁰¹ así por ejemplo, frente al tradicional modelo de argumentación basado en la subsunción, se han propuesto modelos alternativos como la proporcionalidad o test de razonabilidad, en los que dicha operación lógica pierde la centralidad.³⁰²

299 Así, por ejemplo, Domingo García Belaunde señala: “Si algunos países, en especial México y Venezuela, o si se quiere Venezuela y Colombia, como con acierto señalan muchos autores [...], tuvieron importantes aciertos en el desarrollo y apuntalamiento del control constitucional y en defensa de los derechos humanos, ello no fue una creación *ex novo*, sino una creación derivada o, si se quiere, un matiz y desarrollo interesante y peculiar...”. Véase Domingo García Belaunde, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (Lima: Editora Jurídica Gijley, 2003), 37.

300 Al establecerse, por ejemplo, en la Constitución ecuatoriana que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”, se ha adoptado el mecanismo que involucra el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República, perfeccionando de esta manera los mecanismos de protección a los ciudadanos, mediante garantías normativas, jurisdiccionales y de políticas públicas, pues “la Constitución es jurídica, es norma jurídica, es derecho y, por ende vincula a los poderes públicos y a los particulares, obliga, debe ser aplicada y es aplicable, tiene que funcionar, ha de encarnarse en la realidad sociológica de las conductas humanas”. Véase Germán J. Bidart Campos, “La fuerza normativa de la Constitución”, en Maximiliano Toricelli, edit., *El amparo constitucional: Perspectivas y modalidades* (Buenos Aires: Depalma, 1999), 1. También *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 11.3 y 436.

301 En efecto, “Es importante apuntar que, actualmente, la perspectiva metodología de Europa continental sufre nuevos influjos, principalmente, por la valorización de la jurisdicción constitucional en países como Alemania y España, siendo notable la doctrina que se forma en torno a los precedentes de los tribunales constitucionales de estos países, así como los ‘modelos’ que provienen de ellos para la aplicación práctica. En cierta medida, se trata de una ruptura con la moral objetiva y con la razón pura de la ley; un retorno a la racionalidad de la experiencia, plasmado por la interpretación constitucional”. Hermes Zaneti Jr., *El valor vinculante de los precedentes: Teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes* (Lima: Raguel Edic., 2015), 52.

302 La función creadora del juez en la jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de derechos, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle a la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Véase Robert Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional* (Bogotá: UEC, 2010). Ciertamente “En el derecho constitucional, en cambio, no hay una frontera clara entre la integración y la interpretación. Esto es así por

Sin lugar a dudas, el constitucionalismo de la segunda posguerra cambió el paradigma del Estado legocéntrico y en su lugar instituyó varias nociones básicas que modificaron la concepción del constitucionalismo clásico, entre las cuales se destaca, en primer lugar, el restablecimiento de la supremacía constitucional y en consecuencia la transformación del sistema de fuentes. En efecto, la ley abandona la centralidad para dar paso a la Constitución como fuente matriz de todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, suprema, fuente de legitimidad de todo el ordenamiento jurídico.³⁰³

Conjuntamente con la supremacía constitucional, a la Constitución se la convirtió en una verdadera norma jurídica directamente aplicable, mediante lo cual se posibilitó que los ciudadanos buscaran la protección de sus derechos constitucionales a través de acciones directas, en las cuales sus argumentos podrían basarse en el mismo texto constitucional sin necesidad de intermediación legal.³⁰⁴ Por ejemplo, basta dar una mirada al compromiso que los Estados parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos adoptaron a partir de lo dispuesto en el art. 25,³⁰⁵ por

cuanto mediante toda interpretación se hace una integración, y toda integración es producto de una interpretación. El texto lapidario de las cláusulas constitucionales regula muy poco o casi nada, no establece casi ningún supuesto de hecho. Por esta razón, toda aplicación de las disposiciones constitucionales implica una interpretación y, por tanto, una integración. Los supuestos de derecho constitucional deben integrarse continuamente, porque la Constitución en general no establece demasiadas prescripciones específicas para ellos". Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos* (Bogotá: UEC, 2005), 166.

303 A la pregunta de por qué importa la Constitución, Tushnet señala: "La Constitución importa porque da estructura a nuestro proceso político. Y es que la fuente última –y a veces la inmediata– de cualquier protección que tengamos de nuestros derechos fundamentales es la Constitución como pacto político" Mark Tushnet, *¿Por qué la Constitución importa?* (Bogotá: UEC, 2012), 1.

304 Desde la proclamación en 1789 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se visualizó que "Artículo 16.- Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución.", de ahí que "más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho." Véase Luigi Ferrajoli, *Los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 45. En efecto, "Todos los ordenamientos modernos añaden al reconocimiento constitucional de los derechos, diversos mecanismos de protección, los mismos que se configuran como elementos imprescindibles para su real eficacia jurídica. En este sentido, la capacidad de los derechos para vincular la actuación de los agentes jurídicos y políticos y consolidarse como fundamento real de la Constitución material de una sociedad dependerá en última instancia de la eficacia de sus mecanismos de protección". Véase Claudia Storini, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008", en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional –CEN–, 2009), 287.

305 "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Parte se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el

el cual se obligan a ofrecer recursos efectivos, eficaces, sencillos para la tutela de los derechos “fundamentales”, lo cual en la actual Constitución ecuatoriana se denominó garantías jurisdiccionales.³⁰⁶

Como consecuencia de la supremacía constitucional y su carácter jurídico de “norma propiamente dicha”, la Constitución genera efectos de irradiación a todo el ordenamiento jurídico; es decir, su fuerza expansiva alcanza a todas las situaciones reguladas por el derecho, de lo cual se advierten dos situaciones: primera, que todo tema jurídico debe tener matriz constitucional, y segunda, que no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, lo cual efectivamente genera una concepción dinámica del ordenamiento jurídico y harto compleja.³⁰⁷

Se incorpora dentro de la nueva estructura del Estado constitucional, también como corolario de la supremacía constitucional, el elemento de la rigidez, esto refuerza la idea de permanencia y eficacia de los derechos constitucionales, pues, existe la inmodificabilidad o resistencia al cambio constitucional en los mismos términos que puede desarrollarse la modificación de las leyes, lo que desemboca en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley.³⁰⁸ Esto demuestra de manera indudable cómo la Carta de Derechos pasó de ser *soft law* a ser derecho duro –plenamente exigible–, en otras palabras normas jurídicas vinculantes, no obstante, el nivel de abstracción en el cual están redactadas.

En la lógica de Estado constitucional, los derechos constitucionales son los elementos centrales, de ahí que su regulación sea fundamentalmente principialista: pues “se recogen derechos sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fijan objetivos de conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado”,³⁰⁹ a partir de lo cual la Constitución suministra razones justificatorias, mas no de acción, lo que

sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”, <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Consulta: 1 de junio de 2016.

306 *Constitución de la República del Ecuador* (en adelante CRE) [2008], art. 86 y s.

307 Si bien, para Kelsen el perfil dinámico del sistema jurídico consta de una multiplicidad de actos normativos. Todo acto normativo se presenta, al mismo tiempo, como aplicación de una norma jerárquica superior y como creación de normas individuales. Véase Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. por Roberto Verengo, 16a. ed. (México DF: Porrúa, 2009). No es estrictamente este criterio, pues no se consideran exclusivamente como normas individuales que las que podrían generarse del proceso de aplicación de la superior, el término “concepción dinámica” atiende a un criterio de actualización de las disposiciones jurídicas mediante el proceso interpretativo.

308 Véase Josep Aguiló, *Sobre derecho y argumentación* (Mallorca: Leonard Muntaner, 2008), 11-28.

309 Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, 290.

evidentemente impone ejercicios de argumentación por cuyo intermedio se construye un balance entre los derechos para llegar a soluciones racionales cuando existe colisión de derechos en los casos concretos; ciertamente:

En un orden jurídico no constitucionalizado el derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas.³¹⁰

Estas, entre otras características,³¹¹ evidencian que el Estado constitucional desplaza gradualmente al Estado legal, cambios que obligan a los jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional; nueva orientación que genera que la interpretación y argumentación constitucional se conviertan en un tema fundamental, aunque polémico, pues, las antiguas habilidades de interpretación de la ley adquiridas en las facultades de derecho no ofrecen todos los elementos necesarios para la interpretación del texto constitucional.

En efecto, ese proceso de constitucionalización obliga a los operadores de justicia a enfrentarse a nuevas realidades, entre las que destacan altos grados de indeterminación sintáctica, semántica, pragmática y lógica con un alto grado de generalidad y abstracción; además, como ya se señaló, un alto componente de principios frente a reglas,³¹² la transformación en la teoría de fuentes del derecho –pluralismo jurídico– que terminan ligando la aplicación directa de la Constitución al reconocimiento de otras formas de producción jurídica no legislativa, como es el caso de la jurisprudencia, dado que:

Y es que el sistema jurídico no es un sistema cerrado, aislado del contexto cultural y social en el que se inserta. Por el contrario, experimenta constantes impulsiones. El derecho judicial se elabora con ocasión de conflictos, que el juez debe arbitrar, buscándoles soluciones convincentes y satisfactorias en derecho

310 Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato* (Turín: Giappichelli Editore, 2006), 239.

311 Guastini señala varias características que Rodolfo Luis Vigo las agrupa en cuatro características básicas, a saber: 1. La Constitución como norma jurídica superior; 2. La Constitución cargada de valores o principios; 3. La Constitución como norma jurídica eficaz; 4. La Constitución con garantía de control jurisdiccional. Véase Rodolfo Luis Vigo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: Riesgos y prevenciones”.

312 Véase Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2000), 89-97. También Genaro Carrión, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2a. ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979), 17-48 y 91-105.

o lo que es lo mismo bien motivadas, y toda nueva legislación no hace otra cosa que responder a una necesidad de medio político, económico y social.³¹³

Sobre esta concepción se impone una serie de obligaciones a los poderes públicos, de lo cual la Constitución no es únicamente un límite, sino el campo mismo de aplicación, pues obliga a todos de manera positiva, tanto los poderes públicos como los particulares en la concreción de todos los mandatos dispuestos en la Constitución. Es decir, la Constitución se instituye como un verdadero límite y vínculo en el Estado constitucional,³¹⁴ con lo cual se abandona la concepción de Constitución como el proyecto político meramente indicativo, para actualmente expandir sus efectos jurídicos vinculantes en todo el ordenamiento jurídico.

De lo analizado, se determina que el constitucionalismo complejiza la labor de interpretación y aplicación del derecho, con lo cual uno de los efectos directos se encuentra ligado a la actividad del juez. Ciertamente este adquiere un rol “más” activo y trascendente que en el Estado positivista; así, los denominados casos fáciles y los casos difíciles³¹⁵ no son tan sencillos de dilucidar *prima facie*. Como se advierte de su denominación, los *casos fáciles* se resuelven aplicando una regla perteneciente al sistema jurídico y cuya solución se caracteriza por ser lógicamente concurrente con los principios del mismo. En tal virtud, por una parte, se aplica la regla al caso en cuestión mediante un mecanismo silogístico que se lo realiza sin mayor debate, toda vez, que no existe controversia acerca de los alcances de la regla a aplicar sobre los hechos —es decir, no está en discusión la coherencia valorativa con los principios que la guían—; y por otra parte, tampoco existe controversia con la premisa fáctica, que da cuenta de los hechos acaecidos.

Por el contrario, la resolución de los *casos difíciles* no se obtiene de una manera tan sencilla, requiere de una justificación y acción deliberativa, exigiendo por parte del intérprete un sentido de responsabilidad en el que se deja de lado a la arbitrariedad, en espera de una decisión fundamentada, justificada, en el que se requiere de la presencia de *buenas razones*. Cuando existe un caso difícil es necesario construir una justificación racional de las

313 Chaïm Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Madrid: Civitas, 1979), 114-5.

314 Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999).

315 Distinción establecida por Neil MacCormick, en *Legal Reasoning and Legal Theory*. Los casos fáciles son aquellos en los que la aplicación deductiva opera sin mayores inferencias, en tanto que los casos difíciles se presentan, ya sea por problemas normativos (interpretación y fuentes del derecho) y por problemas fácticos (calificación de los hechos y prueba), los que deben atenderse observando los principios rectores con el sistema (consecuencias) y los principios universales de la argumentación jurídica (universalidad, consistencia, coherencia narrativa y normativa). Véase Manuel Atienza, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (México DF: UNAM-III, 2003).

premisas normativa y fáctica para arribar a una decisión que satisfaga los requisitos del discurso práctico.³¹⁶

Entonces, a partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, dado que las exigencias de validez y vigencia del ordenamiento jurídico a la luz de lo dispuesto en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, potencialmente todos los casos pueden ser considerados como difíciles. Ciertamente en el ámbito constitucional “más bien, la mayoría son casos difíciles y requieren de razonamientos más complejos, para los cuales no basta, y a veces ni siquiera es posible citar la disposición legal en donde consta la norma que se va a aplicar”.³¹⁷

Esta realidad exige de los operadores de justicia la práctica de una argumentación que considere al derecho en su unidad; es decir, observando las normas jurídicas, los valores, las instituciones, los derechos constitucionales y los principios que se encuentran en las Constituciones contemporáneas. Esta actividad demanda un esfuerzo por observar y ofrecer, a más de los esquemas lógicos formales, buenas razones y dirigir la actividad argumentativa a un máximo exponencial en todas las esferas del ámbito jurídico, para que las decisiones y justificaciones sean el resultado de los presupuestos de la efectiva vigencia del Estado constitucional.³¹⁸

De lo hasta aquí analizado, se observan cambios trascendentales en el tránsito del Estado legal al Estado constitucional, lo cual ciertamente ha generado un interesante desarrollo de literatura acerca del constitucionalismo o neoconstitucionalismo;³¹⁹ sin embargo, al igual que toda iusteoría llevada a la práctica puede producir excesos, es importante advertir los riesgos y tomar prevenciones para evitar que “el remedio sea peor que la enfermedad”.³²⁰

316 Véase Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1978).

317 Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos* (Quito: UASB-E / CEN, 2013), 147. En la misma línea Guibourg señala “La proliferación de los llamados “casos difíciles” no es sino una ilustración de esta dificultad. Una menor que no ha alcanzado la edad requerida por la ley es autorizada para donar un riñón a su hermano; un individuo culpable de un delito grave con implicaciones políticas se ve afectado por una ley más severa dictada después de que se cometiera el hecho; una joven violada a quien la ley acuerda el derecho de abortar se ve impedida de hacerlo con invocación del principio constitucional de protección de la vida; los guardianes del nefasto Muro de Berlín son sancionados por delito que, en el momento y en el lugar donde se cometieron, eran obligaciones legales; una corte íntima al poder administrador a ejecutar el saneamiento de un río contaminado y a elevar colectivamente los haberes jubilatorios” en “La función judicial”, 53.

318 Véase Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica* (Madrid: Trotta, 2013).

319 Entre los que se pueden citar, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Antonio Pérez, entre otros.

320 Se coincide en que “Nos interesa insistir en que estamos decididamente a favor del Estado de derecho constitucional, pero no podemos silenciar que el proceso desencadenado por el mismo

En suma, el tránsito del Estado legal al Estado constitucional conlleva una serie de replanteamientos en los sistemas jurídicos, así como en la ius-teoría, entre ellos el de la ley como fuente hegemónica y el valor de otras fuentes del derecho, entre ellas la jurisprudencia y los límites a los que la actividad judicial se encuentra sometida, lo cual merece un análisis crítico, tema que será abordado en detalle a continuación.

Los estatus ontológico y epistemológico de la creación judicial del derecho³²¹

Entre los aspectos centrales y abiertos³²² en el estudio y elaboración de la Teoría del Derecho a lo largo de la historia, ha estado el problema de definir materialmente qué es el derecho,³²³ ya que el concepto en sí mismo aportará las pautas epistemológicas y ontológicas para la construcción posterior de la teoría en sí. Sin embargo, la dificultad de generar un concepto material se centra en que aquella permite un acercamiento siempre desde el contexto de una perspectiva filosófica, de ahí que los modelos sobre los que se construye el derecho tienden a variar y en consecuencia a ser superados.³²⁴

En efecto, respecto al paradigma de prohibición absoluta de creación judicial del derecho, como ya se mencionó en las familias de origen en el

nos genera diversas inquietudes, que pensamos resulta imprescindible prestarles atención en orden a procurar su control, introduciendo los cambios o rectificaciones que estimemos apropiadas." Rodolfo Luis Vigo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", 451.

321 La denominación "creación judicial del derecho" a pesar de ser susceptible de múltiples significados, en este estudio se lo tomará como la competencia que tienen las altas cortes de generar normas en el ordenamiento jurídico. La utilización de esta denominación parte de la doctrina expuesta por Pérez Luño, a propósito del estudio de los distintos significados de "creación judicial del derecho" cuando señala que este término también es entendido como la facultad de "crear/juzgar como capacidad para producir normas". Véase Antonio Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del derecho* (España: La Ley, 2011), 139-43.

322 Paolo Comanducci, *Democracia, derechos e interpretación jurídica* (Lima: ARA, 2010), 13.

323 "El Derecho moderno no se encuentra más en las cosas –a lo Michel Villey– sino que se vuelve el mismo una cosa, un hecho, palabra que empieza a ser usada precisamente por el derecho positivo. Esta concepción artificial del Derecho es aceptada por la metodología evolucionista con una sola precisión: el Derecho es ciertamente un hecho, pero un hecho irreducible al acto creativo de un legislador; por el contrario, se trata del efecto no intencional de una actividad –una serie de datos– en el que participan legisladores, la doctrina de los jueces. Bien entendido el legislador formula la ley, pero sus sentidos cambian con las interpretaciones doctrinales y aplicaciones judiciales. Así, las normas son también resultados no intencionales, efecto de la agregación de muchos actos intencionales". Mauro Barberis, *Estado, derechos, interpretación: Una perspectiva evolucionista* (Lima: Palestra, 2013), 18. Véase también H.L.A Hart, *El concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961), 1 y s.

324 Nieto y Gordillo, *Las limitaciones del conocimiento*, 18-9.

civil law, surge a partir del ideal según el cual los jueces cumplen una labor predominantemente mecánica en la aplicación del derecho;³²⁵ es decir, una actividad cognoscitiva de comparación entre normas y hechos a partir de lo cual se infiere una conclusión, esto no constituye más que un referente explicativo sobre la actividad de los jueces entendido desde la perspectiva del denominado “positivismo ideológico y metodológico”.³²⁶

La labor de los jueces desde la teoría del derecho así configurada, a partir de la inserción del principio de constitucionalidad –transformación del Estado legal al constitucional–, analizado en el acápite anterior, necesita un replanteamiento total, dado que la definición del derecho no puede encontrarse remitida solo a la teoría de la coactividad; la teoría de las normas no puede ser concebida exclusivamente desde el imperativo de la conducta,³²⁷ la fuente máxima del derecho no es la ley, y sobre todo el reconocimiento que el sistema jurídico en sí mismo no posee la coherencia y plenitud anheladas. Siendo así, el sistema de fuentes se modifica y con ello la labor de los jueces, o al menos la manera de comprender e interpretar el derecho.

En este orden de ideas, la *primera* transformación ocurre en la teoría de las fuentes, debido a que esta no puede seguir girando en torno a la ley como eje del ordenamiento jurídico, sino que será la Constitución como norma axiológica, la “fuente de fuentes”, la que material y formalmente se constituye en el objeto de medición de la ley, como lo exponía Radbruch.³²⁸ La Constitución prevalece ante otra norma, no por ser superior a aquella, sino porque prevalece sobre esta, que es superior;³²⁹ es decir, esta es una característica fundamente de todo el ordenamiento jurídico.

En este punto de reflexión sobre la teoría de fuentes es importante señalar que Estado legal no es el opuesto al Estado constitucional, como eventualmente puede considerarse, dado que “son solo dos etapas del mismo proceso evolutivo de jerarquización de las fuentes del Derecho”,³³⁰ reafirmando el criterio de evolución del sistema normativo y en consecuencia la transformación del sistema de fuentes.³³¹ Entonces la transformación

325 Zagrebelsky, *El derecho dúctil* 131 y s; también Luis Prieto Sanchís, *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho* (Lima-Bogotá: Palestra, 2007), 168 y s.

326 Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2003), 32 y s.

327 Al respecto, véase Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Bogotá: Temis, 1997), 71 y s.

328 Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho* (Madrid: Fondo de Cultura Económica –FCE–, 2002), 180.

329 Véase Riccardo Guastini, “Gerarchie normative”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* (Milán: Il mulino, 1997): 472-3.

330 Barberis, *Estado, derechos, interpretación*, 23.

331 En efecto, como lo señala Rodolfo Vigo, en el Estado constitucional “no solo no se pueden enumerar exhaustivamente, y bastaría pensar en los principios y los derechos humanos para reconocer esta característica. Un ejemplo de hasta dónde está en crisis la noción

denota un cambio en la concepción misma del sistema de fuentes producto de la evolución y no una mera “continuación”, puesto que “se afecta necesariamente a la concepción del derecho”.³³²

Si el paradigma epistemológico y consecuentemente el ontológico del derecho cambian en determinada época y lugar, la teoría del derecho y como consecuencia la labor de los jueces va a sufrir también variaciones. En este sentido, el razonamiento jurídico será distinto, lo cual ya no podrá ser considerado como un simple razonamiento cognitivo deductivo, sino como un proceso racional y discursivo altamente complejo dentro del cual existe un juego valorativo de razones y contra razones dentro de un marco lógico que determinan una nueva creación.

La *segunda* transformación tiene lugar en la teoría de las normas de acuerdo con su tipología, estructura, y función en el ordenamiento jurídico,³³³ así, se reconoce la existencia de normas configuradas en forma de principio y otras en forma de reglas, las cuales tienen funciones distintas en el razonamiento jurídico. Ahora bien, si estas dos tipologías son la base de una justificación jurídica, el discurso práctico exige distintos parámetros de aplicación, pues los principios aportan razones perentorias en el discurso justificativo, de cumplimiento gradual, en la medida de las posibilidades,³³⁴ en tanto que las reglas generan razones concluyentes, de cumplimiento integral.³³⁵

Ciertamente Ruiz Manero³³⁶ es ilustrativo en este punto, ya que como afirma, la pérdida de certeza y predictibilidad en las relaciones jurídicas se da como consecuencia de la indeterminación estructural en la conformación

decimonónica de las fuentes puede ser la propuesta de Aarnio que termina identificándolas con las razones esgrimidas por los jueces para dictar sentencias válidas. Es que si el derecho es un “concepto interpretativo” (Dworkin) o una “práctica argumentativa dialógica” (Alexy) no puede sorprender aquella conexión de las fuentes con las respuestas y sus argumentos que las respaldan”. Rodolfo Luis Vigo, *Constitucionalización y judicialización del derecho* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Editorial Ibañez, 2012), 321. También véase *ut supra* capítulo I, 44, cita 112.

332 Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 34.

333 Véase Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho* (Barcelona: Ariel, 2007), 1 y s.; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales –CEPC–, 1999), 63 y s.

334 “El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes, sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones.” Ramiro Ávila, *Los derechos y sus garantías: Ensayos críticos* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012) 63.

335 Véase Josep Joan Moreso i Mateos, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho* (Barcelona: UOC, 2005).

336 Juan Ruiz Manero, *Certeza y predictibilidad de las relaciones jurídicas* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 101 y s.

de las disposiciones normativas, ya sea en forma de principios, e inclusive la mayor parte de las reglas no cuentan con “autonomía semántica”; ante esta problemática el juez deberá recurrir a valoraciones³³⁷ que le permitan escoger dentro de un marco más o menos amplio la solución adecuada para el caso, siendo concomitante con ello la necesidad expresa de justificar el porqué de la decisión dentro del marco de posibilidades.

De ahí que, si la disposición normativa no es un ente predeterminado del cual el juez solo extrae una conclusión única y obvia, sino por el contrario es su labor valorar y desentrañar el sentido de la misma, justificando tal elección en el proceso de creación del derecho como un elemento indispensable. En efecto, “el derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial. El derecho legal no consigue el poder autoritario que da el derecho su valor sino por medio de la sentencia del juez”.³³⁸ Se advierte entonces que la creación judicial del derecho está inmersa en un proceso complejo, por el cual su aplicación contribuye a su conformación.

Respecto a la tercera transformación, el sistema jurídico ya no se mantiene sobre la ficción de plenitud y coherencia, propuesta por el positivismo jurídico, sino sobre la pretensión de que así sea, adquiriendo los principios un rol fundamental en el razonamiento jurídico, pues en el momento en el que existan antinomias y anomias estas deben ser resueltas a partir de una justificación que dé cuenta de los objetivos perseguidos por el ordenamiento jurídico.³³⁹

La cuarta transformación, pasando a la cuestión epistemológica corresponde al estatus del derecho,³⁴⁰ así el análisis no será meramente descriptivo, sino constructivo crítico;³⁴¹ es decir, la tradicional teoría del método jurídico³⁴² asume nuevos y complementarios métodos de interpretación

337 Sobre los modelos de interpretación y sus correspondientes ambigüedades, véase Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (México DF: Trotta / UNAM-III, 2008), 35.

338 Philipp Heck, *El problema de la creación del derecho* (Madrid: Comares, 2016), 35.

339 Joseph Raz identifica tres fuentes que generan lagunas en el ordenamiento jurídico (incomensurabilidad): 1. La definición “incompleta” de la contribución de un criterio al valor; 2. La vaguedad y la ausencia de límites precisos que infecta generalmente al lenguaje y en consecuencia también al valor medido por un solo criterio, y 3. El hecho que el valor suele estar determinado por la probabilidad de que la opción producirá ciertos efectos. Los juicios de probabilidad presentan considerables incomensurabilidades propias. Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (México DF: UNAM-III, 1986).

340 Luis Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica* (Madrid: Tecnos, 1987), 19.

341 Comanducci, *Democracia, derechos e interpretación jurídica*, 214 y s.

342 El método jurídico entendido como el proceso de descubrimiento del derecho, proceso meramente cognitivo. Para profundizar véase Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (Barcelona: Ariel-Derecho, 2010).

y técnicas de aplicación, abriendo con ello la perspectiva hacia un nuevo campo: la argumentación jurídica como sustento del nuevo rol activo de los jueces en los que se reafirma la creación del derecho también por parte de ellos. Este cambio de “paradigma” se da, como ya se mencionó a partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el cual no puede ser entendido como un proceso legislativo aislado del constituyente, sino la aplicación diaria en todos los campos jurídicos de las disposiciones constitucionales, tema que será abordado a profundidad en acápites posteriores.³⁴³

De lo expuesto en el primer capítulo de este estudio, se advirtió que uno de los grandes dualismos que recorre la historia del pensamiento jurídico es la oposición entre voluntad y razón, esto es el derecho como manifestación de poder, que puede imponer las normas jurídicas, además de una manifestación de racionalidad; es decir, cómo esas normas jurídicas responden a los anhelos de justicia, libertad e igualdad. En el caso de la creación judicial del derecho, la dualidad del derecho llega a su máximo nivel, ya que las normas de origen judicial tendrán que responder tanto al aspecto de poder, como al de justificación.³⁴⁴ En efecto, la exigencia de fundamentación obliga que las normas de origen jurisprudencial se encuentren justificadas sobre elementos racionales para generar de esta manera un verdadero límite a la arbitrariedad.

En este orden de ideas, si se acepta que en el ordenamiento jurídico existen normas de creación judicial,³⁴⁵ estas deberían estar ligadas a la actividad jurisdiccional de emitir decisiones que ponen fin a los procesos. Estas decisiones

343 Este giro interpretativista (que se da no solo en el derecho, sino, con carácter general en todo el pensamiento con bases muy diversas como Peirce, Perelman, etc.) no es universalmente compartido. El neoconstitucionalismo no ha desplazado por completo interpretaciones iusnaturalistas clásicas e, incluso, dentro de él, cabe distinguir visiones positivistas y no positivistas. Sobre esta cuestión, véase, últimamente, Rodolfo Luis Vigo “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”, en Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés, coord., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (México DF: UNAM-III, 2015, vol. 4, t. 2, 2015 (Estado constitucional).

344 Véase Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (Madrid: Biblioteca Jurídica Básica, 2007).

345 Se toma el criterio desarrollado por Norberto Bobbio de “normas jurídicas”, pues se ajusta de mejor manera el concepto desarrollado en esta tesis, determinado que la norma jurídica es una especie del género “proposiciones prescriptivas”, dado que se constituyen en “un conjunto de palabras que tienen significado. [...] Lo que interesa al jurista es su significado.” Desarrollando su raciocinio del presupuesto de que en toda proposición prescriptiva hay tres elementos: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto. Cada uno de ellos puede asumir carácter universal o individual, por lo que se llegan a obtener ocho tipos de proposiciones prescriptivas diferentes entre sí, como resultado de las combinaciones posibles de aquellos tres elementos, considerados según los aspectos que puede revestir. Adicionalmente, determina tres dimensiones para evaluar a las normas jurídicas: vigencia, validez y eficacia. Véase Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, 44 y s.

son resultado del ejercicio de una potestad atribuida a ciertos funcionarios sobre la base de que estas causarán efectos jurídicos al atender a problemas concretos,³⁴⁶ y no problemas generales y abstractos. Conviene resaltar en este punto que: “la estrecha relación que existe entre el fundamento fáctico y normativo, ya que el primero delimita y al mismo tiempo, limita institucionalmente el ámbito creativo normativo inherente a la función judicial”.³⁴⁷

Sobre todo lo analizado, aparentemente habría un acuerdo, en el marco del Estado constitucional, respecto a que el juez crea derecho; siendo así el problema a dilucidar ya no radica en la competencia que tienen los jueces para generarlo, sino en la abstracción que se le otorgue a dichas “normas” en el ordenamiento jurídico.

De ese modo, desde la teoría del derecho, para algunos positivistas entre los que destaca Kelsen, reconocen que el juez crea “normas individuales”³⁴⁸ puesto que sostienen que es falsa la contraposición entre legislación y jurisdicción, en virtud que desde la lógica dinámica del ordenamiento jurídico, todo acto jurídico es creativo y aplicativo al mismo tiempo. De la misma manera, Hart señala que el juez crea derecho el momento en que dota de contenido a la zona de penumbra de las disposiciones normativas.³⁴⁹

Por su parte los analíticos del derecho,³⁵⁰ entre ellos Guastini, expresan que: “en ningún caso se puede decir que los jueces crean derecho en el mismo sentido en que decimos que crea derecho la legislación. La creación de derecho adquiere dos significados distintos en los dos contextos, ya que producir un texto y decidir su significado son actividades evidentemente diversas”,³⁵¹ es decir, existe un evidente desacuerdo respecto a la dualidad que presenta Kelsen al señalar que el proceso de creación y aplicación del derecho exhibe dos caras de un mismo proceso; así:

Algunos jueces, especialmente los jueces constitucionales (cuando juzgan a posteriori), tal vez crean derecho –a nivel de disposiciones– eliminando

346 Lo que en doctrina se conoce como la “interpretación operativa” a cargo del órgano aplicador del derecho. Véase Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf, *Interpretando la Constitución*, trad. por Jimena Aliaga Gamarra (Lima: Palestra, 2010).

347 Martín Orozco Muñoz, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante* (Pamplona: Aranzadi / Thomson Reuters, 1994), 26.

348 Kelsen, *Teoría pura del derecho*.

349 Hart, *El concepto del Derecho*.

350 A partir de la utilización de la metodología analítica, el realismo jurídico *à la génovaise* mantiene rasgos característicos de las grandes tradiciones iusrealistas, americana y escandinava; además de desarrollar progresivamente sus propias tesis y refinado con la metodología analítica algunas de las asunciones básicas del realismo jurídico clásico, en especial del americano. Para profundizar sobre el tema, véase Jordi Ferrer Beltran y Giovanni Battista Ratti, edit., *El realismo jurídico genovés* (Madrid: Marcial Pons, 2011).

351 Guastini, *Las fuentes del derecho*, 598.

disposiciones preexistentes y, precisamente, pronunciando su invalidez o ilegitimidad, mediante sentencias del tipo de aquellas que nosotros llamamos “estimatorias” (sin ulteriores especificaciones).

[...] (9) E, incluso, en algunos ordenamientos, los jueces constitucionales a veces crean derecho –a nivel de normas– añadiendo al ordenamiento normas inexpresas, mediante sentencias de tipo de las que nosotros llamamos, respectivamente, “adicionantes” y “sustitutorias”.³⁵²

Entonces, se colige que el juez tiene límites en las funciones de creación del derecho, reconociendo expresamente que los jueces constitucionales en las sentencias estimatorias “no se limitan a ‘declarar’ (en algún sentido) el derecho constitucional existente, sino que introducen en el sistema jurídico normas nuevas de rango legislativo. Bien entendido, estas normas son consideradas como normas nada nuevas en absoluto, sino implícitas en la Constitución”.³⁵³

Otra escuela de realismo, el americano, sostiene enfáticamente que la creación judicial declara lo que el derecho es, así surge el famoso aforismo: “La Constitución es lo que los jueces dicen que es”.³⁵⁴ En esta misma línea de pensamiento, Holmes señalaba que el objeto del derecho radica en la predilección, así “la predilección de la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales”.³⁵⁵ En otros términos, el realismo americano pone de manifiesto la importancia de la actividad de los jueces en el sistema de fuentes, puesto que sin la interpretación y aplicación judicial se concluiría que no se puede llegar a conocer su real dimensión.

Otra parte de la doctrina filosófica jurídica, el iusnaturalismo también reconoce un ámbito importante a la creación judicial del derecho; por ejemplo, Alexy determina que los jueces declaran las normas *adscritas*, las que dependen de un derecho fundamental y se generan a partir de una fundamentación iusfundamental.³⁵⁶ Ahora bien, el hecho de que se reduzca exclusivamente al contenido de los derechos revela los límites que se impondrían a la creación judicial del derecho.

352 *Ibíd.*, 602.

353 *Ibíd.*, 582. Es importante señalar que los iusteóricos escriben desde su realidad, así la posición de Guastini responde a las competencias jurisdiccionales de la Corte Constitucional italiana, puesto que dentro del ordenamiento constitucional se le han otorgado dos competencias, la primera relacionada con el control de constitucionalidad y, la segunda, la resolución de los conflictos de competencias entre el Estado central y las regiones, o entre estas últimas; de ahí que haga referencia exclusivamente a las sentencias estimatorias, reconociendo en la cita *supra* 55 que la creación judicial del derecho puede expandirse a partir de las competencias constitucionales atribuidas a las altas cortes.

354 La conocida frase de Hughes viene de un discurso que hizo en la ciudad de Elmira en 1907. Véase su biografía escrita por Merlo J. Pusey, *Charles Evans Hughes*, vol. 1 (Nueva York: The Macmillan Company, 1952), 204-5.

355 Oliver Wendell Holmes, Jr., *La senda del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 55.

356 Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 70-2.

Sin pretender incentivar un reduccionismo jurisprudencial,³⁵⁷ las normas de origen judicial nacen de la interpretación de disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual dependen ya sea de la Constitución o la ley, de ahí que el término utilizado por parte importante de la doctrina,³⁵⁸ referente a *normas adscritas*, posee fundamento tanto iuspositiva, iusrealista y iusnaturalista, dado que su soporte es el proceso de interpretación/argumentación de disposiciones constitucionales o legales en casos concretos, normas que tendrán vocación de generar reglas de aplicación para futuros casos análogos dadas ciertas condiciones.³⁵⁹ En este orden de ideas, la creación judicial del derecho adquiere el mismo nivel que la norma de la cual parte el razonamiento judicial, evidenciándose un paralelismo en el sistema de fuentes.³⁶⁰

Ahora bien, esta postura no pretende en absoluto reducir el término derecho a derecho judicial, puesto que en una sociedad compleja resulta iluso considerar que una sola fuente puede regular todas las soluciones a los conflictos jurídicos; sostener tal criterio reiteraría el error conceptual del formalismo jurídico que considera a la ley como fuente hegemónica del derecho y en consecuencia su sinónimo. Así se aboga por un concepto más cerca de lo que Bruce Ackerman denomina “Constitución viviente”, es decir, el concepto material de Constitución, pues:

Esto sugiere que el canon operativo actual contiene al menos dos componentes: una parte se compone de un canon oficial, y la otra de los super precedentes judiciales. El Tribunal Supremo tiene una obligación institucional de reconocer que los super precedentes cristalizan puntos fijos en nuestra tradición constitucional, y no deben ser ignorados o rechazados en el curso del desarrollo doctrinal. En este aspecto, por supuesto los super precedentes se parecen a las enmiendas formales, que juegan un papel similar en el canon operativo.³⁶¹

357 Término utilizado por Rodolfo Luis Vigo, para conceptualizar la idea de que el derecho es exclusivamente lo que dice que el juez, es decir, que el derecho se asimila únicamente a los argumentos que justifican las decisiones judiciales válidas, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: Algunos riesgos y algunas prevenciones”, Primer Congreso Iberoamericano XVIII, Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social; Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés, coord., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 2 (México DF: UNAM-III, 2015), 425.

358 Término utilizado por Hermes Zanetti Jr, *El valor vinculante de los precedentes*; Thomas Da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial. La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales* (Lima: Ediciones Legales E. I. R. L., 2016); Orozco Muñoz, *La creación judicial del derecho*; López Medina, *El derecho de los jueces*. Pablo Alarcón Peña, “Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado”, en Luis Fernando Ávila Linzán, *Repertorio Constitucional 2008-2011* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2012), entre otros.

359 Las cuáles serán analizadas en el último punto de este capítulo.

360 Para profundizar sobre el paralelismo de fuentes véase Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 2014).

361 Bruce Ackerman, *La constitución viviente*, 33.

En síntesis, la creación judicial del derecho nace porque: “Si la interpretación es efectivamente una decisión, esta decisión tiene por objeto la producción de normas pertenecientes al nivel del enunciado interpretado”,³⁶² lo que conduce al debate de los límites de la actuación de los jueces en el Estado constitucional, para lo cual es fundamental partir de la teoría clásica de la separación de poderes y la argumentación jurídica.

Separación de poderes como condición de existencia del Estado constitucional

La adopción de la teoría de la separación de poderes en gran parte de los Estados actuales constituye un hito conceptual materializado en la asignación de funciones específicas a las diversas estructuras del poder estatal; incluso, el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece la premisa fundacional del Estado en el sentido que “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución”.

Clásicamente se ha dividido al poder en tres poderes –funciones– con el objetivo de generar un sistema de frenos y contrapesos que equilibre su ejercicio, para prevenir el despotismo y la arbitrariedad que predominaba en el siglo XVII e inicios del XVIII. Así, siguiendo la división propuesta por Montesquieu en su escrito *El espíritu de las leyes*, el poder está separado en tres órganos o funciones: ejecutiva, legislativa y judicial.³⁶³ Coexisten otros poderes como el poder constituyente y existen Estados, como algunos latinoamericanos, que agregan otras funciones, como por ejemplo la función de control social,³⁶⁴ particular que no será parte del análisis, a pesar de su interesante desarrollo.³⁶⁵

La separación del poder en tres funciones es una característica propia del Estado de derecho, la cual se ha fortalecido hasta nuestros días con las modificaciones incorporadas en cada una de las Constituciones de los

362 Michel Tropol, *Ensayos de teoría constitucional* (México DF: Fontamara, 2008).

363 Véase cita 75 Charles Louis Secondat Señor de la Brède y Barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*.

364 Véase *Constitución de la República del Ecuador* [2008], art. 204; y *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* [1999], art. 273.

365 El énfasis en el carácter creativo de la oposición entre poderes (dentro del Estado, pero también fuera de él, mediante un ejercicio conflictivo de la ciudadanía, por ejemplo) es uno de los rasgos distintivos del republicanismo (una exposición clásica en Philip Pettit, *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno* (Madrid: Paidós / Ibérica, 1999). Obviamente, no ha faltado quien defienda que la división de poderes no es más que un principio subordinado a la capacidad de acción unitaria del Estado, siguiendo las teorías decisionistas de Carl Schmitt. Véase Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución* (Madrid: Tecnos, 1983).

Estados, como ya se mencionó.³⁶⁶ Las facultades específicas de cada función son ampliamente conocidas,³⁶⁷ así, para el tema que ocupa este estudio, se analizará las competencias que la teoría de la separación de poderes otorga a la función judicial, esto con el fin de establecer el punto de quiebre y el posible origen del activismo judicial.

De esa manera, a la función judicial le corresponde la administración de justicia. Como ocurre en todas las sociedades, las interacciones y las relaciones humanas son focos de conflictos que tienen que encontrar una solución en el poder del Estado, para evitar el uso de la violencia o el ejercicio de la fuerza física ilegítima. Entonces, a la función judicial le compete la solución de los conflictos en un caso concreto, mediante el uso del derecho y la aplicación de la coacción estatal; ejercicio que en el Estado legal estaba limitado a la existencia de una disposición normativa que tenía que ser interpretada de una manera exegética.

En efecto, como se lo analizó en el capítulo anterior:

la Revolución francesa negó a los jueces la posibilidad de que ampliaran sus funciones, limitando su actividad administrar el servicio público de justicia, tal como lo concibió Montesquieu. Se pretendió impedir todo avance del Poder Judicial sobre el Poder Legislativo, al cual se consideraba –según la tesis de Siéyès y de Dantón– el verdadero depositario de la soberanía del pueblo. A los jueces solo se les confirió competencia para intervenir en los asuntos entre particulares.³⁶⁸

Esa situación comienza a transformarse con fuerza en el siglo XX, a partir de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.³⁶⁹ La

366 Véase Diego Criado, “El sistema de gobierno en las nuevas Constituciones andinas: Distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 9 (2011): 1-44. También Antonio de Cabo De la Vega, “Institucionalidad y extrainstitucionalidad en el desarrollo de la Constitución Bolivariana de 1999”, *Ágora*, n.º 13 (2005): 69-79.

367 “El que hace las leyes no sea el encargado de aplicarlas ni ejecutarlas; que el que las ejecute no pueda hacerlas ni juzgar de su aplicación; que el que juzgue no las haga ni las ejecute”. Barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 46.

368 Miguel Ángel Ekmekdjian, “Breves Reflexiones sobre el Poder Judicial”, *Revista Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires*, <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/breves-reflexiones-sobre-el-poder-judicial.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

369 “... la administración judicial fue creada hace muchos siglos para resolver conflictos concretos entre ciudadanos o para castigar los delitos; no ha sido instituida ni se halla organizada para dar respuesta a inquietudes públicas como evitar la extinción de las ballenas, introducir el divorcio, vincular o garantizar el saneamiento de los ríos. Pero, a diferencia de los integrantes de los poderes ejecutivo y legislativo, los jueces están legalmente obligados a dar respuesta fundada a cualquier petición que se presente. Esta circunstancia, unida a la necesaria independencia del poder judicial respecto de los vaivenes de la política y al factor aleatorio representado por la pluralidad de los jueces y la relativa impredecibilidad de sus criterios futuros, convierte a los magistrados, destinatarios privilegiados de muchas inquietudes colectivas, en verdaderos

consolidación del control de constitucionalidad,³⁷⁰ el reconocimiento de los derechos constitucionales y, recientemente, el denominado control de convencionalidad³⁷¹ hacen que el rol jurisdiccional varíe hacia una administración de justicia que debe respetar preceptos fundamentales que colisionan constantemente con la normativa emitida por la función legislativa, o se encuentran vacíos en el ordenamiento jurídico dado el nivel de abstracción de la norma constitucional y convencional.³⁷²

legisladores a quienes tal función se les impone aun a su pesar y a su propio riesgo.” Ricardo A. Guibourg, “La función judicial”, en revista jurídica *Pensar en Derecho*, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, n.º 6 (año 4, 2015): 55.

370 Respecto al control de constitucionalidad existen dos sistemas claramente identificados: “El sistema de control difuso de constitucionalidad fue implementado por primera vez por el Juez Marshall, dentro del caso *Madbury v. Madisson* en 1803, y es que a partir de este precedente, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos aplicó un control de constitucionalidad de las disposiciones normativas contrarias a la Constitución Federal de los Estados Unidos, reconociendo su competencia para inaplicar y sustraer del ordenamiento jurídico una disposición cuestionada de ser contraria a la Constitución. En ese sentido, el control difuso de constitucionalidad permite que cualquier jueza o juez del sistema de justicia de un país pueda conocer, de oficio o a petición de parte, la posible contradicción de una disposición normativa respecto a la Constitución.” Por su parte, el control concentrado “tiene como elemento primordial la existencia de un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. En este ámbito, los Tribunales Constitucionales o las Cortes Constitucionales en su caso, no realizan el control de constitucionalidad de una disposición normativa, a partir del conocimiento de un proceso judicial en el que la aplicación de una norma infra constitucional genera un conflicto de incompatibilidad con la Constitución, sino que supone la demanda exclusiva del examen de constitucionalidad de una disposición normativa por considerarse que ésta contraviene el ordenamiento constitucional.” Pamela Aguirre Castro, “Consulta de norma: Garantía de tutela judicial efectiva”, en Jorge Benavidez Ordoñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013), 294-5.

371 “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.” Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C n.º 221, párrafo 193.

372 Miguel Carbonell señala sobre este particular por que “la sentencia *McCulloch* es la más grande de todas las que dictó el Marshall y la de más alto nivel argumentativo. En un pasaje de esa sentencia Marshall hizo afirmaciones muy importantes para la moderna interpretación constitucional, como las siguientes ‘Una Constitución, si detallara con exactitud todas las subdivisiones que sus grandes poderes pueden admitir, y todos los medios por los que pueden ejecutarse, sería tan prolija como un código legal y no podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, nunca sería entendida por la gente. Por tanto, su naturaleza requiere que únicamente se perfilen sus rasgos generales, que se designen sus grandes objetos, y que los componentes menores de estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los propios objetivos. Que ésta era la idea de los que elaboraron la Constitución estadounidense no se deduce solo

En definitiva, el carácter supraordenado de los derechos constitucionales y la vinculación de la función judicial a su tutela, abre el camino a un escenario por completo diferente al originalmente ideado por Montesquieu y también al diseñado en las Constituciones liberales que se inspiraron en él. Esta nueva situación encuentra solución con la creación de salas especializadas y tribunales especializados, para ocuparse del control constitucional y la protección de los derechos constitucionales. Estas salas y tribunales se convierten en los garantes de la Constitución, y es precisamente en el ejercicio de esta función que se empieza a emitir una serie de decisiones, que a primera vista constituyen una “usurpación” de las facultades legislativas; y se acuña por primera vez, de una manera negativa, el término “activismo judicial” que será abordado inmediatamente.

Evidentemente, la concepción de separación clásica de poderes quedó en el pasado. “El inquietante y distorsionado panorama actual del Estado revela una realidad que poca relación guarda con la de los clásicos manuales de derecho o ciencia política con los que todavía se enseña en nuestras facultades”.³⁷³ Más aún, con el surgimiento de los Estados constitucionales, existen órganos independientes que pueden o no pertenecer a la función judicial investido de un poder limitado solo a lo que su propia interpretación constitucional concluya.

Actualmente, “la cuestión capital, hoy no es acerca de qué poder tiene la Corte, sino cómo ese vasto poder debe ser ejercido”,³⁷⁴ lo cual da cuenta de que “El principio de división de poderes no tiene un contenido absoluto y universal, sino que resulta de la configuración constitucional concreta”.³⁷⁵ En otras palabras, la actual configuración de las competencias de los poderes del Estado deben articularse de manera que no permitan que una función rebase el ámbito de su competencia; en el caso específico de

de la naturaleza del instrumento, sino también del lenguaje. ¿Por qué, sino, se introdujeron algunas de las limitaciones contenidas en la sección novena del primer artículo? También está justificado, hasta cierto punto, por el hecho de que hayan omitido el uso de cualquier término restrictivo que pueda dificultar una interpretación justa y correcta. Así pues, al considerar este tema nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución”. Miguel Carbonell, Estudio preliminar, en Pablo Luis Manilli, *Marbury versus Madison*, trad. por Ignacio Fernández (México DF: UNAM-III, 2014).

373 Rodolfo Luis Vigo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, 442. Primer Congreso Iberoamericano XVIII, Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.

374 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 1986), 87, <<https://iuristebi.files.wordpress.com/2011/07/laws-empire.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

375 Ignacio De Otto, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 2010), 302.

la función judicial se obliga a reflexionar acerca de un complejo sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad.³⁷⁶

Entonces, no se puede desconocer que actualmente se arbitran “complejos mecanismos de división y separación de funciones y poderes en sus tres variantes: vertical o territorial, horizontal u orgánico-funcional y temporal. Se trata, en este sentido, de un ideal madisoniano de *checks and balances* probablemente sin parangón en el mundo”.³⁷⁷ Esta realidad obliga a reflexionar sobre nuevos mecanismos para asegurar el ejercicio no solo de la libertad, como proponía Montesquieu, sino de todos los derechos, en una visión dinámica de la división de poderes.

Frenos y contrapesos: Una visión dinámica de la separación de los poderes

El desarrollo armónico de las funciones del Estado no fue posible con la sola división y delimitación rígida de sus competencias, pues, a pesar de que cada órgano tiene sus propias funciones, dentro del ejercicio de las mismas se requiere un control para no sobrepasar sus propios límites de acción; control que en caso de extralimitación obviamente cada poder no lo puede ejercer. De tal manera, pese a que una función se percate de la extralimitación de la otra, no podría más que realizar un control político, que en la práctica, solo acrecentaría un choque sin posible solución jurídica.

Por eso surge el sistema de frenos y contrapesos o *checks and balances*, el cual parte de la separación de poderes y de la delimitación de las competencias de cada función que, sin embargo, confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones interroganticas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos, con lo cual a cada función se le confiere la facultad de intervención dentro de las distintas competencias de las otras, creando así una condición de vigilancia permanente de todos los órganos del poder estatal.

Lo que subyace aquí es una visión dinámica y realista de la interacción entre poderes. Es decir, no basta que en el ordenamiento se realice un reparto de competencias en sede constitucional o legal. La realidad del poder, por su propia naturaleza, tiende a desbordarse y, tal como lo advirtió Montesquieu, solo el poder puede limitar al poder. Los frenos y

³⁷⁶ Con una posición escéptica de la separación de poderes, Posner señala “Pero la revisión judicial no provee ninguna restricción al ejercicio del poder legislativo por una dependencia administrativa a través de la elaboración de reglas bajo una delegación amplia del poder del Congreso: una práctica diseñada para evadir un sistema deliberadamente complicado de promulgación legislativa”. Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, trad. por Eduardo Suárez (México DF: FCE, 2002), 983.

³⁷⁷ De Cabo de la Vega, “Institucionalidad y extrainstitucionalidad”, 70.

contrapesos son posibilidades de acción recíproca que provocan un reajuste de las relaciones de poder en función de la actuación anterior de cada uno de los actores involucrados. Los poderes se conciben, así, en perpetua interacción, no como equilibrados, sino a la búsqueda constante del equilibrio.

Este sistema no supone una intervención irrespetuosa en la competencia de cada función; por el contrario, pretende encontrar un balance armónico que permita el funcionamiento apropiado de las funciones estatales, garantizando así los fines constitucionales y la garantía de los derechos constitucionales. Respecto al control judicial, tema relacionado con el valor de la jurisprudencia en el marco del Estado constitucional, objeto principal de este estudio, debe responder a un “cálculo instrumental, por lo que es importante un sistema de control que sea adecuado a las circunstancias políticas, sociales, culturales y jurídicas de cada país, y que maximice las ventajas de la institución reduciendo los efectos perjudiciales”.³⁷⁸

Sentado eso, es importante indicar que el proceso de equilibrio del control constitucional por parte de la función judicial no surge de manera pacífica, dado que se genera ávidos debates³⁷⁹ en torno a qué función del Estado se encuentra legitimada democráticamente para configurar el ordenamiento constitucional. Por ejemplo, en EE. UU. la implementación del control de constitucionalidad fue objeto de severas críticas, dado que:

las dudas planteadas por diferentes tribunales respecto de la constitucionalidad de la *Pension Act* aprobada por el Congreso en 1792, levantaron voces a favor de someter a *impeachment* a los jueces afectados por la controversia, o las consecuencias derivadas de las sentencias del Tribunal Supremo en el caso *Chisholm v. Georgia*, de 1793, que no solo fue el origen de una auténtica cascada de protestas por parte de los Estados afectados por las mismas, sino que llegó, en algún Estado, como por ejemplo el de Georgia, a castigar con la pena de muerte como culpable del delito de traición a cualquiera que le prestase apoyo y ejecución. Todo ello antes de llegar al caso *Marbury vs. Madison*, que provocaría un salto cualitativo en la denuncia de lo que muchos consideraban como una muestra intolerable de ingerencia del poder judicial en la política.³⁸⁰

378 Víctor Ferreres Comella, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimación democrática”, en Carbonell y García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, 534.

379 Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 33, ubica las críticas en el contexto estadounidense, por medio del argumento de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Nueva Haven: Yale University Press, 1962). La crítica, ubicada por Paula Vitorro, *Sobre el Origen y el Fundamento de los Sistemas de Control de Constitucionalidad* (Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung y Ad Hoc, 2002), 59 a 61, entre las posiciones “escépticas” respecto de las posibilidades de eliminar el desicionismo político por medios de los métodos de interpretación jurídica, es replicada en Latinoamérica por medio de su principal exponente, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona: Ariel, 1996).

380 Claudia Storini, “¿Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional”, en Roberto Gargarella y otros, *Perspectivas constitucionales* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones –CEP–, 2011), 58.

El debate es ciertamente apasionante, sin embargo, sobre la base de vinculación fuerte de la tutela de los derechos, pregonada por el constitucionalismo, y en consecuencia siendo la Constitución fuente de fuentes, en sentido material y formal, el control de constitucionalidad que realizan los jueces está justificado cuando se encuentra en real debate *cualquier derecho constitucional* y no únicamente *derechos de raigambre procedimental*,³⁸¹ considerando que esta actividad tiene como finalidad preservar las bases del Estado adoptadas por el pueblo, recogidas en la Constitución. En dicha actividad, existe un amplio margen de libertad dada la naturaleza de los preceptos constitucionales, como se analizó en anteriores apartados; no obstante, es necesario determinar que los jueces se encuentran obligados a alcanzar aceptación general, esto es legitimidad, y ella se obtiene cuando justifican sus decisiones en normas identificables en el ordenamiento jurídico;³⁸² es decir, el control que realizan los jueces es principalmente jurídico y se justifica en la argumentación que sustenta su decisión.

En este orden de ideas, el sistema no es infalible, puesto que en determinado momento el orden político puede modificar las condiciones jurídicas y concentrar el poder estatal formalmente separado en una sola función; esta situación se puede generar en la rama ejecutiva en los sistemas propensos al hiperpresidencialismo o en regímenes dictatoriales;³⁸³ también puede generarse cuando existe una función judicial extremadamente fuerte, y que sobrepasa sus limitaciones, no existiendo un control adecuado de su ejercicio jurisdiccional.

En suma, se puede concluir que una adecuada limitación de las funciones y un correcto uso del sistema de frenos y contrapesos impedirían que ninguna función sobrepase sus límites. Ahora bien, encontrar el equilibrio entre los poderes estatales no es una cuestión pacífica, dado que las relaciones entre los poderes del Estado no son estáticas, sino dinámicas; en esta línea de pensamiento, situaciones que desequilibren el ejercicio del poder, como un hiperpresidencialismo o un activismo judicial impertinente, son síntomas de una deficiencia en el sistema de separación de poderes que reflejarán la inexistencia de un uso adecuado de mecanismos de frenos y contrapesos.

381 La doctrina norteamericana entiende como derechos procedimentales a los que están ligados al procedimiento democrático, de ahí que se considere que puede existir un control constitucional de las leyes en la medida en que está dirigido a tutelar un derecho procedimental que asegure la efectiva vigencia de la democracia. Comparten esta postura John Ely, Mark Tushnet, entre otros. Véase Herber Joel Campos Bernal, edit., *Control constitucional y activismo judicial* (Lima: ARA, 2012).

382 Ignacio De Otto, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel Derecho, 1997).

383 Véase Luis de la Hidalga, *Teoría General del Estado* (México DF: Porrúa, 2008), 266-268.

Activismo judicial: Evaluación en el Estado constitucional

Como se hizo mención en el acápite anterior, la separación de los poderes del Estado busca configurar un modelo en el que ninguna función sobrepasa sus competencias con respecto a otras; sin embargo, a partir de la instauración del control constitucional a cargo de la función judicial se dio paso a un polémico concepto: el activismo judicial.

Un sector mayoritario de la doctrina³⁸⁴ es enfático en atribuirle a los jueces de EE. UU. la fundación del *activismo judicial*, concretamente a partir de la resolución del célebre caso *Brown v Board of Education* de 1954 –mencionado ya en el capítulo anterior–, decisión en la que la Corte Suprema de Estados Unidos declaró por unanimidad la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas del país, pese a que para la época los Estados sureños se resistieron al cambio. Otra parte de la doctrina señala que el activismo judicial tuvo sus antecedentes, mucho tiempo atrás, en las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, dado que en la Partida Tercera, Ley 11, Título IV, se le imponía al juez “saber la verdad del pleito por cuantas maneras pudiese” otorgándole un poder muy amplio al juez, siempre que lo sea en aras de esclarecer la verdad del litigio.³⁸⁵

Sin entrar a analizar cuál realmente es el hecho que da nacimiento al *activismo judicial*, desde que los tribunales contaron con facultades constitucionales e iniciaron con su ejercicio jurisdiccional, sus decisiones comenzaron a ser motivo de revisión y, en consecuencia, de fuertes comentarios por parte de las funciones del Estado y de la sociedad.³⁸⁶ Frente a la inconformidad de las decisiones, se popularizó el término *activismo judicial*, el cual ciertamente está cargado de una fuerte valoración, por cuanto se entiende que de alguna manera el juez está extralimitándose en sus funciones, y por tanto, usurpando competencias no asignadas.

Así, respecto al activismo judicial existen polarizaciones; la primera, la negativa, en la que se argumenta que el activismo judicial se produce como: “1. Un error judicial grave, 2. Un resultado controversial o indeseable,

384 Véase Campos Bernal, edit., *Control constitucional y activismo judicial*.

385 Patricio Alejandro Maraniello, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Pensar el derecho* (2015): 127, <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>>. Consulta: 1 de diciembre de 2015.

386 Los jueces que pueden ser “activistas” son aquellos que tienen reales posibilidades de ejercer tutela de derechos constitucionales o control de constitucionalidad, razón por la cual en cada ordenamiento jurídico se debe analizar el marco constitucional en el que se desenvuelven. Marck Tushnet, “Nuevas formas de revisión judicial y la persistencia de preocupaciones basadas en derecho y democracia”, en Campos Bernal, edit., *Control constitucional y activismo judicial*, 229-261.

3. Cualquier decisión que anule una ley, o 4. Una combinación de las anteriores con otros factores".³⁸⁷ En este orden de ideas, se concibe al activismo judicial como una extralimitación judicial que debe ser controlada y, en definitiva, restringida, sino eliminada, pues resulta un ejercicio deformado de la actividad jurisdiccional, lo cual da lugar a la objeción contramayoritaria.³⁸⁸

En contraposición a esta tesis, al activismo judicial "positivo" se lo asocia con la necesaria evolución que exige la realidad social y el término normalmente es sinónimo de una corte o tribunal progresista; es decir, encuentra en la función judicial un verdadero agente de cambio, más cercano y garantista de derechos, en comparación con una función legislativa venida a menos y cada vez más deslegitimada, en especial en los Estados latinoamericanos.³⁸⁹ Esta concepción del activismo judicial encuentra su mayor fortaleza en la obligación de la garantía de los derechos y, en consecuencia, la supremacía constitucional.

Sin embargo, sea cual fuere la posición que se tenga sobre el activismo judicial,³⁹⁰ perspectiva negativa o positiva, este término genera una serie de beneficios y dificultades en la vida jurídica y política de un país, los cuales deben ser revisados detenidamente; por eso se presentan a continuación algunos criterios ligados al establecimiento de criterios vinculantes por parte de los jueces.

387 Green Craig, "An intellectual history of judicial activism", *Emory Law Journal* 58, n.º 5 (2009): 1208, citado en Jairo Andrés Castaño Peña, "Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana", *Revista Derecho del Estado*, n.º 31 (2013): 119-60.

388 La objeción contramayoritaria es la crítica que se realiza en contra de la jurisdicción constitucional, inicialmente al *judicial review* por parte de Alexander Bickel, por su carencia de legitimidad en la anulación de decisiones tomadas por un cuerpo colegiado y teóricamente representativo de los intereses populares. Lo que se busca desmitificar es el ejercicio de la justicia constitucional como un asunto técnico jurídico, sino como un problema sobre la legitimidad de la fuente y el ejercicio del poder. Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press, 1962).

389 Roberto Gargarella, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino", en Miguel Carbonell y Leonardo Jaramillo, edit. *El canon neoconstitucional*. El debate más general sobre los méritos recíprocos del legislativo y el ejecutivo en la realización del programa constitucional puede consultarse Antonio de Cabo De la Vega y Gerardo Pisarello, "¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos", en Leoncio Raúl Morodo y Pedro de Vega García, coord., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. III (México DF: UNAM-III, 2000), 1807-1830; también De Cabo De la Vega y Pisarello, "¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?", en Miguel Ángel Aparicio, *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos: Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la Forma de Estado de la Universidad de Barcelona* (Barcelona: Cedecs, 2001), 219-44.

390 Partiendo de los postulados de Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía* (México DF: FCE, 1998), se ha realizado también un análisis económico del activismo judicial; véase Castaño Peña, "Análisis económico del activismo judicial", 119-60.

Respecto a los aspectos negativos, la principal crítica realizada al activismo judicial surge con ocasión a una extralimitación de sus competencias judiciales, arrojándose facultades propias de otras funciones,³⁹¹ situación que en la práctica resulta ser verídica. Sentada esta premisa, es necesario continuar con la siguiente, la cual radica en que los límites de las facultades jurisdiccionales en materia constitucional están dados por la propia normativa constitucional. Es en este punto en el que se encuentra la principal dificultad de esta crítica, por cuanto es la propia Constitución la que le otorga una serie de facultades a las Cortes o Tribunales Constitucionales, conduciéndolos de esta manera a tomar decisiones, que en principio deberían ser adoptadas mediante el ejercicio legislativo, pero que si no las tomase la función judicial se constituirían en una vulneración sistemática de los derechos constitucionales y, en definitiva, al Estado constitucional, con lo cual pierde sustento esta crítica. Ejemplos recientes se los encuentra en las decisiones acerca de las parejas del mismo sexo y el derecho a la igualdad, con relación a sus prestaciones sociales,³⁹² al matrimonio,³⁹³ etc. En el caso ecuatoriano, se puede citar la competencia constitucionalmente otorgada a la CC para dictar leyes en caso de omisión legislativa.³⁹⁴

Otra crítica constante que se presenta frente al activismo judicial es la falta de control al órgano constitucional, situación que en algunos ordenamientos se presta para el abuso de la administración de justicia. Este punto es crítico, puesto que al no existir un verdadero contrapoder esta situación genera un desequilibrio del poder. Sin embargo, este escenario se lo puede prevenir con una conformación de magistrados con los más altos estándares éticos, de trayectoria y méritos, con la implementación de

391 Véase, por ejemplo, Rodolfo Luis Vigo, "Ética judicial e interpretación jurídica", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 29 (2006): 273-94; o *ibíd.*, "Derecho y moral en el Estado de derecho Constitucional (Proyecciones teóricas: Iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)", *Prudentia iuris*, n.º 74 (2012): 57-78.

392 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Duque vs. Colombia.

393 Son varios países en los que existen decisiones de Cortes Supremas/Constitucionales, Tribunales Constitucionales que han declarado la vulneración del derecho fundamental/constitucional a la igualdad por no permitir el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Véase <<http://pijamasurf.com/2015/06/mapa-de-los-paises-donde-el-matrimonio-gay-es-legal/>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

394 "Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley." Constitución de la República del Ecuador, 2008.

unos mecanismos de frenos y contrapesos adecuados que permitan la fiscalización de las actuaciones personales que puedan influir en la toma de decisiones, las cuales de encontrarse irregulares deberían ocasionar una sanción ejemplar. En otras palabras, esta crítica tiene asidero si se omiten procesos rigurosos de elección de jueces, de fiscalización de funciones, de rendición de cuentas.

Finalmente, una crítica con un fundamento muy fuerte se refiere a que ciertas decisiones de los tribunales constitucionales conllevan un gasto fiscal no planificado,³⁹⁵ afectando de esta manera intereses y programas de gobierno que eventualmente ocasionarían una vulneración de derechos.³⁹⁶ Aquí se evidencia que los tribunales constitucionales no solo deben ser jurídicos, sino deben también tener conciencia de la realidad social, política y, sobre todo, económica de su país, previniendo que sus decisiones se conviertan en una simple declaración que es fácticamente imposible de cumplir, como por ejemplo, que en virtud del derecho a la vivienda se disponga otorgar una a todas las personas que no la posean.

En la otra cara, los aspectos positivos, el principal beneficio del activismo judicial es sin lugar a dudas la garantía de los derechos constitucionales. Las Constituciones modernas enmarcan el accionar del Estado a la garantía efectiva de los derechos; de esta manera el Estado tiene razón de ser en la medida en la que garantiza los derechos reconocidos en la Constitución, y en caso de vulneraciones los reparan integralmente. En esta línea de pensamiento, los jueces deben garantizar el goce efectivo de los derechos, aun cuando la mayoría de las personas –e incluso el Estado– estén de acuerdo con la vulneración; esta es la esencia de la oponibilidad de los derechos frente a todos. En consecuencia, debe existir un sometimiento total del Estado al derecho.

En este orden de ideas, el rol activo al que se encuentra supeditado el poder judicial en el Estado constitucional debe estar siempre encaminado a convertirse en el garante de la democracia y de los contenidos axiológicos plasmados en derechos, razón por la cual resulta lógico señalar que el momento en que el juez interviene en la distribución efectiva de recursos y, por tanto, lleve adelante un control sobre las actuaciones del ejecutivo

395 Para profundizar sobre las críticas, véase Helena Alviar García, “¿Quién paga o debe pagar los costos del Estado Social de Derecho?”, en *Revista de Derecho Público* n.º 22, enero de 2009, ISSN 1909-7794, en <<http://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?numero=22>>, 1-17. Consulta: 1 de mayo de 2011.

396 Luis Fernando Torres, “Activismo Judicial, delimitando sucintamente su origen, características y clases”, en *Revista Iuris Dictio* vol. 13 (enero-junio 2013): 66, <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_004.pdf>. Consulta: 1 de diciembre de 2015.

y legislativo, no hace más que reafirmar y consolidar el principio de separación de poderes. Si los jueces, específicamente los constitucionales, asumen este papel y lo cumplen eficazmente, será incorrecto decir que actúan antidemocráticamente.³⁹⁷ Así pues, la doctrina de separación de poderes lejos de mantener un respeto omnímodo al principio democrático, es decir, a la ley formal de fuente parlamentaria –democracia formal–, o de proteger a las ramas del gobierno, pretende garantizar la efectividad de la Constitución.

Sobre la base de lo analizado, si bien es cierto que la frontera entre la dimensión positiva y negativa puede transgredirse cuando no se realiza una adecuada argumentación, y una autocontención,³⁹⁸ es también cierto que el activismo de ciertas cortes ha contribuido a la conquista de varias luchas sociales, como las mencionadas en líneas anteriores.³⁹⁹

Entonces, el activismo judicial debe ser reinterpretado como una consecuencia de la exigencia constitucional, cuya legitimación se encuentra en el grado de argumentación racional que el juez realiza en sus decisiones; diferenciando, en todo caso, al activismo judicial de las decisiones arbitrarias que corroen las bases mismas de la legitimación de la administración de justicia; pues las segundas, decisiones arbitrarias, son reflejo de una ausencia de la materialización de la Constitución.

Hasta aquí se ha analizado dos mecanismos que permiten ensayar un modelo de separación de poderes, específicamente en la función judicial. Corresponde analizar, seguidamente, otro de los límites en la creación del derecho judicial, la argumentación jurídica, que sin lugar a dudas se encuentra imbricado en el proceso de generación del derecho judicial.

Argumentación jurídica como condición de existencia del Estado constitucional

Como se ha desarrollado a lo largo de este estudio, es evidente que otro de los principales mecanismos de control de la creación judicial

³⁹⁷ John Rawls, *Liberalismo político* (México DF: FCE, 1993), 220.

³⁹⁸ Sobre la autocontención se argumenta que “una conciencia del autocontrol es muy importante y trascendente para la tarea jurisprudencial, por ello los jueces deben tener la oportunidad de reflexionar y discutir al respecto confrontando opiniones a partir –especialmente– de la jurisprudencia nacional y comparada”. Vigo “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” 448.

³⁹⁹ María Paula Saffon y Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (2011): 75-107, <file:///C:/Users/master/Downloads/1511-5815-1-PB.pdf>. Consulta: 1 de diciembre de 2015.

del derecho es precisamente la argumentación jurídica. En este contexto, resulta imprescindible hacer uso de instrumentos conceptuales que permitan enfrentar y superar exitosamente las indeterminaciones derivadas del nuevo rol asignado a los jueces, en especial a los jueces constitucionales.

Argumentar no es otra cosa que ofrecer un conjunto de razones a favor o en contra de determinada tesis, ya sea para sostenerla o refutarla; sobre esta concepción “La teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tienen lugar en contextos jurídicos”.⁴⁰⁰ Ahora bien, si el objeto de la argumentación jurídica está relacionado con los contextos jurídicos, el campo que se desarrolla es el de la creación, como en la interpretación, aplicación, e incluso dentro la dogmática jurídica,⁴⁰¹ sin embargo, cómo opera la argumentación en uno y otro campo es distinto, aun cuando existan notas comunes que deben observarse, por ejemplo, la dimensión formal, material y pragmática de la argumentación jurídica.⁴⁰²

La argumentación jurídica –desde su concepción moderna, teoría estándar de la argumentación jurídica (MacCormick, Atienza, Alexy, Wróblewski, Habermas, entre otros)–⁴⁰³ se encuentra dirigida a desarrollar los procedimientos adecuados para que las soluciones judiciales sean racionalmente fundamentadas; es decir, la argumentación jurídica tiene

400 Manuel Atienza, *Las razones del derecho*, 28.

401 “Hay una idea errónea en el sentido de que solo el juez está obligado a argumentar –argumentación judicial–. Parece claro, más bien, que todos los operadores jurídicos (abogados litigantes, funcionarios administrativos, jueces, árbitros, legisladores, docentes), tienen la obligación constitucional y legal de argumentar debidamente, esto es razonadamente.” César Montaña Galarza, “Argumentación jurídica en materia tributaria”, en Marco Albán Zambonino y César Montaña Galarza, coord. *Tópicos contemporáneos del Derecho Tributario: Homenaje al Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario en sus 50 años* (Quito: UASB-E, 2013), 96.

402 La dimensión formal analiza la estructura, en la lógica de las inferencias y en el resultado por medio de esquemas de argumentación usados para controlar la corrección de los argumentos, para afirmar que son válidos. La dimensión material enfatiza que lo indispensable del razonamiento tiene que ver con los enunciados verdaderos, ofrecer buenas razones que permita justificar la decisión, explicar el hecho, y que resulten apropiados. Los criterios de corrección y la fundamentación son los que importan para avalar la verdad en esta concepción. La dimensión pragmática tiene como fin lograr la resolución de problemas y de persuadir racionalmente, por lo que además de considerar las buenas razones, se consideran las circunstancias, las acciones y los actores que participan en la actividad argumentativa, así como los actos lingüísticos usados para que sean permitidos y aceptados por los destinatarios, que consientan guiar la realidad jurídica contemporánea. La argumentación jurídica bajo esta concepción es una actividad lingüística. Véase Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*.

403 Véase Victoria Roca, *Derecho y razonamiento práctico* en C. S. Nino (Alicante: Universidad de Alicante, 2002), 534 y s.

como objeto central de estudio el discurso justificativo.⁴⁰⁴ El problema de actualidad en el Estado constitucional no se limita a encontrar la solución pertinente, sino cómo esta debe ser justificada⁴⁰⁵ en el marco de los derechos constitucionales; de lo cual se colige que el método jurídico en la actual teoría del derecho es justamente el de la justificación, es decir, de la argumentación racional.

La racionalidad de las soluciones jurídicas conduce a mirar al derecho como una realidad dinámica que contiene normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, siendo trascendental la justificación de sus normas y decisiones. En el constitucionalismo se admite la integración de las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral, la política, la económica, entre otras; de ahí que la razón jurídica no es solo razón instrumental, sino una razón práctica sobre los medios y fines, coligiéndose que la actividad jurídica está guiada por la idea de corrección: la materialización de los valores supremos del ordenamiento jurídico.⁴⁰⁶

En efecto, las distintas corrientes jurídico-filosóficas, con las distinciones del caso, reconocen un ámbito de actuación importante del juez. Así, positivistas como Hart⁴⁰⁷ destacan la existencia de casos difíciles, en los cuales la zona de penumbra abre el camino para que el juez pueda fallar con criterios extrajurídicos, recurriendo, entre otros, a la moral. En otras palabras, es la textura abierta del derecho la que le permite al juez obrar con cierto nivel de discrecionalidad.

404 Nino calificaba la reflexión acerca del discurso jurídico justificativo como el tema central de la filosofía del derecho. La cuestión central del derecho señalaba “es determinar en qué medida el discurso jurídico práctico –o sea, el discurso que permite justificar acciones y actitudes– es un discurso independiente y autosuficiente o si es parte –o un caso especial–, llegando a la conclusión que es parte del discurso general”. En esta misma línea se encuentra Robert Alexy que determina que el discurso moral forma parte del discurso práctico general. Es decir, se plantea la unidad del razonamiento práctico frente a la tesis de la fragmentación. Véase Carlos Santiago Nino, “Sobre los derechos morales”, *Revista Doxa* 7 (1990): 311-25; también Manuel Atienza, *El derecho como argumentación* (Barcelona, Ariel, 2006); Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC, 1997).

405 “[...] justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil de entender por qué el llamado en términos teóricos ‘problema jurídico’ no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas”. Aguiló, *Sobre derecho y argumentación*, 61.

406 Respecto a los valores supremos que persigue el ordenamiento jurídico, por ejemplo, Atienza señala que son tres balanceados en lo que se considere más importante en cada ordenamiento jurídico y un contexto determinado; a saber: igualdad, libertad y seguridad jurídica. Véase Manuel Atienza, *El sentido del derecho* (Barcelona: Ariel, 2001).

407 Véase César Rodríguez, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin* (Bogotá: Universidad de los Andes, 1999).

Con el análisis opuesto al positivista,⁴⁰⁸ léase el iusnaturalista, entre el que se destaca el propuesto por Dworkin,⁴⁰⁹ se arriba a la conclusión de que el juez debe realizar una actividad hermenéutica compleja de interpretación del derecho, actividad reconstructiva, en la que se debe incluir las razones morales para aplicar correctamente el derecho. Entonces, no es inaceptable desde la visión iusnaturalista afirmar que el juez tiene poderes discrecionales, pues la resolución siempre deberá estar acorde al ordenamiento jurídico preexistente, tanto en principios como en reglas, de ahí que la argumentación jurídica debe satisfacer a la actividad interpretativa compleja del ordenamiento jurídico, no solo respecto a las normas positivas, sino al derecho en su plenitud.⁴¹⁰

Estas corrientes antagónicas reconocen un ámbito de ineludible labor judicial, que da lugar a la necesidad de configuración de técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones judiciales, así como el control de las valoraciones que hace el juez al momento de tomar sus resoluciones con el objeto de impedir que a estas les corresponda una mera subjetividad, es decir, mecanismos que proscriban la arbitrariedad.

La necesidad de técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones jurídicas se hace presente por la eficacia en el sistema jurisdiccional de derechos, tales como: igualdad, tutela judicial efectiva, debido proceso, seguridad jurídica, y principios como los de unidad del ordenamiento jurídico, confianza legítima entre otros. Dicho de otro modo, resulta evidente la necesidad de la existencia de criterios uniformes ante circunstancias fácticas similares que permitan determinar una previsibilidad de la actividad jurisdiccional.

408 Véase Diego López Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá: Legis, 2004). En el segundo capítulo el autor plantea dos dificultades en el estudio sobre una teoría comparada del derecho, que sirven para comprender el desarrollo posterior de la obra. Una de ellas es evolución de la propia teoría jurídica por parte de un mismo autor, fenómeno perceptible ante situaciones como la migración de los juristas o crisis políticas, por ejemplo, en Hans Kelsen y Hermann Kantorowicz. El otro, aun de mayor trascendencia, es el problema de los estadios de difusión de la teoría del derecho. Sobre este punto, López Medina detalla cómo se difunden y adaptan las teorías transnacionales del derecho hacia la recepción local. Según describe, este proceso consistiría principalmente en tres pasos básicos: i) la aparición de una teoría transnacional originada como literatura académica fundamentalmente metodológica; ii) la transcripción a un lenguaje concreto destinado a orientar la práctica jurídica; y finalmente, iii) la difusión de una versión popular aplicada por jueces y abogados. De acuerdo al autor, el proceso de recepción y transformación por parte de las comunidades jurídicas locales en Latinoamérica se desenvolvería en las dos últimas etapas. Este proceso es explicado a partir de ejemplos mostrados sinópticamente, como el desarrollo de la Escuela de la Libre Investigación Científica propuesta metodológicamente por Gény, orientada a la práctica por Josseland, y adaptada por diversos autores latinoamericanos.

409 Véase César Rodríguez, *La decisión judicial*.

410 Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, 1a. ed., 1984, 8a. reimp., 2010 (Barcelona: Ariel Derecho, 2010).

Como quedó planteado en apartados anteriores, el derecho judicial no es la única, ni exclusiva fuente del derecho, como tampoco existe un monopolio de esta fuente en el ordenamiento jurídico. Ciertamente los jueces al momento de resolver un caso no están creando con sus decisiones todo el orden jurídico, o todo el orden jurídico relativo a esa cuestión, pues, su actividad se encuentra siempre limitada por dos circunstancias: por una parte, el derecho objetivo vigente y, por la otra, las circunstancias fácticas del caso concreto,⁴¹¹ lo cual evidentemente da cuenta que la creación judicial del derecho se enmarca dentro de un ordenamiento jurídico con distintas fuentes las cuales dialogan –a partir de la argumentación jurídica– para formar otra.

Respecto a la aplicación del derecho objetivo vigente, es necesario señalar que la interpretación judicial se la realiza en un *iter* que permite continuar con la labor hermenéutica realizada por otros jueces quienes han decidido en el pasado sobre la misma cuestión o casos análogos. Entonces, si la actividad judicial se encuentra limitada por los derechos y principios antes enunciados –igualdad, seguridad jurídica–, tiene que responder a una actividad eminentemente justificativa;⁴¹² razón por la cual, las técnicas de argumentación jurídica son una de las herramientas que permitan determinar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales. En efecto, es indudable que el contexto de descubrimiento⁴¹³ es determinante para la resolución de un problema jurídico, pero la decisión solo quedará justificada cuando se argumente porque la decisión adoptada es la mejor de todas las posibles, dentro del marco del derecho objetivo, ciertamente:

Motivar las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso –psicológico, sociológico, etc.– que lleva a la decisión, al producto. Sin embargo, justificar y explicar son operaciones –o conceptos– distintos, pero conjugados: del mismo modo que las cuestiones de justificación juegan un papel en la explicación (en muchos casos, lo que explica que un juez haya tomado una determinada decisión es –al menos hasta cierto

411 En este sentido, Carlos Santiago Nino señala que la actividad interpretativa no corresponde a un único intérprete dado que es una obra colectiva, y utiliza como ejemplo el de la construcción de la catedral como una obra compartida entre varios arquitectos que intervienen hasta la culminación de la misma. Véase Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*.

412 Véase Manuel Atienza, *El sentido del derecho* (Barcelona, Ariel, 2001).

413 El contexto de descubrimiento tiene relación con las actividades encaminadas a enunciar una teoría, es decir, lo que cabe es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico. Por otro lado, está el contexto de justificación, que se traduce en justificar o validar la teoría a través de un análisis lógico, aplicando procedimientos científicos. Véase Manuel Atienza, *Las razones del derecho* (Lima: Palestra, 2004), 28-32.

punto— que él la considera justificada), la explicación de las decisiones facilita también la tarea de justificación (es decir, las posibles razones justificativas aparecen así en forma más explícita).⁴¹⁴

Ahora bien, la indeterminación estructural en la conformación de preceptos normativos, sean estos principios o reglas, convierte a la argumentación jurídica en una cuestión forzosa. Así, la carencia de “autonomía semántica”⁴¹⁵ de los preceptos normativos coloca al juez ante la valoración, esto es, la posibilidad de escoger dentro de un marco más o menos amplio la solución adecuada para el caso. En este contexto, se convierte en indispensable la necesidad expresa de justificar el porqué de la decisión adoptada, fundamentar las premisas de casos con las razones adecuadas, para lo cual la argumentación jurídica ofrece las técnicas para obtener una resolución judicial racionalmente justificada.

Entonces, reconociendo la evolución del razonamiento jurídico, se puede afirmar que en las instancias judiciales se utilizan modelos de aplicación legal y racional del derecho, conforme a los cuales, se acude a preceptos normativos válidos en la resolución de un conflicto que van acompañados de una justificación racional.⁴¹⁶

En este orden de ideas, la argumentación jurídica establece las herramientas utilizadas por el juez en el desarrollo de su actividad. Efectivamente, la argumentación jurídica ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico; nuevo enfoque jurídico⁴¹⁷ que evoca la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión. Así, la visión argumentativa del derecho tiene sentido en el modelo de Estado constitucional, pues, es este el sistema que exige fundamentalmente que las decisiones de los órganos públicos sean argumentadas, concluyéndose que en el Estado constitucional existe un sometimiento del poder a la razón, lo cual se alcanza a partir de una argumentación racional.⁴¹⁸

Importa señalar en este punto de análisis que:

La razón práctica es aquella que se orienta para la formación de la voluntad autónoma (en el sentido kantiano no es libre de ‘inclinaciones’ e influjos

414 Manuel Atienza et al., *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (Madrid: Iustel, 2007), 140-41.

415 Ruiz Manero, *Certeza y predicibilidad de las relaciones jurídicas*, 102.

416 “Que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser”. Véase Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, 11.

417 Que surge a partir de la segunda mitad del siglo XX.

418 Véase Manuel Atienza, “Constitución y argumentación”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Saldívar Lelo De Larrea, coord., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VI (Ciudad de -: UNAM-III / IMDPC / Marcial Pons, 2008).

externos), así como para determinar la corrección (moral) de la acción humana; como se afirma contemporáneamente, para determinar lo que se debe hacer en situaciones de elección.⁴¹⁹

Entonces, la razón práctica o discurso práctico⁴²⁰ se distingue del teórico por cuanto el primero no busca pretensiones de veracidad, sino pretensiones de corrección, por medio de las que se pretende justificar su racionalidad. De ahí que el rol de la argumentación jurídica es esencial en el discurso práctico por la carencia de las referencias del mundo en las pretensiones de validez moral, a diferencia de las características de las pretensiones de verdad en el discurso teórico.⁴²¹

Así, para determinar en qué medida una argumentación satisface los requisitos de racionalidad del sistema, Alexy, por ejemplo, elabora una teoría de la argumentación que permite asegurar una racional objetividad en la aplicación del derecho, mediante la determinación de un proceso; enfatizando que, si y solo si la decisión judicial se filtra por el procedimiento, estará racionalmente justificada; de lo cual se concluye que el discurso jurídico es un discurso práctico especial que tiene lugar con condiciones límites, a saber un procedimiento.

El procedimiento alexyano depende de varios factores: de las fuentes de derecho objetivo, entre ellas la jurisprudencia; la ciencia jurídica; los problemas jurídicos a solventar, es decir, hechos relevantes del caso; los principios de la argumentación jurídica (discurso práctico general), entre otros.⁴²²

Visto lo anterior, entre los factores que componen el procedimiento a observar, para que la decisión se encuentre racionalmente justificada, esto es argumentada, se tiene la vinculación a la jurisprudencia. En efecto, esta

419 Da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 200.

420 Es importante destacar que la idea de la razón práctica no es aceptada por todos; en efecto Alf Ross y Hans Kelsen consideran a este concepto como "autocontradictorio", dado que la razón se refiere al campo del conocimiento, en tanto que lo práctico correspondería al querer; es decir, "el conocimiento estaría justamente definido por el hecho de no ser un querer, siendo, por otro lado, constitutivo del querer el hecho de no tener el carácter del 'conocer'. Por lo tanto, el concepto de razón práctica sería un 'concepto lógicamente insostenible". Da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 200.

421 Jüger Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1992).

422 Habermas sostiene que "el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del Derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas incluye no solo argumentos morales sino también éticos y pragmáticos [...]. La corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio". Jürgen Habermas, *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 1992), 302. Véase también Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*.

cobra importancia teniendo en cuenta que frente a cada precepto normativo concurren diversas interpretaciones,⁴²³ de lo cual surge la necesidad de establecer qué interpretación encaja mejor en la *pretensión de corrección*,⁴²⁴ es decir, establecer los criterios por los cuales la norma –interpretación escogida del precepto normativo– es la opción más racional y justa para el caso resuelto. Ciertamente se parte del proceso de interpretación –que no puede deslindarse de la argumentación jurídica– como:

un proceso intelectual por el cual, dada una ley o una “norma” de la cual se conoce o se postula su validez, se llega a “comprender” su significado. Tal comprensión se derivaría de reglas o cánones, cuyo correcto empleo garantizaría una interpretación “verdadera”, “exacta”, “justa”, “no errada”. Una vez entendido el significado, una vez “entendida” la norma “exactamente” sería posible: a) adecuar el propio compartimiento al mandato de la norma; b) valorar o “juzgar” un comportamiento en referencia a la norma; y, por parte de un órgano, c) “aplicar” la norma.⁴²⁵

En esta actividad compleja, corresponde identificar la norma subyacente en cada precepto normativo para justificarla:

La interpretación, por lo tanto, posee límites (conceptuales, no fácticos), en el sentido que no todo enunciado que pretende ser una interpretación puede razonablemente ser subsumido bajo el concepto de interpretación. Interpretar no consiste en atribuir *cualquier* significado, sino en atribuir uno de los significados que se encuentran dentro del rango de significados admisibles según (a) el uso común, (b) los métodos interpretativos en uso y, (c) las teorías dogmáticas. Tal como he sugerido más arriba, trazar límites al concepto de interpretación es necesario para poder distinguir entre la común atribución de significado a textos normativos –la interpretación decisoria propiamente dicha– y la genuina “legislación intersticial” por parte de juristas y jueces.

Es importante destacar, sin embargo, que asumir o admitir la existencia de un significado literal *no* equivale ni a decir que es el *único* significado (admisible), ni a decir que es el significado que los jueces (y los juristas) *deben* atribuir a los textos legales.⁴²⁶

Entonces, la actividad interpretativa y la justificación que le sigue al resultado interpretativo constituye la esencia misma de la actividad judicial,

423 Véase Riccardo Guastini, “La interpretación de la Constitución”, en Santiago Ortega Gómero, edit., *Interpretación y razonamiento jurídico* (Lima: ARA, 2010).

424 La pretensión de corrección genera en el derecho un caso especial del discurso práctico y produce una obligación jurídica de decidir los casos jurídicos de forma moralmente correcta; en otras palabras, “es la conexión necesaria entre derecho y moral”. Véase Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 208.

425 Giovanni Tarello, “El ‘problema’ de la interpretación: Una formulación ambigua”, en Susana Pozzolo y Rafael Escudero, edit., *Disposición vs. Norma* (Lima: Palestra, 2011), 112.

426 Riccardo Guastini, “El escepticismo ante las reglas replanteado”, trad. por Federico José Arenas, *Revista Jurídica Decisiones XI*, n.º 11 (2012): 54.

por eso dicha actividad abandona la discrecionalidad cuando se sujeta a unos parámetros objetivos, entre los que vale la pena destacar los principios de la argumentación jurídica, a saber *universalidad*, *coherencia* y *consistencia*,⁴²⁷ de los cuales el juez solo puede apartarse presentando razones válidas y legítimas; dimensiones que estarían dadas por la jurisprudencia emanada de las altas cortes, en razón de constituirse estos en máximos intérpretes jurídicos⁴²⁸ del derecho.

Estos principios/parámetros básicos de la argumentación jurídica han sido desarrollados de manera exhaustiva por Neil MacCormick en la teoría ecléctica de la argumentación jurídica, la cual contiene puntos de encuentro con la teoría del discurso práctico de Alexy, coincidencias que han generado que a estas teorías se las agrupe con la denominación de Teoría Estándar de la argumentación jurídica.

Si como se hizo mención en el Estado constitucional se complejiza la labor judicial, entonces es necesario indagar, a partir de la teoría de la argumentación jurídica cuáles son los principios propuestos para la resolución de los anteriormente citados casos difíciles. Así, en primer lugar, se encuentra la argumentación de primer nivel que atañe al principio de *universalidad*; entretanto, la argumentación de segundo nivel atiende a los requisitos de *coherencia* y *consistencia*, que se explican a continuación.

La *universalidad*⁴²⁹ implica, en la teoría de la argumentación jurídica, que para justificar una decisión se debe establecer al menos una norma general o principio de la cual se desprenda que se asume la decisión final de la causa. En el mismo sentido, cuando se argumentan los hechos, debe sostenerse además una hipótesis de tipo general que enlace las causas con los efectos. Este requisito de universalidad es llamado *exigencia de justicia formal*, el cual tiene efecto en el pasado (de acuerdo con los argumentos esgrimidos en el pasado) y en el futuro (por el respeto al precedente), de ahí que la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido.

427 Los cuales, también deben ser leídos como principios básicos del discurso práctico. Véase Niel MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*.

428 Reconociendo que la interpretación es una actividad que le corresponde a toda la sociedad, y que a pesar de la existencia de intérpretes jurídicos “máximos”, “finales”, “vinculantes” existen otros intérpretes políticos; en efecto Peter Haberele señala “en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución”. Peter Haberele, *Estado Constitucional* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú –PUCP–, 2003), 150.

429 La fundamentación de la razón práctica en el principio de universalidad corresponde a una concepción kantiana de justicia. Para profundizar, véase Da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*.

En el discurso práctico, la universalidad es un requisito imprescindible, pues asegura el desarrollo racional del discurso, debido a que la igualdad formal supone que todos aquellos que se hallen en las mismas circunstancias relevantes deben ser tratados de la misma manera. En este contexto, el compromiso que la universalidad supone hacia el futuro es el de la igualdad de trato.

En la justificación racional de las decisiones, la universalidad adquiere relevancia capital dado que, como lo señala Günther, la pretensión de corrección es considerada una pretensión de validez sustentada en actos de habla regulativos y que “solamente puede ser sustanciada por el principio de universalidad en un discurso práctico”.⁴³⁰

Ahora bien, en este punto de análisis, cabe aclarar que la universalidad no es lo mismo que generalidad;⁴³¹ en efecto, una norma más específica puede ser universal si se aplica a todos los casos que cumplen con dicha especificidad, en tanto que si pierda generalidad. La universalidad, por tanto, es un requisito de la argumentación jurídica, sin encontrarse en contraposición con la equidad, pues, los casos resueltos en equidad (es decir, introduciendo una excepción a la regla) no colisionan con la exigencia de universalidad de la norma, dado que dicho criterio debe ser aplicable a los casos análogos, como se verá más adelante: la excepción de la regla es la introducción de un elemento diferenciador que se considera relevante en el caso, esto es, equidad. En este aspecto, vale resaltar que la equidad si puede ir en contra de la generalidad de las reglas, pues afecta al análisis de las circunstancias fácticas que se consideran inmersas en el supuesto regulado.

Respecto a la justificación de segundo nivel en la resolución de un caso difícil, es necesario identificar los principios de *consistencia* y *coherencia*.⁴³² De hecho, la decisión jurídica tiene relación con el sistema jurídico del que se trate, pero también con el mundo (consecuencias de las decisiones); son estos criterios los que le proporcionarán legitimidad y objetividad. Entonces, para que una decisión se encuentre justificada debe satisfacer los requisitos de consistencia y de coherencia.

Principalmente, una decisión cumple con el requisito de *consistencia* cuando se basa en premisas normativas que no están en contradicción con otras normas válidas, es decir, no infringe el derecho vigente en este punto; le corresponde al juez un análisis del derecho válido y vigente para construir la respuesta que mejor atienda al derecho integralmente entendido.

430 Klaus Günther, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría normativa de la argumentación jurídica”, *Doxa-Cuadernos de Filosofía del derecho* (1995): 299.

431 Véase MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*.

432 *Ibid.*

En el caso del Estado constitucional, el análisis que debe primar es el de la eficacia de los derechos.

Respecto al principio de *coherencia*, cabe señalar que “satisface una expectativa que se vincula a un juicio de moral ‘reflexivo’”,⁴³³ así, “Esta expectativa conduce a la ‘adecuación’ de un juicio moral en la situación concreta, en la que emitimos este juicio o a la que lo referimos”,⁴³⁴ coligiéndose que existe una coherencia normativa y otra narrativa.⁴³⁵

Referente a la primera, una norma es coherente cuando puede subsumirse en una serie de principios generales o de valores, que a su vez son aceptables dado que configuran en estado de cosas satisfactorias (deseables, legítimos y valiosos). Las normas que no se ajusten a los principios y fines del sistema carecerían de coherencia.

Referente a la segunda, la coherencia narrativa suministra un test en relación con las circunstancias fácticas del caso a analizar. En efecto, cada uno de los hechos probados debe ser coherente con los demás para que se construya una historia posible sobre lo sucedido mediante las pruebas aportadas; de ahí se asume la hipótesis más sólida de todas las posibles. La coherencia narrativa se advierte, entonces, como una cuestión de racionalidad probatoria del proceso, mas no de necesaria verdad.

De lo analizado, se infiere que los principios de universalidad, consistencia y coherencia, independientemente de las técnicas de interpretación utilizadas, deben impregnar a toda decisión judicial, más aún si dicha decisión se va a constituir en fuente de derecho para la resolución de casos futuros, pues la actividad creativa de los jueces se encuentra en la “norma general (contenida en la motivación) que funda su decisión”.⁴³⁶

Como se puede advertir, argumentación y creación judicial del derecho se encuentran íntimamente relacionadas, pues la racionalidad está fuertemente ligada a la premisa de la universalización, la cual obliga a los jueces a controlar no solo los efectos presentes de las decisiones, sino también a mirar hacia el futuro, con conciencia de los efectos que la decisión generará en los casos análogos. Además, la racionalidad está ligada a la eficacia de los autoprecedentes –*self-precedents*– y la vinculación horizontal, dentro del propio tribunal.⁴³⁷

433 Günter, “Un concepto normativo”, 277.

434 *Ibid.*

435 Véase MacCormick, *Legal reasoning and legal theory*.

436 Guastini, *Las fuentes del derecho*, 595.

437 Thomas Da Rosa De Bustamante y Carlos Bernal Pulido, edit., *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy III* (Beijing: Nomos, 2012). Tema que será abordado en el apartado 4.3. de este capítulo.

Siendo así, la vigencia del precedente se encuentra entrelazado con el control jurisdiccional, pues con la vinculación al derecho judicial se reduce el espacio de discrecionalidad judicial, lo cual es expresamente señalado por Ignacio De Otto al determinar que existe “un manifiesto contrasentido en invocar el principio democrático contra una institución cuya ausencia conduciría a incrementar la libertad de los jueces cuya falta de legitimación es denunciada”.⁴³⁸

En suma, de todo lo estudiado en este apartado es importante enfatizar que la invocación argumentativa del precedente, en el Estado constitucional –forma de Estado que evoca la idea del sometimiento del poder a la razón–, conlleva un proceso justificativo y gradual por parte del operador judicial dadas las características de cada caso –fácil o difícil–, así como las exigencias de universalidad, coherencia y consistencia. En esta línea, Leonor Moral es enfática en señalar:

El enfoque adoptado en la tarea de fundamentar racionalmente los precedentes judiciales podría calificarse de *justificativo* y *gradual*. Desde una perspectiva *justificativa* como la adoptada, los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales. [...] El fundamento de los precedentes debe, además, adoptar un enfoque *gradual* porque la justa combinación de argumentos pragmáticos y de justicia formal logrará explicar en toda su complejidad su uso en el razonamiento jurídico.⁴³⁹

Este proceso argumentativo gradual responde a las características de cada caso en el cual el precedente sea aplicado, pues –como se analizará en el siguiente punto– las diferencias y similitudes exigirán una argumentación que dé cuenta del nivel de racionalidad del trato ofrecido para cumplir con los valores y derechos que inspiran la creación del derecho en sede judicial.

Justicia, igualdad y seguridad jurídica como fundamentos de la creación judicial del derecho

Como el mismo Kelsen lo reconociera, “La jurisdicción tiene, por el contrario un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho”,⁴⁴⁰ de ahí que principalmente para los positivistas despierte gran interés la consideración que este poder debe anularse, dado que al disponer de un gran poder para decidir y, sobre todo, crear derecho, por

438 De Otto, *Derecho constitucional*, 303.

439 Leonor Moral Soriano, *El precedente judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 129.

440 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. por Roberto Verengo, 16a. ed. (Ciudad de -: Porrúa, 2009), 152.

medio de una función que existe en el Estado por intermedio de cientos de jueces repartidos en un territorio “titulares cada uno de ellos individualmente de poder judicial”,⁴⁴¹ puede diluirse la seguridad jurídica. De hecho, esta libertad en la creación judicial del derecho, entendida como un poder individual de cada juez en la forma así considerada, tiende indefectiblemente a lesionar los valores rectores del ordenamiento jurídico como la justicia, así como los derechos de las personas a la igualdad política, formal y seguridad jurídica.⁴⁴²

Sobre este legítimo temor surge “la idea de introducir mecanismos para reducir a unidad esta diversidad de posiciones”,⁴⁴³ siendo uno de ellos la vinculación a la jurisprudencia, como medio necesario para unificar la solución judicial a las controversias jurídicas, y con ello asegurar el respeto a valores y derechos, que de otra forma resultarían vulnerados, proscribiendo así a la inestabilidad del ordenamiento jurídico.⁴⁴⁴

El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado constitucional, analizado en apartados anteriores; en consecuencia, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. En este sentido, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana ha previsto que el desarrollo progresivo de los derechos se lo realizará, entre otras fuentes, también por la jurisprudencia.⁴⁴⁵

La imposibilidad de que el legislador prevea y regule todos los supuestos que pueden entrar en la esfera legislada de una determinada materia, los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución obligan a la jurisprudencia, de manera paralela a la ley, al

441 Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 160.

442 Ignacio De Otto, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, 290.

443 Véase Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 44.

444 La paulatina, pero creciente teoría antilegalista, que comienza a incursionar en Francia y Bélgica (incluyéndose también a España, de la mano de lo afirmado por Guilherme) hacia mediados del siglo XIX, aunado a los conflictos bélicos sucedidos entre 1914 a 1945 (Primera y Segunda Guerra Mundial), conllevaron respectivamente a incursionar en el posicionamiento del precedente judicial, y con gran fuerza en los sistemas jurídicos de origen en la *civil law*, el precedente constitucional. Chaïm Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*, trad. por Julia Sevilla Muñoz (Madrid: Gredos, 1989).

445 “Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio”. Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* [2008].

desarrollo de los mandatos constitucionales y legales, otorgando así coherencia al ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia, al realizar esta función, ayuda al perfeccionamiento del sistema jurídico, delineando los derechos e instituciones jurídicas, toda vez que “Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no solo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales”.⁴⁴⁶

Sin lugar a dudas, la jurisprudencia puede asegurar una efectiva seguridad jurídica al hacer predecible el contenido de la resolución judicial. La aplicación del juez a la regla de justicia persigue precisamente esa finalidad propia del Estado constitucional, hacer previsible *ex ante* la actuación de la administración de justicia mediante la predeterminación de sus contenidos. En efecto, se proscribe la arbitrariedad judicial y restringe la discrecionalidad judicial, en la medida en que impide que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios jueces, evitando así directamente una vulneración a los derechos a la igualdad y la seguridad jurídica.⁴⁴⁷

La creación judicial del derecho puede también incrementar la eficiencia de la administración de justicia, al evitar la duplicación de los esfuerzos, pues la justificación ante casos iguales tiene, necesariamente, que ser la misma, excepto cuando existan razones justificadas de un cambio de criterio. Al exigir igual trato para casos iguales, la teoría justifica que el juez del caso actual omita reflexionar nuevamente acerca del trato correspondiente al tipo de caso sometido con anterioridad a su decisión o de la alta corte; este proceder es conocido en la doctrina como el principio de inercia.⁴⁴⁸

Finalmente, una de las principales razones acerca de la importancia de la jurisprudencia viene dada por la idea de justicia anclada al derecho de

446 Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 303.

447 En efecto el peso gravitacional de decisiones pasadas para solucionar casos futuros, sobre la base del mismo estándar aplicado en ella, casos no explícitamente decididos, nos dice Nino que podría acercar la práctica a formas más perfectas de legitimidad, declarar que hay una laguna y resolverla de acuerdo con principios o procedimientos moralmente válidos. Esto podría, incluso, fortalecer la práctica constitucional en su conjunto si así se consiguiera eliminar una fuente de tensión con exigencias de justicia, que podría llegar a minar la legitimidad de tal práctica. Véase Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*.

448 En Perelman el principio de inercia asume la siguiente estructura: “Podemos presumir, hasta que se demuestre lo contrario, que la actitud adoptada anteriormente –u opinión expresa, conducta preferida, etc.– continuará en el futuro, sea por el deseo de coherencia o gracias a la fuerza del hábito [...] la inercia permite contar con lo normal, lo habitual, lo real, lo actual [...]. El cambio, por el contrario, debe ser justificado; una decisión, una vez tomada, no puede ser revertida salvo por razones suficientes”. Perelman y Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación*, 140.

la igualdad.⁴⁴⁹ Como es de amplio conocimiento, la justicia exige una distribución igualitaria.⁴⁵⁰ Sin embargo, la exigencia de igualdad –desde luego– no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera que sean las circunstancias. La uniformidad absoluta no es lo que exige el ideal de justicia, pues, la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que no puede pretenderse.

Por el contrario, no puede considerarse injusto que se hagan distinciones, de modo que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes.⁴⁵¹ La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros.

En este orden de ideas, esta exigencia debe ser comprendida en un sentido relativo; es decir, como una exigencia de que los iguales sean tratados de la misma manera. En efecto, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido, como pura demanda de igualdad recoge una exigencia de racionalidad, al tiempo que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos en las reglas dadas. Esta idea de justicia se presenta, entonces, como opuesta a la idea de arbitrariedad.⁴⁵²

449 Un análisis de las relaciones entre los diferentes tipos de igualdad y el activismo judicial en Marcelo Alegre, "Igualitarismo, democracia y activismo judicial", en Marcelo Alegre, coord., *Los derechos fundamentales* (Buenos Aires: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política-Sela, 2001).

450 Ulpiano, uno de los grandes juristas romanos señalaba entre una de sus máximas: "Dar a cada quien lo suyo." Así, este precepto contiene la idea de justicia entendida como "Quien hace lo que las leyes mandan cumple con dar a cada uno lo suyo. Cumplir los contratos, guardar los pactos, reconocer los derechos de los demás están inscritos en el dar lo suyo a cada cual." Haroldo Ramón Gavernet y Mario Antonio Mojer, *El romano, la tierra, las armas: Evolución histórica de las Instituciones del derecho romano* (La Plata: Ed. Lex, 1992), 44.

451 Tom Campbell señala que "en relación con un enfoque ecléctico y amplio respecto de la idea de justicia, tal vez la especificación más prometedora del concepto justicia es la encarnación del antiguo principio, analizado en el Libro I de *La República* de Platón y cuya formulación clásica la dio Justiniano en *Las Instituta*, según la cual 'la justicia es el propósito fijo y constante de dar a cada hombre lo suyo' [...] En igualdad de condiciones la gente debe recibir aquello que se le debe como una cuestión de derechos, no de gracia ni de favor. Y dado que buena parte de la regulación social puede ser vista como dirigida a asegurar que la gente reciba lo que merece a través de la especificación de las obligaciones mutuas de los miembros de una sociedad, esto explicaría las connotaciones legales de la justicia. Así, la fórmula "a cada uno o una según sus méritos" parece expresar tanto la fuerza como el aspecto legal del discurso de la justicia." Tom Campbell, *La justicia: Los principales debates contemporáneos* (Barcelona: Gedisa, 2002), 34.

452 Michael Walzer, *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad* (México DF: FCE, 1993).

Los términos “justa” e “injusta” cobran sentido cuando se aplican para calificar la decisión tomada por un juez o por cualquier otra persona que deba aplicar una disposición normativa. Decir, entonces, que una decisión es justa significa que ha sido tomada de manera regular, esto es, de conformidad con el precepto normativo o con el sistema de normas tomado como referencia. Se exige, por tanto, en el ámbito judicial, que la decisión en examen sea el resultado de la aplicación regular e igualitaria de una disposición general.

Así, esta conexión entre igualdad y la justicia se refleja en la llamada “*regla de justicia*” –principio de igualdad–, que impone tratar a los iguales de manera igual y a los desiguales de manera desigual. La regla suele considerarse una concepción de justicia formal, pues, se limita a exigir la aplicación igual de un determinado tratamiento, cualquiera que sea este; sin embargo, este concepto limitaría injustificadamente el ámbito de la igualdad, en virtud que lo que se excluye en definitiva es toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o el legislador, siempre que exista una discriminación arbitraria introducida sin una válida justificación y valoración; en otras palabras, una diferencia de trato que tiene por fundamento diferencias irrelevantes entre los sujetos o los casos. La relevancia o irrelevancia de estas últimas diferencias se establece, desde luego, mediante una decisión valorativa.

Tratar de manera igual los casos iguales significa que, una vez resuelto un caso de una forma determinada, es forzoso tratar, en principio, los otros casos iguales de la misma forma; así, la jurisprudencia emitida con anterioridad vincula las decisiones posteriores, a menos claro está que existan razones suficientes y justificables para proceder a un cambio de criterio.⁴⁵³

Al hablar de justicia, se torna indispensable recurrir como punto base a la fundamentación aristotélica de la igualdad como núcleo mismo del concepto de justicia,⁴⁵⁴ ya que una de las líneas filosóficas base en torno a la justicia ha sido construida sobre este postulado formal, estableciéndose “que lo igual debe ser tratado en forma igual y lo desigual, análogamente en forma desigual”,⁴⁵⁵ consistiendo la justicia en la obtención de un “justo medio”,⁴⁵⁶ constituyéndose en un acto de equiparación entre estas comparaciones. Radbruch, con posterioridad, colocó a la justicia e igualdad junto

453 “aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que, por tanto, implica una variación de jurisprudencia. Por su parte, la misma debe cumplir con dos condiciones: en primer lugar, debe ser realizado, con preferencia, por un tribunal jerárquicamente habilitado para realizar el cambio jurisprudencial, y segundo, la técnica argumentativa a utilizarse debe cumplir con altos estándares argumentativos”. López Medina, *El derecho de los jueces*, 260-61.

454 Aristóteles, *Ética a Nicómano* (Barcelona: Orbis, 1985), 153.

455 Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho* (Bogotá: UEC, 1999), 295.

456 Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 153.

a la seguridad jurídica⁴⁵⁷ como un fin formal del derecho, entendiendo como tal que el resultado de la positividad del derecho debe descansar en la predictibilidad y durabilidad de sus relaciones jurídicas.

Por tanto, si un juez adopta una decisión respecto de un caso, y con posterioridad si las circunstancias del mismo son análogas a otro y resuelve de distinta manera, este juez vulneraría la igualdad formal y material del individuo, constituyéndose el resultado en injusto formalmente y desestabilizando la seguridad jurídica de un orden normativo, que viene asegurado a un juez por el principio de universalidad que implica la aplicación de normas generales y abstractas.⁴⁵⁸

En definitiva, la aplicación de la igualdad no solo atañe a que su construcción no sea discriminatoria por parte del legislador, sino que el juez mismo deberá aplicarla en una forma consonante a todos los casos que se le presenten y, por esta razón, de forma igual para todos, como una exigencia y límite al ejercicio del poder que posee. De ahí que un juez no pueda apartarse de lo decidido por él o sus superiores por medio del precedente en casos análogos iguales, sin que medie una respuesta “motivada razonable, suficiente y objetivamente”, dado que “no habrá ciudadanos iguales sin iguales juicios”.⁴⁵⁹

Se advierte entonces que en observancia de la “regla de la justicia”, casos iguales deben ser tratados de manera igual, salvo que existan razones suficientes para cambiar el trato. Así concebida esta regla, contendría tres elementos que permitan identificar su observancia: estándar de conducta, criterio de igualdad y condición de excepción,⁴⁶⁰ los cuales se procederá a explicar brevemente.

Estándar de conducta

El primer elemento consiste en tratar los casos iguales de manera igual, sin embargo, la delimitación de *caso* no es una cuestión pacífica. La noción de *casos iguales* debe ser entendida como casos individuales que comparten determinadas propiedades consideradas relevantes, con base en determinados criterios de relevancia (hechos materiales).⁴⁶¹ El estándar

457 Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, 39 y s.

458 Andrés Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley y el precedente judicial* (Madrid: CEPC, 1999), 20.

459 Ollero, *Igualdad en la aplicación de la ley y el precedente judicial*, 24.

460 Criterios tomados por la clasificación propuesta por Daniel Mendonca en *Análisis constitucional. Una introducción: Cómo hacer las cosas con la Constitución* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2009).

461 Hechos materiales, sinónimo de hechos que configuran el caso y que son analizados por el juzgador como determinantes para la resolución del mismo, los que fueron analizados en el capítulo anterior en el epígrafe respecto de *ratio decidendi* y *obiter dicta* en el derecho inglés.

de conducta con relación al principio de igualdad conlleva entonces dos nociones: por una parte la relativa, pues remite a una relación de al menos dos casos, y por otra parte, la comparativa que refiere determinadas propiedades consideradas relevantes.

Entonces, sostener que dos casos son iguales⁴⁶² no equivale a afirmar que estos son idénticos, sino que a pesar de no existir identidad absoluta, se abstrae de las diferencias, porque no son importantes, y se toma únicamente como relevantes las propiedades en las que los casos coinciden. Con lo cual se advierte que la demanda de igualdad exige que ningún caso, sin razón suficiente para ello, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otro caso igual; es decir, este parámetro se encuentra anclado al principio de la argumentación jurídica relativo a la universalidad.⁴⁶³ Ciertamente, la argumentación central gira en torno de justificar por qué a pesar de no ser idénticos los dos casos –precedente y actual– deben ser resueltos con los mismos parámetros, pues no existen diferencias que los distinga.

Criterio de igualdad

Hay varios procedimientos para calificar de iguales o desiguales los casos, ya que en cualquier serie de ellos se comparte ciertas propiedades y se deja de compartir otras; es decir, mientras no se establezca qué aspectos son relevantes, el estándar es una fórmula vacía.⁴⁶⁴ El punto neural radica en establecer las valoraciones de relevancia; sobre esta base este segundo elemento, criterio de igualdad debe complementarse con algún criterio que determine si los casos son, en realidad, iguales o desiguales. El estándar, aunque constituye un elemento central en la idea general de justicia formal, es en sí mismo incompleto y mientras no se lo integre con algún criterio adicional, no proporciona una guía específica de conducta, con lo cual para completarlo es preciso determinar los criterios para establecer si un caso ha de ser considerado igual a otro.

En esta línea de razonamiento surge que no todas las propiedades de un caso son relevantes para su caracterización. La selección de las propiedades relevantes es un problema valorativo. Si ciertas propiedades parecen totalmente irrelevantes para el caso, esto solo sucede porque existe

462 Sobre la noción de casos iguales, véase la importante sentencia T-321/98 de la Corte Constitucional de Colombia. Para su tratamiento por el Tribunal Constitucional español, Hernández Martínez, María del Pilar, “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 81 (1994): 693-712.

463 *Ut supra* punto 2.2.

464 Véase Frederick Schauer, *Las reglas en juego*, trad. por Claudina Oruneso y Jorge L. Rodríguez (Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004).

un consenso más o menos unánime en el grupo social al que se pertenece acerca de ciertos valores; es este por tanto un hecho contingente: los criterios empleados para identificar las propiedades relevantes varían, por lo común, en función del tiempo y de la cultura. Dicho de otro modo, el hecho que los criterios de relevancia dependan del contexto cultural e histórico no supone total libertad para decidir sobre las propiedades relevantes, pues atiende a un criterio sociológico, que en el campo del derecho tiene radical importancia, dado que el derecho es tripartito: hecho, valor y norma.⁴⁶⁵

Es oportuno resaltar que la selección de propiedades relevantes en los casos se halla restringida por el propio derecho, esto es, la relevancia debe ser tomada en consideración al derecho objetivo vigente; entendiéndose este, en su integralidad de fuentes y en las distintas normas existentes también dentro del propio ordenamiento jurídico, con lo cual, las normas jurídicas sean legislativas o jurisprudenciales dan ciertas pautas del nivel de generalidad y abstracción del universo regulado.

Condición de excepción

Respecto al tercer elemento, la denominada regla de la justicia exige que *prima facie* todos los casos sean tratados de manera igual, razón por la cual el trato desigual exige razones; así el criterio de estándar incluye condiciones de excepción con lo cual el trato de un caso a otro puede variar si, y únicamente si, se ofrece razones suficientes. Estas razones dependerán de la racionalidad, en otras palabras, del grado de importancia atribuido a los propósitos aducidos y a las consecuencias consideradas –existentes dentro del propio ordenamiento jurídico– para justificar válidamente las excepciones.

Sobre esta base, es posible encontrar cuatro categorías de trato.⁴⁶⁶ La primera, relacionada con el trato igualitario que consiste en observar la regla general, a casos iguales, igual respuesta. La segunda categoría, vinculada al trato arbitrario que consiste en tratar casos iguales de manera desigual sin fundamento alguno para la distinción. La tercera, relativa a el

⁴⁶⁵ El derecho es una ciencia compleja, por ello se debe evitar caer en reduccionismos unilaterales. En efecto, una visión completa del derecho no debe olvidar que este ofrece tres aspectos: norma, valor o hecho: es más, se puede elegir centrarse “principalmente” en uno solo, pero sin olvidar totalmente los otros dos que están ligados. Por “reduccionismos unilaterales” se entiende las visiones del derecho que adoptan exclusivamente una sola de las tres perspectivas y desatienden por completo las otras dos, negando su existencia, o considerando que ocuparse de ellas carece de interés, o incluso –lo que es peor– “reduciendo” esas otras dos perspectivas a la que se ha adoptado como exclusiva.

⁴⁶⁶ Véase los criterios de igualdad compleja e igualdad simple desarrollados por Walzer, *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad*.

trato discriminatorio, consistente en tratar casos iguales de manera desigual con razones deficientes para sustentar el trato disímil. Finalmente, la cuarta categoría, relativa al trato diferencial, el que implica tratar casos iguales de manera desigual con razones suficientes y racionales. En estos dos últimos casos, respecto de la suficiencia de las razones se debe mencionar que estas dependen del grado de importancia atribuido a los propósitos aducidos o a las consecuencias consideradas para justificar las excepciones, al igual que tal atribución de importancia varía cuando se modifican las convicciones o los puntos de vista generales de cada sociedad.

Para finalizar este apartado, es necesario señalar que efectivamente ningún evento es idéntico a otro, por lo tanto, tampoco un caso es exactamente igual a otro. Es la valoración de los hechos relevantes de los casos lo que permite entender la analogía entre dos casos, ante la inexistencia de diferencias relevantes dentro de la misma categoría; ahí es cuando se concreta la regla de la justicia.⁴⁶⁷

Recapitulando, en la medida en que el derecho objetivo⁴⁶⁸ haya permanecido estable, es decir, no existan modificaciones, un juez que tiene que resolver un caso semejante a otro caso anterior ya resuelto, so pena de incurrir en irracionalidad o arbitrariedad; proceder del cual surgen tres alternativas aceptables. La primera consiste en resolver el nuevo caso de la misma forma que el caso anterior. La segunda consiste en mostrar que el nuevo caso, a pesar de sus semejanzas con el caso anterior, presenta alguna propiedad relevante que lo hace diferente del anterior y que, por tanto, requiere una solución distinta. Y la tercera, que consiste en mostrar que el caso anterior estuvo mal resuelto y que, en consecuencia, la norma universal aplicable no es la que allí se estableció sino otra alternativa, lo que supone resolver el nuevo caso de manera diferente.

Categorías de creación judicial del derecho

Debates apasionantes suscita el examen de la noción jurisprudencia,⁴⁶⁹ sin embargo, para los propósitos de este estudio se acuñarán definiciones que se desprenden del análisis del primer capítulo de este trabajo y que

467 Véase Schauer, *Las reglas en juego*.

468 Criterio entendido en un sentido amplio, como toda fuente que integra el ordenamiento jurídico.

469 Polémica entre Manuel Atienza y Roberto Vernengo en torno a la jurisprudencia como "técnica" o como "ciencia". Véase Roberto Vernengo, "Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?", *Doxa*, n.º 3 (1986): 289 y s.; Manuel Atienza, "Sobre la jurisprudencia como técnica social: Respuesta a Roberto Vernengo", *Doxa*, n.º 3 (1986): 297 y s.; Roberto Vernengo, "Réplica a la respuesta de M. Atienza", *Doxa*, n.º 3 (1986): 313 y s.

encuentran soporte en la doctrina y en la praxis ecuatoriana como se analizará en el tercer capítulo. En razón de aquello, y sin entrar a describir en detalle las distintas clasificaciones dogmáticas que se han elaborado sobre el particular,⁴⁷⁰ dado que las mismas poseen únicamente una *finalidad pedagógica* susceptible de ajustarse según la óptica de análisis que se emplee para examinar determinada institución,⁴⁷¹ se hará referencia a las principales categorías de creación judicial del derecho para efectos de este análisis: 1. Por el grado de vinculatoriedad: Precedente y/o jurisprudencia obligatoria y precedente y/o jurisprudencia persuasiva; 2. Por la forma de creación: Jurisprudencia vinculante y precedente (judicial, jurisdiccional); y 3. Por los efectos que origina: Precedente con efectos verticales y precedente con efectos horizontales.

Por el grado de vinculatoriedad: Precedente y/o jurisprudencia obligatoria y precedente y/o jurisprudencia persuasiva

Tal como se expuso en el primer capítulo, la característica básica de la jurisprudencia está dada por la tarea de adoptar decisiones basadas en la autoridad, es decir, provenientes de una alta corte, y por ello vinculantes,⁴⁷² entendiéndola como una fuente de derecho. Sentado esto, el asunto polémico a dilucidar es qué debe entenderse por fuente de derecho.⁴⁷³

470 Por ejemplo, Luiz Guilherme habla entre otras de “precedente obligatorio” y “precedente persuasivo”, véase *Bases para un sistema de precedentes judiciales*, trad. por Taulio Baires (El Salvador: Cuscatleca, 2011), 108-16. Por su parte, Diego Zambrano se refiere al “precedente nacional obligatorio” y al “precedente internacional”. También véase Diego Zambrano Álvarez, “Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional”, en Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 1 (Quito: CCPT, 2011), 245-9. Finalmente, el Protocolo para la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios dictado por la CCPT distingue entre precedente de origen y derivado, estableciendo como diferencia si resulta de la consolidación de una línea jurisprudencial o se instaura sin ningún antecedente. Ecuador: CCPT, [Resolución administrativa 004-10-AP-CC], <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/quienes-somos/Protocolo_Precedentes.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016. Distinción entre precedente de origen y precedente derivado que es asimilada por Luis Fernando Ávila en *Teoría y praxis del precedente constitucional* (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2013); sin embargo, al no tener relevancia en la práctica constitucional ecuatoriana no será abordado.

471 “Los derechos fundamentales, en la práctica, deben ser concebidos como un todo, *con independencia de las clasificaciones que, repito, en el plano teórico o con finalidades pedagógicas se puedan crear*”. Confróntese, Miguel Carbonell Sánchez, *Los derechos fundamentales en México*, cap. I. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/4.pdf>>, 53. Consulta: 1 de mayo de 2016.

472 Konrad Hesse, “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Constitución y Proceso*, n.º 4 (México DF: Porrúa / Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2005), 157 y s.

473 Como ya se mencionó en la cita 121 del primer capítulo, el concepto no es unívoco y se determinó que en el caso de este estudio el término fuente de derecho será utilizado en sentido fuerte, es decir, como una fuente objetiva del derecho.

Al respecto, hay *cuatro* temas por analizar. El *primer* punto a dilucidar es el atinente a que en la creación judicial del derecho, no todas las instancias de la función judicial participan con la misma intensidad, puesto que esta tarea está reservada a las cortes de cierre de cada país,⁴⁷⁴ dado que a estos órganos se les ha encomendado la tarea de interpretar con carácter vinculante la Constitución o la ley, de ahí que son las únicas instancias con posibilidad de generar criterios vinculantes.

En *segundo* lugar, por una parte, es importante mencionar que para determinar el efecto vinculante de la jurisprudencia de los tribunales de justicia como fuente del derecho, es necesario distinguir lo siguiente: las fuentes reales o primarias, es decir, facultad de generar preceptos normativos de ciertos órganos a los que dentro del ordenamiento jurídico se les reconoce la posibilidad de producir normas jurídicas con independencia, competencia que en la lógica del Estado constitucional debe tener matriz constitucional. Y por otra parte las fuentes secundarias, útil para interpretar el alcance de las fuentes primarias, es decir, se enmarcan en las fuentes que sirven para “descubrir” el contenido de las fuentes primarias.

Ahora bien, “Por regla general, los ordenamientos jurídicos no suelen contener una determinación explícita y exhaustiva de sus fuentes, sino establecen una relación de diferentes órganos con competencia para producir determinados actos normativos”,⁴⁷⁵ razón por la cual es necesario una reconstrucción de cada uno de los ordenamientos jurídicos de acuerdo con las disposiciones constitucionales de cada país, para poder comprender a cabalidad el sistema de fuentes, y determinar de esta manera el catálogo de fuentes primarias y secundarias.

El *tercer* punto concierne al nivel de vinculatoriedad de la jurisprudencia y/o el precedente; se debe señalar la distinción entre fuentes directas e indirectas, las primeras, es decir las directas encierran en sí mismas las disposiciones normativas, esto es una fuente inmediata del derecho, en tanto que las indirectas son aquellas que ayudan a la comprensión y a la producción de las disposiciones normativas, de lo cual se colige que no tienen autonomía propia.

En este punto es importante señalar que sobre la base de la concepción principialista del derecho –premisa del Estado constitucional– la mayoría de disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, incluida la Constitución, dependen de algún valor o principio que son la base de la disposición normativa; así todas las fuentes del derecho tienen matriz en aquellos valores supremos protegidos por la Constitución, coligiéndose

474 Véase López Medina, *El derecho de los jueces*.

475 Victoria Iturralde Sesma, *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial* (Bogotá: ARA, 2012), 281.

que muy pocas disposiciones normativas son autónomas, en otras palabras, fuentes directas en sentido estricto del término.

Como *cuarto* aspecto, se debe señalar que aun cuando para ciertos autores la validez –pertinencia al ordenamiento jurídico– y vinculatoriedad (fuerza) son “atributos diferentes de las normas jurídicas que necesitan ser claramente diferenciados”,⁴⁷⁶ esta visión responde al entendimiento de que los conceptos de validez/justicia (materialidad, correspondencia con los valores y principios), vigencia (procedimiento que se debe adoptar para que forme parte del ordenamiento jurídico) y eficacia (fuerza vinculante en la sociedad) del derecho pueden manejarse independientes uno del otro.⁴⁷⁷

Sin embargo, desde la concepción de la teoría de la integralidad del derecho o tridimensional,⁴⁷⁸ como un complejo entramado de normas, valores y hechos, el criterio de validez se encuentra imbricado con la eficacia del ordenamiento jurídico. En efecto, si como se analizó en el primer capítulo en los sistemas jurídicos de origen en el *common law* lo que obliga/vincula de la decisión judicial es el precedente, esta fuente de derecho se circunscribe a la *ratio decidendi*;⁴⁷⁹ entonces, es esa la fuente de derecho que se considera de obligatoria observancia, razón por la cual estos dos criterios dependen uno del otro.

De lo analizado en líneas precedentes, se concluye que la jurisprudencia y/o el precedente son obligatorios cuando se constituyen en fuente primaria del derecho, ya sea porque se las considera fuentes directas o indirectas, dado

476 Da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*, 302.

477 Véase Bobbio, *Teoría general del derecho*.

478 La concepción de la integralidad del derecho o tridimensionalidad, toma en consideración las distintas ópticas que apunta a una perspectiva diferente del fenómeno jurídico que se analizan de manera independiente; así, al iusnaturalismo le interesan los “valores”, al iusformalismo las “normas”, y al iusrealismo los “hechos”. Ciertamente, cada una de estas perspectivas tiene sus aciertos y sus errores al considerar distintos aspectos del mismo fenómeno, de ahí que analizadas estas tres concepciones en su integralidad, se justifica que puedan formar parte de una misma concepción del derecho. El aspecto axiológico, al derecho como valor; el normativo, al derecho como norma; y el fáctico, al derecho como realidad. Esta teoría postula que donde existe un fenómeno jurídico, hay irremediamente un *hecho* subyacente –hecho económico, político, o social–, un *valor* que confiere determinada significación a ese hecho, que inclinan o determinan la acción de los hombres para alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y finalmente, una *norma* que representa la relación o medida que integra a uno de aquellos elementos con el otro: al hecho y al valor. En este orden de ideas, hecho, valor y norma coexisten perfectamente, pues no se excluyen, ni se implican. En síntesis, la vida del derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran. Entre quienes han postulado esta forma de entender el derecho están Lask, Radbruch, Fechner, Welzer, Vanni, Del Vecchio, Bobbio, Roubier, Lamand, Villary, Pound, Stone, Schauer, García Maynez, Recasens Sinches, Reale. Véase Joaquín Almoguera Carreres, *Lecciones de Teoría del Derecho* (Madrid: Reus, 1999).

479 Se la puede también denominar norma general, regla jurisprudencial, criterio fundandante, holding.

que forman parte del ordenamiento vigente, y por tanto se puede exigir su observancia, como cualquier otra disposición que se encuentra en el ordenamiento jurídico. En efecto, “Decir que en principio hay que observar los precedentes obligatorios no significa otra cosa que la exigencia de aplicar a los casos particulares las normas generales contenidas en los mismos, resolviéndolos dentro del marco de posibilidades que tales normas les ofrecen”.⁴⁸⁰

A contrario *sensu* que la jurisprudencia y/o el precedente sean considerados como persuasivos significa que estas formas de creación judicial del derecho tienen como finalidad informar criterios jurídicos que pueden o no ser observados por los operadores jurídicos, dado que su peso en el sistema de fuentes depende eminentemente de lo valiosa que se considere la argumentación jurídica esgrimida, así como el prestigio de la Corte que la emite. Ciertamente de la distinción realizada se puede señalar que el carácter “vinculante” y “persuasivo o auxiliar” son incompatibles entre sí en la lógica de vinculación como verdadera fuente de derecho.⁴⁸¹

En este punto del debate, cabe mencionar que desde una posición eminentemente realista del derecho, se puede advertir la importancia que se le otorga a la jurisprudencia en el sistema de fuentes, puesto que las fuentes “reales”⁴⁸² serán aquellas que los jueces utilizan en la práctica diaria para resolver los casos puestos a su consideración, de lo cual se deriva que para conocer el lugar que ocupa la jurisprudencia y/o precedente en un ordenamiento jurídico específico es importante mirar a la propia jurisprudencia de cada país, debido a que:

para conocer la nómina de las fuentes del derecho corresponde acudir a la jurisprudencia –especialmente la constitucional– de esa sociedad, lo cierto es que una mirada sobre la realidad nos permite comprobar que finalmente los ciudadanos y las autoridades saben que los lugares en donde pueden encontrar las respuestas jurídicas –explícitas o implícitas– que necesitan, se van indicando o precisando por los tribunales en la jurisprudencia.⁴⁸³

Así, la jurisprudencia permite evidenciar el rol dinámico del derecho, pues:

Los límites del derecho están establecidos por los límites de la autoridad jurídica, y el derecho habla a través de sus fuentes. Cuando las fuentes con

480 Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”, *Isonomía*, n.º 21 (octubre de 2004): 462.

481 En la misma línea véase Alexei Julio Estrada, “El precedente jurisprudencial: Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”, *Anuario de derecho constitucional, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional* (Colombia: UEC, 2003), 50.

482 Término utilizado por Posner en *Cómo deciden los jueces* para designar a las fuentes que son el real sustento de las decisiones judiciales.

483 Vigo, *Constitucionalización y judicialización del derecho*, 322.

autoridad que estaban prohibidas se transforman en optativas, y cuando las que eran optativas se transforman en obligatorias, la naturaleza de las fuentes jurídicas ha cambiado, y junto con este cambio viene una transformación en la naturaleza del propio derecho.⁴⁸⁴

En síntesis, tanto la jurisprudencia y/o el precedente obligatorio o vinculante, forman parte del ordenamiento jurídico, por tanto deben ser observadas, de ahí que se constituyen en una de las herramientas más eficaces para limitar la actividad de creación judicial del derecho, dado que frente a las distintas alternativas jurídicamente razonables que pueden presentarse en un caso concreto, se debe optar por aquella alternativa establecida en la jurisprudencia y/o el precedente vinculante determinada por la alta corte.⁴⁸⁵

Finalmente surge, a la par del aspecto de vinculatoriedad del precedente, la noción de mecanismos de disciplina para exigir su observancia, entendiendo por estos a los instrumentos que permiten generar eficacia en el sistema de fuentes,⁴⁸⁶ esto es, los mecanismos jurídicos que permiten obligar a los operadores jurídicos a observar el derecho judicial; los que, vale la pena enfatizar, dependerán del análisis de la estructura de cada ordenamiento jurídico, tal como ocurre en la categorización de “vinculante” o “persuasivo”. A pesar de lo manifestado, *prima facie* si se puede señalar que cualquier recurso o acción previsto en el ordenamiento jurídico que pueda presentarse con el argumento de la vulneración a los derechos de igualdad y seguridad jurídica, puede ser considerado un mecanismo de disciplina idóneo para obligar a la aplicación del precedente constitucional, considerando que, como se analizó en líneas precedentes, estos son los principales derechos tutelados a partir de la vigencia del precedente constitucional.

La existencia de mecanismos para alcanzar la aplicación del precedente y/o jurisprudencia vinculante no necesariamente lleva implícita la idea de la previsión de sanciones, toda vez que el funcionamiento autoritativo del derecho judicial si depende de la posibilidad de corregir la inobservancia de un precedente, mas no necesariamente de la amenaza de sanción, en virtud de dos razones.

La *primera* razón está relacionada con el fundamento de esta fuente del derecho, mencionada en acápites anteriores, principalmente es justificativo más que autoritativo.⁴⁸⁷ Ahora bien, esto no obsta a que en determinadas circunstancias si se apliquen sanciones ante la inobservancia clara

484 Schauer, *Pensar como abogado*, 98.

485 Véase Orozco Muñoz, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*.

486 López Medina, *El derecho de los jueces*, 124.

487 Véase *ut supra* cita 345 de este capítulo.

del derecho judicial.⁴⁸⁸ La *segunda*, ligada a la característica de derrotabilidad de las normas de origen jurisprudencial que, como se analizó en el primer capítulo,⁴⁸⁹ este tipo de normas puede ser modificada frente a nuevas circunstancias no analizadas; así la *ratio decidendi* es moldeada, ajustada, mejorada por medio de la deconstrucción que realizan los jueces en la aplicación del precedente, infiriéndose que el derecho está en continua evolución, razón por la cual no toda inobservancia lleva implícita el desconocimiento del derecho judicial.

Por la forma de creación: Jurisprudencia vinculante y precedente (judicial, jurisdiccional)

Otra de las clasificaciones válidas tiene relación con los criterios de jurisprudencia y precedente. De esta manera, la noción de la jurisprudencia corresponde a las sentencias,⁴⁹⁰ es decir, decisiones de fondo, emanadas de autoridad competente –órganos con potestad jurisdiccional–, las cuales se caracterizan por el atributo de la vinculatoriedad. Como ya se mencionó en el apartado anterior, el efecto de atribuirle “carácter vinculante a la jurisprudencia” denota que la misma se convierte en una verdadera fuente de derecho.

También, como ha quedado sentado, un componente significativo de la *jurisprudencia* que emana de los órganos jurisdiccionales (entiéndase únicamente altas cortes para efectos de este estudio),⁴⁹¹ se refiere a los “criterios” que se consignan dentro de la decisión judicial; no obstante, como se procederá a explicar, no todos ellos se encuentran permeados con el “carácter vinculante”.

En efecto, mientras el *precedente* lo constituyen las razones específicas que sirvieron para fallar en determinado caso, que se pueden encontrar al indagar una sentencia específica, denominada *ratio decidendi*; la *jurisprudencia* la constituyen también una o varias sentencias, pero en ella se encuentran tanto razones o dichos de paso (*obiter dicta*), como las razones para decidir el caso *ratio decidendi*. En este aspecto, debe mencionarse entonces que en una decisión judicial lo general es la jurisprudencia y lo particular es el precedente.

488 Véase al respecto una interesante propuesta de Nelson Hernández Meza, *Las consecuencias disciplinarias del desconocimiento del precedente judicial en Colombia: Bases teóricas de una propuesta en construcción* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario / Ediciones Nueva Jurídica, 2012).

489 Véase *ut supra* cita 202, primer capítulo.

490 Al referirse a “sentencias”, se lo está haciendo a las decisiones que resuelven el fondo del asunto. Dependiendo de cada ordenamiento jurídico, como sucedió por ejemplo en la época del Tribunal Constitucional ecuatoriano, a las decisiones de fondo se las conocía como resoluciones.

491 Marca la diferencia entre el precedente jurisdiccional horizontal y vertical, al cual se hará referencia posteriormente.

En otras palabras, entre la *jurisprudencia* y el *precedente* se advierte que el precedente a más de constituirse como una “parte” del “todo” jurisprudencia, se destaca por ser el conjunto de razones específicas (*ratio decidendi*) que sirvieron para resolver un caso concreto; sin perjuicio de que la *ratio* pueda provenir de una sola sentencia, por ser la fundadora de línea, o de varias que se agrupan para ir construyendo una línea jurisprudencial sobre determinado tema.⁴⁹²

Sobre esa base, no son lo mismo, por ejemplo, los conceptos de jurisprudencia constitucional, que el de precedente constitucional, puesto que la jurisprudencia constitucional es el conjunto de fallos constitucionales, y el precedente es el criterio jurisprudencial obligatorio y vinculante, que se constituye en *ratio decidendi*, razón por la cual la jurisprudencia constitucional sirve de referencia, toda vez que la constituye tanto la *ratio decidendi*, como los *obiter dicta*. No obstante, como se advirtió en el acápite anterior solo el precedente es imperativo, es decir, es únicamente la *ratio decidendi* la que se encuentra cobijada por el principio del *stare decisis*. Así, el precedente es la regla jurisprudencial que nace explícitamente de la decisión analizada, y es vinculante porque se convierte en el sustento mismo de la resolución del caso concreto, puesto que, tomando el concepto utilizado por Diego López Medina, la *ratio decidendi* es la regla controlante que surge de un patrón fáctico determinado.⁴⁹³

Resulta que se está frente a un *precedente* cuando la norma creada a nivel jurisdiccional se incorpora al derecho objetivo, con carácter vinculante, obligando a los operadores jurídicos a aplicarla siempre que en un caso posterior se identifique la analogía fáctica. En tanto que la *jurisprudencia* es aquella que no tiene un momento específico de configuración; es difícil identificarla con una norma perteneciente al derecho objetivo y su efecto vinculante es relativo, ubicándose entre las denominadas *fuentes-hechos*, dado que se construye a partir de la reiteración.

492 El concepto de línea jurisprudencial nace del análisis dinámico del derecho, es decir, del estudio de varias decisiones sobre un mismo problema jurídico, lo cual permite obtener un balance respecto a la coherencia de las altas cortes en la resolución del mismo problema jurídico. Como procedimiento para determinar la existencia de una línea jurisprudencial, Diego López señala “Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte es necesario (i) acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le es propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como “escenario constitucional” relevante; (ii) identificar las sentencias más relevantes (que más adelante denominaremos “sentencias hito”) dentro de la línea jurisprudencial; (iii) finalmente es necesario construir teorías estructurales (i.e. narraciones jurídicas sólidas y comprensivas) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales”. Véase López Medina, *El derecho de los jueces*, 139 y s.

493 Véase López Medina, *El derecho de los jueces*.

De esta diferencia se evoca la idea que el precedente nace en un momento específico, cuando se dicta la decisión que contiene la *ratio decidendi*, creando una norma que pasa a formar parte del derecho objetivo y su efecto vinculante es pleno, ubicándose entre las denominadas *fuentes-acto*,⁴⁹⁴ como una verdadera fuente paritaria⁴⁹⁵ de la disposición normativa objeto de la interpretación. Siguiendo la distinción propuesta entre jurisprudencia constitucional y precedente constitucional, el precedente determina el contenido mismo de la Constitución en un momento determinado.

Entonces, las nociones de “reiteración”, “incorporación al derecho objetivo”, “fuentes-acto” y “fuentes hecho” cobran sentido cuando se acerca al estudio de los conceptos de *jurisprudencia* y *precedente*, razón por la cual conviene delimitar si al momento de aproximarse a ellos se está hablando de algún tipo de *fuentes del derecho*, para de esa manera esclarecer el grado de vinculatoriedad/obligatoriedad que les asiste; cuestión que tiene sustantividad propia, razón por la cual se abordará a continuación.

En esa línea de pensamiento, conviene brevemente aludir a la reflexión que acertadamente plantea Josep Aguiló, respecto a los actos jurídicos y los hechos jurídicos. En efecto, si se revisa la literatura relativa a las fuentes del derecho, entendidas en su sentido jurídico, interno, técnico, formal, etc. –la terminología adoptada pierde relevancia–, existe un elemento que llama inmediatamente la atención: nacimiento de las fuentes del derecho, sea como un proceso o un acto institucional.

En el interior de cada orden jurídico se producen sólidos respecto a cuáles son las fuentes del orden jurídico. Ello no obsta, naturalmente, para que puedan constatarse discusiones sobre si algo en concreto es o no una fuente; por ejemplo, sobre si la jurisprudencia es fuente de derecho ecuatoriano. Lo que sí es cierto es que en cada orden jurídico hay una amplia zona de claridad en torno a la que no se discute. Junto con ello, por otro lado, se observa una notable dispersión en las respuestas a la pregunta de qué son las fuentes del derecho, así el catálogo de definiciones y conceptualizaciones es de lo más variado, así:

En este punto, quiero introducir una supuesta clasificación de las fuentes que nos servirá para vertebrar la exposición posterior. Si definimos a las fuentes como hechos y actos jurídicos, parece obvio que debemos poder distinguir entre las fuentes que son hechos jurídicos y las fuentes que son actos jurídicos. [...] Por el momento, es suficiente con advertir que usaremos la oposición

494 Véase Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho y el orden jurídico* (Barcelona: Planeta, 2012), 68-70.

495 En los términos analizados en este capítulo en el acápite 1.1.2. atinente a “La argumentación jurídica como condición de la existencia del Estado constitucional”.

entre fuentes-hecho y fuentes-acto sin concebirla como una clasificación de las fuentes, sin tomarla como exhaustiva y excluyente.⁴⁹⁶

Dicho esto, un punto de partida interesante para aproximarse a la categorización de la creación judicial del derecho, se traduce en la necesidad de definir qué se entiende por “actos y hechos jurídicos”. En general, puede decirse que los juristas parten de un género que abarca a todos los supuestos de hechos posibles y que se suelen denominar “hechos jurídicos en sentido amplio”. A su vez, dentro de él, distinguen los “hechos jurídicos naturales” de los “hechos jurídicos humanos”. Entre los primeros estarían, por ejemplo, desde un terremoto (fuerza mayor) hasta la muerte o el nacimiento de una persona, pasando por la mayoría de edad. En esta categoría se incluirán todos aquellos hechos que generan consecuencias jurídicas y que ocurren sin intervención humana: su descripción no hace referencia a ninguna acción humana. Frente a ellos, los hechos jurídicos humanos son los que si requieren un agente, alguien que actúe, es decir presuponen una acción humana. Dentro de estos últimos, los hechos jurídicos humanos, los juristas suelen distinguir, a su vez, entre los “hechos jurídicos en sentido estricto” y los “actos jurídicos”.⁴⁹⁷

Es en la categoría de los hechos jurídicos humanos en la que vale detenerse para el análisis. Como quedó expuesto, en esta categoría se enmarcan los hechos jurídicos en sentido estricto y los actos jurídicos: los primeros, podrían definirse como aquellos en los que la consecuencia jurídica se genera con independencia de la voluntad del sujeto que actúa para provocarla; mientras, los segundos, se circunscribirían a aquellos supuestos de hecho

496 “Ahora bien, para que dicha oposición pudiera operar realmente como una clasificación, debería ser exhaustiva y excluyente; esto es, debería permitirnos clasificar todas las fuentes y, además, cada una de ellas debería pertenecer solo a una de esas categorías. Ello no va a ser así: algunas fuentes únicamente resultan explicables como una combinación de hechos y actos jurídicos, y otras no serán ni una cosa ni otra”. Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho*, 50 y 82.

497 No siendo el espacio para profundizar sobre la definición, alcance y clasificaciones de las fuentes del derecho y, mucho menos, sobre el contenido de los actos y hechos jurídicos, para los efectos de esta investigación, concretamente el hecho de esclarecer a qué tipo de fuente pertenece o se puede encasillar a la *jurisprudencia* y al *precedente jurisdiccional*, para consecuentemente determinar el grado de vinculatoriedad que les asiste; se valdrá de la sistematización dogmática que plantea Josep Aguiló para referirse a las fuentes del derecho, ya que su obra se enfoca, entre otros, en analizar concretamente esta temática. Alessandro Pizzorusso también plantea esta distinción entre fuentes-acto y fuentes-hecho para distinguir el proceso de formación del derecho en “Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1229&IDA=35310>>. Consulta: 1 de mayo de 2016. También Riccardo Guastini utiliza la distinción entre actos y hechos para explicar las distintas formas de generación del derecho; véase Guastini, *Las fuentes del derecho*.

en los que para la generación de la consecuencia jurídica es relevante la voluntad del actor para provocarla.⁴⁹⁸

Debido a que Aguiló Regla estructura su clasificación de las fuentes a partir de su asimilación con los actos y hechos jurídicos, corresponde dilucidar qué comprende las fuentes-acto y las fuentes-hecho. En efecto, las fuentes-acto son disposiciones –documentos normativos dotados de eficacia general– resultado del ejercicio de una competencia. En sentido contrario, para mencionar la categoría fuente-hecho, debe encontrarse con un resultado institucional que tiene eficacia general.⁴⁹⁹

Con esos antecedentes es factible afirmar que tanto la jurisprudencia como el precedente son susceptibles de constituirse en fuentes del derecho por distintas vías, y lo que es más, se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano como se analizará en el tercer capítulo, con características propias de la evolución del derecho ecuatoriano.

El modelo del precedente, en la medida en que el juez que dicta sentencia tiene poder para introducir directamente normas, reglas jurisprudenciales, se aproxima bastante en este aspecto al modelo de las fuentes-acto, toda vez que el juez que crea un precedente dicta una norma con vocación de universalidad para casos futuros análogos, advirtiéndose la conexión directa entre la realización del acto normativo de dictar sentencia y el resultado institucional en el sistema de fuentes “precedente”.

Por el contrario, en el modelo de la jurisprudencia las cosas no ocurren de la misma manera; en efecto, la incorporación de las normas generales no se producen como consecuencia directa del acto jurídico de dictar la sentencia, sino como resultado de la reiteración del uso de un determinado criterio en diferentes actos jurídicos, que son dictados independientes entre sí y, por tanto, no constituyen un procedimiento único. En otras palabras, la jurisprudencia adquiere reconocimiento ante la repetición de sus sentencias dado que “No se llamará jurisprudencia, sino a aquella aplicación del derecho repetida y constante, uniforme y coherente, por tal modo que revele un criterio y pauta general, un hábito y modo constante de interpretar y de aplicar las normas jurídicas”.⁵⁰⁰

498 “Algunos ejemplos ayudarán a entender la diferencia entre unos y otros. El testamento lo vemos como un acto jurídico porque las consecuencias jurídicas del mismo solo se desencadenan si el sujeto que actúa (redacta, por ejemplo, una última voluntad) quería (o se presupone que quería) que se desencadenasen. [...] Por el contrario, se dice que el hallazgo del tesoro es un hecho jurídico porque las consecuencias jurídicas se generan con independencia de la voluntad del sujeto que actúa de provocarlas”. Véase Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho*, 69-71.

499 *Ibíd.*, 96 y 114.

500 Carolina Schiele Manzar, “La jurisprudencia como fuente de derecho: El papel de la jurisprudencia”, 185, <<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

De esa forma, mientras que la producción del resultado institucional sentencia se halla en control del juez en un proceso determinado, la creación de la doctrina jurisprudencial no, porque no existe un momento específico de creación.⁵⁰¹ Los actos normativos del juez son, en este aspecto, meramente contribuyentes a la producción del resultado institucional jurisprudencia. El requisito de la acumulación de sentencias se aproxima a la categoría de los hechos jurídicos, más que al de los actos jurídicos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho que al de las fuentes-acto. En realidad, si se repasa la doctrina al respecto es fácil percatarse de que no han faltado explicaciones de la jurisprudencia que la han concebido como una costumbre judicial, como la citada por Carolina Schiele en el siguiente sentido: “El derecho judicial adquiere reconocimiento ante la repetición de sus sentencias, y siendo una forma consuetudinaria de derecho tendrá características particulares”.⁵⁰²

Como se puede apreciar, desde el tipo de fuentes al que pertenecen la jurisprudencia (fuente-hecho) y el precedente (fuente-acto), existen diferencias a ser consideradas a la hora de adentrarse en su análisis en el siguiente capítulo. En efecto, los precedentes pueden ser identificados solo a partir de una decisión, también pueden ser comprendidos a la luz de una serie de decisiones, cadena de precedentes, bastando una sentencia fundadora de línea, o cualquier otro tipo de sentencias importantes, que modifiquen o creen una nueva tesis jurídica para formar un precedente. En tanto que el concepto de jurisprudencia como decisiones reiteradas de los tribunales –diferencia cuantitativa– contribuye en menor medida para la comprensión del rol vinculante de la creación judicial del derecho.

En síntesis, del recorrido efectuado hasta el momento, se puede inferir el desencuentro entre estos conceptos, así, la “eficacia general” de la *jurisprudencia* y del *precedente* estarían dados, en el primer caso, por la reiteración en varias sentencias de los criterios interpretativos que el órgano jurisdiccional de cierre le dé a los problemas que llegan a su conocimiento; y, en el segundo caso, por la delimitación de la *ratio decidendi* creada a nivel jurisdiccional, e incorporada al derecho objetivo, con carácter general, obligando a los operadores jurídicos a aplicarla, siempre que quede identificado el cumplimiento de la analogía entre los hechos relevantes del caso precedente y el caso actual, lo que será abordado el momento en el que se analice la configuración de la jurisprudencia y el precedente en el sistema ecuatoriano.

501 Véase Guastini, *Las fuentes del derecho*.

502 Schiele Manzar, “La jurisprudencia como fuente de derecho”, 185.

Por los efectos que origina: Precedente con efectos verticales y precedente con efectos horizontales

Los efectos verticales del precedente atañen al conjunto de razones emanadas de los órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones ordinaria o constitucional, que los jueces inferiores están obligados a observar,⁵⁰³ sin perjuicio de que con la debida argumentación puedan apartarse del mismo justificando una disanalogía con el caso precedente (*distinguish*), sobre la base de la característica de derrotabilidad de las normas provenientes del derecho judicial. Sentado esto, respecto al *overruling* es importante resaltar que las judicaturas inferiores no podrían desconocer el precedente existente, dado que modificar o abandonar un precedente (*overruling*) solo puede hacerlo el máximo órgano de administración de justicia que instituyó el precedente.

La obligación de observancia que genera un precedente depende fundamentalmente de la posición jerárquica de los dos tribunales implicados; de lo cual se advierte que la *ratio decidendi* que resuelve el órgano de cierre, vincula en el futuro a los tribunales inferiores, cuando se presenten casos análogos con el resuelto precedentemente. Como ya se indicó, existen tan solo dos alternativas para el juez que debe decidir en el futuro: 1. Declarar y aplicar el precedente ya existente; o 2. Distinguir el caso, es decir, mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante y apartarse del precedente (*distinguish*); y es esta segunda posibilidad en la cual el juez requiere señalar los hechos relevantes que demanden un estudio diferenciado del precedente, habilitando el margen de maniobra de los tribunales inferiores. En efecto: “A veces, puede sostenerse que la decisión de un tribunal superior no es más que *dicta* y no parte del fundamento que se espera que obedezca el tribunal inferior. Como hipótesis, un argumento como ese es posible”,⁵⁰⁴ ya que no coarta la capacidad de interpretación más si la circunscribe.

Con respecto al *precedente horizontal*, se puede decir que constituye el conjunto de razones que los propios órganos de cierre de las respectivas jurisdicciones: ordinaria o constitucional, están obligados a seguir al momento

503 “Sin embargo, esto no quiere decir que no existe la obligación de los jueces inferiores de sujetarse a sus propios fallos anteriores cuando se les presenten casos nuevos análogos tanto en lo conceptual y lo fáctico. En realidad no solo es una obligación ética de los jueces y servidores públicos, sino que radica también en la obligación de igual trato ante la ley y en su aplicación, entendiendo “igualdad ante la ley” en el sentido de igualdad jurídica, concomitante con el principio de universalidad de la argumentación jurídica”. Ver Guilherme Marinoni, *Bases para un sistema de precedentes judiciales*, 17.

504 Schauer, *Pensar como abogado*, 72.

de resolver un caso en concreto, sin que esto obste para que con la debida argumentación puedan apartarse del mismo justificando su modificación (*distinguished*) o abandonándolo (*overruling*).⁵⁰⁵

Ciertamente, los efectos horizontales del precedente, generan lo que se denomina el principio *stare decisis* –estar a lo decidido–,⁵⁰⁶ es decir, la obligación de la alta Corte de observar sus criterios a futuro, siempre que se plantee otra vez la misma cuestión; así, la *ratio decidendi*, la razón, el criterio o norma que resuelve el caso, vincula en el futuro al tribunal que la ha desarrollado.

De lo señalado hasta aquí, se deduce que los efectos horizontales del precedente dan paso a tres alternativas al tribunal que debe decidir en el futuro: La primera, declarar y aplicar el precedente ya existente; la segunda, distinguir el caso, es decir, mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante y apartarse del precedente (*distinguish*); y, la tercera, si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, derogarlo o anularlo (*overruling*).

A diferencia de las judicaturas inferiores, el tribunal que generó el precedente tiene una mayor posibilidad de maniobra, puesto que a diferencia de los tribunales inferiores que se enfrentan con decisiones de sus superiores, los tribunales que consideran sus propias decisiones anteriores tienen la capacidad hasta de *invalidarlas*. Así, pueden reconocer que el caso actual presenta la misma cuestión decidida en el caso precedente, pero rechazar igualmente la decisión anterior de manera fundamentada, de lo cual se advierte que la obligación de seguir una decisión anterior nunca es absoluta, se trata de lo que en el primer capítulo se denominó “la flexibilidad de la aplicación del precedente” al estudiar su aplicación en EE. UU.⁵⁰⁷

Adelantando en este aspecto el estudio de la creación judicial en Ecuador, se puede citar que la CC sobre el principio *stare decisis*, de manera interesante ha señalado que el acatamiento a sus precedentes en la resolución de casos posteriores análogos involucra impartir justicia, paz, igualdad y legitimidad, de ahí que se colige la vinculación que la propia Corte debe realizar de sus precedentes, determinando por ejemplo que:

El *stare decisis*, el mismo que constituye un elemento conductor para la decisión del venidero caso análogo, pues, las decisiones anteriormente adoptadas por la misma CC, como regla, obliga a respetar sus propios precedentes para mantener la coherencia en las argumentaciones y soluciones enunciadas en aras de la uniformidad. De allí, cuando se presenta en la judicatura constitucional

505 Véase Luiz Guilherme Marinoni, *Bases para un sistema de precedentes judiciales*, 116-8.

506 Sobre este principio ya se analizó en el capítulo I; véase cita 140.

507 Sobre el término flexible se analizó también en el capítulo I, véase cita 256.

una demanda o acción por parte de cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, y si ese caso tiene como precedente una sentencia en la cual ya se reconoció o negó el derecho reclamado, habría instalado condiciones de predictibilidad, por lo que el ulterior caso necesariamente debe guardar armonía o de lo contrario constituiría una verdadera herejía jurídica, pues habría garantizado la vigencia de los derechos constitucionales para uno y para los otros no. Este principio involucra las nociones de justicia, paz, igualdad y legitimidad. En consecuencia, por añadidura, la sentencia ulterior sigue su efecto a la sentencia anterior, en aplicación del principio *stare decisis*, que *prima facie* es aceptar lo resuelto en el pasado y no alterar lo decidido. En resumen, el *stare decisis* obliga a la Corte, mantener los razonamientos (*rationes decidendi*) de las decisiones concretas tomadas anteriormente.⁵⁰⁸

En lo que tiene que ver con esta misma decisión, la doctrina del *stare decisis* demuestra su autoridad en virtud de sus razonamientos, puesto que estos explican y configuran el sentido de la legislación o determinan soluciones para los casos aún no legislados. En su criterio, tienen importancia como fuente del derecho, ya que la autoridad de la CC influye sobre la labor del legislador y en la interpretación judicial; este razonamiento ha sido desarrollado y mantenido en varias decisiones constitucionales.⁵⁰⁹

Acerca de la aplicación del principio *stare decisis* por parte de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), la CC determinó que es obligación de la Corte Nacional observar sus criterios esgrimidos en el pasado con la finalidad de precautelar la vigencia de los derechos constitucionales; así señaló:

De allí que por principio procesal *stare decisis*, que no es otra cosa que mantener y guardar coherencia con las decisiones adoptadas y aplicar en los fallos posteriores, toda vez que se debe observar el principio de igualdad procesal, debió haber fallado de la misma manera, ya que el principio *stare decisis* horizontal es un elemento conductor para la decisión del venidero caso análogo, pues las decisiones anteriormente adoptadas por la misma Corte Nacional, como regla, obligan a respetar sus propios precedentes para mantener la coherencia en las argumentaciones y soluciones enunciadas en aras de la uniformidad. De allí que cuando se presenta en la judicatura una demanda o acción por parte de cualquier persona, vulnerada en uno o más de sus derechos, y si ese caso tiene como precedente una sentencia en la cual ya se reconoció o negó el derecho reclamado, habría instalado condiciones de predictibilidad, por lo que el ulterior caso necesariamente debe guardar armonía, de lo contrario constituiría una verdadera herejía jurídica, pues habría garantizado la vigencia de los derechos constitucionales para uno, y para los otros no. Por tanto, la sentencia ulterior sigue su efecto a la sentencia anterior, en aplicación de la regla *stare decisis* horizontal, que es en principio, aceptar

508 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Sentencia 139-15-SEP-CC], caso 1096-12-EP.

509 Véase Anexo 1, Desarrollo del principio del *stare decisis* en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

lo resuelto en el pasado y no alterar lo decidido. En resumen, el principio *stare decisis* obliga a la Corte Nacional a mantener los razonamientos (*rationes decidendi*) de las decisiones concretas tomadas anteriormente.⁵¹⁰

Esos, entre otros criterios, denotan la preocupación de la CC por reflexionar y argumentar sobre la vigencia y eficacia del principio *stare decisis*, con relación a los criterios de la propia Corte como de la Corte Nacional; es decir, la vinculación que tienen las altas cortes a su producción jurisprudencial, lo cual denota una transformación en el entendimiento de las fuentes del derecho, dejando de lado el formalismo por el cual la ley es fuente primigenia del derecho.

En síntesis, los efectos verticales del precedente están ligados a la observancia del precedente de una alta corte, del cual pueden alejarse presentando los criterios por los cuales el caso actual se distingue del precedente. En lo que respecta a los efectos horizontales del precedente, estos están ligados a la vinculación de la propia judicatura a las decisiones pasadas, lo que en estricto sentido es la observancia al principio del *stare decisis*; ahora bien, esta vinculación no resta capacidad interpretativa y argumentativa para que de manera fundamentada sobre la base del discurso práctico, la propia alta corte pueda alejarse, ya sea distinguiendo o creando un nuevo precedente.

El valor de la jurisprudencia en el Estado constitucional a la luz de sus elementos centrales

En este capítulo se analizó el debate teórico actual respecto a la creación judicial del derecho, lo cual permitió poner en relieve las transformaciones de la nueva concepción del derecho desde la óptica constitucional, distinguiéndola de la legal, principalmente, en lo atinente a la supremacía constitucional, aplicación directa de la Constitución y efectiva tutela de los derechos, características que se relacionan con el objeto de este estudio.

Como toda transformación implica un cambio, se advierte que la teoría de las fuentes del derecho evoluciona, puesto que la concepción misma del derecho se transforma, y con ella también el reposicionamiento que adquiere la jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos constitucionales de cada país. En efecto, se abandona el ideal por el cual se considera que el derecho es pleno, completo y coherente, reconociendo a contrario sensu, que es contradictorio, lleno de vacíos y potencialmente

510 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Sentencia 112-14-SEP-CC], caso 2204-11-EP.

indeterminado, realidad que obliga a una labor más compleja del juez que la mera subsunción.

Ciertamente, el juez ya no es boca muda de la ley, sino que se convierte en uno de los generadores del derecho a partir de la actividad interpretativa y argumentativa del derecho, y sin pretender incentivar un reduccionismo jurisprudencial, las normas de origen judicial nacen de la interpretación de disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual dependen ya sea de la Constitución o la ley, de ahí que el término utilizado por parte importante de la doctrina,⁵¹¹ referente a *normas adscritas* es diáfano en el proceso de conformación del derecho. Aquello en virtud que su soporte es el proceso de interpretación/argumentación de disposiciones constitucionales o legales en casos concretos, normas que tendrán vocación de generar reglas de aplicación para futuros casos análogos dadas ciertas condiciones de relevancia.

Así, el reconocimiento de la creación judicial del derecho conduce al estudio de la teoría de la separación de poderes, la que debe ser actualizada para que responda a las complejas realidades de cada uno de los Estados, lo cual solo se puede obtener cuando existe un adecuado sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio del poder, y un cabal entendimiento de la esfera de acción de la función judicial para evitar incursionar en el *activismo judicial negativo*.

Ahora bien, adicional al reconocimiento de un lugar al derecho judicial en las fuentes del derecho, surge la necesidad de generar mecanismos que eviten la arbitrariedad, así junto con los límites materiales de la Constitución surge el nuevo método jurídico, que permite dar cuenta del *iter* intelectual que recorre el razonamiento jurídico, camino compuesto tanto de una fase de descubrimiento y principalmente de una fase de justificación; es decir, una adecuada argumentación jurídica.

Queda evidenciado, por tanto, que la argumentación y creación judicial del derecho se encuentran íntimamente relacionadas, pues la racionalidad de la creación y en consecuencia la justificación de ese derecho judicial, están fuertemente ligadas a la premisa de la universalización que hace que los jueces controlen no solo los efectos presentes de las decisiones, sino también, mirando hacia el futuro, con conciencia de los efectos que la decisión surtirá en los casos análogos, de lo que se deriva que la

511 Término utilizado por Hermes Zaneti Jr, *El valor vinculante de los precedentes*; Da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial*; Orozco Muñoz, *La creación judicial*; López Medina, *El derecho de los jueces*; Alarcón Peña, "Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado", en Luis Fernando Ávila Linzán, *Repertorio constitucional 2008-2011* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador/ CEDEC, 2012), entre otros.

observancia al precedente genera también un mecanismo para evitar la arbitrariedad y limitar la discrecionalidad judicial, sobre la base de la aplicación de los principios de la argumentación: universalidad, coherencia y consistencia.

Ciertamente, la justicia, igualdad y seguridad jurídica se ven afianzados a partir de una vinculación al derecho judicial, puesto que lo que se persigue es dar el mismo trato que se le ha dado en el pasado a un patrón fáctico determinado, así como hacer previsible *ex ante* la actuación de la administración de justicia mediante la predeterminación de sus contenidos, con lo cual se impide que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios jueces, evitando así directamente una vulneración a los derechos a la igualdad y la seguridad jurídica. En suma, la finalidad es hacer viable la denominada “regla de la justicia” a partir del análisis de tres criterios: estándar de la conducta, igualdad y condición de excepción; esto conlleva a un verdadero análisis de las características relevantes de cada caso.

Finalmente, en atención a que las clasificaciones tienen únicamente una finalidad pedagógica quedó evidenciado que a partir del criterio de vinculatoriedad del precedente se pone de manifiesto que la creación judicial del derecho es una verdadera fuente de derecho cuando es capaz de generar consecuencias ante su inobservancia, así, efectos vinculantes y obligatorios –en la lógica de que el derecho está constituido por hechos, valores y normas– tienen relación con la capacidad del derecho judicial para ser considerado como fuente objetiva en un ordenamiento jurídico dado.

En relación con la forma como nace el derecho judicial se tiene que la jurisprudencia, decisión judicial, está constituida tanto por la *ratio decidendi* –razón principal de la decisión– como por los *obiter dicta* y la *decisum*, y para que exista jurisprudencia vinculante se requiere generalmente de algún criterio de reiteración, lo cual asemeja su generación a una forma de fuente-hecho del derecho. En tanto que el precedente nace únicamente de la *ratio decidendi*; es decir, solo la consideración principal que es sustento de la resolución tiene fuerza vinculante, por lo tanto, obliga.

En cuanto a los efectos, se evidenció que el precedente puede tener tanto efectos verticales como horizontales, de estos últimos se origina el principio *stare decisis*; es decir, la vinculatoriedad de la propia judicatura a sus decisiones pasadas. La particularidad que presenta esta fuente de derecho es la característica de la derrotabilidad, de ahí que los efectos que generan los precedentes están ligados a las técnicas de aplicación del precedente, tanto para la observancia, como para el alejamiento del mismo,

ya sea porque el nuevo caso tiene particularidades que merecen ser analizadas, o porque se requiere crear un nuevo criterio sobre el mismo asunto.

A partir de las categorías analizadas se puso de manifiesto tres cuestiones centrales en la creación judicial del derecho: cómo se genera, la determinación y aplicación de su significado y la función normativa que desempeña en el ordenamiento constitucional, lo cual permitirá abordar adecuadamente en el siguiente y último capítulo el estudio del precedente constitucional ecuatoriano.

Capítulo III

LA CREACIÓN JUDICIAL EN ECUADOR: JURISPRUDENCIA VINCULANTE Y PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El campo jurídico es el lugar en el que se lleva a cabo una competencia por el monopolio del derecho a determinar qué es el derecho.

–Pierre Bourdieu⁵¹²

En este capítulo se procederá a construir una teoría, tanto descriptiva como prescriptiva del precedente constitucional ecuatoriano a partir de las bases epistemológicas estudiadas en los dos primeros capítulos. Para alcanzar este fin, se realizará un análisis de la primera gran distinción establecida en el texto constitucional acerca de cómo nace el derecho judicial en Ecuador en el ámbito de la justicia ordinaria “jurisprudencia obligatoria” y en el ámbito constitucional “precedente constitucional”.

Luego de establecida la distinción entre la formación de la jurisprudencia vinculante y el precedente constitucional, respecto de este último se realizará un análisis pormenorizado, de los efectos de las sentencias y, en consecuencia, de los mecanismos de disciplina para su observancia. Más adelante se determinará cómo opera la vinculación del precedente a partir de la especial estructura que ha adquirido en la praxis constitucional, para finalmente observar su eficacia con base a la aplicación del método sociológico –análisis de la jurisprudencia de la CC, dictada a partir de la resolución de las distintas acciones constitucionales–, y así determinar cómo el precedente se ha ido incorporando como fuente de derecho objetivo en el ordenamiento constitucional ecuatoriano y en los problemas que existen en la práctica para proponer algunas soluciones y solventarlas.

La noción de la “jurisprudencia obligatoria” en Ecuador

Como se estudió en el capítulo anterior,⁵¹³ la noción de jurisprudencia tiene relación con la aplicación del derecho repetida, constante, uniforme

512 Pierre Bourdieu, “The Force of the Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”, <http://derechocambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu%255B1%255D.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

513 Véase capítulo II, apartado 4.2.

y coherente, de modo tal que revela un criterio y pauta general, de interpretar y de aplicar las normas jurídicas; entonces, en el caso ecuatoriano la *jurisprudencia obligatoria* es el término constitucional dispuesto para denominar a aquellas razones contenidas en las sentencias de la CNJ, configuradas a partir de la reiteración en la resolución de un mismo problema jurídico, que nace de la resolución de los recursos de casación⁵¹⁴ interpuestos. Así, la Constitución dispone:

Artículo 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la CNJ que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.⁵¹⁵

Se advierte de la disposición constitucional que la configuración de la jurisprudencia obligatoria debe cumplir con un *iter* que debe ser observado para que la jurisprudencia se constituya en una fuente directa de derecho; es decir, existe un procedimiento para que nazca a la vida jurídica y, por lo tanto, genere efectos, pues no basta con la resolución de un caso a partir de una sentencia, tal como se analizará a continuación.

En *primer* lugar, de la normativa constitucional se colige que es necesario que exista un pronunciamiento reiterado sobre la resolución de un mismo punto de derecho, por tres ocasiones,⁵¹⁶ emitidos por la Sala

514 El recurso de casación entendido “como una fórmula de control de legalidad, que funcione cuando las partes procesales interpongan el recurso, por considerar que existe infracción a la ley, y que dicha infracción efectúa sus intereses particulares”, de lo cual se deduce que esta institución “se constituye en la vía y el vehículo único para acudir en casación a corregir los errores de derecho, constituyéndose los particulares en un auxilio del Estado para vigilar el cumplimiento de la ley; tales particulares, por su parte, solo a través de la detección de la infracción legal pueden obtener en la casación que se repare la injusticia del caso concreto”. Miguel Macías Hurtado, “Lineamientos generales de la casación”, en Ernesto Albán Gómez y otros, *La casación: Estudios sobre la Ley n.º 27* (Quito: CEN, 1994), 13-4.

515 CRE, art. 185.

516 Es importante señalar en este aspecto que la práctica de la CNJ ha entendido la reiteración por tres ocasiones, como se puede constatar de la revisión de cualquier resolución de jurisprudencia obligatoria de la CNJ (para el efecto véase Anexo 2, Resoluciones de jurisprudencia obligatoria de la CNJ); sin embargo, Luis Cueva Carrión señala: “Para que haya jurisprudencia obligatoria, la mencionada normal legal [art. 19 de la Ley de Casación] exige que haya triple reiteración; esto significa que, previamente, debe existir un fallo que nosotros lo denominamos fallo base, y a este fallo base se lo debe reiterar, en el mismo sentido, tres veces: por tanto, para que haya

especializada a partir del conocimiento y resolución de los recursos de casación presentados. Que se haya establecido en la disposición constitucional tres, y no dos, cuatro, cinco,⁵¹⁷ o cualquier otro número⁵¹⁸ no tiene ningún fundamento jurídico sólido, simplemente se deja entrever el acto decisorio del constituyente, emulando la Ley de Casación de 1993.

En *segundo* lugar, la sala deberá remitir “el fallo” al Pleno de la CNJ –expresión utilizada por el constituyente–;⁵¹⁹ sin embargo, en la práctica se debería considerar que para verificar la reiteración por parte del Pleno de la CNJ es necesario remitir los tres criterios coincidentes y no exclusivamente el “fallo”, que podría ser el primero, segundo o tercero emitido; la disposición constitucional no señala cuál, en el que consta la reiteración, con la finalidad de que el Pleno evalúe si dicho criterio se constituye o no en “jurisprudencia obligatoria”.

En *tercer* lugar, acerca de quienes participan en la emisión de la “jurisprudencia obligatoria” no se reduce a los jueces que conocieron y resolvieron las causas en aquellos casos que se dieron las reiteraciones del criterio, sino a todos los jueces que conforman el Pleno de la CNJ, puesto que este debe pronunciarse o “ratificar” el criterio, de acuerdo con la disposición constitucional. Es decir, la generación de la jurisprudencia obligatoria no se circunscribe a una actividad eminentemente jurisdiccional, puesto que no es consecuencia inmediata de la resolución de casos concretos, sino de las resoluciones de “aprobación” del Pleno de la CNJ. Ante la ausencia de la actividad del Pleno en sesenta días el criterio se convertirá en “jurisprudencia obligatoria”.

jurisprudencia obligatoria se requiere la existencia de cuatro fallos uniformes sobre el mismo punto de derecho”, criterio que ciertamente puede encontrar fundamento en una interpretación literal, mas no ataca de fondo la interpretación que la CNJ que tiene un fundamento en la interpretación literal, respecto a requerir tres y no cuatro fallos. Véase Luis Cueva Carrión, *El recurso de casación: reformas, proceso de conocimiento, jurisprudencia obligatoria y práctica* (Quito: Artes Gráficas Señal, 1997), 96.

517 En el caso mexicano, para que un criterio se constituya en obligatorio requiere la reiteración por cinco ocasiones. Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, “Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XV. Montevideo: 2009, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr16.pdf>>. Consulta: 1 de junio de 2016.

518 En Brasil se ha señalado: “Artículo 103-A. El Supremo Tribunal Federal podrá, de oficio o de parte, mediante decisión de dos tercios de sus miembros, luego de reiteradas decisiones sobre materia constitucional, aprobar una sùmula que, a partir de su publicación en el diario oficial, tendrán efecto vinculante en relación con los demás òrganos del poder judicial y la administración pública directa e indirecta, en las esferas federal, estatal y municipal, así como proceder a su revisión o cancelación, en la forma establecida por la ley”. “Presidência da República: Casa Civil-Emenda Constitucional n.º 45”, citado por Hermes Zanetti Jr., *El valor vinculante de los precedentes*, 258.

519 “Las sentencias emitidas por las salas especializadas [...] obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte...”, *CRE*, art. 185.

En *cuarto* lugar, se encuentra el procedimiento a observarse para el cambio de jurisprudencia; así la Constitución determina que a más de la necesidad de una argumentación racional que justifique el cambio de criterio, el “fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala”, de lo cual se colige que para el cambio de jurisprudencia solo se requerirá un “fallo” y no tres, a diferencia de su constitución, mas este debe ser emitido de forma unánime, lo cual genera varias contradicciones en la práctica, las cuales se analizarán en los apartados siguientes.

Una vez establecido el procedimiento constitucional, es importante resaltar por qué se utiliza el término “jurisprudencia vinculante” y no “precedente” para el derecho judicial creado por la CNJ en Ecuador. En este sentido, vale señalar que no es una cuestión pacífica a dilucidar, no se reduce a un tema de carácter sintáctico, ya que como se estudió en el capítulo anterior está estrechamente relacionado con la forma de cómo se genera el derecho judicial y a partir de qué formalidades se puede hablar de jurisprudencia obligatoria.

En efecto, el término “jurisprudencia obligatoria” puede generar varias objeciones, que vendrán dadas por la propia normativa constitucional, puesto que el art. 185 expresamente determina que la CNJ tiene entre sus competencias la de “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”,⁵²⁰ de lo cual parecería ser que la creación en sede judicial por parte de la sala se asemeja más a la del precedente, concepto acuñado por algunos profesores ecuatorianos.⁵²¹

Sin embargo, debe preferirse el término *jurisprudencia obligatoria*⁵²² por cuanto el proceso de formación de la *jurisprudencia obligatoria*, determinado

520 “La uniformidad de la jurisprudencia que se pretende con el recurso es un medio para la consecución de eficacia de otra garantía constitucional, cual es, la de la igualdad ante la ley. Esta garantía significa que el Estado debe dar igual tratamiento legal a los iguales, en iguales circunstancias. Luego, es a todas luces necesario, para lograr el cumplimiento de la garantía constitucional, que los jueces interpreten y apliquen la ley de la misma forma a los particulares que se encuentran en iguales circunstancias. Para ello es necesario conseguir la uniformidad de la jurisprudencia que es uno de los objetivos del recurso de casación que, a su vez, es consecuencia del interés del individuo de lograr certeza en su derecho”. Jorge Zavala Egas, “La Ley de Casación: principales postulados”, en Ernesto Albán Gómez y otros, *La casación*, 13-4. La referencia normativa se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador [2008], art. 184.2.

521 Véase Zavala Egas, “La ley de Casación”; Juan Montaña Pinto, “Los precedentes obligatorios en la Constitución ecuatoriana”, en *Boletín Institucional-Corte Nacional de Justicia*, n.º 20 (noviembre-diciembre de 2015), <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Principal/Evelyn/Pdf/boletincnj020.pdf>>. Consulta 1 de mayo de 2016; también véase Bazante Pita, *El precedente constitucional*, entre otros.

522 Con gran cercanía al término que se utiliza en este trabajo, Santiago Andrade utiliza el de “doctrina jurisprudencial”. Véase Santiago Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador: Doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil y mercantil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas* (Quito: UASB-E / Andrade & Asociados, 2005).

en el art. 185 de la Constitución, guarda similitud con la generación de jurisprudencia de corte de las familias de origen en el *civil law*, en tanto que se constituyen como la aplicación repetida, constante, uniforme y coherente que revela un criterio general de interpretar y aplicar las normas jurídicas. Más aún, como se analizó en el capítulo anterior, la formación de la *jurisprudence constante* en Francia surge a partir de la instauración del recurso de casación, originando la aplicación uniforme de los criterios judiciales en casos análogos –fuerza persuasiva–; criterio que fue exportado a España con las variaciones analizadas en el primer capítulo, respecto a la doctrina legal. Es decir, para que exista jurisprudencia necesariamente se requiere de reiteración.

La lógica del precedente es distinta, no nace de la repetición, sino del análisis de la *ratio decidendi* de una sentencia, de un patrón fáctico determinado y no requiere de formalidades para su instauración, contrario a lo que claramente dispone el art. 185 de la Constitución. Entonces, estas son las razones por las que se utilizará el término *jurisprudencia obligatoria* para denominar a los criterios vinculantes de la CNJ, dado que este concepto se ajusta a la visión histórica y doctrinaria desarrollada para la creación judicial del derecho en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law*, tal como se explicó en el primer capítulo.

Incorporación de la jurisprudencia obligatoria en Ecuador

En este apartado se analiza cómo las diferentes previsiones legales existentes en Ecuador configuraron un sistema de jurisprudencia obligatoria con ciertos rasgos característicos que dejan entrever la práctica formalista ecuatoriana.

Así, el antecedente más remoto de la llamada jurisprudencia, es decir, la posibilidad que las sentencias tengan efectos vinculantes a más de las partes, para terceros, se encuentra en materia tributaria, a partir de la creación del Tribunal Fiscal –independiente de la Función Judicial– en 1959,⁵²³ por medio del cual, un solo fallo se constituía en “norma de aplicación de las leyes tributarias”. Posterior, en esta misma materia, con la

523 “Artículo 5.- Jurisprudencia.- Los fallos que dicte el Tribunal Fiscal constituirán la norma de aplicación de las Leyes Tributarias, tanto por el mismo Tribunal como por las autoridades administrativas. En cualquier tiempo, el Tribunal, por propia iniciativa o a pedido de la administración interesada o del asesor fiscal, podrá modificar la jurisprudencia establecida. Los fallos del tribunal y las rectificaciones que este haga de su propia jurisprudencia, serán publicados, en un órgano oficial del propio Tribunal”. Ecuador. *Decreto Ley de Emergencia* 10 (15 de junio de 1959), en RO 847 (19 de junio de 1959).

promulgación del Código Fiscal en 1963 y la creación de otra Sala Fiscal, el Pleno del Tribunal tenía la potestad para “b) Fijar la jurisprudencia del Tribunal en caso de fallos contradictorios, así como modificarla de oficio o a pedido motivado de las autoridades administrativas interesadas siempre que lo juzgue conveniente”,⁵²⁴ otorgándole un valor de unificación.

No obstante, la jurisprudencia categorizada como obligatoria, es decir como verdadera fuente de derecho, generadora de efectos en el ordenamiento jurídico ordinario ecuatoriano, se instituye en el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano, a partir de dos eventos importantes. El primero, relacionado con las reformas constitucionales introducidas en la Constitución vigente en el año 1993, por la que se modificó la tercera instancia –de conocimiento de la CSJ– por el recurso de casación.⁵²⁵ El segundo, se encuentra relacionado con la promulgación de la derogada Ley de Casación,⁵²⁶ por medio de la cual la CSJ a través de los denominados “fallos de triple reiteración” vinculaban únicamente a los jueces inferiores sobre el criterio de derecho esgrimido en un determinado asunto controvertido, tratando de otorgarle el valor sistémico, es decir, más allá del establecido para las partes del proceso.⁵²⁷

En efecto, los jueces y tribunales del país se encontraban obligados a aplicar, en la resolución de sus casos, los criterios jurisprudenciales de triple fallo, cuando las salas de la ex COIP se habían pronunciado en casos análogos. Así, el inciso segundo del art. 19 de la Ley de Casación disponía: “La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicaciones de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema”, razón por la cual, únicamente si existía un criterio uniforme emitido en tres decisiones distintas, que resuelvan un mismo punto de derecho, se podía considerar que existía jurisprudencia, y por tanto era de observancia obligatoria para todas las jurisdicciones excepto para la propia Corte.

524 Ecuador. *Código Fiscal*, expedido mediante Decreto-Ley de Emergencia 29 (24 de junio de 1963), promulgado en el RO 490 (25 de junio de 1963).

525 “Artículo 102.- La Corte Suprema de Justicia actuará como tribunal de casación en todas las materias. Ejercerá además todas las atribuciones que le señalen la Constitución y la Ley.” *Constitución Política del Ecuador*, en RO, 183 (5 de mayo de 1993). Al respecto, véase Albán Gómez, *La casación*.

526 *Ley 27*, RO 192 (18 de mayo de 1993), derogada expresamente mediante la Disposición Derogatoria Segunda del Código Orgánico General de Procesos, en Registro Oficial, Suplemento (en adelante citado como ROS), 506 (22 de mayo de 2015).

527 En el caso ecuatoriano el recurso de casación y la vinculatoriedad a la jurisprudencia tiene una evolución de reciente data, a diferencia de otros países latinoamericanos, por ejemplo, en México en 1882 y en Colombia en 1886 se instituyó normativamente dicho recurso y algún efecto para los criterios repetidos, constantes, uniformes de las altas cortes. Véase Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente del derecho: Visión histórica y comparada”, *Umbral: Revista de Derecho Constitucional* (enero a junio del 2011): 21-54.

Para que la jurisprudencia sea vinculante de conformidad con la Ley de Casación de 1993, requería de dos elementos,⁵²⁸ por un lado, la regla de reiteración, es decir, la coincidencia del criterio emitido en tres fallos; y por el otro, la regla de origen; únicamente la ex COIP, en su calidad de máximo órgano de interpretación judicial de la ley, podía generar jurisprudencia mediante el triple fallo.

Acerca del mecanismo para obligar a los jueces y tribunales a acatar el triple fallo, se instituyó como una de las causales de casación en el art. 3, num. 1 del cuerpo legal citado que el recurso procede cuando ha existido “1a. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva...”. De lo que se deriva que la jurisprudencia obligatoria se encontraba, de acuerdo con la redacción de la norma, al mismo nivel de la ley, pues la “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho” incluye a los “precedentes jurisprudenciales obligatorios”.

Respecto al sistema de jurisprudencia obligatoria instaurado a partir de la vigencia de la Ley de Casación en 1993, es necesario realizar dos puntualizaciones. En primer lugar, los efectos de los fallos dictados por la CSJ antes del triple fallo reiterativo solo generan efectos *inter partes*, es decir, entre el primer y el segundo fallo sobre el mismo punto de derecho no existían efectos vinculantes para casos análogos, lo cual generaba vulneraciones al principio de igualdad en la aplicación de la ley, seguridad jurídica y confianza legítima en el ordenamiento jurídico,⁵²⁹ toda vez que no existen criterios uniformes sobre la aplicación de la ley, sino tan solo a partir del triple fallo. De lo cual surgen varias interrogantes, por ejemplo: a pesar de la no existencia de jurisprudencia en sentido formal, cabe preguntarse si es posible exigir que se siga el criterio establecido en el primer caso y el segundo caso que versan sobre hechos análogos o si, acaso, no es una exigencia del principio de universalidad fallar en el mismo sentido aun cuando no exista “triple fallo”.

En segundo lugar, la regulación de la Ley de Casación excluía a las salas de la Corte Suprema de los efectos vinculantes de la jurisprudencia, con lo cual se creaban criterios vinculantes para todas las judicaturas de las que sus generadores se encontraban librados; así también podía ocurrir vulneraciones a los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza

528 Criterios detallados por López Medina en “La jurisprudencia como fuente del derecho”.

529 Valores y derechos que son tutelados a través de la observancia de la jurisprudencia, tal como se señaló en el punto 3 del segundo capítulo: “Justicia, igualdad y seguridad jurídica como fundamento de la creación judicial del derecho”.

legítima, pues el máximo órgano en administración de justicia no se encontraba sujeto a sus propios criterios jurisprudenciales. La Ley de Casación instauró un orden en el que únicamente se previó la fuerza vinculante del precedente vertical, mas desconoció el efecto horizontal, es decir los efectos jurídicos propios del precedente, el *stare decisis*. Esta práctica generó que no exista racionalidad en el sistema, pues “la prohibición de la vinculación de los tribunales a sus propias decisiones generó una jurisprudencia que más se asemeja a una hidra de siete cabezas, en la que por cada cabeza que se corte nacen dos en su lugar”.⁵³⁰

Otro punto importante de analizar es el ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo, pues la Ley de Casación estuvo dirigida a regular el procedimiento del recurso de casación de la CSJ que actuaba como Corte de Casación (actual CNJ), en todas las materias, por medio de sus salas especializadas,⁵³¹ con la excepción prevista en el art. 20: “El recurso de casación en las causas penales se regirá por las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal”. Esta excepción legal se prestó para dos interpretaciones con importancia práctica en el sistema de fuentes del ámbito penal.

La *primera interpretación* tiene relación con la exclusión de todo el ámbito de aplicación de la Ley de Casación en materia penal, lo que descartaba la vinculación de la jurisprudencia en el ámbito penal, o sea, con esta interpretación, el art. 19 de la Ley de Casación no era aplicable y la jurisprudencia no podía constituir fuente unificadora de interpretación, limitándose a resolver los conflictos entre las partes, al estilo propio de nuestro Código Civil: “Artículo 3.- Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren”.⁵³²

Criterio hermenéutico reforzado con la máxima de clausura,⁵³³ por la cual “Todo lo que no está expresamente permitido en el ámbito público, se entiende prohibido”. Entonces, si el derecho penal, específicamente el procesal penal, es una rama del derecho público, y no existe una norma específica que regule los efectos vinculantes de la jurisprudencia en el ámbito penal, se deduce que no existen dentro del sistema de fuentes efectos vinculantes de la jurisprudencia penal más allá que para el caso concreto.

530 Zanetti Jr., *El valor vinculante de los precedentes*, 11.

531 Véase el art. 1 de la Ley de Casación.

532 Ecuador. *Codificación del Código Civil*, en RO 46 (26 de junio de 2005), art. 3.

533 Las normas de clausura son aquellas que permiten identificar la plenitud del derecho, desde una posición positivista, pues en el derecho público “todo lo que no está permitido se entiende prohibido en el ámbito público”, y en el privado “todo lo que no está prohibido se entiende permitido”, con lo cual en caso de anomia estas máximas cubren las prescripciones normativas. Véase Kelsen, *Teoría pura del derecho*.

La segunda interpretación se refiere al posible valor vinculante de la jurisprudencia en el ámbito penal. En esta línea, lo que disponía el art. 20 de la Ley de Casación se interpretó en el sentido que estaba relacionado con el procedimiento que en materia penal se debía observar, toda vez que en el Código de Procedimiento Penal se encontraba regulado uno especial, por las particularidades del ámbito penal, sin que ello implique una exclusión de la vinculatoriedad de la jurisprudencia prevista en el referido art. 19. Así, la citada norma también desplegaba los efectos sistémicos del derecho judicial en materia penal.

Este criterio se consolida a partir de un método de interpretación finalista de las disposiciones normativas del extinto Código de Procedimiento Penal⁵³⁴ que regulaba el recurso de casación, puesto que dentro del capítulo respectivo, en el art. 349 se establecía que el recurso de casación era procedente cuando “en la sentencia se hubiera violado la Ley, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya sea, por haberla interpretado erróneamente”; entretanto, en el art. 350 se determinaba la oportunidad para interponer el recurso; en el art. 351 se fijaba quiénes podrían interponer el recurso; en los art. 352 y 353 se determinaban cómo y hasta cuándo se deberá fundamentar el recurso; en el artículo 354 se disponía quién debía fundamentar el recurso cuando lo propone el Ministerio Público; en el artículo 355 se regulaba cómo se debe correr traslado; en los artículos 356 y 357 se establecían el señalamiento de audiencia y el trámite; y finalmente, el art. 358 especificaba cómo se debía emitir la sentencia.

Entonces, dado que ninguna disposición normativa tenía relación con el valor vinculante del triple fallo, se podía entender que el valor de la jurisprudencia como fuente generadora de derecho objetivo no se excluía del ámbito penal, en consecuencia el art. 19 respecto de los efectos era aplicable en el ámbito penal. Ahora bien, lo que sí ocurre a partir de esta interpretación es que la jurisprudencia no tenía cómo ejercer sus efectos vinculantes, pues, el recurso de casación procedía únicamente cuando “se hubiere violado la ley”, sin que exista la posibilidad de interponer el recurso de casación por la causal de inobservancia de criterios jurisprudenciales, tal como ocurría en las otras ramas que eran objeto del recurso de casación –en los términos analizados de la Ley de Casación–; en otras palabras, no existía mecanismo para que los criterios jurisprudenciales obligatorios en materia penal puedan desplegar sus efectos vinculantes sobre los jueces inferiores.

534 Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*, en ROS 360 (13 de enero de 2000).

En síntesis, se puede observar que la instauración de la jurisprudencia vinculante en Ecuador nace de la resolución de los recursos de casación presentados, decisiones que debían ser reiteradas y uniformes, con efectos únicamente verticales y con un dudoso valor en el ámbito penal.

Jurisprudencia vinculante en el actual sistema jurídico ecuatoriano

Actualmente, los precedentes jurisprudenciales en materia de legalidad se mantienen en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la vigencia de la CRE de 2008, con algunos cambios, entre los que se destacan⁵³⁵ en primer lugar, la observancia de sus propios criterios; es decir, las salas se encuentran obligadas a reconocer su jurisprudencia vinculante, con lo cual se instituye el efecto horizontal de las decisiones de la CNJ, razón por la cual, las salas especializadas solo pueden apartarse de los precedentes jurisprudenciales cuando exista unanimidad en el cambio de criterio por parte de la Sala. Existe entonces en la actual concepción de la jurisprudencia obligatoria una vinculación vertical y horizontal.⁵³⁶

Como segundo punto se tiene que no basta con la existencia de la triple reiteración sobre un mismo punto de derecho con relación a patrones fácticos similares, sino que estos criterios deben ser remitidos al Pleno de la CNJ, a fin de que en un plazo no mayor de sesenta días se delibere sobre su aceptación. Únicamente si el Pleno ratifica lo propuesto por las salas, o si no se pronuncia dentro del plazo referido, dicha opinión constituye jurisprudencia obligatoria, caso contrario no; es decir, se instaure un tercer elemento para el establecimiento de jurisprudencia obligatoria, conocido en doctrina como la regla de certificación.⁵³⁷ En esta misma línea, se

535 Citado art. 185 de la CRE, en RO 449 (20 de octubre de 2008). Estudios de conjunto recientes sobre la casación, desde el punto de vista legal y constitucional, respectivamente, en Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia* (Quito: Imprenta de la Gaceta Oficial, 2013) y Diego Núñez Santamaría, *La casación en el Estado constitucional del Ecuador* (Quito: CEP, 2014).

536 “De conformidad con el art. 185 de la Constitución de la República, estos precedentes jurisprudenciales tienen efectos generales y obligatorios, inclusive para la propia Corte Nacional de Justicia”. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Resolución n.º 07-2013 de 14 de agosto del 2013. Véase <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/archivo-de-noticias/item/404-precedente-jurisprudencial-obligatorio-por-fallos-de-triple-reiteraci%C3%B3n>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

537 Diego López en su libro señala que la jurisprudencia, de origen en la doctrina legal puede requerir de ciertas reglas para constituirse fuente objetiva de derecho, en busca de una asimilación a la ley, estas son regla de reiteración (puede ser dos, tres como en el caso ecuatoriano, cinco como en el caso mexicano), regla de origen (solo las altas cortes pueden generar jurisprudencia vinculante) y regla de certificación (mecanismo oficial por el cual expresamente se cataloga a

encuentra lo dispuesto en los art. 180, 182, 184 y 186 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ),⁵³⁸ normas por las cuales se establecen, entre las funciones del Pleno de la CNJ y de sus salas especializadas, el desarrollar un sistema de criterios jurisprudenciales.

Respecto al cambio de criterio jurisprudencial, no es una cuestión de solución pacífica, toda vez que, tan solo cuando existe triple reiteración – regla de reiteración– y aprobación del Pleno de la CNJ –regla de origen y certificación–, se genera la jurisprudencia obligatoria y la instancia encargada del cambio, a diferencia de su nacimiento, se produce en una de las salas de la CNJ. Entonces, surge una contradicción performativa⁵³⁹ respecto al valor de la jurisprudencia obligatoria, puesto que si la actividad de la Sala será inobservar al derecho vigente –resolución– para apartarse de la jurisprudencia, es decir la sala –integrante del Pleno⁵⁴⁰– tiene que desconocer la vigencia y validez de la resolución emanada por el Pleno de la CNJ.

Este procedimiento constitucional evidencia la formalización excesiva de la jurisprudencia, originando una estatización del derecho judicial dadas las dificultades prácticas para optar por una modificación de la jurisprudencia, lo cual puede generar “inseguridad jurídica, porque mientras la sala especializada de la CNJ comenzaba a discrepar del precedente, los demás jueces de instancia y las salas de cortes provinciales, estaban obligadas a seguir el precedente vinculante”.⁵⁴¹

Una de las principales causas por las cuales existe este nivel excesivo de formalización en la práctica de la jurisprudencia, radica en considerar la actividad del juez como “[...] una facultad cuasi legislativa la contemplada en el art. 19 de la Ley de Casación, cuya base constitucional es innegable[...]”,⁵⁴² olvidando que la creación judicial del derecho tiene un marco distinto de actuación que el del legislador.⁵⁴³

la jurisprudencia vinculante como tal, puede ser la publicación en el Diario Oficial, resolución de la alta corte, etc.). Véase López Medina, *El derecho de los jueces*.

538 Ecuador. COFJ, en ROS 544 (9 de marzo de 2009).

539 El concepto de contradicción performativa consiste en una contradicción pragmática entre el contenido proposicional de un enunciado y la performatividad de ese enunciado, de tal manera que si alguien sostiene “yo no existo”, este enunciado contradice la afirmación de existencia realizada al proferirlo.

540 Máxima instancia jurisdiccional dentro de la estructura de la Función Judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del COFJ. “Estructura de la Corte Constitucional Nacional.- La Corte Nacional de Justicia funcionará a través de la siguiente estructura: 1. El Pleno; 2. Las salas especializadas; 3. La Presidenta o el Presidente de la Corte Nacional; 4. La presidenta o el presidente de Sala; y, 5. Las conjuetas y los conjuetas”. Ecuador. COFJ.

541 Rafael Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (Quito: CEP, 2014), 41.

542 Andrade Ubidia, *La casación civil en el Ecuador*, 320

543 Fue objeto de estudio en el capítulo II, epígrafe “1.1. El estatus ontológico y epistemológico de la creación judicial del derecho”.

Al parecer el art. 182.3⁵⁴⁴ soluciona en parte el problema, pues habilita la posibilidad de enviar directamente al Pleno, para que sea este el que resuelva; sin embargo, no se libera de la inseguridad jurídica que se origina entre el cambio de criterio aplicado por la sala y la jurisprudencia obligatoria dispuesta por el Pleno, la cual de conformidad con la Constitución reviste fuerza gravitacional, esto es, verdadera fuente de derecho.

Respecto de la posibilidad de cambio de criterio en la jurisprudencia obligatoria, la CC ha determinado que cualquier línea jurisprudencial puede ser modificada, reconoce la capacidad de apartarse de la jurisprudencia original, siempre y cuando existan razones suficientes y justificadas con la adecuada carga argumentativa que avale el cambio mencionado. Es decir, en caso de que una sala de la CNJ decida alejarse de la jurisprudencia obligatoria, deberá justificar las razones por las cuales dicha jurisprudencia no es aplicable al caso que se encuentra conociendo, las cuales deberán contener una fuerte carga argumentativa para modificar la línea jurisprudencial; de esta manera, no solo se asegura la garantía de un debido proceso, sino además la seguridad jurídica, puesto que de esta forma, las personas conocen previamente el marco sobre el que se administrará justicia, evitando que la jurisprudencia sea cambiada indiscriminadamente ante situaciones de naturaleza análoga. Sobre esta base, la CC se ha pronunciado de la siguiente manera:

la Corte Nacional debe seguir sus propios precedentes, y aunque este proceder no sea decisivo para pronunciarse en la totalidad de los supuestos que puedan presentarse, resulta conveniente, habida cuenta de que se encuentra orientado a consagrar la permanencia y la estabilidad de la jurisprudencia, valores que se ven actualizados en el respeto de la solución alcanzada con anterioridad, cuando se tenga que decidir iguales planteamientos sobre la misma cuestión. Por tanto, es posible afirmar que el principio de *stare decisis* deriva de una

544 "Artículo 182.- Precedentes Jurisprudenciales.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligaran a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que este delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el RO a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio. La jueza o juez ponente para cada sentencia se designará mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la Sala, debiendo ponerse de inmediato en conocimiento del Pleno, el cual decidirá si se deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se ha cambiado, o si se trata de una cuestión nueva que no se halla comprendida en dicho precedente". Ecuador. COFJ.

concepción del derecho, según la cual este no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos como un conjunto abierto de reglas concretas que dan directamente la solución a litigios definidos. En tal sentido, este principio obliga a los jueces a seguir determinada línea generando predictibilidad en sus decisiones. [...] Bajo el principio *stare decisis*, una vez que la Corte Nacional ha tomado una decisión, debe seguir ese criterio en casos futuros y no cabe su anulación, salvo condiciones excepcionales cuando las reglas fijadas por la Corte demuestren con el tiempo ser impracticables, que se hayan cambiado las condiciones o circunstancias en que se fundó el precedente, y que existan precedentes contradictorios, lo cual no ocurre en el presente caso.⁵⁴⁵

[...] en caso de que un juez decida alejarse de la jurisprudencia obligatoria, deberá justificar las razones por las cuales dicha jurisprudencia no es aplicable al caso que se encuentra conociendo, las cuales deberán contener una fuerte carga argumentativa [...] El establecimiento de este condicionamiento para cambiar la línea jurisprudencial, no solo asegura la garantía de un debido proceso, sino que además tutela la aplicación del derecho a la seguridad jurídica [...] La jurisprudencia en tanto fuente dinámica del derecho les permite a los jueces, conforme lo exige la realidad social, ir acoplando los preceptos normativos a las circunstancias sociales conforme una interpretación dinámica; de esta forma las normas que se generan responden a un análisis que se asienta sobre el valor, hecho y precepto normativo. Sobre esta base, los jueces de la Corte Nacional bien pueden alejarse de sus criterios, como expresamente señalaron en el caso sub iudice, “Pero en el presente caso, difiere de otros”; sin embargo, esta tarea deben realizarla en estricta observancia de los derechos constitucionales, específicamente al debido proceso en las garantías de competencia para cada procedimiento y motivación, con lo cual, es obligatorio motivar las decisiones conforme a sus competencias, es decir, porque el patrón fáctico cambia, mas no modificando la valoración de los hechos del caso fijados en instancia.⁵⁴⁶

Otro punto polémico a destacar reside en la identificación del alcance de la jurisprudencia obligatoria. En efecto, de conformidad con el art. 182 del COFJ la jurisprudencia obligatoria se genera únicamente sobre la interpretación del derecho, no relacionada a cuestiones fácticas; y esto en la práctica resulta cierto dado que las resoluciones en las que se instituye el criterio jurisprudencial, se regulan de manera canónica.⁵⁴⁷ En efecto, en la parte dispositiva de dichas resoluciones no se recoge los patrones fácticos de los casos que generaron los tres fallos coincidentes, es decir, la interpretación realizada por la sala y recogida por el Pleno es en abstracto.

545 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 213-14-SEP-CC], caso 589-13-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

546 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 140-15-SEP-CC], caso 851-13-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

547 Véase Anexo 2, Resoluciones de jurisprudencia obligatoria de la CNJ.

Ahora bien, la Constitución no determina explícitamente –referente a la competencia de la Corte Nacional para generar jurisprudencia vinculante– nada respecto a límites de si al generar jurisprudencia obligatoria se puede regular exclusivamente la inteligencia de la ley, o si también, se abre la posibilidad de normar cuestiones fácticas no previstas en la ley, es decir, realizar una labor de integración del derecho.⁵⁴⁸ Ciertamente, como se analizó en el capítulo II, la jurisprudencia al tener como origen y límite de su legitimidad patrones fácticos, cuenta con ese campo de acción.

Sin embargo, el análisis sociológico realizado –antes de la emisión de la resolución n.º 1-2016–⁵⁴⁹ arroja como resultado que la CNJ cuando emite las resoluciones no valora las circunstancias fácticas de los casos que dieron origen a las sentencias que contienen el criterio reiterado, sino que genera disposiciones de manera abstracta y con vocación de generalidad. Parece que esta práctica pretende cambiar a partir de la emisión de la resolución n.º 1-2016, modelo para la emisión de jurisprudencia obligatoria; no obstante, esta propuesta tampoco se aleja de la emisión de “una resolución administrativa” que contiene los artículos que constituirían “jurisprudencia obligatoria” y tan solo en los antecedentes constaría cuáles fueron los problemas jurídicos de los casos análogos.

Esta práctica se aleja de la iusteoría del derecho judicial y de lo dispuesto por la propia Constitución ecuatoriana, dado que debe considerarse que no es gratuito que el constituyente ecuatoriano haya incorporado en el sistema de precedentes jurisprudenciales la obligación de que el Pleno de la CNJ deba considerar los “fallo[s]” “globalmente entendidas, parte

548 En este aspecto coincide Juan Montaña quien sostiene “Una interpretación cabal de las disposiciones del COFJ muestra que en realidad el legislador, en uso de su autonomía legislativa, estableció otro modelo de precedentes obligatorio diverso al de la Constitución creando un precedente cuasi legislativo dado que la estructura de la regla creada por el pleno es idéntica a una norma proferida por el legislador ordinario: manda, prohíbe o permite algo sin atender al contexto fáctico del caso, lo cual como vimos va en contra de cualquier definición básica de jurisprudencia”. Juan Montaña Pinto, “Los precedentes obligatorios en la Constitución ecuatoriana”, 19.

549 Ecuador, CNJ, Resolución 1A-2016, ROS, n.º 767 (2 de junio de 2016). En esta resolución la CNJ cambia el esquema mediante el cual emita sus resoluciones, estableciendo a manera de protocolo como debe procederse para: I. Identificación y sistematización de Líneas Jurisprudenciales; II. Uniformización de la estructura de la sentencia; III. Aprobación de precedentes obligatorios (lo cual se realiza también mediante resolución). Ciertamente si bien esta regulación recoge los patrones fácticos desarrollados en las tres decisiones a partir de la “delimitación de los problemas jurídicos” para lo cual la teoría de Theodor Viehweg, *La tópica y jurisprudencia*, sería de gran utilidad, está “metodología de identificación de líneas jurisprudenciales y fijación de precedentes obligatorios [...] deberá implementarse en un plazo máximo de 12 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente resolución” (art. 6).

antecedentes de hecho, parte considerativa y resolutive”,⁵⁵⁰ para determinar si la opinión reiterada por tres ocasiones sobre “un mismo punto” constituye o no jurisprudencia obligatoria.

Principalmente, de acuerdo con lo tratado en el capítulo anterior, el cambio de paradigma constitucional implementado en Ecuador conlleva a dejar de lado la concepción legicéntrica con la que los operadores jurídicos se aproximaban al estudio del derecho exclusivamente a partir de las disposiciones normativas⁵⁵¹ para dar paso a una concepción en la que se acepta diversos métodos de interpretación jurídica, cuyo sustento se respalda en una sólida argumentación, que no solo considere los puntos de derecho desarrollados por determinado órgano jurisdiccional en sus sentencias (tanto en la parte considerativa como resolutive), sino también los hechos particulares de cada caso en concreto.⁵⁵²

En este orden de ideas, el estudio que debe considerar el Pleno de la CNJ, radica en la adaptación de la noción histórica del término *jurisprudencia* al ordenamiento jurídico ecuatoriano, como “la manifestación formal de la interpretación de las normas que hacen jueces y tribunales competentes para aplicarlas a los conflictos que son objeto de su conocimiento y decisión; es decir que jurisprudencia es, en este sentido, sinónimo de sentencia”,⁵⁵³ razón por la cual, el Pleno de la CNJ, a través de la determinación de jurisprudencia obligatoria, debe nutrir el ordenamiento jurídico ecuatoriano de soluciones a patrones fácticos determinados, no de soluciones generales como la ley.

Como quedó señalado en el segundo capítulo, la jurisprudencia debe ser analizada desde la aplicación del derecho al caso concreto, dentro del marco jurídico vigente en un determinado tiempo y espacio, porque lo específico de la actividad judicial no es la mera deducción de una conclusión a partir de cierta premisa, sino el razonamiento que conduce a establecer tal premisa en el marco del derecho vigente y las circunstancias fácticas delimitadas, lo cual no impide que el derecho judicial genere normas con cierto nivel de abstracción.

550 Véase Miguel López Ruiz, *Estructura y estilo en las resoluciones judiciales* (México DF: Novun, 2012). <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2009/67864/67864_1.pdf>. Consulta 16 de mayo de 2016.

551 “Tanto en Francia con la exégesis, como en Alemania, mediante el historicismo, el juez fue depositario de un razonamiento “formalista”, porque bien fuese a través del “legocentrismo” o del “conceptualismo”, el operador jurídico debía subsumir unos supuestos de hecho en una norma general para arribar a una conclusión lógica y científica”. Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación*, 22.

552 Véase Ávila Santamaría, “El neoconstitucionalismo transformador”, 83-99 y 121-47.

553 Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de la razón y jurisprudencia* (París: Librería de Rosa Bouret, 1851), 1131.

Y es esta característica de abstracción la que ha originado que la CC ejerza el control abstracto de constitucionalidad.⁵⁵⁴ En efecto, en la práctica constitucional existen dos sentencias (008-14-SIN-CC y 17-15-SIN-CC)⁵⁵⁵ en las que realiza una confrontación abstracta entre las disposiciones de la resolución que contiene la jurisprudencia vinculante emitida por la CNJ y la Constitución. Así, la CC el momento de realizar el control formal⁵⁵⁶ determinó:

Ahora bien, otro aspecto que merece ser observado por la CC en el presente análisis de constitucionalidad por la forma, radica en determinar que la resolución s/n expedida el 11 de noviembre contiene una disposición o precepto normativo con efectos generales en la que de manera abstracta se establece un precedente jurisprudencial obligatorio para que los jueces competentes apliquen dichas disposiciones normativas en los casos concretos que son puestos bajo su jurisdicción. En otras palabras, al tratarse de una resolución que contiene un precepto normativo de naturaleza abstracta, el control de constitucionalidad efectuado por esta CC en la presente sentencia es jurídicamente válido, pues en el evento de que se tratase de la aplicación de dicho precepto normativo abstracto en un caso concreto, es decir

554 El alcance de esta acción pública de inconstitucionalidad se hace extensiva dentro del marco constitucional ecuatoriano, a los actos normativos de carácter general emitidos por órganos o autoridades del Estado y contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública; de ahí que el primer alcance que tiene este control abstracto es su carácter general respecto de las normas o actos administrativos imputados como inconstitucionales. Dentro del sistema jurídico constitucional ecuatoriano esta acción también se hace extensiva para las enmiendas y reformas constitucionales; resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales, leyes, decretos leyes de urgencia económica; objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República, en el proceso de formación de leyes, proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales, convocatorias para referendo para reforma, enmienda o cambio constitucional, decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción, tratados internacionales, convocatorias a consultas populares, estatutos de autonomía y sus reformas, además de ejercer un control acerca de la inconstitucionalidad de normas conexas.

Otra característica de esta forma de control está dada por su carácter abstracto, es decir, que la contradicción de la norma con el texto normativo no está direccionado hacia una persona o grupo de personas en particular, sino que la afectación se la hace a toda la sociedad; en otras palabras, no existe un sujeto determinado de afectación, sino que ha de entenderse como el sujeto afectado a toda la colectividad, asegurándose de esta manera la supremacía de la Constitución.

Respecto a los efectos que genera la declaratoria de inconstitucionalidad, tanto de actos normativos como administrativos de carácter general, estos se verán expresados en la invalidez del acto impugnado, generándose un efecto *erga omnes* o general frente a esas disposiciones normativas. Véase Pamela Aguirre Castro, edit., *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2015).

555 Véase <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/relatoria.html>>. Consulta: 1 de mayo de 2016. Período analizado: 22 de octubre de 2008 hasta 30 de abril de 2016.

556 Referente a la observancia del procedimiento seguido para crear la norma jurídica.

cuando aquella disposición normativa se transforma en norma gracias a la interpretación del juzgador en un caso puntual o específico, el control abstracto de constitucionalidad sería impertinente y debería activarse otro método de control constitucional, el control concreto.

Por tanto, la CC ha estimado necesario efectuar la necesaria distinción jurídica entre “disposición normativa” y “norma” para concluir en el caso sub iudice que, si bien la resolución s/n del 11 de noviembre de 2011, se refiere a determinar como precedente obligatorio un mismo punto de derecho que a su vez se remite a normas generales del Código del Trabajo, esta goza de la característica de abstracción y de generalidad, siendo pertinente el control abstracto de constitucionalidad.⁵⁵⁷

De lo expuesto por la CC, se extraen algunas consideraciones. En primer lugar, que la CC, al menos en esta sentencia, postula un criterio similar al desarrollado en este trabajo respecto a la distinción entre “precepto normativo” y “norma”, razón por la cual, la jurisprudencia de la Corte Nacional es fruto del ejercicio interpretativo del precepto normativo, que genera una norma que al consignarla en una resolución goza de abstracción, razón por la cual es procedente el control de constitucionalidad abstracto⁵⁵⁸ de la jurisprudencia obligatoria dictada por la Corte Nacional.

En segundo lugar, el análisis respecto al procedimiento observado por la Corte Nacional para generar jurisprudencia obligatoria, o como la CC lo denomina “precedente jurisprudencial obligatorio”, es aquel formalizado, que culmina con la emisión de una resolución en la que poco o nada se dice sobre las circunstancias fácticas que dieron origen a los “tres fallos coincidentes” resueltos por cada sala especializada, diluyendo con este proceder la esencia misma de la jurisprudencia que es la resolución de un problema jurídico, en el marco de una situación fáctica determinada.⁵⁵⁹

En efecto, es un requisito constitucional que para la generación de un criterio jurisprudencial exista la aprobación por parte del Pleno de la Corte

557 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 008-14-SIN-CC], caso 062-12-IN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

558 “Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”. Ecuador. CRE [2008].

559 En la citada resolución n.º 1A-2016, publicada el 2 de junio de 2016, la CNJ en el esquema propuesto señala que para emitir resoluciones se deberá utilizar el siguiente esquema “Tercero. Declarar como jurisprudencia vinculante el punto de derecho reiterado en las sentencia de fecha xxxx, xxxx, xxxx; y en tal virtud declarar que *Constituye Precedente Obligatorio* a partir de la fecha de publicación de esta Resolución en el Registro Oficial”. De lo cual se deriva que al parecer la CNJ toma como sinónimos a “jurisprudencia vinculante” y “precedente obligatorio”, lo que dado el análisis realizado en el segundo capítulo denota falta de claridad en los conceptos y su origen.

Nacional dentro de los sesenta días posteriores a la emisión; sin embargo, no se dispone en la Norma Suprema que se lo deberá realizar por medio de una resolución, o que en dicha resolución la Corte Nacional se abstraiga de todas las circunstancias fácticas de los casos. Este proceder excesivamente formal ha generado un lento desarrollo del sistema de jurisprudencia obligatoria, dado que en los ocho años de vigencia de la Constitución, el Pleno de la Corte Nacional ha generado 16 resoluciones⁵⁶⁰ de jurisprudencia obligatoria, número que evidentemente no da cuenta del trabajo realizado por las salas de la Corte Nacional en la resolución de los casos puestos a su conocimiento.

Con base en este análisis se considera que el proceder de este alto órgano de administración para la generación de jurisprudencia obligatoria debe ser reformulado, en atención a las características propias del derecho judicial, resolución de un problema jurídico sobre la base de los hechos materiales del caso, para así evitar equiparlo al derecho legislado. En efecto, acogiendo la reflexión realizada por Diego López Medina “es preciso controlar los excesos de ‘tecnificación’ y ‘rigidificación’ que la capa jurisprudencial origina”,⁵⁶¹ caso contrario la jurisprudencia abandonará su principal característica, la de ser fuente dinámica del derecho.

Como en el anterior sistema jurisprudencial, desarrollado sobre la base de la normativa de la Ley de Casación, el actual también presenta ciertas interrogantes, que nacen de la efectiva vigencia de los valores y derechos que tutelan la creación del derecho en sede judicial, justicia, igualdad y seguridad jurídica. Entre ellas se destaca la cuestión de si a pesar de la no existencia de jurisprudencia en sentido formal, es posible exigirle a la CNJ que siga el criterio establecido en el primer caso y el segundo caso que versa sobre hechos análogos; o si se puede exigir a las judicaturas inferiores la observancia de criterios reiterados, que no han pasado por la aprobación del Pleno mediante resolución, porque las salas no las han remitido para su conocimiento a pesar de existir más de tres coincidencias.

Varias pueden ser las respuestas a estas interrogantes, las cuales dependerán de la postura *iusfilosófica* de la que se parta. En efecto, un *iusnaturalista* o un constitucionalista⁵⁶² considerará que a pesar de no existir formalmente el proceso de creación de jurisprudencia obligatoria, los criterios de las salas de la CNJ vinculan, sea uno, dos o más, dado que su valor radica no en la reiteración, sino en la interpretación uniforme y coherente que debe

560 Véase Anexo 2, Resoluciones de jurisprudencia obligatoria de la CNJ.

561 López Medina, *El derecho de los jueces*, 338.

562 Se advierte que no se los ubica como categorías sinónimas, aunque las dos características puedan converger en una sola persona, se puede caracterizar solo por una.

ejecutarse en derecho. Es decir, las decisiones deben ser adoptadas con vocación de universalidad, y por tanto, la tutela de la igualdad formal debe ser irrestricta, a menos que existan razones suficientes y razonables de modificar el criterio. Por el contrario, un formalista o un positivista⁵⁶³ señalará que no existe el proceso de formación de la jurisprudencia obligatoria, y por esta razón, los criterios que no son fruto del proceso determinado en la Constitución pueden ser referenciales, persuasivos, mas no se constituyen en fuente de derecho objetivo.

Respecto de las posibles respuestas a las interrogantes planteadas, se advierte una evolución de las respuestas ofrecidas por la CC, pues en un inicio determinó que para la generación de un precedente se debe observar el procedimiento previsto en el art. 185 de la Constitución, por lo que al no cumplirse, no existen criterios vinculantes. En efecto, señaló:

En esa línea, esta Corte constata que el accionante considera vulnerado su derecho a la igualdad a partir de un presunto alejamiento del criterio vertido por la misma Sala de Conjuces de la CNJ, con ocasión de un fallo anterior. Es decir, el accionante no justifica en el caso concreto, el cumplimiento del presupuesto para la generación de precedentes jurisprudenciales vinculantes, en concreto, la existencia de un triple fallo reiterativo en la materia; esto al amparo del artículo 19 de la Ley de Casación vigente al momento de la emisión de la sentencia objeto de la presente acción; o en su defecto, el pronunciamiento del Pleno de la CNJ de conformidad con el artículo 185 de la Constitución de la República vigente.⁵⁶⁴

Sin embargo, en decisiones posteriores señaló que respetará el criterio constitucional y legal para la creación de jurisprudencia obligatoria, esto es la observancia de los art. 185 de la CRE 182 del COFJ y 19 de la Ley de Casación;⁵⁶⁵ así como también que, frente a la existencia de casos análogos que presenten una constante reiteración en la forma en la que se resuelve, se constituyen en criterios que tienen fuerza vinculante a pesar de que formalmente no haya pasado por todo el *iter* previsto en el art. 185 de la CRE de 2008. Este criterio se ha desarrollado en varias sentencias constitucionales recientes, entre las que destacan las siguientes afirmaciones:

Sin embargo, en el presente caso, la CNJ, antes COIP, órgano de casación encargado de desarrollar la jurisprudencia legal, al tenor del numeral 2 del artículo 184 de la Constitución, lejos de dejar sin efecto el desarrollo jurisprudencial que en materia de la presente acción habían creado las Salas

563 Se advierte que no los ubica como sinónimos, dado que son categorías con características propias.

564 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, [Sentencia 022-10-SEP-CC], caso 019-09-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

565 Vigente hasta el 22 de mayo de 2016.

Especializadas de la Corte Suprema, en por lo menos treinta y seis fallos que ha anexado el accionante, y esta CC ha podido evaluar, la fue ratificando, enriqueciendo y aumentando en posteriores fallos que, en número de doce, asimismo, ha anexado el accionante, los cuales, aun cuando no hubieren sido sometidos al procedimiento actual de creación de precedentes, previsto en los art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador y 182 del COFJ, trazan una clara tendencia y línea jurisprudencial sobre el punto de derecho objeto de todos esos fallos y de la presente acción.⁵⁶⁶

Al respecto, concluyó que para el presente caso no se ha desarrollado un precedente obligatorio acorde al procedimiento establecido en el artículo 185 de la Constitución, ya que pese a existir precedentes reiterados en más de tres ocasiones respecto del mismo tema, no han cumplido con la obligación de remitir el fallo al Pleno de la Corte Nacional para que decida sobre su conformidad. Si bien el art. 184, num. 2 de la Constitución de la República, que establece una función de la CNJ, desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, este no excluye la posibilidad de que los criterios utilizados en casos análogos previos sean utilizados para resolver las causas posteriores, relativas a una misma controversia, utilizando el criterio legal reiterado en los diversos precedentes existentes.⁵⁶⁷

Con relación a la duda acerca del valor de la jurisprudencia en el ámbito penal, actualmente con el esquema instaurado a partir de la vigencia de la Constitución y el COFJ no se excluye del sistema de precedentes jurisprudenciales a la materia penal; sin embargo, tampoco existe norma alguna en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)⁵⁶⁸ que instituya un

566 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 040-14-SEP-CC], caso 1127-13-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

567 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 030-15-SEP-CC], caso 0849-13-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

568 "Artículo 656.- Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba.

Artículo 657.- Trámite.- El recurso de casación podrá interponerse por los sujetos procesales, de acuerdo con las siguientes reglas:

Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia. La o el juzgador remitirá el proceso a la Corte Nacional de Justicia, en el plazo máximo de tres días hábiles, una vez ejecutoriada la providencia que la conceda.

El tribunal designado por sorteo, dentro del plazo de tres días convocará a audiencia. De rechazar el recurso, ordenará su devolución a la o al juzgador de origen. De estas decisiones, no hay recurso alguno.

El recurso se sustanciará y resolverá en audiencia que se realizará dentro del plazo de cinco días contados desde la convocatoria. El recurrente deberá fundamentar su pretensión y los otros sujetos procesales se pronunciarán sobre la misma.

mecanismo por el cual se pueda coaccionar la observancia de la jurisprudencia, es decir, al igual que el anterior esquema preconstitucional, no existe actualmente un mecanismo en la justicia ordinaria para corregir la no aplicación de un precedente jurisprudencial en materia penal, toda vez, que no existen aún disposiciones normativas que efectivicen la observancia del precedente, lo cual dejaría entrever que no tienen fuerza vinculante, tan solo fuerza persuasiva puesto que no existe mecanismo para exigir su aplicación. No obstante, lo que podría utilizarse como garantía para la aplicación del precedente podría ser la *acción extraordinaria de protección*⁵⁶⁹ prevista en la Constitución, alegando fundamentalmente que la no aplicación del precedente viola flagrantemente derechos constitucionales como los de igualdad, seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

En materia penal, sin embargo, conciliar el sistema de jurisprudencia obligatoria puede colisionar con el principio de reserva de ley, pues, el mandato contenido en el art. 76, num. 3 de la Constitución de la República determina expresamente: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”. En efecto, no se puede extender la tipicidad, ni la sanción a otra fuente que no sea la ley; sin embargo, otros elementos del tipo penal, podrían generarse a partir del análisis realizado en la jurisprudencia, como fuente de derecho objetivo. Desconocer el valor de la jurisprudencia en materia penal,⁵⁷⁰ nos colocaría frente a la anarquía de aplicación de la ley, lo que conllevaría al desconocimiento de los valores y principios constitucionales analizados en el punto dos de este capítulo.

El recurso interpuesto por la o el fiscal, lo fundamentará en audiencia la o el Fiscal General del Estado o su delegada o delegado.

Si se estima procedente el recurso, se pronunciará sentencia enmendando la violación a la ley. De estimar improcedente, se declarará así en sentencia.

Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.

La sentencia se notifica dentro de los tres días posteriores a finalizada la audiencia.

El proceso se devolverá a la o al juzgador o tribunal respectivo para la ejecución de la sentencia”. Ecuador. *COIP*, en *ROS* 180 (10 de febrero de 2014).

569 “Artículo 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.” Ecuador. *CRE*, en *RO* 449 (20 de octubre de 2008).

570 Para la situación en materia tributaria, véase Leonardo Andrade, *El ilícito tributario* (Quito: CEP, 2011), cap. XII.

En síntesis, la jurisprudencia en el ámbito de la justicia ordinaria, en tanto fuente de derecho objetivo, encuentra soporte en la Constitución; la práctica no se encuentra ligada a la dinámica propia del derecho jurisprudencial, requiriéndose una reformulación de la praxis, lo cual se puede originar a partir de los cambios propuestos por la Resolución n.º 1A-2016, a pesar de que, cómo se refirió, se mantienen errores conceptuales que dan lugar a prácticas alejadas de la naturaleza misma de la creación judicial del derecho.

Mecanismos de disciplina de la jurisprudencia vinculante

Tomando como base el concepto desarrollado por Diego López Medina,⁵⁷¹ entiéndase por mecanismos de disciplina jurisprudencial, los instrumentos que permiten generar eficacia en el sistema de fuentes; es decir, los mecanismos jurídicos que permiten obligar a los operadores jurídicos a observar el derecho judicial. En el caso de la jurisprudencia obligatoria se tiene dos claramente identificados: la interposición de un recurso de casación y la presentación de una acción extraordinaria de protección.

El primero tiene relación con la posibilidad de interposición de un recurso de casación, dado que el Código Orgánico General de Procesos (COGEP)⁵⁷² específicamente regula: “Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto”. Es decir, se instituye un mecanismo que asegura los efectos vinculantes verticales de la jurisprudencia.

Se colige que es la propia CNJ la que tiene la potestad de corregir la inobservancia o mala interpretación de la jurisprudencia obligatoria mediante la emisión de los casos en los que los accionantes aleguen inobservancia de “jurisprudencia obligatoria”. Este mecanismo ofrece varias bondades, la más relevante radica en la posibilidad que tiene la Corte Nacional de ir ajustando la aplicación de su jurisprudencia obligatoria, es decir, ir aleccionando con su interpretación el alcance de la jurisprudencia obligatoria, ya sea reduciendo o expandiendo sus efectos, sobre la base del caso concreto.

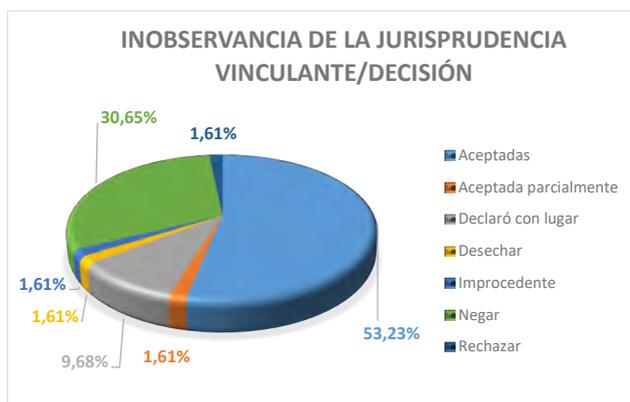
El segundo mecanismo utilizado por los justiciables para obligar a acatar los efectos horizontales de la jurisprudencia obligatoria a las salas especializadas de la CNJ ha sido la presentación de acciones extraordinarias de protección, garantía jurisdiccional de protección de los derechos,

571 Andrade, *El ilícito tributario*, 124.

572 Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, en ROS, n.º 506 (22 de marzo de 2015).

ante la CC sobre la alegación de vulneraciones de los derechos a la igualdad, tutela judicial efectiva, debido proceso en la garantía de la motivación y seguridad jurídica, ante la inaplicación de la jurisprudencia obligatoria por parte de las salas especializadas de la CNJ.

Resulta interesante, desde la lógica del derecho judicial, cómo la CC en sus decisiones ha analizado⁵⁷³ la jurisprudencia de la CNJ confrontándola con la decisión impugnada en la acción extraordinaria de protección, para determinar las vulneraciones o no a los derechos antes señalados, por la inobservancia de sus precedentes; así se tienen los siguientes resultados:



Período de análisis: 20 de octubre de 2008 hasta 30 de abril de 2016.
Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.
Elaboración propia.

Del total de 62 sentencias analizadas: en 33 se aceptó la demanda, en 1 se aceptó parcialmente, y en 6 se declaró con lugar; es decir, en 40 sentencias se aceptó la acción extraordinaria, fundamentándose, entre otros argumentos constitucionales, el desconocimiento de la jurisprudencia obligatoria emanada por la CNJ. Este proceder de la Corte, reafirma la existencia de la jurisprudencia obligatoria como una verdadera fuente primaria del derecho, y que ante su inobservancia la CC obliga a aplicarla. Así se tiene, por ejemplo, que se ha señalado:

Es importante considerar en este punto que también existe incoherencia en la sentencia impugnada con otras resoluciones que ha emitido la misma Corte Nacional en casos análogos, conforme lo señala el legitimado activo haciendo referencia a la Resolución de triple reiteración adoptada por el Pleno de la CNJ³,

⁵⁷³ Anexo 3, Fichas de las sentencias de acción extraordinaria de protección que se refieren a la inobservancia de la jurisprudencia obligatoria de la Corte Nacional de Justicia.

y la sentencia expedida en el recurso de casación n.º 119-2011, como precedentes jurisprudenciales respecto a la inaplicabilidad del recargo del 20%.⁵⁷⁴

En cuanto al elemento de la eficacia jurídica, en el auto emitido el 10 de diciembre de 2012, por la Sala de Conjuces y Conjueza de lo Contencioso Tributario de la CNJ, los jueces aplicaron normas vigentes que se encuentran en el ordenamiento jurídico, pero no observaron las disposiciones legales antes señaladas, así como el precedente jurisprudencial obligatorio de triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, emitido por la CNJ, publicado en el RO n.º 650 del 06 de agosto de 2009 página 19, pese al mandato constitucional previsto en el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República que dice: “La jueza o juez ponente para cada sentencia [...] deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente...”.⁵⁷⁵

En este mismo punto conviene advertir que ante la posibilidad de acciones extraordinarias de protección como mecanismo para asegurar la eficacia de la jurisprudencia vinculante, puede generarse una controversia entre los criterios dispuestos en la jurisprudencia obligatoria y los precedentes constitucionales. Ciertamente, la CNJ no tiene la facultad de interpretar de modo auténtico la Constitución, por lo que si en los fallos reiterados y confirmados se pronuncia sobre el sentido y alcance de preceptos constitucionales, ese criterio jurisprudencial debe ceder frente al precedente constitucional.

Ahora bien, si las salas especializadas desconocen el precedente constitucional, en sus decisiones estas podrían ser objeto de una acción extraordinaria de protección si se genera vulneración de derechos constitucionales, o inclusive de una acción pública de inconstitucionalidad con la finalidad de depurar el ordenamiento constitucional.⁵⁷⁶ A contrario *sensu*, si la jurisprudencia obligatoria de la CNJ se refiere a la aplicación e interpretación de normas legales, sería este el órgano competente para pronunciarse, debiendo ceder solo a una ley interpretativa expedida por la Asamblea Nacional, pues es el legislador el intérprete auténtico de la ley, de conformidad con la Constitución.⁵⁷⁷

574 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 231-14-SEP-CC], caso 589-13-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

575 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 316-15-SEP-CC], caso 307-13-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

576 La acción pública de inconstitucionalidad no puede ser tomada como un mecanismo para obligar a la CNJ a observar su jurisprudencia por cuanto los efectos, como se señalaron son *erga omnes*, es decir, no hay la posibilidad de resarcir vulneraciones de derechos constitucionales ante la inobservancia de precedentes.

577 “Artículo 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: [...] 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.” Ecuador, CRE [2008].

También puede ocurrir que uno o hasta los “tres fallos” que son base de una resolución de “jurisprudencia vinculante” hayan sido impugnados en acciones extraordinarias de protección, y que la CC acepté dichas acciones al encontrar vulneración de derechos constitucionales. En este evento existiría una dicotomía, por una parte, que se argumente que la resolución de “jurisprudencia vinculante” se entiende derogada tácitamente, ya que uno de sus fundamentos estuvo viciado de constitucionalidad; y por otra parte, que se continúe aplicando la resolución, puesto que lo que declaró la CC es la vulneración de derechos constitucionales y no un error en la interpretación legal, que es de competencia de la CNJ.

En cualquiera de las dos situaciones, en este escenario se afecta gravemente la seguridad jurídica. Es evidente que en la primera postura, se estaría generando un mecanismo de derogación tácita de las resoluciones de la Corte Nacional, no prevista en ninguna disposición jurídica, y que requería de la CC una fuente carga argumentativa; de igual manera, si se continúa aplicando una resolución en la cual, parte de su sustento se encontraría viciado de legitimidad, hay buenas probabilidades que la CC acepté la acción extraordinaria de protección.

En este punto es importante señalar que todo órgano que aplica la ley debe interpretarla de conformidad con la Constitución, a partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico –principios de supremacía constitucional y tutela de los derechos constitucionales–, abordado en el primer punto del segundo capítulo; de ahí que la interpretación constitucional no es solo la interpretación de la Constitución, sino la interpretación de todo el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución, de lo cual surge la lógica de la interpretación conforme.⁵⁷⁸

Entonces, si existe una contradicción entre los criterios constantes en la jurisprudencia obligatoria y el precedente constitucional, este último es el que prevalece, puesto que la actividad de la CC en su calidad de máximo intérprete no se reduce a la interpretación de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, sino a todo el ordenamiento jurídico en el marco de sus competencias a la propia Norma Suprema.⁵⁷⁹

En este orden de ideas, los mecanismos –recurso de casación y acción extraordinaria de protección– pretenden asegurar la real eficacia de la jurisprudencia obligatoria en tanto fuente de derecho objetivo, de la cual solo

578 La interpretación conforme es resultado de que la Constitución es norma directamente aplicable por todos y Norma Suprema sobre la que descansa todo el ordenamiento jurídico. Véase para profundizar el tema, Gabriela Rodríguez, Alberto Puppo, Raymundo Gama y Jorge Cerdio, *Interpretación conforme* (México DF: CIADH, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas, 2013).

579 Con este mismo criterio, véase Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*.

pueden apartarse presentando razones válidas, suficientes, limitación de la discrecionalidad, a más del voto unánime de la Sala que resuelve cambiar de criterio.

De lo analizado acerca de la jurisprudencia obligatoria, se debe señalar que las decisiones de la CNJ constituyen jurisprudencia con efecto obligatorio, cuando se ha observado el procedimiento determinado en el art. 185 de la Constitución, sin perjuicio de que los criterios jurisprudenciales que no han pasado por este proceso, sí se constituyan en vinculantes, dada la necesidad de racionalidad en las decisiones judiciales, específicamente de universalidad con la que debe ser adoptada. Lamentablemente, de la praxis de la CNJ se evidencia una formalización excesiva y desnaturalización de la lógica que rige al derecho judicial, práctica que debe ser ajustada a las verdaderas necesidades de dinamización del derecho, como se lo analizó en el epígrafe anterior respecto al procedimiento adoptado para la emisión de las resoluciones de “jurisprudencia vinculante”.

La CC ha indicado que para la instauración de jurisprudencia vinculante se requiere de una observancia de lo dispuesto en la Constitución y la ley de la materia, sin perjuicio de la obligación de las salas de la CNJ de resolver todos los casos con vocación de universalidad; es decir, respetando los criterios vertidos en el pasado sobre casos análogos resueltos. Este criterio es fundamental en un Estado que se declara constitucional, toda vez que el principio de igualdad debe ser transversal a la defensa judicial de todos los derechos.

Al igual que los derechos que carecen de garantías se quedan en mera retórica constitucional,⁵⁸⁰ el derecho judicial sin mecanismos para hacerlo oponible se convierte en una fuente de conocimiento, de ahí que este requiere para ser coercitivo de mecanismos que aseguren su eficacia en el sistema jurídico.

En conclusión y resumiendo lo anterior, en el caso de la jurisprudencia obligatoria, existen dos mecanismos que garantizan su observancia: En primer lugar, la instauración de un recurso de casación sobre el argumento de la inobservancia de la jurisprudencia obligatoria, lo cual denota un sistema paritario de fuentes, puesto que el recurso puede ser presentado por “aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto”, se colige por tanto que la jurisprudencia obligatoria

580 Así sucedía –como es de público conocimiento– en un gran número de Constituciones del siglo XIX, dentro y fuera de Ecuador. Para profundizar en el tema, véase Antonio De Cabo De la Vega, *Lo público como supuesto constitucional* (México DF: UNAM-III, 1997).

tiene el mismo nivel de exigibilidad que las normas de derecho sustantivo, pues, en esta causal son estimadas como iguales.

El segundo mecanismo se encuentra en la garantía jurisdiccional de protección de los derechos –acción extraordinaria de protección–, la cual puede ser propuesta con el argumento de la vulneración de los derechos de igualdad, tutela judicial efectiva, debido proceso en la garantía de la motivación y seguridad jurídica ante la inobservancia por parte de la Corte Nacional de sus propios criterios.

La noción de precedente constitucional en Ecuador

Por precedente constitucional se alude a la *ratio decidendi*, constituida como el razonamiento fundante que sustenta la resolución del caso concreto; desarrollado por la máxima instancia de la jurisdicción constitucional, en el caso del Ecuador la CC;⁵⁸¹ el precedente es el sustento para resolver los futuros casos puestos en su consideración, cuando se presenten casos análogos.

Sobre esta conceptualización, se asimila a la *ratio decidendi* con el precedente, dado que lo que es obligatorio y vinculante es el criterio principal que sustenta la resolución del caso, y no aquellos argumentos de apoyo, o dichos de paso –*obiter dicta*– que simplemente son indicativos y no revisten

581 En el caso latinoamericano existen varias experiencias acerca del desarrollo de precedentes constitucionales, así, por citar algunos criterios, se hará referencia a Colombia, Perú y México. En Colombia, a criterio de Bernal Pulido, se ha desarrollado un interesante sistema de precedentes que dan cuenta del Estado de la cuestión en la justicia constitucional de su país. Véase Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (Bogotá: UEC, 2009). En una visión totalmente analítica, López Medina desarrolla toda una teoría del precedente a propósito del estudio dinámico y estático del precedente. Véase Diego López Medina, *El derecho de los jueces*. En el caso peruano hay que citar que el desarrollo del precedente constitucional no ha sido uniforme, a pesar de su gran importancia como técnica del Tribunal Constitucional para desarrollar los derechos; así, Samuel Yupanqui señala que se pueden citar cinco periodos que se encuentran ligados al acontecer político del país; véase Samuel Abad Yupanqui, “La creación jurisprudencial de normas procesales”, en *Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Procesos llevado a cabo en el Campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre el 22 y el 25 de septiembre de 2009* (Perú: PUCP / ARA Editores E. I. R. L., 2009), 30-31. Resaltando de igual manera que los precedentes y jurisprudencia constitucional coadyuvan a la realización de fines constitucionales y democráticos, se encuentra a César Landa, “Los precedentes constitucionales: El caso del Perú”, en Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional* (Quito: MJDH, 2010). Finalmente, en el caso mexicano se puede citar que la doctrina especializada ha señalado que el uso de *precedentes constitucionales* en el ordenamiento jurídico busca primordialmente satisfacer el principio de igualdad en la aplicación de la ley: a casos iguales o análogos debe darse la misma solución jurídica, y con ello también cumplir el fin constitucional de mantener la estabilidad de la actividad de los juzgadores y la sistematización del orden jurídico. Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, “Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana”.

tal obligatoriedad. En esta línea de pensamiento, utilizando los criterios esgrimidos en el primer capítulo, respecto de la formación de precedentes en Estados Unidos de América, es precedente el *holding* de una sentencia, la regla jurisprudencial que puede extraerse de las consideraciones que resuelve el caso.

En lo atinente a la justicia constitucional ecuatoriana, la terminología utilizada por el constituyente tampoco resulta pacífica, como se analizó en el ámbito de la jurisprudencia obligatoria, por la sintaxis usada en los preceptos normativos de la Constitución. Así, el art. 436 de la Constitución ecuatoriana determina entre las atribuciones de la CC las siguientes:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

[...] 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

El num. 1 establece que los criterios consignados en las sentencias y dictámenes de la CC constituyen la interpretación de cierre del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya sea de la Constitución, como de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado; en consecuencia, dichas decisiones revisten carácter vinculante. Esta interpretación constitucional encuentra concordancia con lo dispuesto en el art. 11.8 del texto constitucional, pues, es a través de la jurisprudencia de la Corte que se va concretando el contenido de los derechos y sus correspondientes garantías constitucionales.⁵⁸² Hasta aquí no se advierte dificultad terminológica debido a que las dos normas guardan coherencia al ofrecer un concepto general de “sentencias”, “dictámenes” y “jurisprudencia”, conforme se analizó con anterioridad.

582 “El 20 de octubre de 2008, producto de un proceso constituyente inédito en la experiencia constitucional ecuatoriana, el pueblo del Ecuador aprobó una nueva Constitución de la República sustituta de la Constitución política codificada de 1998. Respecto a esta última, la Carta fundamental vigente marca una diferencia de carácter sustancial, pues evidencia una novedosa denominación o calificación de Estado que no es común en el contexto constitucional comparado y que ha generado una serie de modificaciones en la escuela de pensamiento jurídico y en el sistema de fuentes del derecho que tradicionalmente han prevalecido en el sistema jurídico ecuatoriano. Nos referimos en concreto al artículo 1 de la Constitución de la República, principio constitucional que califica al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos*”. Véase Pablo Alarcón Peña, “El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales”, en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, comp., *Manual de justicia constitucional* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013), 99.

Sin embargo, llama la atención la redacción dispuesta en el art. 436.6, dado que se le atribuiría a la CC la competencia para “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante”, y no se determina a renglón seguido del mismo artículo, o de ningún otro artículo constitucional, algún requisito de reiteración en la formación del derecho judicial a su cargo. Es por esta razón, que el genérico “jurisprudencia” no se encontraría en contraposición con la formación de un sistema de precedentes mediante la *ratio decidendi* de la jurisprudencia de la CC.

En efecto, la creación judicial del derecho en el ámbito constitucional ecuatoriano no se asemeja a la de las familias de origen en el *civil law*, puesto que de una interpretación integral del texto constitucional se advierte que los criterios contenidos en las sentencias y dictámenes constitucionales son de obligatoria observancia por parte de los operadores jurídicos, independientemente de que sean reiterados o no. Entonces, la terminología de acuerdo con la visión histórica comparada realizada en el primer capítulo, y al análisis doctrinario, corresponde al de precedente, pues queda evidenciado que el constituyente utilizó de manera genérica⁵⁸³ el concepto de “jurisprudencia vinculante”, como continente del contenido “precedente”.

Y es precisamente esta la interpretación constitucional aceptada por el legislador, dado que en las disposiciones normativas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) este concepto se encuentra desarrollado de manera amplia, como se lo revisará a continuación. En primer lugar, puede citarse que el legislador, al regular los principios de la justicia constitucional, determinó la:

3. Obligatoriedad del precedente constitucional. Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la CC en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.⁵⁸⁴

Disposición normativa de la cual se advierte inclusive la incorporación positiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de las técnicas propias de interpretación y aplicación del precedente en las familias de origen en el *common law*, analizadas en el primer capítulo, como son el *distinguish* y el *overruling*. Además, vale mencionar que este precepto normativo guarda coherencia con el que dispone “Únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el art. 436 de la Constitución, la CC producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante en los

583 Incluso se podría decir que existe un uso poco técnico de varios conceptos jurídicos a lo largo de la Constitución, la confusión entre jurisprudencia y precedente es solo un ejemplo de aquello.

584 Ecuador. LOGJCC, en ROS, 52 (22 de octubre de 2009), art. 3.3.

términos previstos en la Constitución y en la presente ley”,⁵⁸⁵ previsto en el mismo cuerpo legal.

Otro ejemplo, el legislador determinó que para que la Sala de Selección seleccione un caso, deberá verificar la “inexistencia de precedente judicial” o la “negación de precedentes fijados por la CC”,⁵⁸⁶ es decir, la inobservancia de precedentes es un parámetro para el ejercicio de esta competencia discrecional.

Finalmente, otro ejemplo a citar es la utilización de esta terminología en el contenido del art. 62.8 del mismo cuerpo legal, cuando se regula que se podrá admitir una acción extraordinaria de protección para “establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la CC”,⁵⁸⁷ esto es, tutelar los derechos constitucionales mediante las técnicas de aplicación del precedente constitucional.

En conclusión, a pesar de la no existencia expresa en la Constitución de la terminología precedente, para el caso de la justicia constitucional, este sí se encuentra implícito, producto de un ejercicio hermenéutico finalista y sistemático, desarrollado por la LOGJCC.⁵⁸⁸

La incorporación del precedente constitucional en Ecuador

Al adentrarse en el estudio del denominado precedente constitucional, cabe destacar que hasta antes de la publicación de la Constitución de 2008, no se encontraba previsto positivamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues ni la Constitución Política de la República de 1998, ni la Ley de Control Constitucional determinaron como facultad del anterior Tribunal Constitucional la de expedir decisiones que constituyan precedente. Siguiendo la tradición formalista ecuatoriana,⁵⁸⁹ no existía en los

585 LOGJCC, en ROS, 52, art. 187.

586 *Ibíd.*, art. 25, num. 4.

587 *Ibíd.*, art. 62, num. 8.

588 “Artículo 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, será en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. Véase también Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (México DF: Trotta / UNAM-III, 2008).

589 Al respecto, Pablo Alarcón coincide al señalar: “A pesar de ello, la realidad legal o pragmática ecuatoriana parece no coincidir con los postulados que define el Estado constitucional y la escuela de pensamiento inmersa en él. Así, por ejemplo, aun cuando se ha resaltado un avance importante por parte de la *ius* teoría constitucional generada desde un contexto ecuatoriano en el reconocimiento de principios de interpretación constitucional en el artículo 3, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales del Ecuador (LOGJCC) acordes aparentemente con el paradigma neoconstitucionalista—, dicha circunstancia denota una fuerte carga formalista y una tensión entre dos fuentes del derecho: la jurisprudencia y la ley. En este aspecto, la ley

corpos normativos antes enunciados, precepto alguno que dote de fuerza vinculante, más allá que los efectos para el caso concreto, a las decisiones de los jueces constitucionales en materia de garantías de derechos.⁵⁹⁰

En otras palabras, respecto a la actividad integradora del derecho, el Tribunal Constitucional no se preocupó en establecer, al menos un sistema de precedentes persuasivos, lo que se evidenció “debido a que no se obedecía a un modelo constitucionalizado, sino la pretensión era simplemente dar respuesta a un problema de derechos sometido a su consideración, pero no concebía que la decisión era una herramienta para la tutela de los derechos”.⁵⁹¹

Esta situación con acierto cambia con la vigencia de la Constitución de 2008, lo que denota que Ecuador modificó su concepción tradicional de las fuentes del derecho, y reconoce que el concepto de fuente no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del Parlamento, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo, entre ellas destaca, la jurisprudencia constitucional.⁵⁹²

Sentada esta premisa, corresponde analizar los rezagos formalistas que se han mantenido en la Constitución respecto de la transformación de las fuentes del derecho y que, principalmente, se encuentran en el “orden jerárquico de aplicación de las normas”,⁵⁹³ previsto en el art. 425 de la Constitución.

en sentido formal de origen parlamentario nuevamente limita y establece el marco de acción del juez”. Pablo Alarcón Peña, “Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado”, en Luis Fernando Ávila Linzán, edit., *Repertorio Constitucional 2008-2011* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2012), 30. En la misma línea de pensamiento Juan Montaña señala: “históricamente en Ecuador ha imperado un sistema jurídico legicéntrico y todos los operadores jurídicos están familiarizados con la estructura de la ley”. Juan Montaña Pinto, “Los precedentes obligatorios en la Constitución ecuatoriana, 18 y 19.

590 Véase Ecuador. CCPT, [Sentencia 001-10-PJO-CC], caso 999-09-JP.

591 Aguirre Castro, edit., *Una lectura cuantitativa y cualitativa*, 78.

592 En la misma línea de pensamiento sobre la revalorización del precedente constitucional ecuatoriano puede citarse a Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: CCPT / CEDEC, 2012); Rafael Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*; Pablo Alarcón Peña, “Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado”, en Luis Fernando Ávila Linzán, *Repertorio constitucional 2008-2011*; Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: Perspectiva comparada* (Quito: CCPT / CEDEC, 2011); Luis Fernando Ávila Linzán, *El precedente constitucional: Teoría y praxis* (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013); Nicolás Castro Patiño, *El precedente constitucional vinculante para el Ecuador* (Quito: CEP, 2009); Vladimir Bazante Pita, *El precedente constitucional*; Antonio De Cabo De la Vega y Fabián Soto Cordero, “Líneas y políticas para el fortalecimiento sustancial y procesal del precedente constitucional”, en *Investigación jurídica comparada, Proyecto Prometeo* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2015), 81-100.

593 “Artículo 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos

En efecto, una interpretación aislada y literal de esta disposición constitucional conduce a sostener el ínfimo valor de la jurisprudencia, pues no se encuentra enunciada explícitamente dentro de las fuentes “expresas” del sistema jurídico ecuatoriano, por lo que debería ser ubicada como “otras decisiones de los poderes públicos”,⁵⁹⁴ fuente colocada al final de aplicación jerárquica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como característica clásica en los sistemas continentales de origen en el *civil law*.

Sin embargo, un análisis sistemático de la Norma Suprema lleva a otra conclusión. Al ser la Constitución norma jurídicamente aplicable, existiendo en su regulación centralidad de los derechos constitucionales y con el reconocimiento del pluralismo jurídico, puede asimilarse que la concepción clásica ha sido modificada. Y es en este contexto, que el art. 11.8 coloca expresamente a la jurisprudencia como fuente generadora de derecho objetivo, pues, “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”. Por lo tanto, existe normativamente un replanteamiento claro en Ecuador –sistema jurídico de origen en el *civil law*– acerca del rol que cumple el juez en el establecimiento del derecho vigente; sobre la consideración que este deja de ser un mero aplicador de preceptos normativos, para tornarse en creador de reglas jurisprudenciales que concretan el contenido y alcance de los derechos constitucionales, inclusive con la posibilidad de reconocer nuevos derechos.⁵⁹⁵

Continuando con el análisis sistemático constitucional del sistema de fuentes, la Constitución en los art. 185, 221 y 436.6 reconoce que los fallos de las altas cortes ecuatorianas vinculan ya no solo a las partes, sino que genera efectos vinculantes para todos; de ahí que normativamente hablando existe una revalorización contundente de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico, prevista en disposiciones constitucionales. La Constitución le otorga a la CC un papel protagónico en la generación de derecho constitucional, con el fin de hacer efectiva la vigencia al derecho de igualdad, en una doble dimensión: por una parte, igualdad ante la ley y, por la otra,

y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”. Ecuador. CRE [2008].

594 *Ibid.*

595 “Artículo. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios [...] 7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”. Ecuador. CRE [2008].

igualdad de trato de los tribunales, evitando la vulneración de estos derechos en aquellas situaciones en las que se desconozca por parte del juzgador la línea jurisprudencial trazada por un alto tribunal, respecto de un tema determinado.

En este punto del análisis acerca del valor jerárquico de los preceptos normativos y las normas, de conformidad con lo preceptuado en el art. 425 de la Constitución, es fundamental realizar un verdadero ejercicio hermenéutico sistemático. De este modo, si un órgano con legítimas facultades reconocidas por la Constitución interpreta en abstracto los preceptos normativos, el resultado de la interpretación, la norma aplicada (resultado de la interpretación y la argumentación correspondiente por parte del juez por ejemplo, relación signo y significante),⁵⁹⁶ no puede ser otro que el mismo nivel jerárquico que el del precepto interpretado, en virtud del principio del paralelismo de las formas jurídicas⁵⁹⁷ y la relación existente entre precepto normativo y norma, analizada en el segundo capítulo.

En efecto, sobre la base de lo analizado, el nivel jerárquico de las interpretaciones constitucionales –normas– dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, no puede ser distinto al de los preceptos normativos constitucionales; y este es el cambio copernicano del derecho ecuatoriano, pues resulta evidente la transformación en el sistema de fuentes y con ello la manera de entenderlo, interpretarlo y estudiarlo. Así, no puede deslindarse la interpretación auténtica y vinculante –norma– del precepto normativo; considerar lo contrario sería inclusive desconocer la indeterminación lingüística existente no solo en el derecho, sino en el lenguaje en general.⁵⁹⁸

Ahora bien, es evidente que esta facultad de integrar el ordenamiento en el nivel constitucional solo resultará compatible con la seguridad jurídica, cuando las interpretaciones de la CC constituyan verdaderos ejercicios hermenéuticos y no incorporación de disposiciones constitucionales no previstas o interpretaciones descontextualizadas de lo constitucionalmente establecido.

Y es el criterio del paralelismo de las fuentes de derecho propuesto en este estudio, el que se ha desarrollado en la jurisprudencia de la CC, de manera específica cuando determinó que sus precedentes tienen el mismo valor jurídico que la Constitución en el sistema de fuentes ecuatoriano, al señalar:

16. En efecto, los criterios establecidos por este organismo en ejercicio de su función de intérprete auténtico de la Constitución, se hallan adheridas de

596 Véase Juan José Acero, Eduardo Bustos y Daniel Quezada, *Introducción a la filosofía del lenguaje* (Madrid: Cátedra, 1982).

597 Véase Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*.

598 Véase Carrión, *Notas sobre derecho y lenguaje*.

manera indisoluble a las normas constitucionales que interpretan; por lo que su construcción debe regirse por medio de las técnicas de interpretación y modificación del precedente jurisprudencial. El artículo 436, numeral 6, de la Carta Magna ha establecido un mecanismo idóneo para realizar dicha tarea, por medio de la selección y revisión de sentencias; procedimiento que ha sido definido por esta Corte como un mecanismo que tiene por objeto el desarrollo del contenido de los derechos constitucionales y el estudio de la garantía utilizada en el caso bajo análisis.

Cabe precisar que estos criterios fijados por la CC en sus reiterados precedentes, han sido producto de un ejercicio de interpretación de la Constitución y de una interpretación conforme de las disposiciones normativas infraconstitucionales relacionadas al recurso de casación, en armonía con la Constitución de la República. En consecuencia, dichos criterios se ubican al mismo nivel de la Constitución de la República, y prevalecerán sobre cualquier fuente normativa infraconstitucional que sea contraria a estos lineamientos de carácter vinculante.⁵⁹⁹

Si se parte de la premisa que la interpretación constitucional reviste el mismo valor de la Constitución, entonces no es adecuado comparar el valor del precedente con el valor de la ley, porque efectivamente, aunque estas dos fuentes de derecho tienen como objeto desarrollar el contenido de los derechos –de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.8 de la Constitución, antes referido– se lo realiza a un nivel distinto de abstracción, con procedimientos distintos; en virtud de que para la generación de precedentes necesariamente debe existir un caso determinado que debe ser resuelto, y es el marco del ejercicio hermenéutico constitucional. En este orden de ideas, no es correcto asimilar que:

La Constitución atribuye la facultad de crear normas jurídicas, con rango de ley, a la CC a través de sentencias en las acciones de inconstitucionalidad por omisión (art. 436.10), en la jurisprudencia vinculante cuando revisa las sentencias de los jueces ordinarios de las garantías jurisdiccionales (art. 86.5 y 436.6) la LOGJCC le autoriza hacerlo en las sentencias interpretativas y en las aditivas en las demandas de inconstitucionalidad (art. 76.5).⁶⁰⁰

Efectivamente, sostener esta postura implica nuevamente colocar en el centro del ordenamiento jurídico a la ley, pues la jurisprudencia “se asemeja” a la ley, dado que es la propia Constitución que le permite crear derecho; este enfoque desatiende la dinámica resaltada en el capítulo anterior respecto al Estado constitucional, en el que se determinó

599 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 071-16-SEP-CC], caso 1933-15-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

600 Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*, 121.

un sistema de fuentes dinámico, no estático por el cual la interpretación judicial es una de las vías para hacerlo efectivo, no siendo ciertamente la única.

El carácter vinculante del precedente constitucional ecuatoriano

Una vez determinado que la CC, cuando realiza la interpretación de la Constitución, ubica sus criterios en la misma posición jurídica que la Norma Suprema,⁶⁰¹ es necesario identificar cuándo la Corte genera estos criterios vinculantes. Retomando el análisis de la disposición contenida en el art. 436.1 de la Constitución de la República, se advierte sin ninguna distinción que las decisiones de la CC “tendrán el carácter de vinculante”; es decir, llevan implícitas el principio del *stare decisis* por el que se exige que los jueces en materia constitucional acojan de manera obligatoria la decisión anteriormente adoptada por su homólogo o superior sobre un caso análogo.

Para dilucidar el alcance de la categorización de vinculante, se tomará como referencia los criterios establecidos por la CC en su jurisprudencia. En efecto, la CCPT⁶⁰² señaló respecto a la característica de vinculante de sus decisiones, que la vinculatoriedad de las decisiones del máximo órgano de administración de justicia constitucional; con lo cual su obligatoriedad, no se presenta únicamente en las sentencias de jurisprudencia vinculante, sino en todas aquellas decisiones que resuelva este organismo. Así, estableció que:

Artículo 429.- Determina que la CC es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, lo hace en relación con todos los demás intérpretes existentes, es decir, la Corte, en ejercicio de sus funciones, establezca la interpretación jurídica final de la Constitución, con carácter vinculante.⁶⁰³

En este contexto, el alcance vinculante de sus decisiones lo entienden de la Corte como la justificación de “una resolución actual en criterios ya

601 Esta facultad tiene, por supuesto, sus críticos, tanto en términos teóricos, como en su aplicación práctica por la Corte Constitucional. Un caso extremo en Hernán Salgado Pesantes, “¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008? Primer balance de la «Corte Constitucional en transición»”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 17 (2013).

602 Se entiende por período de transición aquel que se extiende desde que el antiguo Tribunal Constitucional se constituyó como Corte Constitucional, hasta que fue posible constituir la Corte Constitucional conforme a las previsiones constitucionales, una vez integradas las diferentes Funciones que intervienen en su nombramiento; es decir cuando concluyó el período de transición dispuesto en la propia Constitución.

603 Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 045-11-SEP-CC], caso 0385-11-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto”;⁶⁰⁴ así como su calidad de “órgano de cierre en materia de interpretación constitucional”.⁶⁰⁵

La característica de vinculante de la jurisprudencia constitucional guarda coherencia con lo determinado en el numeral 6 del citado art. 436, dado que la CC tiene la competencia para: “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

Si bien esta disposición constitucional enumera algunos procesos constitucionales, también hace expresa referencia a los “demás procesos constitucionales”, de lo cual se advierte que no existe etiquetamiento de ninguna competencia de la CC, como la exclusiva para la generación de “precedentes constitucionales”, pues es claro en el sentido de que en todas las decisiones constitucionales, originadas en cualquier proceso constitucional, existe un sistema de precedentes.⁶⁰⁶

Inclusive se puede evidenciar la redacción poco técnica, realizada por el constituyente cuando se menciona que la Corte podrá expedir jurisprudencia vinculante de las acciones de “cumplimiento”, acción inexistente en nuestro ordenamiento constitucional, dado que las acciones previstas con una similar denominación son “acción por incumplimiento”⁶⁰⁷ y “acción de incumplimiento”,⁶⁰⁸ determinadas en el mismo art. 436 de la Constitución.

604 *Ibid.*

605 *Ibid.*

606 Se utiliza la expresión “sistema de precedentes” para referirse a los mecanismos de aplicación e interpretación del precedente. Como se analizó en el capítulo anterior, este consiste en seguir el precedente *-follow-*; distinguir hechos relevantes del caso anterior, razón por la cual es necesario apartarse del precedente *-distinguish-*; o modificarlo sobre la base de una fuerte carga argumentativa *-overruling-*.

607 “Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.” En concordancia se encuentra el artículo 93 en el que se preceptúa “La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.” Ecuador. CRE [2008].

608 “Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.” Ecuador. CRE [2008].

El análisis realizado sobre la base de la supremacía constitucional, sería suficiente para demostrar que no existe etiquetamiento de ninguna competencia para generar jurisprudencia vinculante; sin embargo, se realizarán algunas reflexiones en torno a lo determinado en la LOGJCC, respecto a la competencia de la CC para generar precedentes constitucionales.

Así, el art. 187 de la LOGJCC determina: “Únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el art. 436 de la Constitución, la CC producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante en los términos previstos en la Constitución y en la presente ley”.⁶⁰⁹ Pese a que la disposición normativa citada inicie en su redacción con un adjetivo excluyente, que podría generar una interpretación restrictiva de las competencias por las cuales el Pleno de la Corte podría generar precedentes; vale la pena traer a colación, nuevamente, lo dispuesto en el art. 436.6 cuando se dispone que la CC tiene competencia para “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto [...] y demás procesos constitucionales”, de lo cual se colige que la remisión legal del art. 187 al 436 constitucional, de ninguna manera da paso a una interpretación restrictiva, sino todo lo contrario, dado que abre el camino para que la CC establezca precedentes en todas sus competencias.

El cuadro que se encuentra a continuación denota cómo en la mayoría de acciones constitucionales se han generado reglas jurisprudenciales, tanto por parte de la CCPT, como la denominada primera CC, en varias competencias constitucionales, en efecto:

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES QUE CONTIENEN REGLAS JURISPRUDENCIALES “EXPRESAS”			
Tipo de acción	CCPT (número de sentencia o dictamen)	Primera CC (número de sentencia o dictamen)	Total
Interpretación Constitucional (IC)	001-08-SIC-CC 002-08-SIC-CC 001-09-SIC-CC 001-09-SIC-CC* 002-09-SIC-CC 003-09-SIC-CC 004-09-SIC-CC 005-09-SIC-CC 006-09-SIC-CC 002-10-SIC-CC 003-10-SIC-CC 001-12-SIC-CC		12

609 Ecuador. LOGJCC, en ROS, 52 (22 de octubre de 2009), art. 187.

Acción Pública de Inconstitucionalidad (IN)	003-09-SIN-CC 011-12-SIN-CC		2
Consulta de Norma (CN)	004-10-SCN-CC 012-10-SCN-CC 014-10-SCN-CC**	001-13-SCN-CC 034-13-SCN-CC 002-14-SCN-CC 003-15-SCN-CC	7
Consulta Popular (CP)		001-13-DCP-CC	1
Acción Extraordinaria de Protección (EP)	045-11-SEP-CC 052-11-SEP-CC	016-13-SEP-CC 045-13-SEP-CC 080-13-SEP-CC 102-13-SEP-CC 029-14-SEP-CC 110-14-SEP-CC 113-14-SEP-CC 071-15-SEP-CC 182-15-SEP-CC 239-15-SEP-CC 265-15-SEP-CC 037-16-SEP-CC	14
Acción por Incumplimiento (AN)	002-09-SAN-CC	004-13-SAN-CC	2
Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales (IS)		006-13-SIS-CC 024-15-SIS-CC 011-16-SIS-CC	3
Precedente Jurisprudencial Obligatorio (PJO)	001-10-PJO-CC 001-12-PJO-CC	001-14-PJO-CC 001-16-PJO-CC	4
TOTAL			45
*Esta sentencia fue dictada el 25 de febrero de 2010, la repetición del número de sentencia se debe a un error tipográfico de la Secretaría General de la CC.			
**No se incluyen a las sentencias 022-10-SCN-CC y 023-10-SCN-CC, pues reiteran la regla jurisprudencial establecida en esta sentencia.			

Período de análisis: 20 de octubre de 2008 hasta 30 de abril de 2016.

Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

Y es precisamente a partir de la adopción de esta postura que la CC, desde su transformación de Tribunal Constitucional a CCPT,⁶¹⁰ así como la Corte ya instituida al finalizar la transición constitucional,⁶¹¹ ha adoptado

610 Ecuador. Resolución s/n de 21 de octubre de 2008, en RO 451 (22 de octubre de 2008).

611 La primera conformación de jueces de la CN, luego de la finalización de la transición constitucional, se posesionó el 6 de noviembre de 2012 ante la Asamblea Nacional, jueces Antonio Gagliardo, Marcelo Jaramillo, María del Carmen Maldonado, Wendy Molina, Tatiana Ordeñana, Patricio

precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento en la mayoría de sus competencias constitucionales, lo cual reafirma que no existe etiquetamiento de “algunas sentencias” como precedente.

Efectivamente, reglas explícitas que atienden a la fundamentación central de la resolución de los casos resueltos constan en 45⁶¹² decisiones constitucionales, las cuales nacen de las distintas competencias asignadas a la CC de conformidad con el cuadro a continuación:



Período de análisis: 20 de octubre de 2008-30 de abril de 2016.

Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

Como se puede apreciar, la acción en la que se han dictado el mayor número de sentencias⁶¹³ con reglas jurisprudenciales, es la acción extraordinaria de protección con un total de 14 sentencias de 45; seguida de la acción de interpretación constitucional con 12 sentencias, luego de aquellos están las decisiones de control constitucional (acciones públicas de inconstitucionalidad, consulta de norma, consulta popular) y las acciones

Pazmiño, Alfredo Ruiz, Ruth Seni y Manuel Viteri. Y fue renovada un tercio de sus integrantes al tercer año, conforme lo dispuesto en la Constitución (Antonio Gagliardo, Marcelo Jaramillo y María del Carmen Maldonado) con los jueces Francisco Butiñá, Pamela Martínez y Roxana Silva, a partir de la posición de el 5 de noviembre de 2015 ante la Asamblea Nacional.

612 Anexo 4, Reglas jurisprudenciales “expresas” dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador.

613 La referencia es al número de sentencias en las que constan reglas jurisprudenciales, no al número de reglas jurisprudenciales dictadas en una sentencia, puesto que en una sentencia puede existir una o más reglas dependiendo de la *ratio decidendi* resuelta. Así, por ejemplo, en la sentencia 11-16-SIS-CC en virtud de que atendía a la problemática del proceso de la cuantificación de la reparación económica, parte de la reparación integral que se sustancia ante las judicaturas contenciosas administrativas del país se dictaron 17 reglas. Véase sentencia 11-16-SIS-CC, caso 024-10-IS.

por incumplimiento y de incumplimiento y, finalmente, el precedente jurisprudencial obligatorio.

Sobre el análisis efectuado en los cuadros que anteceden, resulta erróneo sostener que solo las decisiones rotuladas como “jurisprudencia vinculante” contienen precedentes constitucionales, pues, de ser cierto este razonamiento solo existirían cuatro sentencias que contienen jurisprudencia vinculante,⁶¹⁴ lectura que claramente atentaría contra el desarrollo mismo del derecho constitucional ecuatoriano, y que inclusive denotaría una jerarquía inexistente entre los derechos constitucionales que son tutelados mediante las distintas acciones constitucionales, pues se privilegiaría un procedimiento por sobre otros procedimientos constitucionales.⁶¹⁵

Del análisis realizado se evidencia que para conocer los precedentes constitucionales hay que indagar sobre los patrones fácticos –escenarios constitucionales– pero no a las competencias, pues la evaluación radica en los efectos de las decisiones, que tienen fundamento en los razonamientos centrales –*ratio decidendi*– para poder así conocer la real dimensión de los precedentes constitucionales.

La emisión de reglas jurisprudenciales expresas denota la herencia formalista ecuatoriana. Gracias a ella se ha impulsado a que la CC, en atención a una visión formalista del derecho, emita reglas jurisprudenciales, de manera canónica en la *decisum* de la sentencia para solventar los problemas reiterados que se le presentan en el ámbito constitucional; así se ha justificado de la siguiente manera:

Considerando los razonamientos expuestos en esta sentencia y evidenciando la confusión que existe en los operadores de justicia respecto de los límites y alcances de la acción constitucional de medidas cautelares y a los alcances de las medidas a ser dictadas dentro del control abstracto de constitucionalidad, la CC, en aplicación de su atribución prevista en el artículo 436, numeral 6 de la Constitución de la República, emite las siguientes reglas con efecto erga omnes a ser observadas por los operadores de justicia, bajo prevenciones de sanción.⁶¹⁶

614 Ecuador. CCPT, Sentencias 001-10-PJO-CC y 001-12-PJO-CC. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias 001-14-PJO-CC, 001-16-PJO-CC. Véase anexo 5, Sentencias etiquetadas como precedentes jurisprudenciales obligatorios (JPO) de la Corte Constitucional.

615 La Corte Constitucional recientemente, afirmando este criterio, señaló: “25. De lo cual se colige entonces que todos los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución.” Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 001-16-PJO-CC], caso 530-10-JP, <http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

616 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 110-14-SEP-CC], caso 1733-14-EP.

Con un razonamiento similar la Corte en el dictamen 001-13-DCP-CC, y sentencias 006-13-SIS-CC, 034-13-SCN-CC y 016-13-SEP-CC ha señalado que “dada la relevancia de los problemas surgidos en los casos concretos establece las reglas de aplicación obligatorias, en ejercicio de la competencia establecida en el art. 436, num. 1 y 6 de la Constitución”. Esta forma de proceder genera mayor facilidad en el manejo del derecho jurisprudencial, puesto que es de fácil identificación el precedente –*ratio decidendi*– o regla jurisprudencial que tiene fuerza gravitacional.

Entender así al precedente, como la *ratio decidendi* recogida explícitamente en la *decisum* como una regla canónica obedece a un razonamiento iusfilosófico formalizado del precedente, que en el caso ecuatoriano tiene fuerte cabida ya que nace de una interpretación local de la CC acerca de cómo generar precedentes.

Como quedó demostrado la CC en 45 sentencias ha determinado reglas jurisprudenciales que deben ser observadas por todos los operadores jurídicos. Incluso se puede citar que frente al flagrante caso de desconocimiento de una regla jurisprudencial, la CC sancionó con la destitución de los jueces que manifiestamente inobservaron el precedente, establecido en una regla jurisprudencial,⁶¹⁷ argumentando que:

OCTAVO.- La admisión del recurso de casación y su correspondiente envió a la CNJ en un proceso de determinación del monto correspondiente a la reparación económica, como parte de la reparación integral, por parte de los jueces que conforman el Tribunal distrital de lo Administrativo 4, sede Portoviejo, evidencia el desconocimiento de las competencias y responsabilidades que adquieren los jueces ordinarios al conocer y resolver garantías jurisdiccionales, quienes asumen el rol de jueces constitucionales, de conformidad con el criterio

617 “4. En ejercicio de la competencia establecida en el art. 436, num. 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional emite la siguiente regla jurisprudencial: El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos. 5. En ejercicio de la competencia establecida en el art. 436.3 de la Constitución de la República del Ecuador, la CC declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 19, frase final, de la LOGJCC, referente a: “De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, por la frase “Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite”. En consecuencia, el art. 19 de la LOGJCC dispondrá: “Artículo 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite”. Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 004-13-SAN-CC], caso 0015-10-AN.

que ha sentado esta CC en su jurisprudencia (sentencias 001-10-JPO-CC, 023-13-SEP-CC, 047-14-SEP-CC; entre otras). NOVENO.- En virtud de la inobservancia de lo dispuesto en la regla jurisprudencial emitida por la CC en la sentencia 004-13-SAN-CC, caso 0015-10-AN, por parte de los jueces del Tribunal Contencioso Administrativo 4, con sede en Portoviejo, dentro del proceso de determinación del monto correspondiente a la reparación económica, como parte de la reparación integral dispuesta en auto de verificación del caso 0063-10-IS del 3 de julio de 2013, esta CC luego de haber convocado a audiencia pública de verificación y garantizado el debido proceso, RESUELVE aplicar en contra de los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo n.º 4, sede en Portoviejo; [...], la sanción contenida en el artículo 86, numeral 4, de la Constitución de la República, en concordancia con lo dispuesto en las reglas jurisprudenciales contenidas en la sentencia 001-10-JPO-CC y en los artículos 22, numeral 2, y 164, numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁶¹⁸

Esta forma de determinar reglas jurisprudenciales sugiere una afinidad entre la aplicación del derecho judicial constitucional y el derecho de origen legislado, puesto que el predicado fáctico de las reglas jurisprudenciales encuentra la generalización prevista expresamente en forma canónica, lo cual por un lado simplifica el problema del análisis del precedente, en desmedro de la formalización del derecho judicial.

Ahora bien, es importante destacar que la práctica del precedente constitucional ecuatoriano no se limita a esta práctica formalizada. En efecto, adviértase que nuestra tradición en el *civil law* no puede ser utilizada como falso argumento para sostener que si no existen reglas jurisprudenciales explícitas en la *decisum* de una sentencia de la CC, no existe precedente. Es un error desconocer que todas las decisiones de la Corte, como lo establece la propia Constitución son vinculantes y, por lo tanto, se encuentran inmersas dentro del sistema de aplicación del precedente.

De esa manera, se debe recalcar que la praxis se debate entre dos técnicas bastamente analizadas: La primera, formalizada de generación y aplicación del precedente, a partir de la emisión de reglas jurisprudenciales; y la segunda, “des” formalizada que impone un ejercicio hermenéutico complejo de la jurisprudencia constitucional para identificar el precedente. Esta particularidad del derecho judicial ecuatoriano da cuenta de nuestro origen en la familia del *civil law*, y el acercamiento a técnicas de manejo del derecho judicial propias del *common law*.

Una vez determinado el carácter vinculante del precedente constitucional y dado que también se evidencia una práctica desformalizada, la cual depende de la motivación, se analizará cómo la CC ha desarrollado este tema.

618 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Auto de seguimiento de sentencias y dictámenes constitucionales de 10 de diciembre de 2014], caso 0063-10-IS.

El test de motivación constitucional

Dentro de las garantías que integran el debido proceso, establecidas en el art. 76 de la Constitución, se encuentra que en el num. 7, atinente al derecho a la defensa, se incluye el deber de motivar⁶¹⁹ toda resolución que emane de los poderes públicos, pues de no estar debidamente motivadas se considerarán nulas. La motivación da cuenta del nivel de racionalidad de las decisiones, de ahí que sea el derecho base sobre el cual se enmarca la aplicación integral del derecho en los ámbitos administrativo y judicial.

En el caso objeto de este estudio, el precedente constitucional se genera a partir de la justificación central de la decisión, coligiéndose que nace y se configura a partir de la motivación de las decisiones de la CC. Así, este organismo ha determinado en varias decisiones, tomando como referencia lo sostenido por la Corte Interamericana, como también a la Corte Europea de Derechos Humanos, que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”;⁶²⁰ y que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, dado que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”.⁶²¹

En ese sentido, la Corte ha argumentado que la motivación se convierte en una pieza clave en la elaboración de las decisiones judiciales, sin la cual estas se tornarían arbitrarias y cuyo efecto devendría en la nulidad de las mismas; siendo un deber sustancial de los poderes públicos motivar debidamente las resoluciones que emitan,⁶²² a fin de dotarlas de legitimidad, garantizando así que las personas puedan conocer cuáles son los argumentos o fundamentos que llevaron a tomar una resolución determinada.

619 Sobre la motivación, en general, véase Rafael F. de Asís Roig, *El juez y la motivación en el derecho* (Madrid: Dykinson, 2005); Alejandro Nieto, “Motivación de las sentencias”, en Francisco Sosa Wagner, coord., *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000); Juan José Gil Cremades, “La motivación de las decisiones jurídicas”, en VV. AA., *Constitución, derecho y proceso: Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués* (Zaragoza: Instituto Fernando El Católico, 1983), 161-84.

620 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, 170 (2007), párr. 107. En Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 014-14-SEP-CC], caso 0954-10-EP.

621 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yatama vs. Nicaragua, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, 127 (2005), párrs. 152 y 153. Ver también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas., serie C, 170 (2007).

622 Sobre las patologías en la motivación, véase Tomás Javier Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales* (Madrid: Marcial Pons, 2011).

La CC también ha indicado sobre el alcance de esta garantía, no solo limitada a la invocación abstracta de normas, sino también a la relación lógica entre las normas y los hechos materiales del caso. Este último presupuesto vincula a la garantía de la motivación no como un elemento formal, sino como un requisito obligatorio y sustancial y de contenido expreso, que da cuenta del mérito y la oportunidad de la resolución que se adopta y, por lo tanto, permite poner en conocimiento del administrado, no solo las razones jurídicas atinentes a las competencias de la autoridad, sino además aquellas que en orden al interés público o a su conveniencia son propias de ser adoptadas.

La Corte ha destacado que el derecho a la motivación⁶²³ se considera como un condicionamiento de todas las resoluciones de los poderes públicos, con objeto de que las personas puedan conocer de forma efectiva y veraz las razones que motivaron la emisión de una determinada decisión. La motivación, en esta línea de análisis, no implica la enunciación dispersa de disposiciones normativas o de antecedentes de hechos, sino, por el contrario, exige un verdadero ejercicio argumentativo en el cual se fundamenta la aplicación de una determinada disposición jurídica a un antecedente de hecho y la pertinencia a las conclusiones establecidas a partir de ello; con lo cual, la obligación de motivar va más allá de la mera enunciación de normas, pues conlleva el deber de indagar a partir de los hechos presentados en el caso, cómo estos se relacionan con las normas jurídicas a partir de un razonamiento eminentemente justificativo.⁶²⁴

Con base en el análisis realizado, la garantía de la motivación opera como: el derecho de las personas a tener pleno conocimiento del porqué se ha tomado una decisión que les afecta directa o indirectamente; y, el deber de los funcionarios públicos, cuya finalidad es principalmente limitar la discrecionalidad y excluir la arbitrariedad. Por esta razón, todas las servidoras y servidores públicos, entre ellos las autoridades jurisdiccionales, están obligadas a motivar sus decisiones. En consecuencia, es una garantía

623 Sobre la motivación como derecho, véase Jesús Fernández Entralgo, "La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Poder Judicial*, Extra 6 (1989): 57-94.

624 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 080-13-SEP-CC], caso 0445-11-EP: "En efecto, la actividad argumentativa que denotará la existencia de la motivación en la resolución de garantías jurisdiccionales de los derechos radica justamente en el planteamiento del problema jurídico, es decir, si se verifica o no la vulneración de derechos, si el acto, hecho u omisión anula el ejercicio de los derechos constitucionales y la solución pertinente, en caso de existir vulneración, de los derechos, la reparación integral pertinente, o caso contrario, la negativa de la acción". Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 123-13-SEP-CC], caso 1542-11-EP: "Una motivación ilógica o insuficiente en las resoluciones de los poderes públicos podría ser equivalente a la arbitrariedad, más aún cuando proviene de los jueces y juezas, siendo aquellos los principales actores del poder público en la tutela de los derechos de las personas".

procesal en el ámbito, tanto administrativo como jurisdiccional, en virtud de la cual los poderes públicos tienen la obligación de argumentar y razonar todas sus resoluciones, mediante la determinación de las normas o principios jurídicos en que se funda y la congruente aplicación de aquellos a los antecedentes del caso, pues al exponer las disposiciones legales y las razones que constituyen los fundamentos de la decisión, genera confianza a las partes procesales respecto de lo resuelto.

Sobre la manera específica en el ámbito judicial, la CC ha señalado que los argumentos y las razones empleadas por los jueces para sustentar las sentencias se han convertido en la garantía más importante para el cumplimiento del rol del juez, pues un adecuado ejercicio racional de la motivación es lo que les permite mostrar, tanto a las partes involucradas en un proceso como a la sociedad, que la decisión adoptada resulta justificada y fundada en el marco del ordenamiento jurídico que rige el *thema decidendum*, que sus valoraciones y estándares de juicio son conducentes a dicho ordenamiento, a partir de lo cual el fallo no ha sido producto de alguna arbitrariedad o discrecionalidad, sino conforme a la realización de la justicia.⁶²⁵

El énfasis respecto de la motivación en procesos constitucionales, por parte de la Corte, ha sido instar a los jueces a que interpreten y apliquen las disposiciones normativas de acuerdo con los principios constitucionales; en otras palabras, corresponde a los jueces constitucionales realizar un análisis preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos vulnerados, porque no es suficiente mencionar los principios o derechos violentados, sino que es necesario determinar cómo y de qué forma se vinculan los hechos con las normas aplicables al caso concreto.

Por consiguiente, cabe reiterar que la motivación no es solo un elemento formal, como requisito obligatorio de toda manifestación de autoridad pública, sino que constituye un elemento sustancial que expresa la garantía del derecho al debido proceso, pues permite a las partes conocer el razonamiento lógico, preciso, objetivo y articulado del juez, y, por tanto, comprender las razones jurídicas por las que se ha llegado a un fallo determinado.⁶²⁶

625 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 021-13-SEP-CC], caso 0960-10-EP: “Al respecto, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su Art. 4 establece los principios procesales en los que se sustenta la justicia constitucional. Dentro de dichos principios incluye a la motivación y dispone que todos los jueces tienen la obligación de fundamentar, adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tienen la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso”.

626 Rodrigo Uprimny, et al. *Tutela contra sentencias: Documentos para el debate*. Bogotá: De Justicia-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006, <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurso/fi_name_recurso.187.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

Resulta evidente entonces concluir que el deber de motivar, así concebido, dota a las resoluciones judiciales de una calidad epistémica que de otro modo no tendrían, haciendo de él un dispositivo de garantía; en este contexto, el juez no puede decidir arbitrariamente, sino que está obligado a razonar de manera explícita las resoluciones que adopta.

Vale la pena resaltar su importancia a partir de lo argumentado por la misma CC, señalando que la garantía de la motivación se articula simbióticamente con otros derechos constitucionales, como el derecho a una tutela judicial efectiva; obviamente aquello contribuye a garantizar la seguridad jurídica dentro en un Estado constitucional, con objeto de que quienes acuden a los diversos órganos jurisdiccionales, no queden en la indefensión, generando la confianza debida en el sistema jurídico ecuatoriano; es decir, que la motivación como parte del derecho a la defensa, se encuentra en conexidad clara con la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. De esta forma, ha insistido la Corte, la motivación de las resoluciones judiciales es condición necesaria para la satisfacción del derecho constitucional al debido proceso, dentro de un litigio en el cual se determinen derechos y obligaciones, así como para la observancia del derecho a la tutela efectiva y expedita de los derechos e intereses de las personas, sin que en ningún caso queden en indefensión.

Además, la CC ha expresado que la garantía de la motivación impone al juez a demostrar cuál fue el camino recorrido, el itinerario seguido para arribar a la decisión, lo cual sirve para proscribir la arbitrariedad en la medida en que las partes del proceso, los observadores externos y los controladores de la decisión pueden conocer el camino que llevó al juez a adoptar determinado tipo de solución, para así acreditar que a ella no se llegó por mera coincidencia, sino siguiendo una línea racional que procedió a justificarla.

En ese orden de ideas, precisamente por constituirse la base de la actividad jurisdiccional, en el caso ecuatoriano la CC, como resultado de las reflexiones realizadas a lo largo de la adopción de sus decisiones, ha ofrecido un esquema argumentativo para verificar la existencia o no de la motivación en las decisiones judiciales sobre las cuales se alega una vulneración al derecho al debido proceso en la garantía de la motivación. Este esquema argumentativo fue por primera vez enunciado como un *obiter dicta* en la sentencia 227-12-SEP-CC, de 21 de junio de 2012, al señalar:

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, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados.

Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto.⁶²⁷

Se sostiene que es un *obiter dicta*, dado que el análisis de la Corte al resolver el caso concreto no se basó en el esquema expuesto para la identificación de la vulneración, porque fue utilizado simplemente como un enunciado que sirvió para determinar los elementos contenidos en esta garantía fundamental de una manera abstracta y general. Posteriormente, este mismo enunciado fue reproducido por la primera CC en la sentencia 020-13-SEP-CC,⁶²⁸ decisión en la que también se lo utilizó como un *obiter dicta*, pues tampoco sirvió de referencia para el análisis concreto del caso puesto en análisis. Es decir, en estas dos sentencias, este razonamiento sirvió de apoyo para dotar de contenido al derecho constitucional contenido en el art. 76, num. 7, lit. l) de la Constitución.

Esta situación se modificó a partir de la emisión de la decisión 092-13-SEP-CC,⁶²⁹ pues la Corte deja de considerar a este enunciado como un *obiter dicta*, utilizándolo como un esquema argumentativo que guía el análisis del cumplimiento de la motivación, imponiendo parámetros que sirven de filtros para indagar si en las decisiones impugnadas mediante acción extraordinaria de protección se observaron los estándares mínimos que dan cuenta de las razones que sustentan la decisión. Desde una posición iustéorica este esquema encuentra sustento, a pesar que el test por sí solo no ofrece la solución del caso, sin embargo, sí permite verificar que la decisión ha observado los requisitos mínimos que la convierten en racional.⁶³⁰

El esquema argumentativo, o test de la motivación, como lo ha denominado la CC, consiste en verificar si los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad son observados en la emisión de una decisión judicial. El análisis del esquema se lo realiza de manera secuencial, esto es, primero se verifica la universalidad de las premisas normativas, argumentación de

627 Ecuador, CCPT, [Sentencia 227-12-SEP-CC], caso 1212-11-EP, <<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/9ddb1953-2786-4758-acae-18adeac48ebf/1212-11-epsentencia.pdf?guest=true>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

628 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 020-13-SEP-CC], caso 563-12-EP, <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/020-13-SEP-CC.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

629 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 092-13-SEP-CC], caso 0538-11-EP, <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/092-13-SEP-CC.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

630 Robert Alexy señala que si y solo si la decisión ha pasado por el proceso argumentativo racional, discurso práctico, se encuentra justificada. Véase Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*.

primer nivel, que se traduce en el requisito de la razonabilidad; cuando se verifica la observancia de este requisito se pasa al examen de la argumentación de segundo nivel, es decir, la coherencia y consistencia de las premisas, requisito de lógica, y finalmente, una vez cumplidos los requisitos anteriores se analiza la dimensión dialéctica de la decisión, en otras palabras, la comprensibilidad.

Dada la importancia de estos elementos en el análisis de la motivación, como derecho constitucional, estos tres parámetros serán analizados a continuación.

Razonabilidad como parte del test de la motivación

Respecto al parámetro de razonabilidad,⁶³¹ la CC ha indicado que constituye el respeto, observancia y cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales pertinentes y aplicables al caso; es decir, parte de la premisa alexyana:⁶³² toda decisión judicial debe al menos fundamentarse en una norma jurídica.⁶³³

El objetivo de establecer a la razonabilidad como criterio de análisis de la garantía de la motivación, es descubrir o descartar los argumentos que contengan elementos impertinentes que contraríen las disposiciones aplicables, o la omisión de las mismas al caso concreto. Este parámetro se constituye en “el elemento mediante el cual es posible analizar las normas que han sido utilizadas como fundamento de la resolución judicial”⁶³⁴

Al analizar ese parámetro, la Corte ha sido insistente en manifestar que las resoluciones judiciales no deben imponer criterios contrarios a la Constitución, sin importar que nazcan de procesos constitucionales o de la justicia ordinaria; la constitucionalización del ordenamiento jurídico comporta la observancia a la Norma Suprema, en el caso de las decisiones judiciales se encuentran sujetas a los principios constitucionales.

Otro elemento interesante a resaltar en la aplicación de este parámetro, es el que la Corte refiere dentro de las fuentes de derecho, que debe formar parte de la generación de la premisa normativa del silogismo judicial, que se refiere al derecho generado en sede judicial, puesto que expresamente

631 Sobre razonabilidad, véase Natalina Stamile, “Razonabilidad (Principio de)”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 8 (2015): 222-8; José Luis Bazan y Raúl Madrid Ramírez, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, *Revista chilena de derecho* 18, n.º 2 (1991): 179-88. Sobre razonabilidad y derechos, específicamente, Liliana Ortiz Bolaños, “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales desde la razonabilidad”, *Revista Via Iuris*, n.º 8 (2010): 27-40.

632 *Ibíd.*

633 El concepto de norma jurídica es el propuesto por Norberto Bobbio; véase cita 346.

634 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 009-14-SEP-CC], entre otras.

ha determinado “la razonabilidad implica la fundamentación con base a normas constitucionales, legales y/o jurisprudenciales, que permitan verificar la fundamentación jurídica utilizada por el operador de justicia al momento de resolver un caso concreto.”⁶³⁵

En caso de no observar los precedentes constitucionales aplicables al caso concreto, se incumple con el parámetro de la razonabilidad, en este sentido se pronunció la CC cuando expresó “no se ha cumplido el criterio de la razonabilidad en el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, debido a la ausencia de normas que sustenten la decisión judicial y la omisión de los precedentes constitucionales referidos en el primer problema jurídico de esta sentencia”.⁶³⁶

Esos razonamientos denotan el énfasis de la Corte en el valor de derecho objetivo de la jurisprudencia, sea constitucional o de la justicia ordinaria en cada caso. Con este proceder, la Corte ratifica que ha operado la transformación de fuentes del derecho ecuatoriano, al determinar que es de obligatoria observancia la aplicación de precedentes o jurisprudencia obligatoria. Proceder en contrario –desconocer la jurisprudencia– es desconocer el desarrollo sociológico que ha tenido determinado derecho, institución, procedimiento. Es inobservar el ordenamiento jurídico.

Lógica como parte del test de la motivación

Acerca del criterio de la lógica,⁶³⁷ la CC la ve como el resultado de la coherencia materializada en la interrelación que surge entre las premisas fácticas, las normas legales aplicadas al caso concreto y la posterior decisión; dicho de otro modo, tiene relación directa con la coherencia de los elementos ordenados y concatenados que permiten construir un juicio de valor en el juzgador al momento de emitir una resolución.

La interrelación se identifica con la línea de causalidad que mantiene una sentencia, la cual se configura con la presencia de una premisa fáctica vinculada a la aplicación de una norma. Este ejercicio finaliza con la decisión, esta última conecta en forma racional las premisas fácticas con la conclusión. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por la autoridad sobre el derecho, los hechos y la resolución adoptada frente a los efectos que el acto va a producir, constituirá la ecuación jurídica completa

635 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 016-16-SEP-CC], caso 2014-12-EP, entre otras.

636 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 002-16-SEP-CC], caso 2209-11-EP.

637 Sobre lógica y motivación, véase Rafael Hernández Marín, *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013; María Isabel Garrido Gómez, “La predecibilidad de las decisiones judiciales”, *Ius et Praxis* 15, n.º 1 (2009): 55-72.

que permite arribar a una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación. La Corte ha señalado:

Para analizar este elemento es preciso señalar que el desarrollo de una sentencia supone un silogismo, esto es, un razonamiento jurídico por el cual se vinculan las premisas mayores (que generalmente son proporcionadas por la normativa aplicable al caso en concreto) con las premisas menores (que se encuentran dadas por los hechos fácticos [sic] en los cuales se circunscribe y fundamenta la causa) y de cuya conexión se obtiene una conclusión (que se traduce en la decisión final del proceso).⁶³⁸

La exigencia, entonces, es que el fallo sea coherente entre las premisas, las disposiciones aplicadas al caso concreto y la conclusión. El criterio de la lógica supone también una exposición congruente de las razones que conducen al juez para establecer una valoración o concepción sobre el asunto que se debate, de modo que la finalización del juicio guarde armonía, coherencia y consistencia con los elementos que han sido presentados, evaluados, analizados y considerados durante el proceso y al final en su sentencia.

La CC insiste en su jurisprudencia: Motivar una sentencia es una exigencia constitucional, legal y jurisprudencial; se trata de un mecanismo de lógica, por el cual debe fluir fácilmente la construcción de la sentencia, sobre todo desde la llamada *quaestio facti*, o sea hechos fundantes y la *quaestio juris*, es decir, el marco jurídico con base en el que debe ser resuelto el caso.

Comprensibilidad como parte del test de la motivación

Respecto a la comprensibilidad,⁶³⁹ la CC ha argumentado que se trata de un elemento que exige que la decisión presente un lenguaje pertinente, sencillo y claro, que no solo sea entendido por las partes procesales, sino por toda la ciudadanía; para que a través de ella se adquieran conocimientos en derecho y que la misma goce de legitimidad, tal y como lo prescribe el art. 4.10 de la LOGJCC.⁶⁴⁰

Así, la Corte ha recalcado que la claridad en el lenguaje requiere concatenación entre las premisas que contienen un pensamiento o idea con las conclusiones consustanciales que deben devenir de aquellos presupuestos. Este ejercicio intelectual requiere ser también fiscalizado por quienes no

638 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 009-14-SEP-CC], entre otras.

639 Véase Verónica Hernández Muñoz, "El test de motivación de la Corte Constitucional del Ecuador", <<http://www.deliberando.com/articulos/el-test-de-motivacion-de-la-corte-constitucional-del-ecuador/>>. Consulta: 10 de mayo de 2016.

640 "Comprensión efectiva: Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte". Ecuador, LOGJCC [2009].

han sido parte del proceso, de modo que las resoluciones emitidas por los órganos judiciales gocen de legitimidad y permitan conocer al colectivo social en general, la forma como sus tribunales de justicia razonan y resuelven los conflictos que son puestos en su conocimiento.

Entonces, no se debe ignorar que la motivación va dirigida no solo a los interesados en el asunto resuelto, sino al “auditorio universal”, quien en definitiva es el que juzga la actuación de los operadores de justicia, pues permite el control de la actividad jurisdiccional del Estado en todas las instancias; control que no solo es en sede constitucional, sino, fundamentalmente, de la opinión pública. En este orden de ideas, tal como lo ha señalado esta Corte, no basta la utilización de un lenguaje de fácil acceso para considerar a una decisión como comprensible, en tanto, adicionalmente se requiere que las ideas y premisas que integran la decisión sean redactadas de forma coherente, concordante y completa.⁶⁴¹

Sobre la base de este esquema argumentativo propuesto por la Corte, surge la interrogante acerca de cómo se concreta una falta de motivación. Al respecto, la Corte ha sostenido mediante su jurisprudencia que dicha falta se constata cuando existe: a) Una enunciación dispersa de normas jurídicas que no atienden a los patrones del caso concreto; b) Cuando no existe un ejercicio argumentativo en el cual se fundamente la aplicación de una determinada norma jurídica a un antecedente de hecho y las conclusiones establecidas a partir de ella; c) Cuando no existe concatenación de las premisas normativas, fácticas y la decisión arribada; d) Cuando el lenguaje utilizado ha sido confuso, existiendo contradicciones entre la sintaxis utilizada en la decisión; e) Cuando se ha desconocido los precedentes constitucionales; f) Cuando se ha desconocido la jurisprudencia de la Corte Nacional; g) Cuando no existe un análisis del patrón fáctico, entre otras razones.

En este sentido, la CC ha sido clara al precisar que al producirse una sentencia inmotivada, en forma opuesta al sistema jurídico constitucional y legal, esta resulta arbitraria, incongruente, incompleta, oscura, infundada, irrazonada, contraria al ordenamiento positivo constitucional y legal sustantivo y procesal.⁶⁴²

641 Véase Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 019-16-SEP-CC], caso 0542-15-EP.

642 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 003-13-SEP-CC, caso 1427-10-EP; sentencia 004-13-SEP-CC, caso 0032-11-EP; sentencia 009-13-SEP-CC, caso 0338-11-EP; sentencia 010-13-SEP-CC, caso 0941-12-EP; sentencia 011-13-SEP-CC, caso 1360-11-EP; sentencia 020-13-SEP-CC, caso 0563-12-EP; sentencia 021-13-SEP-CC, caso 096-10-EP; sentencia 024-13-SEP-CC, caso 1437-11-EP; sentencia 028-13-SEP-CC, caso 1520-10-EP; sentencia 029-13-SEP-CC, caso 2067-11-EP; sentencia 044-13-SEP-CC, caso 0282-11-EP; sentencia 048-13-SEP-CC, caso 0169-12-EP; sentencia 051-13-SEP-CC, caso 0858-11-EP; sentencia 054-13-SEP-CC, caso 1513-11-EP; sentencia 076-13-SEP-CC, caso 1242-10-EP; sentencia 080-13-SEP-CC, caso 0445-11-EP; sentencia 081-13-SEP-CC, caso 0091-13-EP;

A partir del análisis del esquema argumentativo propuesto para la motivación resulta entonces que el test, no es desde un punto de vista de la doctrina del precedente estrictamente uno, no obstante, abre la posibilidad de generar reglas jurisprudenciales *–ratio (s) decidendi–* respecto de cómo opera la falta de motivación, a partir de la utilización de este esquema en determinados patrones fácticos.

En conclusión, se puede considerar que el derecho a la motivación es argumentar racionalmente para justificar una decisión aplicativa. Entonces, el derecho a la motivación es un mecanismo de aseguramiento de la racionalidad en las decisiones de los organismos que ejercen potestades públicas, permite directamente a los afectados y a la sociedad en general observar cuál es la justificación presentada por quien ha adoptado la decisión, para realizar un control efectivo del ejercicio del poder, el cual constituye premisa necesaria para la consecución del Estado constitucional de derechos y justicia.

Aplicación del test de motivación

La importancia de este esquema argumentativo denominado “test de la motivación” radica en la atención que la Corte le ha dado en sus sentencias de acción extraordinaria de protección; del total de 698 en 276 se utilizó este esquema argumentativo un porcentaje interesante con relación a los derechos que se analizan acerca de la existencia o no de vulneración de derechos.⁶⁴³

sentencia 092-13-SEP-CC, caso 0538-11-EP; sentencia 093-13-SEP-CC, caso 0793-11-EP;
 sentencia 097-13-SEP-CC, caso 1614-11-EP; sentencia 098-13-SEP-CC, caso 1850-11-EP;
 sentencia 105-13-SEP-CC, caso 0562-11-EP; sentencia 110-13-SEP-CC, caso 0690-12-EP;
 sentencia 115-13-SEP-CC, caso 1922-11-EP; sentencia 120-13-SEP-CC, caso 1399-10-EP;
 sentencia 123-13-SEP-CC, caso 1542-11-EP; sentencia 126-13-SEP-CC, caso 1859-11-EP;
 sentencia 132-13-SEP-CC, caso 1735-13-EP; sentencia 008-14-SEP-CC, caso 0729-13-EP;
 sentencia 009-14-SEP-CC, caso 0526-11-EP; sentencia 010-14-SEP-CC, caso 1250-11-EP;
 sentencia 011-14-SEP-CC, caso 2076-11-EP; sentencia 014-14-SEP-CC, caso 0954-10-EP;
 sentencia 023-14-SEP-CC, caso 2044-11-EP; sentencia 024-14-SEP-CC, caso 1014-12-EP;
 sentencia 033-14-SEP-CC, caso 2057-11-EP; sentencia 035-14-SEP-CC, caso 1989-12-EP;
 sentencia 044-14-SEP-CC, caso 0592-11-EP; sentencia 054-14-SEP-CC, caso 2084-11-EP;
 sentencia 057-14-SEP-CC, caso 0421-13-EP; sentencia 061-14-SEP-CC, caso 0708-13-EP;
 sentencia 062-14-SEP-CC, caso 1616-11-EP; sentencia 063-14-SEP-CC, caso 0522-12-EP;
 sentencia 064-14-SEP-CC, caso 0831-12-EP; sentencia 065-14-SEP-CC, caso 0807-10-EP;
 sentencia 068-14-SEP-CC, caso 0550-11-EP; sentencia 071-14-SEP-CC, caso 1327-10-EP;
 sentencia 077-14-SEP-CC, caso 1999-11-EP; sentencia 078-14-SEP-CC, caso 0089-12-EP;
 sentencia 079-14-SEP-CC, caso 0452-12-EP; sentencia 088-14-SEP-CC, caso 0811-12-EP;
 sentencia 093-14-SEP-CC, caso 1752-11-EP; sentencia 095-14-SEP-CC, caso 2230-11-EP;
 sentencia 179-14-SEP-CC, caso 1189-12-EP; sentencia 225-14-SEP-CC, caso 0289-13-EP;
 sentencia 227-14-SEP-CC, caso 1269-13-EP; sentencia 231-14-SEP-CC, caso 0589-13-EP;
 sentencia 232-14-SEP-CC, caso 1388-12-EP.

⁶⁴³ En estas sentencias la Corte Constitucional (primera Corte hasta 30 de abril de 2016), a partir de la sentencia 092-13-SEP-CC utiliza el test de motivación; es decir, analiza que la decisión impugnada satisfaga los requisitos de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Otro dato interesante que arroja la aplicación del test, está relacionado con el mayor porcentaje de aceptación de las acciones a partir de la vulneración del derecho a la motivación: de las 276 sentencias en las que se realizó el test de motivación, en 178 se declaró la vulneración del debido proceso en la garantía de la motivación, y en 98 no se verificó dicha vulneración.

Respecto al origen del proceso en el que se emitieron las decisiones analizadas, del total de 276 sentencias, 121 corresponden a procesos de justicia constitucional y 155 de justicia ordinaria. Como se analizó en apartados anteriores, la CC al aceptar las acciones extraordinarias de protección frente a acciones de protección –tutela contra tutela–, se convirtió tácitamente en órgano de apelación en materia constitucional, utilizándolo para determinar los escenarios constitucionales a partir de los casos concretos respecto a cómo operan los derechos y garantías jurisdiccionales.

En efecto, de todas las sentencias en las que se verificó una omisión de motivación que tienen un origen constitucional 121: 95 fueron aceptadas y 26 negadas. Respecto a las medidas de reparación integral, la Corte ha resuelto en 20 sentencias disponer la devolución a la judicatura de apelación para que resuelva, y en 30 sentencias adicionales a más de devolver el expediente implícitamente determina cómo debe realizarse el análisis constitucional; y en 42 sentencias la Corte tácitamente conoce el fondo del asunto, y en 3 adicionales expresamente lo señala.⁶⁴⁴ Este proceder no permite identificar con claridad cuál es el real alcance de los criterios de la Corte en el ámbito constitucional, razón por la cual es necesario analizar cada patrón fáctico, para ir delimitando el real alcance del precedente.

Aclarado el sentido que adquiere en el texto constitucional la noción de precedente constitucional desde la práctica formalizada y desformalizada, se analizará a continuación, en primer lugar, sobre los efectos de las sentencias y de los mecanismos de disciplina del precedente en cada uno de los procesos constitucionales y, en segundo lugar, la vinculación al precedente constitucional.

Efectos de las sentencias constitucionales y mecanismos de vinculación al precedente constitucional

La vigencia de la CRE de 2008 significó un cambio en la estructura del Estado⁶⁴⁵ y en la forma de relacionarse entre las distintas funciones que lo componen. En esta línea de pensamiento, la justicia constitucional se

644 Anexo 6, Sentencias de la primera Corte Constitucional en las que se realizó el test de motivación.

645 La idea que la Constitución establece un orden estatal diverso, es, precisamente, la base argumentativa de la decisión que dio lugar al surgimiento de la CCPT. Véase su exposición de motivos en el Oficio 002-CC-SG, publicado en el RO el 22 de octubre de 2008 en Suplemento al número 451. Adicional, para profundizar sobre este tema, véase cita 301.

transformó drásticamente; es así que las competencias reconocidas a este tribunal denotan la fuerza de la justicia constitucional dentro del Estado y el efecto de irradiación con el que opera la Constitución sobre todas las funciones del Estado y el ordenamiento jurídico en general.

La CC en el actual esquema constitucional⁶⁴⁶ comporta la existencia de un órgano que efectivamente se convierte en la garantía del límite y vínculo que la Constitución impone a las demás funciones del Estado y los particulares. Deja por tanto su posición de legislador negativo y actúa de manera directa en la composición del ordenamiento jurídico por medio de sus sentencias; así existen novísimas competencias, como la de generar jurisprudencia vinculante con efectos horizontales y verticales,⁶⁴⁷ tiene la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de norma conexa cuando en el conocimiento de las causas encuentre un problema de compatibilidad entre las normas infraconstitucionales y la Constitución;⁶⁴⁸ goza de la fuerza de todos los mecanismos jurídicos para declarar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales,⁶⁴⁹ puede provisionalmente, ante la omisión en la que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas, dictar las normas o ejecutar los actos omitidos.⁶⁵⁰

En este contexto, el legislador deja de ser el intérprete auténtico de la Constitución, y pasa a serlo la CC, convirtiéndose esta en el máximo órgano de interpretación constitucional;⁶⁵¹ en consecuencia sus sentencias y autos son definitivos e inapelables.⁶⁵² Finalmente, es necesario mencionar que posee la facultad de modular sus fallos con el fin de viabilizar el efectivo goce de los derechos y garantías constitucionales.⁶⁵³

646 Para una perspectiva comparada del sistema ecuatoriano dentro de su marco regional, véase Claudia Storini y Jhoel Escudero Soliz, "El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 9 (2011): 1-33.

647 Ecuador. CRE [2008], art. 11.8; 436.6.

648 *Ibíd.*, art. 436.3.

649 *Ibíd.*, art. 436.9.

650 *Ibíd.*, art. 436.10.

651 *Ibíd.*, art. 436.1.

652 *Ibíd.*, art. 440.

653 Al respecto Julio César Trujillo señala: "Para salvar la norma creada por el órgano investido de facultad para hacerlo los Tribunales o Cortes Constitucionales han ideado las sentencias interpretativas, con dos modalidades: en una la Corte hace las funciones de intérprete de la ley y, mediante sentencia, decide en qué sentido ha de interpretarse la norma impugnada para que siga vigente pero con un sentido y alcance compatible con la Constitución; en otros casos decide con la misma fuerza obligatoria, la interpretación que no debe darse a la norma, porque así interpretada sería inconstitucional...". Julio César Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*, 211. Véase también "Modulación de los efectos de las sentencias.- Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de

Para exponer con más claridad las consecuencias que todos estos cambios introducen en la cuestión de la jurisprudencia constitucional, a continuación se analizarán los diversos procesos constitucionales ecuatorianos, atendiendo a los efectos de sus sentencias y a los mecanismos de disciplina del precedente que operan dentro de cada uno de ellos. Se analizará, en primer lugar, el alcance de las sentencias dictadas en el proceso de interpretación constitucional; en segundo lugar, las de control de constitucionalidad, y se finalizará con las de garantías jurisdiccionales de los derechos.

Acción de interpretación constitucional

Para iniciar el estudio de los efectos de las sentencias constitucionales y los mecanismos de disciplina del precedente, se revisará la acción de interpretación, innovación polémica en el ordenamiento constitucional instaurada a partir de la vigencia de la CRE de 2008. Esta acción no nace de la competencia expresa y excluyente que se le haya asignado constitucionalmente a la CC, sino que fue incorporada como acción autónoma en las reglas procedimiento para el ejercicio de las competencias de la CCPT,⁶⁵⁴ y posterior en la LOGJCC.⁶⁵⁵

Por la conflictividad del tema,⁶⁵⁶ el debate ecuatoriano se ha polarizado en dos tendencias: en un extremo la que sostiene que la acción de interpretación es autónoma,⁶⁵⁷ y en el otro extremo, por el contrario, la que sostiene que no es autónoma, esto debido a que la CC debe interpretar la

sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional". Ecuador. LOGJCC [2009], art. 5.

654 "Artículo 19.- Competencia.- La Corte Constitucional, a petición de parte, realizará la interpretación de las normas constitucionales o de los tratados internacionales de derechos humanos, tal como lo dispone el Art. 436, numeral 1 de la Constitución." Ecuador. Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la CCPT, en ROS 466 (13 de noviembre de 2008).

655 "Artículo 154.- Objeto y Competencia.- La Corte Constitucional a petición de parte, realizará la interpretación de las normas de la parte orgánica de la Constitución de la República, con el objeto de establecer el alcance de dichas normas, siempre que no exista una ley que desarrolle la cuestión objeto de la interpretación. La Asamblea Nacional podrá expedir leyes sobre la materia que fue objeto de los dictámenes interpretativos de la Corte Constitucional, sin perjuicio del control de constitucionalidad que pueda realizarse." Ecuador. LOGJCC [2009].

656 La polémica radica en cómo opera la interpretación y los procedimientos institucionales por los cuales se la realiza; es decir, si la interpretación solo opera en determinado ejercicio de competencia, o si es necesaria una acción exclusivamente con este fin; o si por el contrario la actividad misma de la CC se puede considerar interpretativa de la Constitución en el ejercicio de cualquier competencia.

657 Véase Juan Montaña Pinto, "La interpretación constitucional: variaciones de un tema inconcluso", en Escobar García, edit., *Teoría y práctica*.

Constitución en todas las competencias asignadas constitucionalmente a este organismo, siendo la actividad hermenéutica implícita a su actividad.⁶⁵⁸

Aun así, a pesar de lo apasionante que resulta la polémica, no es objeto de este estudio determinar cuál de las posturas encuentra una “pretensión de corrección” de conformidad con la interpretación sistemática y teleológica de la Constitución, razón por la cual no se debatirá, pero si se identificará los efectos de estas sentencias constitucionales.

De acuerdo con la línea de análisis sostenida en esta investigación, todas las decisiones de la CC tienen la vocación de generar precedente constitucional, y este precedente, *ratio decidendi*, *holding*, como prefiera denominarse, es una regla jurisprudencial que es derecho directamente exigible en los casos de verificarse analogías entre el caso precedente y el caso actual.

En este orden de ideas, en la acción de interpretación constitucional se crea, a partir de la interpretación abstracta que realiza la CC de la disposición constitucional, una regla a la que positivamente se le ha asignado el valor de determinar “el alcance de la norma constitucional objeto de la interpretación, a partir de la explicación de los argumentos constitucionales y los métodos hermenéuticos que sirvan para fundamentarla”.⁶⁵⁹

De acuerdo con la normativa legal, esta regla jurisprudencial creada tiene el mismo valor que la disposición constitucional interpretada, lo cual no es nada nuevo dentro de la lógica de la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico, considerando que todo precedente tiene esta vocación. Lo que si puede señalarse como particular es que la interpretación realizada por la CC, en esta competencia, es una interpretación con un alto nivel de abstracción, teniendo en cuenta que no nace de la solución de un conflicto particular.

Ahora bien, es importante advertir, por la herencia positivista que caracteriza al desarrollo del derecho ecuatoriano, que podría equivocadamente considerarse que solo operará el sistema de fuentes paritario a partir de la emisión de dictámenes de interpretación constitucional, cuando se crean “reglas que determinan el alcance de la Constitución”, lo cual a todas luces induce a un error conceptual que se analizó en el acápite anterior.

Finalmente, respecto a esta polémica competencia es interesante verificar, a partir del estudio sociológico de la jurisprudencia de la CC, cómo este proceso se convirtió en una herramienta idónea para insertar en el ordenamiento ecuatoriano todas las modificaciones constitucionales que se consideraron urgentes durante el período de transición constitucional. Así

658 Agustín Grijalva, “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”, en Andrade, Grijalva y Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador*, 269 y s.

659 Ecuador. LOGJCC [2009], art. 158.

por ejemplo, se puede hacer alusión a la regulación sobre el espectro radioeléctrico,⁶⁶⁰ empresas públicas,⁶⁶¹ sistema de administración de justicia,⁶⁶² implementado gracias a las reglas interpretativas;⁶⁶³ en tanto que superado este período la Corte no se ha pronunciado sobre acciones de interpretación.

La regulación constitucional creada por la CC puede ser considerada como un ejercicio peligroso de activismo judicial,⁶⁶⁴ puesto que este proceder confunde las actividades legislativas y jurisdiccionales; con el agravante que no existe un sistema de control sobre la actividad jurisdiccional de la Corte, tan solo opera la autocontención⁶⁶⁵ de acuerdo con lo que ha señalado la misma CC por medio de las reglas.⁶⁶⁶

En síntesis, para entender integralmente las disposiciones constitucionales es necesario tener presente también las reglas jurisprudenciales emitidas de la CC en ejercicio de esta acción –cuando se ha pronunciado

660 Ecuador, Corte Constitucional para el Período de Transición, [Sentencia 005-09-SI-CC], caso 001-08-IC (acumulados); sentencia 006-09-SI-CC, caso 012-08-IC.

661 Ecuador, CCPT, [Sentencia 001-12-SIC-CC], caso 008-10-IC.

662 Ecuador, CCPT, [Sentencia 001-08-SI-CC], casos 0003-08-IC y acumulados.

663 Esta afirmación se la hace debido a que todas las decisiones de acciones de interpretación constitucional datan del período de transición que vivió la Corte Constitucional, entre octubre de 2008 hasta noviembre de 2012. Véase sobre el análisis integral de las 14 sentencias emitidas, Anexo 7, Sentencias de interpretación constitucional.

664 En los términos analizados en el capítulo anterior, epígrafe “Activismo judicial: evaluación en el Estado constitucional”.

665 “1. El artículo 431 constitucional, que establece el régimen de responsabilidades de los Jueces miembros de la Corte Constitucional, debe entenderse en el siguiente sentido: a) El artículo 431, primer inciso de la Constitución, con toda claridad excluye cualquier posibilidad de juicio político o remoción en contra de jueces de la Corte Constitucional por cualquier organismo que no sea la propia Corte Constitucional, con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros; tampoco hay otra norma constitucional que autorice lo contrario, por lo que no existe en la Carta Suprema vacío o antinomia alguna que provoque dudas al respecto. b) En el caso de responsabilidad penal por el eventual cometimiento de delitos comunes como Jueces miembros de la Corte Constitucional, la indagación y acusación deberá ser realizada por la Fiscalía o el Fiscal General de la República, y posteriormente juzgados por el Pleno de la CNJ, mediante sentencia emitida con el voto conforme de las dos terceras partes de sus miembros. c) En garantía de salvaguardar la autonomía e independencia de la justicia constitucional, se determina que los jueces de la Corte Constitucional no pueden ser objeto de acciones preprocesales y procesales penales por el contenido de sus opiniones, resoluciones, votos o fallos, consignados o que consignaren en el ejercicio del cargo.

2. Conforme lo establecido en el art. 25 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la CCPT, aplicables a la presente causa, esta sentencia interpretativa tendrá efectos *erga omnes* y constituirá jurisprudencia obligatoria, así como el carácter vinculante general, de conformidad con lo señalado en el art. 159 y la Disposición Transitoria Segunda de la LOGJCC, publicada en el Segundo Suplemento del RO 52 del 22 de octubre de 2009”. Ecuador, CCPT, [Sentencia 003-10-SIC-CC], caso 004-09-IC.

666 Sobre autocontención, autocontrol o *self-restraint*, véase Rodolfo Vigo, “Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional (Proyecciones teóricas: Iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”, *Prudentia iuris*, n.º 74 (2012): 70.

interpretando su alcance—, así como la Constitución misma, pues delimitan canónicamente la interpretación vinculante y final del texto constitucional. En conclusión, en las sentencias emitidas sobre el ejercicio de la competencia de la acción de interpretación constitucional, al igual que en todas las decisiones de la Corte, se encontrarán precedentes cubiertos por el principio *stare decisis*.

Control de constitucionalidad

En materia de control de constitucionalidad,⁶⁶⁷ sobre el esquema de un verdadero Estado constitucional, en el que la Constitución opera como un límite y vínculo para todas las funciones del Estado y los particulares, se da paso a las denominadas –en derecho comparado y doctrina– sentencias atípicas, en las cuales los efectos clásicos de estimación o desestimación van acompañados de otras consideraciones que realiza el máximo órgano de la justicia constitucional –CC o tribunales constitucionales– con el fin de adecuar el ordenamiento infraconstitucional a la luz de la Constitución. En este contexto, estas sentencias adquieren legitimidad por la fundamentación constitucional esgrimida. Y es en este orden de ideas, que las sentencias atípicas responden a la imperiosa necesidad de atender oportunamente requerimientos constitucionales que no pueden esperar a la actuación de las otras funciones del Estado, y a la de adecuar los mandatos constitucionales e infraconstitucionales a la dinámica propia de la sociedad.

Así, el art. 95 de la LOGJCC establece que en el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad las sentencias producen efectos de cosa juzgada y generales hacia el futuro, sin embargo, la norma deja abierta la posibilidad para que de manera excepcional se puedan diferir o retrotraer los efectos de las sentencias con el fin de preservar la fuerza normativa de la Constitución y la superioridad jerárquica de las normas constitucionales. No obstante, si el argumento para retrotraer los efectos de inconstitucionalidad de un precepto normativo es el de preservar la superioridad jerárquica de la Constitución, ya no podría hablarse de excepcionalidad de los efectos generales, pues estos serían siempre retroactivos,

667 Sobre el control de constitucionalidad en el Ecuador, véase Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo*; Rafael Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (Quito: CEP, 2014); Carmen Simone Lasso, “El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador”, en Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Estado, derecho y justicia* (Quito: UASB-E / CEN, 2013); Sebastián López Hidalgo, “El control de constitucionalidad y sus límites como garantía frente al legislativo: Una visión crítica que se funda en la argumentación”, en Ávila Santamaría, comp., *Estado, derecho y justicia*; Daniel Callegos Herrera, “El control formal de constitucionalidad de actos normativos” en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013).

toda vez que una disposición jurídica que es considerada contraria a la Constitución lo es desde su nacimiento, y vulnera la Constitución y los derechos constitucionales que ella tutela desde su vigencia. En este punto, el análisis debe converger sobre el estudio de las reales repercusiones de los derechos de las personas, que obligarían a la Corte, en el control abstracto de constitucionalidad, a resarcir vulneraciones subjetivas a los derechos constitucionales.⁶⁶⁸

En este orden de ideas y para efectos de esta investigación, es importante señalar que existen varias tipologías de sentencias modulativas (atípicas),⁶⁶⁹ y no es el fin de este trabajo explicitar de manera detallada en qué consiste cada una de ellas, por lo que vale remitirse a la clasificación esbozada por Néstor Pedro Sagüés,⁶⁷⁰ la cual en la praxis judicial encuentra su aval en lo dispuesto en los precitados art. 5, 95 y 96 de la LOGJCC; véanse algunos ejemplos de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana; así a manera de ilustración sentencias interpretativas: desestimatorias,⁶⁷¹ estimatorias;⁶⁷² exhortativas: por delegación,⁶⁷³ inconstitucionalidad simple,⁶⁷⁴

668 Véase Jorge Zavala Egas, Jorge Zavala Luque y José Francisco Acosta Zavala, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (Guayaquil: Edillex, 2012).

669 “Tanto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional como en la doctrina, se emplea el vocablo “modular” con el fin de designar una actividad de adecuación realizada por el máximo juez de la constitucionalidad cuando se ve obligado a ofrecer respuestas a situaciones excepcionales, cuya resolución de conformidad con los cánones tradicionales y de uso más habitual daría lugar a resultados contraproducentes. Esa modulación se predica de las sentencias constitucionales, esto es, de las proferidas por la CC en ejercicio de las competencias que le han sido asignadas e implica una especial fijación del alcance del respectivo pronunciamiento que, siendo necesaria, no puede lograrse mediante la aplicación de las formas corrientes de decisión”. Rodrigo Escobar Gil, “La modulación de las sentencias de control constitucional”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional* (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007), 236.

670 Néstor Pedro Sagüés, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico”, en Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: CCPT, 2012).

671 Ecuador. CCPT, [Sentencia 003-09-SIN-CC], caso 0021-2009-IA, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016. Ecuador. CCPT, [Sentencia 014-10-SCN-CC], casos 0021-09-CN; 0034-09-CN; 0035-09-CN; 0036-09-CN; 0002-10-CN; 0006-10-CN; 0017-10-CN; 0021-10-CN; 0022-10-CN; 0023-10-CN; 0024-10-CN; 0028-10-CN; 0033-10-CN; 0034-10-CN; 0037-10-CN; 0038-10-CN; 0039-10-CN; 0040-10-CN; 0041-10-CN; 0042-10-CN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

672 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 010-16-SIN-CC], caso 0053-15-IN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

673 Ecuador. CCPT, [Sentencia 007-10-SIN-CC], caso 006-08-IN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

674 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 0019-16-SIN-CC], caso 0090-15-IN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

constitucionalidad precaria,⁶⁷⁵ manipulativas: sustractivas,⁶⁷⁶ aditivas⁶⁷⁷ y sustitutivas.⁶⁷⁸

Dentro de esta modalidad también se podría señalar un tipo de modulación interesante, referente al territorio de aplicación, efectuada por la CC en la sentencia que resolvió la acción pública de inconstitucionalidad de la Ley de Minería,⁶⁷⁹ cuando declaró la constitucionalidad condicionada de ciertos artículos de la citada ley, en tanto que no se apliquen en territorios, pueblos y nacionalidades indígenas. Es decir, la constitucionalidad de la ley está condicionada a que no se apliquen dichas normas en los territorios de pueblos y nacionalidades indígenas, pues la aplicación en estos devendría en un acto inconstitucional.

Otro proceder interesante de la CC ecuatoriana es el efectuado respecto al Tratado de la CONVEMAR,⁶⁸⁰ en este caso, la Corte dictaminó que dicho tratado puede ser aprobado por la Asamblea Nacional únicamente si se realizan las correspondientes *declaraciones*⁶⁸¹ que compatibilicen dicho instrumento con las normas constitucionales ecuatorianas, denotando así el rol activo que cumple la CC en la composición del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues en este caso condiciona la política exterior a un proceder determinado para precautelar la efectiva vigencia de la Constitución.

675 Ecuador. CCPT, [Sentencia 009-10-SIN-CC], casos 0013-09-IN; 0009-09-IA; 0019-09-IN; 0024-09-IN; 0025-09-IN; 0026-09-IN; 0033-09-IN; 0040-09-IN; 0044-09-IN; 0049-09-IN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

676 Ecuador. CCPT, [Sentencia 002-09-SAN-CC], caso 005-08-AN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

677 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 258-15-SEP-CC], caso 2158-11-EP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

678 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 009-13-SIN-CC], caso 008-12-IN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

679 Ecuador. CCPT, [Sentencia 001-10-SIN-CC], caso 0008-09-IN, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

680 Ecuador. CCPT, [Dictamen 007-11-DTI-CC], caso 0023-10-TI, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

681 El art. 310 de la CONVEMAR determina: "Declaraciones y manifestaciones. El artículo 309 no impedirá que un Estado, al firmar o ratificar esta convención o adherirse a ella, haga declaraciones o manifestaciones, cualquiera que sea su enunciado o denominación, a fin de, entre otras cosas, armonizar su derecho interno con las disposiciones de la Convención, siempre que tales declaraciones o manifestaciones no tengan por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a ese Estado." Razón por la cual, la CC cuando realizó el control de constitucionalidad previo determinó expresamente en la *decisum* "Previo a la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar 'CONVEMAR', se deberán incorporar las Declaraciones o Manifestaciones pertinentes analizadas en este dictamen, con el fin de armonizar las disposiciones de este instrumento jurídico internacional con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para así asegurar su constitucionalidad". Véase íbid.

Ahora bien, un tema que merece ser analizado con detenimiento en lo concerniente a los efectos de las sentencias de control de constitucionalidad, es el relacionado con la competencia asignada a la CC para declarar de oficio la inconstitucionalidad de norma conexa, cuando en la resolución de una causa encuentre que una norma infraconstitucional es contraria a la Constitución; la cual responde al nuevo modelo de justicia constitucional.

El ejercicio de esta competencia requiere de una fuerte carga argumentativa que justifique racionalmente la conexidad de la norma declarada inconstitucional con el problema jurídico a resolver por parte de la CC en ejercicio de las otras competencias, pues la justificación de la conexidad es el punto central para que esta competencia encuentre fundamento.

Un tema interesante a debatir, que ayuda a la comprensión de los distintos escenarios que pueden darse en los efectos de las sentencias es el relacionado con el ejercicio de competencias, en las cuales la CC puede declarar conjuntamente la inconstitucionalidad de norma conexa, en este punto existen dos posiciones contrapuestas.

Por una parte, se ha argumentado⁶⁸² que el máximo órgano de administración de justicia constitucional únicamente puede proceder a la declaratoria de inconstitucionalidad de norma conexa en los casos en los cuales la Corte ejerza funciones de control de constitucionalidad; es decir, esta competencia, según este criterio, es accesoria únicamente cuando la CC ejerza funciones de control de constitucionalidad y no en el ejercicio de otras competencias, como lo serían las denominadas garantías jurisdiccionales, pues de aquella manera se controla que las cortes constitucionales o tribunales constitucionales respeten los principios de división de funciones y no abusen de la facultad de oficio, al expulsar normas contrarias al ordenamiento jurídico. Esta posición encuentra fundamento en la disposición normativa de la LOGJCC que determina que el control constitucional debe realizarse de forma integral.⁶⁸³

El criterio contrapuesto radica en que la declaratoria de oficio de norma conexa se puede ejercer conjuntamente en todas las otras competencias asignadas a la CC, pues, el valor normativo y la supremacía constitucional

682 Esta cuestión se analiza en Juan Francisco Guerrero del Pozo "Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad", en Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Parte Especial 2. Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, t. III (Quito: CCPT / CEDEC, 2012): 138-141. Véase también Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*.

683 "Artículo 76.- Principios y reglas generales.- El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, los siguientes: 1. Control integral.- Se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso por aquellas que no fueron invocadas expresamente por el demandante." LOGJCC [2009].

son principios que vinculan a todos los poderes públicos y en todo momento en el ejercicio de sus funciones. En esta línea de pensamiento, las actividades de control e interpretación, que debe ejecutar la CC es integral y no podría ser dividido, o formalizado por el tipo de competencia que se encuentra conociendo; por ello si encuentra que una norma es contraria a la Constitución, más allá de reparar las vulneraciones que dicha norma genere en un caso particular, debe solventar el problema mismo que permitió las vulneraciones a derechos constitucionales, es decir, depurar el ordenamiento jurídico.

Se considera que esta última posición es acorde al modelo de justicia constitucional correspondiente a un Estado constitucional como el ecuatoriano, pues la legitimidad para declarar la inconstitucionalidad de norma conexa se la encuentra en la argumentación racional que fundamenta y desarrolla la conexidad del caso en la resolución de la causa, y no en la competencia que dio lugar a la actividad jurisdiccional de la CC; caso contrario, se sacrificaría el contenido material de la Constitución por la formalización de los procesos constitucionales.

Y, en efecto, ese es el criterio desarrollado por la CC cuando, en la sentencia hito,⁶⁸⁴ en el conocimiento de una acción por incumplimiento⁶⁸⁵ –garantía jurisdiccional de los derechos, de conocimiento privativo de la CC– ejerció el control de constitucionalidad de normas conexas relacionadas con la resolución de la causa, modulando los efectos de dicho control, por una parte, interpretando como debe entenderse la norma de la Ley Orgánica de Aduanas; y, por la otra, modulando los efectos de la disposición normativa de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. En este contexto, los efectos del control de constitucionalidad *erga omnes* pueden encontrarse también en sentencias de garantías jurisdiccionales que conoce y resuelve la CC.⁶⁸⁶

Para finalizar este apartado, es necesario destacar que los efectos de las decisiones en las que se confrontan las disposiciones infraconstitucionales con la Constitución generan efectos *erga omnes*, dado que es producto de un análisis abstracto; por tanto, la decisión –*decisum*– que resuelve

684 El concepto de sentencia hito que se maneja en esta investigación es el determinado por López Medina en *El derecho de los jueces*, al señalar que son sentencias importantes dentro del análisis jurisprudencial, puesto que crean un precedente, reafirman, redefinen precedentes.

685 Ecuador. CCPT, [Sentencia 002-09-SAN-CC], <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

686 Este criterio ha sido reiterado en las decisiones recientes de la Corte Constitucional; a manera de ejemplo se puede citar las [sentencias 131-15-SEP-CC, 155-15-SEP-CC, 182-15-SEP-CC, 258-15-SEP-CC], <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

expulsarla, mantenerla o modularla, se opone a todos; dicho de otro modo, se hace presente la cosa juzgada explícita. Acerca del razonamiento respecto sobre por qué la disposición infraconstitucional permanece, es expulsada o modulada a la luz del análisis constitucional, genera efectos para casos futuros siempre que concurren analogías entre el caso precedente y el futuro; este razonamiento es lo que se conoce como cosa juzgada implícita (*ratio decidendi*), es decir, tiene fuerza vinculante siempre que concorra la analogía entre casos.

Sobre la base de los razonamientos realizados, el principio de cosa juzgada adquiere una doble dimensión: una, en relación al caso resuelto, cosa juzgada explícita; y otra, en cuanto el objeto control de constitucionalidad, esto es, el razonamiento justificativo que establece las pautas a partir de las cuales se deben resolver casos futuros, es decir, *ratio decidendi*, la cual genera efectos vinculantes hacia futuro, cosa juzgada implícita.

Garantías jurisdiccionales de los derechos

En la línea argumental presentada, corresponde en este apartado estudiar los efectos de las sentencias dictadas en los procedimientos de garantías jurisdiccionales de los derechos,⁶⁸⁷ específicamente de conocimiento exclusivo de la CC, así como, a partir de los efectos de las sentencias estas acciones se convierten en mecanismos de disciplina del precedente constitucional ecuatoriano.

De conformidad con la normativa constitucional, las garantías jurisdiccionales de los derechos pueden agruparse en dos categorías, las de conocimiento exclusivo de la CC y las de conocimiento de todos los jueces de primera instancia y cortes provinciales del país. El primer grupo está conformado por las acciones: extraordinaria de protección, por incumplimiento de norma y de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales; razón por la cual, siguiendo el criterio esgrimido en el segundo capítulo, solo estas decisiones se constituyen en precedente constitucional.

Con relación a las segundas: acción de protección, acción de hábeas corpus, acción de hábeas data, acceso a la información pública y medidas cautelares autónomas; estas acciones son competencia de los jueces de primera instancia, y actúan como tribunal de apelación las cortes provinciales del país –a excepción del hábeas corpus tramitado dentro de un proceso

687 Para profundizar sobre las garantías jurisdiccionales de los derechos en Ecuador, véase Alfredo Ruiz Guzmán, *Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales* (Guayaquil: Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, 2015); Zavala Egas, Zavala Luque y Acosta Zavala; *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*.

penal, dado que operan reglas especiales de competencia para asegurar la independencia interna de los jueces-. Dado el amplio número de jueces constitucionales que resuelven estas acciones, es evidente la disparidad de criterios que pueden existir, razón por la cual el constituyente determinó que una vez ejecutoriadas sean remitidas a la CC para que esta evalúe su eventual selección y posterior revisión,⁶⁸⁸ la importancia de estos procesos es capital en la formación de jurisprudencia constitucional, pues permite unificar los criterios de las acciones que no son competencia directa de la CC, los que además, como se analizará a continuación, se constituyen en mecanismo de disciplina del precedente, razón por la cual se abordará este tema a profundidad en el siguiente acápite.

Procesos de selección y revisión de sentencias ejecutoriadas de las garantías jurisdiccionales de los derechos

La CC, por las disposiciones contenidas en el art. 436, num. 1 y 6, como ya se mencionó, tiene la atribución de “Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante” y “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.⁶⁸⁹

Para cumplir con esa labor en la Constitución se dispone a los jueces que conocen y resuelven garantías jurisdiccionales –de primera instancia y de apelación– que remitan las sentencias ejecutoriadas a la CC para el desarrollo de su jurisprudencia.⁶⁹⁰ Vale destacar que la remisión por parte de los jueces constitucionales de los fallos de garantías jurisdiccionales a la CC no es una actividad discrecional, pues el mandato constitucional se refiere a *todas* las sentencias ejecutoriadas sin distinción alguna.

688 *Ibíd.*, art. 436.6.

689 Véase Pamela Aguirre Castro, Dayana Ávila y Vladimir Bazante, coord., *Rendición de cuentas del proceso de selección período 2008-2013* (Quito: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador; 2013); Pamela Aguirre Castro y Dayana Ávila coord., *Garantías Jurisdiccionales: Análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013* (Quito: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2014). A pesar de que se trata de dos procesos diferentes, se hará referencia a estos en común por la estrechísima vinculación que mantienen.

690 “Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: [...] 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia”. Ecuador. CRE [2008].

Estos procedimientos no previstos en el pasado en Ecuador, respecto de los procesos relativos a la protección de derechos, se los encuentra en el derecho comparado con el nombre de *certiorari*. Esta institución, propia del *common law*, inicialmente se la conoció como un mandamiento u orden (*writ*), emitido por una Corte o Tribunal de alzada a su jerárquico inferior, ordenándole a este último certificar lo actuado y remitirle el expediente a fin de que pueda inspeccionar el procedimiento seguido, y determinar si existen o no irregularidades en el mismo.⁶⁹¹ Por esto, el *certiorari* consiste en un procedimiento de revisión de actuaciones tramitadas y de resoluciones tomadas en instancias inferiores; ciertamente: “La revisión por *writ of certiorari* no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial, y será admitida solo cuando existan especiales e importantes razones para ello”.⁶⁹²

Los procesos de selección y posterior revisión denotan el resultado de un ejercicio de derecho comparado del constituyente ecuatoriano, dado que, el *writ of certiorari*, consiste en una petición directa a la Corte Suprema de Estados Unidos de América para que se requiera a un tribunal inferior el envío de la causa para su posterior examen, la atención positiva para esta solicitud no es obligatoria, es decir, los criterios para proveer dicha petición obedecen exclusivamente al rol institucional al que está llamado la Corte Suprema, mas no a la corrección de errores en los que puedan incurrir los tribunales inferiores. Así lo reseña el juez norteamericano Frankfurter cuando señala que el *writ of certiorari* cumple con la necesidad de la Corte Suprema de dictar “decisiones sabias y persuasivas”,⁶⁹³ con lo cual la decisión de atención a la solicitud planteada depende de la discreción judicial, en la que deben concurrir razones especiales e importantes, como por ejemplo resolver cuestiones federales de gran importancia de conformidad con la Constitución.

En el caso latinoamericano, se puede constatar varios ordenamientos de origen en el *civil law* que han incorporado una institución similar a la del *writ of certiorari*. Así por ejemplo, en Argentina:

“La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren Insustanciales o carentes de trascendencia...”. El artículo 285, por su parte establece que: “Si la queja fuere por denegación del recurso extraordinario, la Corte podrá rechazar este recurso en los supuestos y forma previstos en el artículo 280, párrafo segundo [...]”

691 Steven Gifis, *Law dictionary* (Nueva York: Barron's, 1984).

692 Lockhart, *The American Constitution*, 6a. ed. (Nueva York: West publishing, 1975), 52.

693 Eduardo Oteiza, “El *certiorari* o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf. Consulta: 7 de octubre de 2013.

desestimar la queja sin más trámite". De acuerdo con los artículos citados el rechazo con el empleo de la sana discreción de la Corte podría fundarse en: a) falta de agravio federal suficiente, b) por plantearse cuestiones insustanciales o c) por considerar las cuestiones sometidas a decisión carentes de trascendencia.⁶⁹⁴

Por su parte, el diseño constitucional colombiano ha previsto la posibilidad de la revisión de fallos de tutela, proceso que está regulado por el Decreto 2591 de 1991 (en adelante 'Decreto') en los art. 31 al 36. Este decreto establece dos caminos para que los fallos de tutela lleguen a conocimiento de la CC y regula el proceso de revisión en el interior de la Corte. El art. 31, inc. segundo del decreto dispone: "Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la CC para su revisión" y, por otro lado, el art. 32, inc. segundo establece que "dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la CC, para su eventual revisión".

Es decir, el decreto en mención establece dos posibilidades de envío de los fallos de tutela: a) A falta de impugnación del fallo se remite el expediente al día siguiente; y b) Impugnado el fallo en segunda instancia, el juez deberá enviar a la CC dentro de los diez días siguientes de ejecutoriado. Enviado el fallo a la CC, esta seguirá el trámite pertinente previsto en el art. 33 del decreto.⁶⁹⁵ En este aspecto, es importante señalar la facultad discrecional de la CC para seleccionar los casos, pues el art. 33 del decreto establece que el proceso de selección se efectuará sin motivación expresa y según el criterio de los dos magistrados que integran la Sala de Selección.

Esta discrecionalidad confiere a la CC la facultad de revisar fallos de tutela, pero no está obligada a hacerlo, salvo que algún magistrado de la CC solicite revisar un determinado fallo o a petición del Defensor del Pueblo, dentro del trámite conocido como de *insistencia*.⁶⁹⁶ En este sentido, debe señalarse que correspondería únicamente a la CC fijar el número de fallos de tutela sujetas a revisión. En esta misma línea, la jurisprudencia constitucional señaló que "nadie puede intentar acción ni recurso alguno por el hecho de que su caso haya o no sido escogido para revisión".⁶⁹⁷

694 *Ibíd.*, 75.

695 El art. 33 del decreto dispone: "La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por estos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses."

696 Véase Decreto 2591 de 1991, art. 33.

697 Corte Constitucional de Colombia. Auto de 1 de agosto de 1996, citado por José Vicente Barreto Rodríguez, *Acción de tutela: Teoría y práctica* (Bogotá: Legis, 1997), 422.

En el ordenamiento constitucional venezolano se determinó en la exposición de motivos de la Constitución de 1999 que “La ley orgánica podrá establecer, por ejemplo, un mecanismo extraordinario de remisión de ejercicio discrecional por la Sala Constitucional, tal como el *writ of certiorari* que utiliza la Corte Suprema de los Estados Unidos de América”; al amparo de este criterio la Sala Constitucional en el 2001 confirmó su poder discrecional para decidir sobre los recursos de revisión que se presenten a este máximo organismo de interpretación y control constitucional.⁶⁹⁸

De la lectura de la experiencia comparada se concluye que la Constitución ecuatoriana, LOGJCC y praxis jurisdiccional de la CC han incorporado una serie de cláusulas provenientes del derecho extranjero. Es válido entonces aprovechar la experiencia de los sistemas foráneos, y tomando en consideración que el objeto de análisis de estas salas son garantías de eficacia de los derechos, es necesario generar diálogos jurídicos que permitan el intercambio de experiencias, aciertos y desaciertos, siempre con la finalidad última de atender los requisitos de eficacia de los derechos constitucionales y humanos.⁶⁹⁹

Por medio de este tipo *certiorari*, incorporado en la CRE de 2008, la Corte puede seleccionar sentencias dictadas por jueces de instancias en garantías jurisdiccionales y está facultada para indagar sobre las actuaciones de los jueces con la finalidad de comprobar si existen irregularidades en el proceso,⁷⁰⁰ cuando a su criterio medien razones importantes para ello. Inclusive, mediante esta potestad, la CC podrá reabrir el caso de manera excepcional.⁷⁰¹

Acerca del análisis de la selección y revisión, importa considerar que la CC, a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en una instancia de apelación, dado que esta competencia no se enfoca a la reparación exclusiva de derechos subjetivos; por el contrario, su objetivo radica en la generación de derecho objetivo mediante el desarrollo de jurisprudencia vinculante. Así, el caso seleccionado discrecionalmente por la Corte para

698 Véase Humberto Briceño León, “El precedente judicial y el *writ of certiorari* en Venezuela y en los Estados Unidos de América”. *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: la justicia constitucional en el Estado social de derecho* (Caracas: Universidad Monteávila / Funeda, 2012), 68.

699 Véase Pamela Aguirre Castro, “Un cambio de paradigma: los procesos de selección y revisión de la Corte Constitucional”, en Aguirre Castro, Ávila Benavidez y Bazante Pita, coord., *Rendición de cuentas del proceso de selección período 2008-2013* (Quito: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 29-32.

700 Una de las irregularidades más frecuentes se refiere a la falta de motivación o a los errores argumentativos en la sentencia.

701 Ecuador. CCPT, [Sentencia 001-10-JPO-CC], caso 0999-09-JP, <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/detalleSentencias.php>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

establecer el patrón fáctico sobre el cual se generan las reglas jurisprudenciales, denota la característica jurisdiccional de esta forma de producción del derecho; es decir, la casuística que ofrece los patrones fácticos del caso son centrales para la forma de entender y aplicar el derecho judicial.

Cabe señalar en este punto que la razón de ser de esta competencia de la CC es una manifestación clara de la ideología del proceso de constitucionalización del derecho judicial ecuatoriano en el cual los jueces deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas; en caso de no hacerlo, la CC podría intervenir potestativamente. En efecto, la introducción del *writ of certiorari*, con la denominación procesos de “selección y revisión” es un hito en el constitucionalismo ecuatoriano.⁷⁰²

La CC, sobre el esquema constitucional descrito, deja de ser el órgano de apelación, como ocurrió en los anteriores tribunales constitucionales en la sustanciación de estas acciones, para convertirse en el efectivo guardián del correcto desarrollo, interpretación y aplicación de los derechos y garantías jurisdiccionales, en virtud de su potestad de seleccionar discrecionalmente, de todas las sentencias ejecutoriadas que se le envían, aquellas que cumplen con los requisitos de gravedad, novedad del caso o inexistencia de precedente, negación de precedentes fijados por la CC y relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia, parámetros que se analizarán más adelante.⁷⁰³ La selección de sentencias no opera a petición de parte, es decir, es potestad exclusiva de la Sala de Selección cuya decisión no se encuentra vinculada por ninguna solicitud.

Acerca de los efectos de las reglas jurisprudenciales es necesario resaltar que la CC en la sentencia *Indulac*⁷⁰⁴ señaló que estas tienen el efecto *erga omnes*, lo cual debe ser analizado puesto que si estas reglas nacen de casos concretos el nivel de abstracción corresponderá a uno medio que dé cuenta de las particularidades del caso seleccionado y revisado, mas no de generalidad de la ley. Entonces, el punto controversial es si las reglas jurisprudenciales que nacen de patrones fácticos específicos les correspondan efectos *erga omnes*; o si por el contrario, los efectos vinculantes de la resolución de un caso concreto irradia efectos sobre los casos análogos –*inter pares*–, en consecuencia, surge la interrogante de cuáles realmente son los

702 “Bajo la nueva Constitución, la Corte Constitucional deberá seleccionar estos casos reiterados, fallos contradictorios y aquellos de especial trascendencia constitucional para con base en ellos dictar precedentes que tendrán el carácter obligatorio. Es en la argumentación de estos precedentes, vale decir en el marco de estos procesos constitucionales, que la Corte deberá desplegar su calidad de intérprete jurídico final de la Constitución”. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, 234.

703 Ecuador. LOGJCC [2009], art. 25.

704 Ecuador. CCPT, [Sentencia 001-10-PJO-CC].

efectos de las sentencias en virtud del ejercicio de las competencias de selección y revisión.

Los efectos *erga omnes* tienen la vocación de vincular a todos como consecuencia de la generalidad y abstracción, en tanto que la vinculación *inter pares* está relacionada con la analogía fáctica existente entre los casos concretos; es decir, no es la generalidad la base de la vinculación, mas si lo es la similitud de dichos casos. En este orden de ideas, si la casuística es la que permite entender el derecho jurisprudencial, es esta la forma que vinculan las reglas jurisprudenciales nacidas de la resolución de un caso concreto.

Como ya se mencionó en el capítulo anterior, el precedente nace del ejercicio de la función jurisdiccional –resolución de un caso concreto–; lo cual conduce a advertir que la CC al generar un precedente estará vinculado a casos futuros por los hechos constitucionalmente relevantes del caso seleccionado y revisado, a más de su relación con el derecho. Por eso, la creación judicial del derecho busca generar derecho objetivo para la resolución de futuras controversias similares, o esclarecer puntos trascendentales de derecho respecto a la procedencia, requisitos o naturaleza de las diferentes acciones constitucionales. De esta manera, el problema jurídico que surge del caso concreto –caso seleccionado–, debe ser el marco que utiliza la CC para la elaboración de un precedente constitucional.

Efectivamente, la selección traslada el interés de la solución al caso que le dio origen, a las pautas para la resolución de casos futuros. La vocación misma de la competencia de la CC de revisión de las sentencias de garantías jurisdiccionales de los derechos es la generación de reglas jurisprudenciales; el caso *sub judice* sirve como escenario constitucional para desarrollar los derechos y garantías constitucionales; es decir, es el patrón fáctico del caso concreto el que utiliza la Corte para la generación de derecho objetivo reflejado en las reglas jurisprudenciales.

Acerca de los parámetros de selección que las Salas de Selección de la CC deben observar, la LOGJCC determina en el art. 25.4 aquellos que deberán ser explicados en el respectivo “auto de selección”, con lo cual se debería cumplir con el mandato constitucional contenido en el art. 76.7.1),⁷⁰⁵ aun cuando en la LOGJCC se dispone en el art. 198 inciso final que “Las

705 “Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
1. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” Ecuador. CRE [2008].

decisiones de la Sala de Selección serán discrecionales y no cabrá ningún recurso contra ellas”, puesto que discrecionalidad no puede ser entendida como arbitrariedad en un Estado constitucional.

Los parámetros de selección a los que se hace referencia en la ley son—como ya se mencionó—: a) gravedad del asunto; b) novedad del caso e inexistencia de precedente judicial; c) negación de los precedentes judiciales fijados por la CC; y d) relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia.

Respecto de la *gravedad* como primer parámetro de selección, este debe ser calificado por dos presupuestos en concreto, primero, la materia que regula el caso y que podría merecer una revisión, fortalecimiento o revocatoria del criterio; y segundo, si a partir de la sentencia, se ha generado una vulneración a los derechos del accionante. Estos criterios deben ser evaluados *en conjunto*, precisamente para evitar confundir la revisión con una apelación.

Respecto a la *novedad del caso*, es claro que ante la existencia de una nueva Constitución, con garantías y derechos novedosos, la mayoría de casos han cumplido con este parámetro, con excepción de aquellos en que los problemas jurídicos ya se hayan presentado en el pasado con otras garantías constitucionales equivalentes. Sin embargo, al no ser vinculantes para los jueces los fallos dados por los tribunales constitucionales, todos los casos resultan novedosos en términos jurisdiccionales.

Referente a la falta de precedentes jurisprudenciales, es claro que ante la ausencia del principio *stare decisis* en la justicia constitucional vigente hasta el 2008, los escenarios constitucionales deben ser evaluados, respecto a todos los patrones fácticos sobre los cuales se ha pronunciado la CC en el ejercicio de todas sus competencias y ha dictado un precedente.

El parámetro relativo a la *negación de precedentes fijados por la CC* abre la vía para que la Corte exija el cumplimiento de sus precedentes, es decir, el proceso de selección es un mecanismo de disciplina del precedente, ante cuya inobservancia, la Corte puede y debe imponer el criterio jurídico final fijado en sus precedentes, respecto al contenido de los derechos o el procedimiento que los jueces constitucionales deben observar en la tramitación de garantías jurisdiccionales. Así, por ejemplo, para seleccionar el caso 559-15-JP⁷⁰⁶ la Sala de Selección decidió seleccionarlo por el claro desconocimiento del precedente jurisprudencial contenido en la sentencia 102-13-SEP-CC, puesto que tanto el juez de instancia como la Corte de

706 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, caso 559-15-JP, ficha de selección disponible en <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/seleccion/seleccion/fichas/0559-15-JP.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016. Sala de Selección de la Corte Constitucional, auto de selección, 29 de marzo de 2016, a las 12:21.

apelación inadmitieron la acción mediante auto, justificando que era un tema de mera legalidad. La Sala advirtió la contradicción existente con la regla jurisprudencial que impone a los jueces en la etapa de admisión verificar únicamente los requisitos de forma previstos en los num. 6 y 7 del art. 42 de la LOGJCC.

Este ejemplo demuestra cómo, a partir de la selección, la Corte puede consolidar sus precedentes, de oficio, dado que su actividad de control del ejercicio de los derechos le impone rectificar el desconocimiento del precedente. Como ya se ha mencionado, inobservar un precedente se traduce en el desconocimiento de la disposición constitucional interpretada, y con ello el derecho a la igualdad de trato y seguridad jurídica.

En efecto, este es el rol que se espera de la CC, y que se ha generado en el proceso de selección con la revisión de 13.046 decisiones ejecutoriadas en materia de garantías jurisdiccionales, de las que se han seleccionado 134 decisiones.⁷⁰⁷ Sin embargo, no se puede sostener esta afirmación del proceder de la Corte respecto al proceso de revisión, dado que han finalizado con sentencia tan solo tres de todos los casos seleccionados. En otras palabras, tan solo el 1,02% de las decisiones seleccionadas han concluido el proceso de revisión, para mayor claridad se puede observar el siguiente cuadro:



Período de análisis: 20 de octubre de 2008 a 30 de abril de 2016.
Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.
Elaboración propia.

Para finalizar, acerca de la *relevancia nacional del caso*, el parámetro para el cumplimiento de dicho requisito se sustenta en el acontecimiento que por su naturaleza y características genere un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos, que impulse a los jueces por la trascendencia a imponer un precedente constitucional.

Sobre las finalidades de estos procesos, es interesante anotar lo que la propia CCPT señaló en la primera sentencia de revisión con relación a las salas de Selección y Revisión:

el deber principal de estas Salas está en la generación de derecho objetivo, en el desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter *erga omnes*. Está claro que si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, la CC se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración. Pero se insiste, la gravedad y relevancia constitucional de un caso, en los términos previstos en el artículo 25 de la LOGJCC, no se encuentran acreditadas únicamente por la vulneración a un derecho subjetivo, deben además existir condiciones adicionales que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado.⁷⁰⁸

En definitiva, la CC reconoce en su argumentación que el proceso de selección y revisión no es una instancia adicional, que no es un proceso dispositivo; pero advierte en su sentencia fundadora de línea la posibilidad excepcional de relativizar la cosa juzgada cuando de por medio se encuentre una vulneración manifiesta de derechos. Sin embargo, aun cuando el accionar de la Corte en la sentencia mentada se acople a los postulados del Estado Constitucional de derechos y al papel que debe desempeñar el juez constitucional, dejó de considerarse la posibilidad de que dicho accionar “excepcional” termine por restringir o limitar otros derechos constitucionales, entre ellos la seguridad jurídica y el debido proceso.

Si bien los procesos de selección se constituyen en mecanismos de oficio y discrecionales, es claro que esas características mantienen incólumes siempre y cuando la finalidad sea únicamente la generación de precedentes constitucionales, pues en el evento que la Corte decida abrir el caso, el proceso de revisión pasaría a ser un proceso dispositivo, en cuyo caso deben aplicarse las disposiciones comunes previstas en el art. 86 de la Constitución. En este punto es interesante advertir que de las cuatro decisiones emitidas en la competencia denominada por la Corte como “jurisprudencia vinculante”, si bien generó reglas jurisprudenciales con efecto *erga omnes*, en las cuatro sentencias, también optó por revisar los casos concretos en dos, es decir, determinó vulneraciones a derechos subjetivos y la correspondiente reparación integral, sin que para tomar estas decisiones haya notificado a las partes procesales.⁷⁰⁹

708 Ecuador. CCPT, [Sentencia 001-10-PJO-CC].

709 Véase Anexo 5.

El conflicto generado por esta posibilidad de revisión de oficio por parte de la Corte, abre la posibilidad de reparaciones integrales a derechos subjetivos, y por tanto genera un nuevo tipo de garantía constitucional, una especie de garantía híbrida, pues si bien su fin original, según la Constitución, es el de una garantía normativa, generación de derecho objetivo;⁷¹⁰ también podría constituirse en una garantía jurisdiccional cuando la Corte decide revisar los casos con efectos *inter partes*.

Más allá de los problemas identificados en los procesos de selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales ejecutoriadas, sustentadas en los parámetros previstos en el art. 25 de la LOGJCC, *aparentemente* este mecanismo se constituiría en el único proceso útil para que la CC pueda *excepcionalmente* relativizar una sentencia dictada con efectos de cosa juzgada por parte de las cortes provinciales de justicia. Sin embargo, de la praxis verificada a partir de las estadísticas, la excepcionalidad de “reabrir” el caso, se tornó en la regla general con la emisión de la primera jurisprudencia vinculante; proceder que se ratificó en la tercera sentencia adoptada dentro de estos procesos, lo cual desnaturaliza la esencia del proceso y atenta contra el derecho al debido proceso de las partes.

En conclusión, es importante destacar que estos procesos se constituyen en mecanismos de disciplina del precedente, ya que la Corte puede seleccionar un caso a partir de la inobservancia de estos, lo cual denota que es un verdadera fuente de derecho objetivo.

Acción extraordinaria de protección

Dentro del análisis de los efectos de las sentencias en los procesos de garantías constitucionales, se estudiará a continuación lo relativo a la acción extraordinaria de protección⁷¹¹, al constituirse de acuerdo con la práctica

710 Véase el artículo 84 de la CRE [2008].

711 Sobre la acción extraordinaria de protección, la bibliografía es extensa véanse, entre, otros, Ana Gabriela Aguirre Cueva, *La acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales en el Ecuador, comparada con la acción de tutela contra providencias o sentencias judiciales en Colombia y el recurso de amparo contra sentencias judiciales en España* (Quito: UASB-E, 2010); Santiago Altamirano Ruiz, *La acción extraordinaria de protección y su procedimiento* (Quito: UASB-E, 2010); Luis Fernando Ávila Linzan, “Acción extraordinaria de protección”, en Luis Fernando Ávila Linzan, edit., *Repertorio constitucional 2008-2011* (Quito, CCPT / CEDEC, 2012), 199-288; José García Falconí, *La Corte Constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva constitución política del Ecuador* (Quito: Rodín, 2008); Agustín Grijalva, “Acción extraordinaria de protección”, en Antonio José Pérez, coord., *Viabilidad de las garantías jurisdiccionales* (Quito: CEP, 2012), 259-292; Marcelo Jaramillo Villa, “La acción extraordinaria de protección”, <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/presentacion1.pdf>. Consulta: 20 de mayo de 2015; Patricio Pazmiño Freire, “La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista”, *Umbral: Revista de derecho constitucional*, n.º 3 (2013): 17-43.

en el proceso constitucional que mayor número de sentencias con reglas expresas contiene.

De conformidad con lo dispuesto en los art. 94 y 437⁷¹² de la Constitución de la República, la acción extraordinaria de protección se constituye en una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, cuya admisibilidad y conocimiento corresponde exclusivamente a la CC. Esta novedosa garantía jurisdiccional de derechos encuentra como parámetros de admisibilidad⁷¹³ los siguientes requisitos: agotamiento de recursos ordinarios y extraordinarios, a menos que la falta de interposición no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado, que se trate de sentencia, auto o resolución con fuerza de sentencia firme, definitiva, ejecutoriada, y que se fundamente la vulneración de derechos constitucionales o debido proceso.

En armonía con dichos presupuestos, la acción extraordinaria surge como una garantía tendiente a tutelar y reparar las vulneraciones a derechos constitucionales que se puedan generar a partir de una decisión judicial. En definitiva, la instauración de una garantía de esta naturaleza confirma que no existe acto que pueda encontrarse exento del control constitucional. Por su parte, esta garantía pretende evitar que el Estado ecuatoriano sea demandado constantemente ante los organismos internacionales de derechos humanos, pues finalmente existe un mecanismo de cierre en materia de protección de derechos humanos, lo cual asegura el margen nacional de apreciación de un intérprete vinculante en materia de derechos.⁷¹⁴

Sobre la regulación infraconstitucional de esta garantía extraordinaria, la LOGJCC en los art. 62⁷¹⁵ y siguientes establece una serie de parámetros

712 “Artículo 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”. Ecuador. CRE [2008].

713 Se utiliza la distinción realizada por la Corte Constitucional en la sentencia 102-13-SEP-CC, entre los términos admisibilidad y procedibilidad, asignándole al primero el examen de forma que se debe realizar para que pase al estudio de fondo; en tanto que el segundo término, procedibilidad, es el estudio de la materialidad de las pretensiones presentadas; el estudio de fondo del asunto.

714 Véase Francisco Barbosa Delgado, *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos* (Bogotá: UEC, 2012).

715 “Artículo 62.- Admisión.- La acción extraordinaria será presentada ante la judicatura, sala o tribunal que dictó la decisión definitiva; este ordenará notificar a la otra parte y remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. La sala de admisión en el término de diez días deberá verificar lo siguiente:
Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso;

de admisibilidad para evitar el tan conocido “choque de trenes”;⁷¹⁶ en otras palabras, el que sea considerada como un mecanismo de apelación o instancia de apelación de las decisiones judiciales ordinarias. En definitiva, lo que se pretende con los filtros de admisibilidad es distinguir el control de legalidad y el de constitucionalidad; así, entre estos filtros se pueden advertir los siguientes:

2. Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y la pretensión.

[...] 4. Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley.

5. Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez.⁷¹⁷

Los presupuestos citados claramente tratan de diferenciar el control de constitucionalidad de aquel de legalidad, y sobre todo evitar que esta garantía sea confundida con el mecanismo de casación en manos de la CNJ, órgano de cierre de la justicia ordinaria. Entretanto, del texto transcrito se confirma que los presupuestos de admisibilidad advertidos, reducen el examen de admisión exclusivamente respecto a decisiones de la justicia

Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;

Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;

Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;

Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;

Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;

Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,

Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Si declara la inadmisibilidad, archivará la causa y devolverá el expediente a la jueza, juez o tribunal que dictó la providencia y dicha declaración no será susceptible de apelación; si la declara admisible se procederá al sorteo para designar a la jueza o juez ponente, quien sin más trámite elaborará y remitirá el proyecto de sentencia, al pleno para su conocimiento y decisión. La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción.

Esta identificación incluirá una argumentación clara sobre el derecho y la relación directa e inmediata, por acción u omisión.”

716 La expresión “choque de trenes” se utiliza para denominar el conflicto existente entre las altas cortes en torno a la tutela contra sentencias. Esta discusión surgió en Colombia en el primer momento de actuación de la Corte Constitucional frente al análisis de las decisiones sus pares. Véase Catalina Botero Marino y Juan Fernando Jaramillo, *El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias*, <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.37.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016. Véase, en general, Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las Cortes* (Madrid: Tecnos, 1999).

717 Ecuador, *LOGJCC*, art. 62.

ordinaria, no así a decisiones judiciales de la propia justicia constitucional. Piénsese, por ejemplo, si es posible que la Sala de Admisión inadmita una acción extraordinaria de protección respecto a una sentencia de acción de protección invocando las causales advertidas. La causal 2, referente a un problema de “relevancia constitucional” no podría aplicarse, pues se entiende que siendo la acción de protección una garantía jurisdiccional de derechos constitucionales, los problemas jurídicos que se sustancien a partir de ella tendrán relevancia constitucional.

Con relación a las causales 4 y 5, es evidente que se trata de evitar que se revisen nuevamente aspectos de legalidad de competencia de la CNJ (casación). Dicha causal tampoco podría ser invocada por la Sala de Admisión tratándose de una acción de protección, pues es claro que siendo una decisión de la propia justicia constitucional, y la Corte el máximo órgano de esta justicia, no habría el peligro de “choque”, pues no existen dos trenes (justicia ordinaria vs. justicia constitucional). Por consiguiente, no habría imposibilidad alguna para que la CC revise la falta de aplicación o errónea aplicación de una ley tratándose de un problema en el que se argumenta la violación de un derecho constitucional/humano, peor aún no cabría una justificación de lo que se pretende es la valoración de la prueba, si el problema se origina precisamente a partir de hechos o actos que se consideran lesivos a los derechos.

En aras de respetar el derecho a la igualdad de las personas y la seguridad jurídica –más allá de la improcedencia de la invocación de las causales señaladas para inadmitir una acción extraordinaria de protección respecto a una acción de protección–, una vez que la Corte se ha pronunciado mediante sentencias en acción extraordinaria de protección contra acción de protección, no podría la Sala de Admisión inadmitir causas similares invocando una causal de que la acción extraordinaria de protección es una “instancia adicional”.

En síntesis, los presupuestos de admisibilidad previstos en la ley confirman que la acción extraordinaria de protección, en una interpretación integral del ordenamiento jurídico constitucional, no procede frente a sentencias dictadas dentro del ámbito de la justicia constitucional, porque es claro que según lo prevé el art. 86.3 de la Constitución, estas terminan en última y definitiva instancia en manos de las cortes provinciales, y que el mecanismo constitucionalmente ideado para que llegue a conocimiento de la Corte es el proceso de selección previsto en el artículo 436.6 de la Constitución.

En definitiva, se ha abierto una vía que no consta en la interpretación integral de la Constitución, pues, aun cuando una sentencia de acción de protección dictada por una Corte Provincial cumpla los parámetros formales

de admisibilidad, se debe asumir que la interpretación de la Constitución no puede ser aislada, dado que es necesario que se interpreten los art. 94 y 437 en armonía con el art. 86, num. 3 de la Constitución, regla que determina expresamente dónde concluyen estas garantías jurisdiccionales.

Esta posibilidad, instaurada en el país por la CC respecto a la procedencia de la tutela contra tutela, acarrea un peligro inminente de la generación de sentencias contradictorias, a partir de la yuxtaposición entre el proceso de selección y la acción extraordinaria de protección en contra de una acción de protección (tutela contra tutela). En efecto, si partimos de que la Corte “excepcionalmente”⁷¹⁸ puede revisar con efectos *inter partes* una sentencia de acción de protección vía selección y revisión, y también conocer vía acción extraordinaria de protección la misma sentencia, se configurará una vulneración al principio de seguridad jurídica. Estos dos mecanismos, el uno de “oficio” y el segundo “dispositivo”, tienen la posibilidad de reparar con efecto *inter partes* derechos subjetivos de las personas y también generar derecho objetivo.

Así, el conflicto se agudiza en virtud de que más allá de la dimensión subjetiva analizada, también existe la posibilidad de yuxtaposición entre las dos vías desde el punto de vista objetivo. No debe olvidarse que de conformidad con el art. 62.8 de la LOGJCC, la acción extraordinaria de protección cuenta con una dimensión objetiva, es decir, por su intermedio podría la Corte establecer precedentes y líneas jurisprudenciales de la misma forma que puede hacerlo por medio de los procesos de selección y revisión. Para justificar este proceder la Corte argumentó:

Esta realidad constitucional convierte en una necesidad la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de acciones de protección, toda vez que mediante el ejercicio de esta competencia la CC, como máximo intérprete jurídico de la Constitución, convierte sus criterios en vinculantes en materia de garantías en la sustanciación de los jueces constitucionales.

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

Esta competencia de la CC se encuentra direccionada precisamente para: 1. Suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica en la hermenéutica del sistema jurídico ecuatoriano y dotar de coherencia en la aplicación del mismo; 2. Restringir arbitrariedades en la aplicación en materia de derechos y garantías jurisdiccionales; 3. Asegurar la vigencia del principio de igualdad

718 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 001-10-JPO-CC], caso 999-10-JP.

y seguridad jurídica, toda vez que ante una situación igualdad fáctica, debe garantizarse la existencia de un criterio común.⁷¹⁹

En concordancia con las ideas planteadas, el estado de la cuestión deriva principalmente de ejercicio hermenéutico constitucional aislado por parte de la CC,⁷²⁰ pues dicha función se la encomienda constitucionalmente por medio de los procesos de selección y revisión. Se ha generado una yuxtaposición de competencias entre la acción extraordinaria y los procesos de selección y revisión, tanto en el ámbito subjetivo –reparación de derechos de las personas–, como en el ámbito objetivo –creación de derecho en sede judicial.

Ante esta realidad, considerando las repercusiones negativas –ataques jurídicos y políticos– que se generarían para la CC, no podría cerrar abruptamente la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra acciones de protección (o cualquier otra garantía jurisdiccional de los derechos), como fue el proceder de la CC colombiana como solución ante esta problemática,⁷²¹ pues aquello lesionaría el derecho a la igualdad. Una decisión de este tipo comporta un costo significativo en la legitimidad de las decisiones de la CC.

Como solución alternativa se propone que la CC ratifique la “excepcionalidad” de revisión de sentencias y se limite a generar líneas jurisprudenciales en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 436.6, poniéndose al día con todas las decisiones que se encuentran pendientes en los casos seleccionados.⁷²² De la misma manera, es necesario que la Corte establezca vía jurisprudencia el procedimiento a observarse cuando “excepcionalmente” revise un caso, el que no puede ser otro de aquel previsto para las garantías jurisdiccionales de los derechos en la Constitución, considerado en el artículo 86 de la Constitución, esto es notificar a las partes, convocar a audiencia, etcétera.

719 Ecuador. CCPT, [Sentencia 045-11-SEP-CC], caso 385-11-EP.

720 Criterio con el que coincide Agustín Grijalva cuando señala: “Se plantea entonces naturalmente el problema de cómo debe actuar el juez cuando existen múltiples interpretaciones, incluso contradictorias, sobre el contenido y alcance de los derechos constitucionales. ¿Debe el juez imponer su propio criterio? ¿El de la Corte Nacional? ¿El de la Corte Constitucional? ¿Cómo se unifican estas dispares interpretaciones? Como se puede ver, esta realidad se vuelve una necesidad el amparo contra decisiones judiciales o acción extraordinaria de protección, pues, mediante esta la Corte Constitucional, como máximo interprete jurídico de la Constitución, puede volver efectivamente obligatoria su jurisprudencia en materia de garantías”. Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, 235.

721 “El desarrollo reciente en este tema ha sido, como el lector lo reconocerá inmediatamente, la prohibición de tutela contra tutela, como lo anunció la Corte Constitucional en su Sentencia SU-1219/2001”. Véase López Medina, *El derecho de los jueces*, 125.

722 Ver anexo 8.

En conclusión, la distinción entre la acción extraordinaria de protección y la competencia para revisar sentencias de garantías jurisdiccionales radica en la forma que estas llegan a conocimiento de la Corte, y el esquema argumentativo que se deba desarrollar. En efecto, el proceso de acción extraordinaria de protección se instaura a petición de parte –demanda–, mientras la segunda es una potestad exclusiva de la Corte para determinar qué sentencia cumple con los méritos para ser seleccionada y luego revisada para generar a partir de ella un precedente vinculante.

Como se observa, también vía acción extraordinaria de protección se puede exigir el cumplimiento de un precedente constitucional. La regla contenida en el art. 62.8 de la Constitución posibilita a la Corte “Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la CC y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”; resulta entonces que es una de las vías para obligar a los jueces sobre la aplicación del precedente.

Ahora bien, las partes pueden solicitar a la Corte que haga prevalecer sus precedentes y que estos sean aplicados, ante lo cual la Corte debe atender dicho requerimiento sobre la base del sistema de aplicación del precedente –*follow, distinguish, overruling*–. La Corte debe ir generando líneas argumentales de aplicación de los precedentes sobre los casos análogos, ampliando o restringiendo su interpretación.

También puede ocurrir que las partes no señalen nada acerca de los precedentes, más aún sobre la premisa normativa de que no se requiere del patrocinio de un abogado para acudir a la justicia constitucional, de conformidad con el art. 86, num. 2, lit. c); no obstante, si la Corte advierte que se han inobservado sus precedentes debe proceder a solventar la omisión de oficio en su sentencia, ante lo cual no podría alegarse un *extra petita* por las partes, pues la coherencia del ordenamiento constitucional se encuentra ligada a la aplicación universal de las normas jurídicas, entre las cuales se encuentra el precedente constitucional de acuerdo con lo estudiado en este trabajo.

En este orden de ideas, la CC de manera enfática ha reiterado que los jueces constitucionales el momento de resolver las acciones constitucionales de protección de los derechos deben expedir sus sentencias “tomando en cuenta los precedentes constitucionales dictados por la CC”,⁷²³ en virtud de que cuando conocen garantías jurisdiccionales se convierten en jueces constitucionales. También ha utilizado el argumento legal contenido en el

723 Ecuador. CCPTción, [Sentencia 105-12-SEP-CC], caso 0752-10-EP; [Sentencia 204-12-SEP-CC], caso 1247-10-EP; entre otras.

art. 62.8 de la ley para señalar que “La Corte también procede a corregir la inobservancia de precedentes...”⁷²⁴

Así, se tiene que de la jurisprudencia de la CC en las acciones extraordinarias de protección, se ha mencionado en 39 sentencias la inobservancia de precedentes, de las cuales en 27 se acepta la acción, en 1 se acepta parcialmente, y tan solo en 20 de las sentencias aceptadas existe un análisis exhaustivo respecto a la inobservancia a precedentes constitucionales,⁷²⁵ lo cual muestra la poca rigurosidad de la CC al momento de argumentar sobre los efectos del precedente y su relación con el caso analizado, si se toma como referencia que son 1257⁷²⁶ la totalidad de sentencias analizadas. Del análisis realizado se tienen los siguientes datos:



Período de análisis: 20 de octubre de 2008-30 de abril de 2016.
Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.
Elaboración propia.

En síntesis, la acción extraordinaria de protección también se constituye en un mecanismo de disciplina del precedente constitucional, dado que le permite a la CC conocer a partir de un proceso dispositivo, a diferencia de la competencia de oficio que nace de los procesos de selección y revisión, los casos en los que los jueces inobservaron los precedentes, razón por la cual, esta acción se convierte también en un mecanismos de disciplina del precedente constitucional.

724 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 071-13-SEP-CC], caso 0512-13-EP; entre otras.

725 Anexo 9, Fichas de las sentencias que se refieren a la inobservancia del precedente de la Corte Constitucional en la acción extraordinaria de protección.

726 Sentencias de acciones extraordinarias de protección: CCPT: 418 sentencias; y primera CC hasta el 30 de abril de 2016: 839 sentencias. Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales

Esta acción se constituye también en un nueva competencia asignada al órgano de administración de justicia constitucional, considerando que antes de la vigencia de la CRE de 2008 no había en el sistema constitucional un mecanismo para exigir coercitivamente el cumplimiento de las decisiones, más allá de los autos posteriores a las decisiones que emitían las Salas o el Pleno del Tribunal Constitucional.⁷²⁷

Mediante esta acción se puede exigir el cumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales definitivos y ejecutoriados, adoptados tanto por el ex Tribunal Constitucional como por la CC. El incumplimiento de sentencias o resoluciones, o a su vez, el cumplimiento extemporáneo de las mismas, puede traer consigo una serie de violaciones a derechos constitucionales, por lo que la reparación integral del derecho conculcado se torna en una necesidad.

Esta competencia se encuentra determinada en el art. 436.9,⁷²⁸ y en el art. 162 de la LOGJCC que dispone: “Las sentencias y autos son de inmediato cumplimiento, sin perjuicio de la interposición de los recursos de aclaración y ampliación y sin perjuicio de su modulación”. De la normativa citada, se colige que su objeto consiste en asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas por los órganos administradores de justicia constitucional que no han sido cumplidas, o en las que se ha presentado un defectuoso cumplimiento.

Como se puede advertir de las normas citadas, ni la Constitución ni la ley establecen de manera expresa la naturaleza de la acción de incumplimiento, y fue la CC a partir de la jurisprudencia constitucional que se le asignó la categoría de garantía jurisdiccional, cuando en la sentencia 001-10-JPO-CC señaló: “como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento

727 Para un estudio exhaustivo de esta garantía jurisdiccional, véase Dayana Avila, “Acción de Incumplimiento: fundamentos conceptuales y líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional para el Período de Transición” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015), <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4664/1/T1722-MDP-Avila-Incumplimiento.pdf>>. Consulta: 1 de junio de 2016; Ximena Velasteguí, “Efectividad de las sentencias constitucionales de acción de protección y su mecanismo de cumplimiento”, *Umbral: Revista de derecho constitucional*, n.º 3 (2013): 103-126; Daniel Uribe Terán, “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, en Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de derecho procesal constitucional, cuadernos de trabajo*, t. II (Quito: CCPT / CEDEC, 2011).

728 “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales” Ecuador. CRE [2008].

de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales". Fue mediante una regla jurisprudencial que se determinó la naturaleza de garantía jurisdiccional. Si bien este proceder de la Corte se puede identificar como una mutación constitucional,⁷²⁹ no es menos cierto también que esta se generó en la praxis desarrollada por la implementación de un nuevo orden constitucional.

En la misma sentencia constitucional se determinó, con el afán de garantizar la efectiva protección de los derechos enmarcados en la Constitución, la *actio popularis*, dado que "de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales".⁷³⁰

Esta garantía jurisdiccional guarda interés con el objeto de este estudio, en virtud que también se constituye en un mecanismo de disciplina del precedente constitucional. Ciertamente, si existe el incumplimiento de una decisión –sentencia o dictamen– constitucional, que contiene un precedente, se puede vía acción de incumplimiento solicitarle a la CC que haga prevalecer sus criterios.⁷³¹

En este punto del análisis cabe realizar una precisión respecto a qué entiende la CC por el cumplimiento de las decisiones constitucionales. La jurisprudencia constitucional mantiene una línea clara de cómo deben interpretarse, y en consecuencia aplicarse las decisiones:

Esta Corte recuerda a los juzgadores que la aplicación que se debe realizar a las decisiones judiciales es integral, es decir, son los argumentos centrales que sostienen la decisión los que junto con esta, deben ser observados para la resolución de la causa, por parte de los jueces casacionales.

Esta CC ha sido enfática al señalar que la aplicación de las decisiones constitucionales es integral, así en las sentencias 009-09-SIS-CC, 022-15-SIS-CC, así como en el auto de verificación dictado dentro del caso 0042-10-IS, 004-16-SEP-CC, este Organismo ha determinado que es de obligatorio cumplimiento y sujeción, la *decisum* o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de dicha decisión y que constituyen la *ratio decidendi*. Este criterio incluso ha sido recogido por la normativa del COGEP en el artículo 101, que dispone: "... Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma".⁷³²

729 La mutación constitucional entendida como el cambio de la Constitución al margen de los procesos de reforma constitucionales. Véase Conrad Hesse, "Límites de la mutación constitucional", en *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: CEPC, 1962), 89.

730 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 001-10-JPO-CC], caso 0999-09-JP.

731 Anexo 10, Fichas de las sentencias que se refieren a la inobservancia del precedente de la Corte Constitucional en la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales

732 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 019-16-SEP-CC], caso 0542-15-EP; Sentencia 049-16-SEP-CC, caso 0431-15-EP; entre otras.

Entonces es criterio enfático de la Corte⁷³³ que las sentencias constitucionales deben ser acatadas en su integralidad, de forma que, para su ejecución debe observarse el razonamiento expuesto por los juzgadores en el contexto global de la sentencia en relación con la parte dispositiva de la misma, y no únicamente la *decisum* o las medidas de reparación de forma aislada;⁷³⁴ puesto que la *ratio decidendi* de la resolución consta en la argumentación expuesta por los juzgadores al motivar su resolución, la que no se puede deslindar de la resolución. Inclusive llama la atención cómo la Corte, en su fundamentación, recurre a la invocación de una norma procesal ordinaria, con el fin de exigir que la aplicación de las sentencias sea integral.

En este sentido, la CC advierte que las disposiciones obligatorias a ser cumplidas o la fuerza vinculante de la decisión constitucional están dadas por las medidas de reparación ordenadas, como también por los criterios jurídicos que constituyen el fundamento de dichas medidas. Así, la CC en su jurisprudencia ha señalado que la *decisum* no puede entenderse aislada de la parte considerativa puesto que:

es necesario considerar que toda sentencia constituye un conjunto sistémico, armónico, en el que la parte considerativa que debe contener la motivación de la sentencia, no es un aparte, aislado de la decisión, todo lo contrario, como señala Gozáini, “[...] la fundamentación forma parte de la sentencia como un todo indisoluble, creador de argumentos para quienes encuentren justificadas sus razones, como para los que no encuentren satisfechas con ellas sus pretensiones”.⁷³⁵

De lo anotado, se colige que no puede considerarse en una sentencia la parte decisoria de manera separada de la parte que la motiva, pues en ella se establecen los argumentos que justifican racionalmente la decisión. Este proceder de la Corte también demuestra cómo el sistema de fuentes se ha transformado, y precisamente reconoce que la *cosa juzgada explícita* debe aplicarse a la luz de la *cosa juzgada implícita*, o lo que es lo mismo, la *decisum* a la luz de la *ratio decidendi*.

Es oportuno indicar que esta regla jurisprudencial acerca de la aplicación integral de la decisión ha generado una *praxis* en la Corte, interesante

733 Véase sentencias constitucionales Nos. 003-16-SEP-CC, 004-16-SEP-CC, 012-16-SEP-CC, 017-SEP-CC, 019-SEP-CC, 025-16-SEP-CC, 036-16-SEP-CC, 038-16-SEP-CC, 049-16-SEP-CC, 052-16-SEP-CC, 055-16-SEP-CC, 001-16-SIS-CC, 009-09-SIS-CC, 022-15-SIS-CC.

734 Sobre cumplimiento de sentencias, véase Uribe Terán, “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”, en Montaña Pinto, edit., *Apuntes de derecho procesal constitucional*, 253-74; y para un caso de derecho comparado, Nelcy López Cuellar y María Carolina Olarte Olarte. “Incumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional colombiana: Aparentes garantías, silenciosos incumplimientos”, *Universitas*, n.º 113 (2007): 71-112.

735 Ecuador. CCPT, [Sentencia 0009-09-SIS-CC], caso 0013-09-IS.

para el sistema de aplicación del precedente, respecto a la disposición expresa en la parte resolutive –*decisum*–, de cómo deben resolver los jueces cuando la Corte en atención a la reparación integral, les reenvía los procesos para que subsanen las vulneraciones de los derechos constitucionales declaradas,⁷³⁶ a partir de la emisión de la sentencia 003-16-SEP-CC.

Recapitulando la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales esto “se torna en una necesidad” dado que la reparación integral depende de la ejecución de la sentencia, sentencia que para lograr su eficacia debe ser aplicada en la integralidad; esto significa que la *decisum* debe ser aplicada a la luz de lo argumentado en la *ratio decidendi*.

Del análisis sociológico llevado a cabo, se verificó que de un total de 211⁷³⁷ sentencias conocidas y resueltas por la CC en acciones de incumplimiento, en doce sentencias la Corte alegó la inobservancia de precedentes constitucionales, así se obtienen los siguientes resultados:



Período de análisis: 20 de octubre de 2008-30 de abril de 2016.

Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

Entonces, de este análisis se evidencia, aunque en menor número, que la acción extraordinaria de protección, la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes es otro mecanismo para disciplinar la eficacia

736 Con las modificaciones del caso, respecto de las judicaturas que les tocaría resolver, y conocer nuevamente los procesos, la Corte ha dispuesto que “Ordenar que conforme a lo dispuesto por el art. 201, num. 1 del COFJ, la Sala de Conjuces de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia resuelva el recurso de casación interpuesto, de conformidad con la Constitución de la República, la ley y la aplicación integral de esta decisión constitucional, esto es, considerando la *decisum* o resolución, así como los argumentos centrales que son la base de la decisión y que constituyen la *ratio*; bajo prevenciones de aplicación de lo dispuesto en el art. 86, num. 4 de la Constitución de la República, en caso de no hacerlo.” Véase anexo 11, Sentencias de la primera CC en las que se dispone expresamente una aplicación integral en la parte resolutive de la sentencia.

737 Anexo 10, Fichas de las sentencias que se refieren a la inobservancia del precedente de la Corte Constitucional en la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales.

del precedente constitucional, puesto que claramente la Corte ha señalado que la *decisum* debe ser aplicada a la luz de la *ratio decidendi* lo cual puede dar lugar a una serie de problemas en la praxis judicial como se analizará en el siguiente apartado.

La yuxtaposición de las acciones constitucionales como mecanismos de disciplina del precedente constitucional

Sobre la base del análisis realizado, se advierte que la garantía jurisdiccional en el conocimiento y resolución de las acciones de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, específicamente aquellas que contienen precedentes constitucionales, se contraponen con la acción extraordinaria de protección, y en consecuencia también con los procesos de selección y revisión. En efecto, existe la posibilidad que se presente ante la inobservancia de un precedente constitucional, dos garantías jurisdiccionales.

La primera garantía jurisdiccional que puede presentarse, conforme lo analizado en el epígrafe anterior, es la acción extraordinaria de protección, la cual de conformidad con lo determinado en el art. 60 de la LOGJCC, deberá ser presentada dentro de los 20 días siguientes a la notificación de la decisión ejecutoriada y deberá pasar por un filtro de admisibilidad,⁷³⁸ para luego pasar al proceso de sustanciación y resolución. El fundamento para solicitar la admisión y resolución de esta acción es la alegación de la vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad y seguridad jurídica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 62.8 de la LOGJCC.

Acerca de la segunda garantía jurisdiccional, también acción dispositiva, que tiene origen a partir de la presentación de una petición ante la CC,⁷³⁹ que puede presentarse ante la inobservancia de un precedente es

738 "Artículo. 21.- La Sala de Admisión conocerá y calificará la admisibilidad de las siguientes acciones constitucionales: interpretación constitucional, públicas de inconstitucionalidad, por incumplimiento, conflictos de competencia, por incumplimiento, conflicto de competencias, inconstitucionalidad por omisión, extraordinaria de protección, control constitucional de enmiendas, reformas y cambios constitucionales, consultas populares, y las acciones por ejercicio de control concreto de constitucionalidad.

La Corte observará que en las demandas o peticiones que se presenten conste la pretensión concreta, el señalamiento de la casilla judicial, constitucional o dirección de correo electrónico para recibir notificaciones, así como la firma o huella digital del accionante. Las demás acciones constitucionales serán sorteadas directamente, por la Secretaría General, a la jueza o juez ponente para su sustanciación." Ecuador. Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, en ROS, 613 (22 de octubre de 2015).

739 De acuerdo con la ley la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales puede originarse: a) Mediante demanda directamente ante la Corte Constitucional cuando lo que se alega es el incumplimiento de una sentencia o dictamen expedido por la propia Corte Constitucional o el Tribunal Constitucional; b) Cuando la decisión incumplida fue emitida por las judicaturas de instancia o apelación, a petición del beneficiario o ante la imposibilidad

la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Si la acción está destinada a la eficacia de las decisiones constitucionales, siendo el precedente parte de ellas, cabe la posibilidad de plantear un incumplimiento de sentencias. En el caso de esta garantía jurisdiccional el procedimiento es más sencillo, porque no existe término para accionar, con lo cual no hay un examen de temporalidad previo, tampoco existen filtros de admisibilidad;⁷⁴⁰ de ahí que incluso como estrategia de litigio resulte más eficiente presentar una acción de incumplimiento, en lugar de una acción extraordinaria de protección, o incluso ante la inadmisión de la acción extraordinaria de protección, plantear un incumplimiento de sentencia.

Queda entonces demostrado la forma como puede generarse una yuxtaposición de procesos dispositivos –dos garantías jurisdiccionales de los derechos– y los procesos de oficio –selección y revisión–, lo cual da como resultado que el sistema de administración de justicia constitucional colapse, más aún cuando todas las decisiones son adoptadas por el Pleno de la CC.⁷⁴¹

Esta realidad exige que la CC en su calidad de máxima instancia de interpretación y control constitucional realice un profundo análisis epistemológico del alcance de las acciones constitucionales, con el fin de unificar procedimientos y evitar esta yuxtaposición. Para una mejor comprensión se adjuntan los siguientes cuadros que denotan numéricamente cómo ha sido el proceder de la CC, que condensan la información de los anexos 9 y 10.

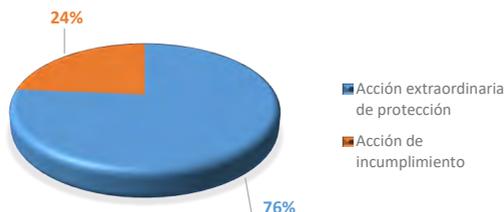
En efecto, el número total de sentencias en las que se hace mención a la inobservancia del precedente es de 51. De estas decisiones: 39 corresponden a acciones extraordinarias de protección y 12 son acciones de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, obteniendo los siguientes resultados:

de cumplimiento, el juzgador deberá remitir un informe sobre el cumplimiento junto con el expediente a la Corte Constitucional para que ésta resuelva. Véase Ecuador, *LOGJCC*, art. 163.

740 *Ibíd.*

741 “Artículo 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte”. Ecuador. *CRE* [2008].

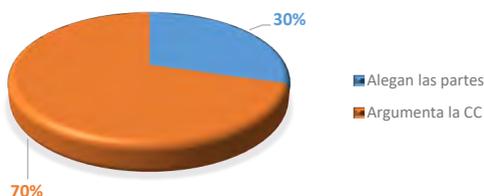
INOBSERVANCIA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL



Período de análisis: 20 de octubre de 2008-30 de abril de 2016.
Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.
Elaboración propia.⁷⁴²

De las 51 sentencias: en 18 de ellas se identificó que las partes alegan que se inobserva el precedente y en 43 lo realiza la CC, se obtienen los siguientes resultados:

INOBSERVANCIA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL



Período de análisis: 20 de octubre de 2008 hasta 30 de abril de 2016.
Fuente: Secretaría General y Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.
Elaboración propia.⁷⁴³

742 Datos obtenidos del buscador de relatoría y sistema de gestión de la Corte Constitucional, <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/relatoria.html>> y <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>>. Consulta: 1 de junio de 2016, respectivamente. La información se filtró a partir de la búsqueda de frases clave “jurisprudencia vinculante”, “precedente vinculante obligatorio”, “precedentes jurisprudenciales”, en combinación con “Acción extraordinaria de protección”. De un total de 1257 sentencias emitidas en acciones extraordinarias de protección desde la instauración de la CCPT en octubre de 2008 hasta el 30 de abril de 2016, se analizaron 39 que dieron como resultado de la búsqueda.

743 Datos obtenidos del buscador de relatoría y sistema de gestión de la Corte Constitucional, <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/relatoria.html>> y <<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>>. Consulta: 1 de junio de 2016. La información se filtró a partir de la búsqueda de frases clave “jurisprudencia vinculante”, “precedente vinculante obligatorio”, “precedentes jurisprudenciales”, en combinación con “Acción de incumplimiento”. De un total de 217 sentencias emitidas en

Como se puede observar, existe una clara tendencia a que la inobservancia del precedente se la declare en el seno de una acción extraordinaria de protección y a que sea la Corte y no las partes, quien la justifique. Con todo, el número de duplicidades es lo suficientemente elevado como para que la Corte deba emprender una regulación clara, sencilla y coherente sobre cómo proceder en estos casos, para así evitar la multiplicidad de procesos que confunden a los justiciables.

Vinculación al precedente constitucional

Luego de haber expuesto la teoría constitucional corresponde aplicarla, para esto se revisará, primero, brevemente algunos de los conceptos clave, para centrarse a continuación en un estudio del problema de la motivación y en la evaluación de la eficacia del sistema de precedentes en el sistema constitucional.

Como se ha evidenciado a lo largo de esta investigación, la jurisprudencia constitucional permite desarrollar el texto constitucional materializándolo en la realidad social de las personas y colectivos;⁷⁴⁴ por esa razón, el constituyente ha previsto una serie de disposiciones constitucionales que permiten definir el valor real de la jurisprudencia en este proceso de transformación de las fuentes, ciertamente: "... los derechos constitucionales son el ineludible marco de actuación legítima de la justicia ordinaria y de su rol de garante de la Constitución, pero no es posible desarrollar en la práctica este marco si no existe algún sistema de unificación de fallos en la interpretación de estos derechos".⁷⁴⁵

También se ha sostenido que no todo el texto de una sentencia constituye precedente. Como la CC señaló en las sentencias analizadas en el anexo 11,⁷⁴⁶ la vinculatoriedad radica en la *decisum* para las partes y la *ratio decidendi* que se constituye en precedente, para las partes y casos futuros. La *decisum* es la decisión misma o "la resolución concreta del caso", y sus efectos serán *erga omnes*, *inter partes*, *inter comunis* o *inter pares* según el tipo de proceso.⁷⁴⁷

La *ratio decidendi*, definida como "La formulación general del principio, regla o razón general que constituye la base necesaria de la decisión

acciones de incumplimiento desde la instauración de la CCPT en octubre de 2008 hasta el 30 de abril de 2016, se analizaron 12 sentencias que dieron como resultado de la búsqueda.

744 Véase Ecuador. CCPT, [Sentencia 001-12-PJO-CC], caso 0893-09-EP (acumulados).

745 Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, 237.

746 Anexo 11, Sentencias de la primera Corte Constitucional en las que se dispone expresamente una aplicación integral en la parte resolutoria de la sentencia.

747 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 031-09-SEP-CC].

judicial específica”,⁷⁴⁸ es la concreción del razonamiento jurídico sobre la resolución de la causa, y es entonces mediante este razonamiento que se explicita cómo opera el derecho ante determinado patrón fáctico. Por el contrario, los *obiter dicta* no tienen poder vinculante, sino exclusivamente una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía de quien los determina; por lo tanto, siempre será un criterio auxiliar de interpretación y argumentación. Los *obiter dicta* son premisas teóricas de carácter general y abstracto, que desempeñan un rol secundario en la fundamentación de la resolución del caso; en consecuencia, no se encuentran cobijados por la vinculatoriedad del precedente.

En este orden de ideas se concluye que solo la *ratio decidendi* tiene carácter de precedente. La obligatoriedad que la convierte en fuente de derecho para otros casos, radica en la convergencia de identidad en las circunstancias fácticas entre el caso precedente y el caso en análisis; es decir, el precedente tiene fuerza gravitacional sobre los casos futuros que tengan supuestos de hecho idénticos o análogos, ya que si no se presenta dicha analogía el precedente simplemente no es apto para resolver el caso.

Respecto a la identificación de la *ratio decidendi*, en el primer capítulo se adoptó el esquema propuesto por Goodhart, que parte del establecimiento de los hechos materiales del caso, para deconstruir y reconstruir la argumentación y encontrar así el precedente, con base en la decisión adoptada en la sentencia y el discurso práctico que lo justifica. Así, la *ratio decidendi* será aquella que los jueces posteriores identifiquen en una sentencia anterior y apliquen en un caso posterior. El derecho judicial, sobre la lógica de este ejercicio, es una actividad compleja.

En cuanto a la analogía de los casos, tampoco resulta una cuestión sencilla a dilucidar, dado que no existe en el mundo dos circunstancias que se puedan considerar idénticas. Entonces, para identificar cuándo existe analogía fáctica entre el caso precedente y el futuro, se necesita indagar sobre el estándar de la conducta, criterio de igualdad y condición de excepción, cuáles son las diferencias relevantes entre los casos, calificación que necesariamente es un acto valorativo. Esta técnica del precedente constitucional ecuatoriano, se asemeja a la de los sistemas de origen en el *common law*.⁷⁴⁹

Sobre la base de lo señalado, a continuación, se verá la aplicación de estos conceptos en las resoluciones de la CC, para identificar cómo opera la vinculatoriedad del precedente ecuatoriano y su eficacia.

748 Carlos Bernal Pulido, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho* (Bogotá: UEC, 2012), 162.

749 Ecuador. CCPT, [Sentencia 0004-09-SAN-CC] (24 de septiembre del 2009), caso 0001-08-AN, voto de los doctores Hernando Morales Vinueza y Patricio Herrera Betancourt.

Técnicas de vinculatoriedad del precedente constitucional ecuatoriano

Observancia del precedente –following–

Observar el precedente es sencillamente aplicarlo, y esta aplicación nacerá de la analogía fáctica que se presente en el caso resuelto con anterioridad (precedente) y los hechos del caso presente. En la línea argumental propuesta en este apartado corresponde ilustrar con ejemplos el proceder de la CC frente a la observancia de sus precedentes, para ello se recurrirá a tres líneas jurisprudenciales.

La primera línea jurisprudencial se encuentra ligada a un claro ejemplo de precedente, configurada a partir de la sentencia 001-13-SEP-CC, cuando la Corte señaló que se vulneró el debido proceso constitucional en el momento en que los jueces casacionales valoran prueba; así, el análisis principal de la causa resuelta, gira en torno a cómo debe resolver la Corte Nacional cuando decide sobre un recurso de casación en el que las partes alegan temas relacionados a la valoración probatoria.

Es importante señalar que este precedente constitucional no se instituyó a partir de ninguna regla específica,⁷⁵⁰ sino de la *ratio decidendi* de la sentencia 001-13-SEP-CC, luego fue perfeccionándose y ampliándose a otras áreas no solo la penal –que dio origen a la sentencia 001-13-SEP-CC, fundadora de línea–, sino también a la civil,⁷⁵¹ tributaria,⁷⁵² entre otras, generando así una sólida línea jurisprudencial.

Se puede afirmar en este caso que existe una línea jurisprudencial, puesto que la CC ha reiterado este precedente aproximadamente en 16 sentencias constitucionales,⁷⁵³ creando una sólida argumentación al respecto. En efecto, en una de las recientes decisiones enfatizó: “Criterio que conforme lo dicho en el problema jurídico que antecede, desnaturaliza la esencia del recurso de casación, en tanto, la Sala concibe que si se alega la causal tercera esta puede valorar la prueba, lo cual inobserva la reiterada jurisprudencia expedida por esta Corte y lo dispuesto en la Ley de Casación.”⁷⁵⁴

750 En los términos analizados en el cuadro “Sentencias constitucionales que contienen reglas jurisprudenciales ‘expresas’”, 245 de este capítulo.

751 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 019-16-SAN-CC], caso 542-15-EP.

752 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 132-13-SEP-CC], caso 1735-13-EP.

753 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador [sentencia 001-13-SEP-CC, caso 1647-11-EP; sentencia 034-13-SEP-CC, caso 2052-11-EP; sentencia 067-13-SEP-CC, caso 2172-11-EP; sentencia 072-13-SEP-CC, caso 0886-10-EP; sentencia 031-14-SEP-CC, caso 0868-10-EP; sentencia 040-14-SEP-CC, caso 1127-13-EP; sentencia 077-14-SEP-CC, caso 1999-11-EP; sentencia 227-14-SEP-CC, caso 1269-13-EP].

754 Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 0019-16-SAN-CC], caso 542-15-EP.

El segundo ejemplo a citar es el que se encuentra en la línea jurisprudencial⁷⁵⁵ acerca de la improcedencia de la acción por incumplimiento, con objeto de solicitar el pago de los topes máximos establecidos como indemnización determinados en el art. 8 del Mandato Constituyente 2.⁷⁵⁶ Para justificar la decisión la Corte señaló que dicho mandato contribuye a erradicar los privilegios remunerativos y salariales, eliminando las distorsiones generadas por la existencia de remuneraciones diferenciadas que se pagaban en algunas entidades públicas; expresamente determinando que:

El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso.⁷⁵⁷

755 Véase Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias 0003-13-SAN-CC, caso 0050-11-AN; 0005-13-SAN-CC, caso 0071-11-AN; y, 0007-13-SAN-CC, caso 0046-11-AN.

756 "Artículo 8.- Liquidaciones e indemnizaciones.- El monto de la indemnización, por supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de los funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público, con excepción del perteneciente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, será de hasta siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total. Para el efecto, las instituciones del sector público establecerán, planificadamente, el número máximo de renunciaciones a ser tramitadas y financiadas en cada año debiendo, para ello realizar las programaciones presupuestarias correspondientes, en coordinación con el Ministerio de Finanzas, de ser el caso.

Las autoridades laborales velarán por el derecho a la estabilidad de los trabajadores. Salvo en el caso de despido intempestivo, las indemnizaciones por supresión de puesto o terminación de relaciones laborales del personal de las instituciones contempladas en el artículo 2 de este Mandato, acordadas en contratos colectivos, actas transaccionales, actas de finiquito y cualquier otro acuerdo bajo cualquier denominación, que estipule pago de indemnizaciones, bonificaciones o contribuciones por terminación de cualquier tipo de relación individual de trabajo, será de siete (7) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio y hasta un monto máximo de doscientos diez (210) salarios mínimos básicos unificados del trabajador privado en total.

Todos los funcionarios, servidores públicos, personal docente y trabajadores del sector público que se acojan a los beneficios de las indemnizaciones o bonificaciones indicadas en el presente artículo, no podrán reingresar al sector público, a excepción de las dignidades de elección popular o aquellos de libre nombramiento." Ecuador, Mandato Constituyente n.º 2, ROS, 261, 28 de enero de 2008, art. 8.

757 *Ibid.*

A partir del método de interpretación originalista la CC estableció que el constituyente determinó un techo y un piso para las indemnizaciones por supresión de partida, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación de funcionarios, servidores públicos y personal docente del sector público; señalando que la disposición constitucional se traduce en límites máximos a percibir por concepto de indemnizaciones y liquidaciones por eventos que significan la desvinculación de los servidores públicos de sus respectivas instituciones. Así, se trata entonces de una disposición general, que regula los montos máximos de indemnización a percibir, por supresión de partidas, retiro voluntario o renuncia voluntaria de los servidores públicos.

Con este razonamiento la CC determinó que no cabe la presentación de una acción por incumplimiento, pues la norma que se demanda como incumplida no establece un monto fijo que deba ser cancelado; es decir, no conlleva una obligación de hacer expresa, clara y determinada. Frente a este escenario la Corte ha mantenido una línea jurisprudencial clara respecto a la improcedencia de esta garantía jurisprudencial para reclamar el pago máximo del monto determinado en el art. 8 del Mandato Constituyente n.º 2.

Como tercer ejemplo está el precedente respecto a cómo debe realizar el análisis el juez constitucional en las acciones de protección. De esta forma, la CC mediante su jurisprudencia, concretamente, en sentencia 020-10-SEP-CC,⁷⁵⁸ precisó que el juez de garantías jurisdiccionales se constituye en:

el custodio responsable del derecho sustancial disputado por las partes, y perceptivo de las condiciones materiales o sociales que rodean al hecho [...] con poder suficiente para disponer medidas de tutela urgente, o preventivas, también llamadas de satisfacción inmediata o precautorias, y reafirmando su voluntad de dar a cada uno su derecho en el momento oportuno.

Asimismo, llegó a establecer que:

la nueva corriente del constitucionalismo, en la que el Ecuador está inmerso, cuestiona la posición del juez como un simple “director del proceso” o espectador, pues mira al juzgador avocado al activismo judicial en miras a precautelar los derechos constitucionales, cumpliendo un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento.⁷⁵⁹

De igual forma, en sentencia 146-14-SEP-CC, argumentó:

los jueces tienen un papel activo en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia, el mismo que no se limita a la sustanciación de garantías

⁷⁵⁸ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador [Sentencia 020-10-SEP-CC]; caso 583-09-EP.

⁷⁵⁹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 102-13-SEP-CC], caso 0380-10-EP.

jurisdiccionales observando los procesos convencionales, sino además al establecimiento de parámetros dirigidos a todo el auditorio social para la eficaz garantía de los derechos establecidos en la Constitución, como norma suprema que rige todo nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que conforme el texto constitucional, el contenido de los derechos se desarrolla de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

La CC ha señalado que frente a la vulneración de derechos constitucionales no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar una garantía jurisdiccional, puesto que este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales. Determinando enfáticamente que las garantías jurisdiccionales previstas para la tutela de los derechos constitucionales deben buscar precisamente este fin: la protección de derechos constitucionales. En consecuencia, las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, argumentando que son cuestiones de legalidad, así como a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional a la justicia ordinaria.⁷⁶⁰

Sobre esta base, el órgano jurisdiccional al que le compete resolver una garantía jurisdiccional debe abstenerse de esgrimir aspectos legales o el incumplimiento de cuestiones de forma, como fundamento para rechazar una garantía jurisdiccional –prescindiendo de realizar un análisis respecto a los derechos que se alegan como vulnerados–. En consecuencia, el rechazo de la garantía jurisdiccional debe contemplar una argumentación debidamente motivada con relación a que en el caso en concreto no se ha vulnerado derechos constitucionales; determinación a la cual se puede arribar a partir de un análisis de fondo y no de forma del caso en estudio.

Respecto de la acción de protección,⁷⁶¹ la Corte señaló que “La acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de estos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales”;⁷⁶² precisando que “El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no

760 Véase Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 045-11-SEP-CC], caso 0385-11-EP.

761 “Artículo 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”. Ecuador, CRE [2008].

762 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 016-13-SEP-CC], caso 1000-12-EP.

existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías”.⁷⁶³

En ese mismo sentido, en la sentencia 013-13-SEP-CC, la Corte reflexionó acerca del rol que debe cumplir el juez constitucional. “El juez constitucional está obligado a examinar la descripción de los hechos que ante él se exponen, así como las pretensiones del actor, y a verificar, si por sus características, el caso puede ser resuelto en relación con los derechos constitucionales posiblemente afectados y con la efectividad indispensable para su salvaguardia”.

De igual forma, en la sentencia 102-13-SEP-CC argumentó que:

la tutela de los derechos constitucionales exige que el modelo procedimental de la acción de protección –y de las garantías jurisdiccionales en general– se encuentre desprovisto de requisitos formales y ofrezca, de manera ágil y dinámica, una protección efectiva y oportuna al titular del derecho posiblemente afectado [...] el carácter de protección de las garantías jurisdiccionales obliga al juzgador a efectuar una verdadera tutela judicial efectiva ante una aparente vulneración de los derechos constitucionales, para que únicamente, luego de la sustanciación del procedimiento respetivo se establezca si se verificó o no la vulneración [...] En consecuencia de lo dispuesto en la Constitución y en la ley, la obligación del juez de garantías constitucionales radica precisamente en sustanciar el proceso para que, una vez que se hayan cumplido todas las etapas procesales, se pueda juzgar sobre la existencia o no de las vulneraciones de derechos constitucionales.

Finalmente, en la sentencia 006-16-SEP-CC,⁷⁶⁴ al analizar una sentencia de acción de protección, mediante la cual se desechó dicha acción, fundamentada en que el acto objetado es susceptible de impugnarse en la vía administrativa –asunto de legalidad– la Corte determinó que:

en el texto de la sentencia no se observa que el juez haya realizado análisis o ejercicio intelectual alguno tendiente a evaluar, de forma previa, razonada y argumentada, la existencia o no de vulneración de derechos que corresponda tutelar mediante la acción de protección planteada [...] Sobre la base de estas consideraciones, resulta evidente que la autoridad jurisdiccional de primera instancia, no obstante declararse competente para conocer la acción de protección presentada, no realiza un ejercicio intelectual que verifique la existencia o no de vulneración de derechos tutelables mediante la garantía constitucional activada. Por ende, no se fundamenta correctamente en lo establecido en el artículo 88 de la Constitución, en concordancia con el artículo 39 y siguientes de la LOGJCC, en relación con el objeto de dicha acción constitucional.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 006-16-SEP-CC], caso 1780-11-EP.

De los criterios jurisprudenciales desarrollados, se colige entonces que la CC ha marcado una línea jurisprudencial respecto a la naturaleza y alcance de la acción de protección, y en función de aquello a lo que debe ser materia de análisis y resolución en dicha garantía jurisdiccional. Determinando con absoluta claridad, luego de un ejercicio hermenéutico racional, integral y debidamente argumentado de la Carta Fundamental, que frente a la presentación de la acción de protección y superada la fase de admisión, la sentencia de fondo a dictarse debe comprender un análisis fáctico-jurídico en relación con la existencia o no de la vulneración de los derechos constitucionales que se esgrimen como soslayados por el accionante; siendo que, el argumento que el asunto demandado vía acción de protección, no comporta vulneración de derechos que genere la negativa de la acción, solo puede darse en función de un real análisis jurídico constitucional del caso en concreto en relación con los derechos esgrimidos como vulnerados.

Por tanto, toda sentencia de acción de protección sustentada en el razonamiento que el asunto controvertido constituye una cuestión de legalidad, sin un análisis constitucional de fondo –vulneración de derechos– debidamente motivado que justifique tal aserto, lejos de considerarse como una resolución motivada, evidencia una argumentación a partir de la cual se evade el estudio jurídico constitucional que corresponde y al cual se encuentran obligados los jueces constitucionales, enervándose a partir de esta argumentación el objeto de la acción de protección; y, desconociéndose los derechos constitucionales y los precedentes dictados por la Corte en su calidad de máximo organismo de administración de justicia constitucional.⁷⁶⁵

En este sentido, dada la relevancia de la línea jurisprudencial marcada por la Corte, por medio de reiterados precedentes constitucionales, y dado el recurrente patrón fáctico que denota una falta de claridad de cómo debe realizar el análisis en las acciones de protección la CC consolidó sus criterios vinculantes y emitió el precedente constitucional contenido en la sentencia 001-16-PJO-CC, generando la siguiente regla jurisprudencial:

Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos

⁷⁶⁵ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 003-13-SEP-CC, caso 1427-12-EP; Sentencia 014-13-SEP-CC, caso 2004-12-EP; Sentencia 020-13-SEP-CC, caso 563-12-EP; Sentencia 026-13-SEP-CC, caso 1429-11-EP; Sentencia 041-13-SEP-CC, caso 0470-12-EP; Sentencia 075-13-SEP-CC, caso 2223-11-EP; Sentencia 085-13-SEP-CC, caso 1344-12-EP; Sentencia 102-13-SEP-CC, caso 0308-10-EP, entre otras.

constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.

Dicho de otro modo, sobre la base de esta línea jurisprudencial el análisis jurídico constitucional respecto a la real existencia de la vulneración de los derechos constitucionales, parte del estudio del patrón fáctico del caso en concreto referente a la vulneración o no de un derecho constitucional; decisión que además debe ajustarse a los parámetros establecidos por esta Corte para considerar a una sentencia como motivada, esto es, comprensibilidad, razonabilidad y lógica; siendo que, únicamente luego de realizado este análisis, es factible determinar que no existe vulneración de derechos y que por eso se puede acudir a otras vías para resolver el asunto controvertido.

A partir de estos tres ejemplos queda demostrado cómo opera el *following* u observancia del precedente constitucional, es decir, frente a patrones fácticos análogos, en los cuales no existe ninguna diferencia relevante, lo que procede es la aplicación del precedente constitucional.

Distinguir el caso del precedente *–distinguish–* y formular un nuevo precedente *–overruling–*

En el ámbito judicial, los derechos a la igualdad y seguridad jurídica son tutelados cuando las decisiones que se adopten, con la debida motivación, tienen la vocación de universalidad; en otras palabras, el criterio que será observado siempre que se presenten las mismas circunstancias, derivándose el compromiso de observarlo en casos análogos. No obstante, la existencia del precedente constitucional, en ocasiones la Corte puede apartarse del mismo, de manera motivada y, principalmente, en atención a la atribución conferida a la Corte para la tutela de derechos, dado que si se presentan situaciones sobrevinientes, o no existentes en el pasado, la Corte debe analizarlas para que de manera motivada decida sobre las nuevas circunstancias, en atención a una teoría flexible del precedente *–desarrollada en el primer y segundo capítulo–*.

Como se ha señalado a lo largo de este estudio, es necesario tanto para distinguir, como para crear una nueva regla, justificar por qué el precedente deja de ser aplicable y se determina un hecho relevante que distingue el caso actual del caso precedente, o en su defecto, el porqué a pesar de ser dos casos análogos se modifica la regla jurisprudencial. En la línea argumental desarrollada a lo largo de este capítulo, se utilizarán dos criterios de la CC para verificar cómo operan las modificaciones de precedentes.

El primer ejemplo se lo tomará a partir del problema jurídico de la línea jurisprudencia que resuelve: ¿Cómo deben operar los jueces cuando corresponde reparación económica como parte de la reparación integral? Para responder a este interrogante, es necesario partir de la disposición normativa contenida en el art. 19 de la LOGJCC, en la que se estableció un procedimiento especial respecto de la determinación del monto económico en la reparación integral,⁷⁶⁶ cuyo texto determinaba:

Artículo 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes.⁷⁶⁷

Esta disposición establecía un procedimiento nuevo para determinar la cuantificación económica en el caso de que la persona obligada a reparar fuere una persona jurídica pública, e incluso planteaba la posibilidad de la interposición de recursos, que se convierten en auténticas barreras a la hora de garantizar la reparación integral, razón por la cual la CC realiza dos consideraciones que guían la interpretación que debe dársele al procedimiento de reparación integral.

En primer término, la CC a través de la sentencia 004-13-SAN-CC interpretó el contenido del art. 19 de la LOGJCC, mediante la expedición de una regla jurisprudencial, aclarando que:

El monto de la reparación económica, parte de la reparación integral, como consecuencia de la declaración de la vulneración de un derecho reconocido en la Constitución, se la determinará en la jurisdicción contenciosa administrativa cuando la deba satisfacer el Estado y en la vía verbal sumaria cuando deba

⁷⁶⁶ La reparación económica es aquella que se realiza a través del pago que se ordena por pérdida de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivos de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. "Es por esas razones que la reparación integral se configura como algo más que una institución del ordenamiento jurídico convirtiéndose en un principio del derecho, que debe estar presente en toda resolución judicial referente a la vulneración de derechos. Este principio de la reparación integral respalda y brinda materialidad a las garantías jurisdiccionales. Y ello, en tanto que a la declaración y reconocimiento de que el derecho ha sido quebrantado, añade el desagravio y el resarcimiento del derecho transgredido, situación que refleja la responsabilidad asumida por el agresor sobre al acto antijurídico y revela la intención por parte del aparato estatal de satisfacer completamente a la víctima". Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social* (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 155.

⁷⁶⁷ Ecuador, LOGJCC, art. 19, vigente hasta antes de la emisión de la sentencia 004-13-SAN-CC, caso 0015-10-AN, esto es 13 de junio de 2013.

hacerlo un particular. Dicho procedimiento se constituye en un proceso de ejecución, en el que no se discutirá sobre la declaratoria de vulneración de derechos.

Adicionalmente, se declara la inconstitucionalidad de la interposición de recursos en los procesos para la determinación del monto económico, cambiando sustancialmente el contenido del art. 19 de LOGJCC:

5. En ejercicio de la competencia establecida en el artículo 436 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, la CC declara la inconstitucionalidad sustitutiva del artículo 19, frase final, de la LOGJCC, referente a: “De estos juicios se podrán interponer los recursos de apelación, casación y demás recursos contemplados en los códigos de procedimiento pertinentes”, por la frase “Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite”. En consecuencia, el artículo 19 de la LOGJCC dispondrá:

Artículo 19.- Reparación económica.- Cuando parte de la reparación, por cualquier motivo, implique pago en dinero al afectado o titular del derecho violado, la determinación del monto se tramitará en juicio verbal sumario ante la misma jueza o juez, si fuere contra un particular; y en juicio contencioso administrativo si fuere contra el Estado. Solo podrá interponerse recurso de apelación en los casos que la ley lo habilite.

Este precedente ha sido reiterado por la CC en pronunciamientos posteriores,⁷⁶⁸ reafirmando que la reparación económica, para resarcir los daños cuantificables económicamente se la debe hacer a través de la vía contencioso-administrativa, si la vulneración fue hecha por alguna entidad del Estado; o a través de la vía verbal sumario si la vulneración la realizó un particular.⁷⁶⁹ Y dada la dificultad evidenciada por la jurisdicción contencioso-administrativa en la sustanciación de los procesos de ejecución de reparación económica la CC dictó reglas jurisprudenciales con la finalidad de determinar reglamentariamente cómo debe procederse en estos procesos.⁷⁷⁰

768 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 004-13-SAN-CC, caso 0015-10-AN; sentencia 135-14-SEP-CC, caso 1758-11-EP; sentencia 146-14-SEP-CC, caso 1773-11-EP; sentencia 259-15-SEP-CC, caso 0087-12-EP; sentencia 009-14-SIS-CC, caso 0081-11-IS; sentencia 018-14-SIS-CC, caso 0019-14-IS; sentencia 024-14-SIS-CC, caso 0023-12-IS; sentencia 031-15-SIS-CC, caso 0031-10-IS; sentencia 035-15-SIS-CC, caso 0005-12-IS; sentencia 036-15-SIS-CC, caso 0034-12-IS; sentencia 043-15-SIS-CC, caso 0115-11-IS; sentencia 060-15-SIS-CC, caso 0094-11-IS.

769 Por ejemplo, la Corte Constitucional en la sentencia 135-14-SEP-CC emitida dentro de la causa 1758-11-EP, reiteró: “De esta forma, es claro que en los procesos de garantías jurisdiccionales cuando proceda la reparación económica, la jueza o juez en la sentencia que declare la vulneración de derechos constitucionales deberá simultáneamente ordenar el inicio del proceso en la vía que corresponda, para que se determine el monto de indemnización pecuniaria a favor del afectado o titular del derecho vulnerado”.

770 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 011-16-SIS-CC], caso 024-10-IS.

En segundo término, se identifica que respecto al art. 19 de la LOGJCC y la regla contenida en la sentencia 004-13-SAN-CC, la CC ha establecido lo que se podría denominar como “la doctrina del monto determinable”. De esta forma, en la sentencia 024-14-SIS-CC dictada dentro del caso 023-12-IS, la CC argumenta que existen casos en los que, para determinar el monto económico, no es necesario derivar a un proceso diferente, pues el monto ya se conoce, por ejemplo, en el caso de las remuneraciones que ha dejado de percibir cuando a una persona se le han vulnerado sus derechos constitucionales. Para establecer esta doctrina de armonización, la Corte textualmente argumentó:

Desarrollando este criterio, debe considerarse, principalmente, que el trámite verbal sumario o el contencioso administrativo, según corresponda, a los que se refiere el artículo 19 de la LOGJCC y la sentencia 004-13-SAN-CC, emitida por la CC el 13 de junio de 2013, deberá aplicarse cuando sea imprescindible realizar “... la determinación del monto...” del pago en dinero.

Por contrario *sensu*, es criterio de esta Corte, que la remisión a los preindicados trámites no procede cuando se trata de pago de remuneraciones ordenado por la sentencia como parte de la medida reparatoria destinada a restablecer la situación de la víctima al estado preexistente a la vulneración de derecho, por cuanto, en este caso:

i) No se trata de una indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha, sino simplemente de una elemental consecuencia del retorno a la situación previa a la afectación constitucional.

ii) Porque, objetivamente, no existe un monto de dinero a determinar, pues el monto de la remuneración del afectado, es un valor conocido que ya está determinado con anterioridad y absoluta precisión en la operación económica de la persona o entidad, pública o privada, que debe cumplir lo resuelto en la sentencia.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta, que el número de meses por el que se debe de multiplicar el valor de la remuneración, para obtener el monto total a restituir al afectado, no es, en sí, “monto de dinero”, por lo que su determinación no está incluida en el presupuesto referido en el art. 19 de la LOGJCC, siendo, en todo caso, fácilmente determinable por cuanto corresponde al número de meses que se privó de su remuneración al afectado, como consecuencia de la vulneración constitucional, cálculo que, por lo demás, resulta tan elemental que no justifica un procedimiento judicial para establecerlo.

Esta doctrina del monto determinable, como excepción al art. 19 de la LOGJCC, se ha restringido a la determinación del monto de las remuneraciones dejadas de percibir, señalando expresamente en lo principal, para particularizar el caso y alejarse de lo dispuesto en el art. 19 de la LOGJCC y reglas jurisprudenciales, que “... para obtener el monto total a restituir al afectado, no es, en sí, ‘monto de dinero’”; en efecto, la CC para satisfacer una argumentación racional requería determinar porque

el “monto de dinero” no es una “determinación económica”, sino solo su mera enunciación.

Si bien precedentemente en la argumentación se señala que en el caso concreto no procede una determinación económica por cuanto “el monto de la remuneración del afectado, es un valor conocido que ya está determinado con anterioridad y absoluta precisión en la operación económica de la persona o entidad, pública o privada, que debe cumplir lo resuelto en la sentencia.”, no da cuenta porque la Corte señala que no es un “monto de dinero”, sino porque es fácilmente cuantificable la reparación económica como parte de la reparación integral.

Y es precisamente esta corrección la que la CC realiza en su argumentación en la sentencia 198-14-SEP-CC⁷⁷¹ cuando señala que:

los ahora jubilados no fueron destituidos para luego ser reincorporados a sus trabajos, sino que en su caso, tal como se demostró en líneas anteriores, se trató del cese definitivo de sus actividades laborales para acogerse a la jubilación, siendo que aquel cese se dio sin verificarse todos los requisitos para efectuarlo, por lo cual se estimó como parámetro para la reparación material única y concretamente el equivalente de lo que percibían como remuneración antes de ser cesados y por los que la entidad accionada se retrasó hasta efectivamente, cancelarles el incentivo por jubilación, cuestión que, en este caso específico, se estima que no trasciende a un proceso de determinación complejo realizable solo por la vía contenciosa administrativa.

En tal sentido, de manera argumentada y razonada, y atendiendo las características del caso –que versa además sobre derechos de personas adultas mayores– esta CC, a partir de sus facultades interpretativas previstas en el artículo 436, numerales 1 y 6 de la Constitución, identifica una distinción de la aplicación de la regla general en cuanto a la determinación de la reparación material para su aplicación a este caso en concreto, pretendiendo una adecuación de la regla a las circunstancias particulares con miras a garantizar la efectiva protección de los derechos constitucionales del caso específico. Lo anterior no constituye en absoluto una invalidez o cambio de la regla general, sino más bien ratifica la plena vigencia de la misma y constituye a casos como el presente en excepcionales, cuya fundamentación exige una carga argumentativa fuerte y sólida, pues, tal como lo contempla el numeral 3 del artículo 2 de la LOGJCC, la CC podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia; interpretación que, se aclara, que solo compete a esta Corte en virtud de sus expresas facultades.

En esta sentencia la CC parece ser más clara acerca de cómo opera la doctrina del monto determinable parte de la reparación integral. Este

771 Esta sentencia fue emitida el 13 de noviembre de 2014, y la sentencia 024-14-SIS-CC fue emitida el 22 de octubre de 2014; es decir, entre las dos no media más de tres semanas.

criterio fue reiterado una vez más en la sentencia 060-15-SIS-CC⁷⁷² respecto de la determinación directa del pago de salarios dejados de percibir.

Finalmente, para citar otra distinción realizada en esta línea jurisprudencial, es necesario citar el criterio de los casos denominados de “larga data”, en los cuales la CC ha señalado expresamente que remitir al contencioso para la cuantificación del monto correspondiente a la reparación económica no es adecuado dadas las circunstancias particulares del caso. Así señaló:

Por tal razón, el injustificable transcurso de cerca de quince años al incumplir una decisión expedida por el máximo órgano de justicia constitucional, otorgó al caso bajo análisis la categoría de *larga data*, de modo que a criterio de esta CC, resultaría inoficioso, inefectivo y lesivo a la tutela judicial efectiva en su dimensión de ejecución, el remitir la cuantificación y reparación material a la jurisdicción contencioso administrativa, pues se insiste, han sido aproximadamente 15 años en los que se ha incumplido con la decisión constitucional. Más aún si es el propio accionante quien solicita a esta Corte en su demanda, renunciando incluso a la devolución del hotel del cual era arrendatario, y a una cuantificación de la deuda, su deseo de no continuar con trámites judiciales, y se le confiera un tratamiento igualitario con otros casos de “larga data” resueltos por esta Corte, para llegar a un arreglo célere en el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, en donde se fije un monto económico razonable, acorde con la afectación patrimonial de la que fue objeto.⁷⁷³

Criterio que fue adoptado a partir de la consolidación del concepto desarrollado por la CC respecto a la *larga data* cuando se determinó:

se encuentra frente a un caso denominado de *larga data*, es decir, un caso en el que el excesivo e injustificable transcurso del tiempo para dar cumplimiento efectivo a resoluciones expedidas en su debido momento por el Tribunal Constitucional y en donde se han establecido daños materiales, requiere de un tratamiento jurídico específico.

Para comprender adecuadamente la necesidad de realizar esta reflexión, resulta necesario acudir al razonamiento expresado por la CCPT, mediante sentencia 002-12-SIS-CC, cuando en el caso 0021-09-IS señaló:

El problema que emerge de estos hechos es que la resolución incumplida fue dictada en septiembre de 1995, cuestión que hace más compleja la situación, ya que los hechos que ocurrieron hace aproximadamente 14 años, hacen que el cumplimiento de la sentencia difiera de lo que podría suceder con un caso de similares características cuyos hechos que generen dicho incumplimiento, se hubieren producido en un período de tiempo más próximo y no tan prolongado como es en el presente caso. Por lo tanto, las consecuencias de reconocer el incumplimiento de una sentencia de última data difieren de lo que implicaría

772 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 060-15-SIS-CC], caso 094-11-IS.

773 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 018-14-SIS-CC], caso 019-14-IS.

reconocer el incumplimiento de una sentencia de larga data, como la que es objeto del presente análisis.⁷⁷⁴

Esta línea jurisprudencial demuestra cómo a partir de la técnica de la distinción de particularidades del caso –distinguish– la CC ha identificado varios escenarios, algunas ocasiones con una sólida argumentación –criterio de larga data–; y en otras ocasiones, únicamente enunciando premisas –monto determinable–.

El segundo ejemplo para determinar la práctica de la CC en la técnica del *distinguish* y *overruling*: es el desarrollado en el conocimiento y resolución de dos acciones por incumplimiento, presentadas por excombatientes del conflicto bélico de 1995, quienes solicitaron que se declare el incumplimiento de la Ley Especial de Gratuidad y Reconocimiento Nacional a los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995.

En las sentencias 003-10-SAN-CC y 010-15-SAN-CC, se resuelven dos casos relacionados con militares que participaron en el conflicto bélico; los dos fueron diagnosticados por la Junta Médica Militar con una discapacidad mental del 75 y 65%, respectivamente, discapacidad que tuvo una aparición posterior a los 180 días de emitido el reglamento de la ley, y que el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas negó los beneficios establecidos en la ley por cuanto no cumplieron con la presentación del reclamo, dentro de los 180 días que determinó el reglamento.

Mientras tanto en la sentencia 003-10-SAN-CC⁷⁷⁵ se negó la acción sobre la justificación que:

podemos decir que el accionante sí merece ser beneficiario de esta Ley, pero lastimosamente, hay que considerar que el accionante recién en el año 2008 se somete a la correspondiente calificación para poder gozar de los beneficios, por lo que hay que tomar en cuenta que la mencionada Ley que fue expedida en el año de 1995, establecía un plazo no mayor a sesenta días según la Disposición Transitoria innumerada de la Ley, y el Reglamento a la misma Ley establecía un plazo de ciento ochenta días para elaborar, aprobar y presentar por parte del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, el listado de los Combatientes del Conflicto Bélico de 1995, por lo que se puede considerar extemporáneo el reclamo del actor en vista de que tenía que incluirse en la nómina que para el efecto se elaboró, aprobó y presentó el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, siendo desde ahí en adelante que se iba a considerar quienes podían ser los beneficiarios, a lo que el actor en su momento no accedió.

774 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 002-12-SIS-CC], caso 021-09-IS; Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Auto de verificación del caso 020-09-IS]; Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Auto de verificación del caso 021-09-IS].

775 Ecuador. CCPT, [Sentencia 0003-10-SAN-CC], caso 0014-08-AN.

En cambio, la sentencia 010-15-SAN-CC⁷⁷⁶ se aceptó la acción sobre la base del razonamiento siguiente:

En esta misma línea argumentativa, es claro el deber de cumplimiento de los preceptos constitucionales por las y los funcionarios públicos, así como la obligación de adecuar sus actuaciones e interpretaciones del ordenamiento jurídico a los parámetros constitucionales. Razón por la que, en el caso *sub examine*, la autoridad pública, al evidenciar que el legitimado activo, por motivos propios de su discapacidad, no accedió a los beneficios legales, debió garantizar e interpretar sistemáticamente la ley y el reglamento dentro del caso concreto, a la luz de la hermenéutica constitucional, para así tutelar seguridad jurídica y derechos que los beneficios de la ley logran materializar en el accionante.

A pesar del cambio de criterio drástico en el precedente constitucional sobre este patrón fáctico, que va en beneficio de una aplicación *pro homine* de los derechos constitucionales, la Corte argumentativamente es deficiente al no determinar la existencia de un criterio anterior sobre circunstancias análogas que le obligaron a apartarse de este criterio. Ciertamente, podía sobre la justificación de la tutela progresiva de los derechos, más aun tratándose de grupos de atención prioritaria, señalar que se apartaba de su precedente.

Los principios de no contradicción y de universalidad⁷⁷⁷ del discurso práctico son los que permiten que en la continua y razonable tutela de los derechos, se pueda modificar precedentes, y dicha transformación jamás será arbitraria, si se ofrecen razones suficientes y racionales. Proceder en contrario, es decir, no establecer las razones que den cuenta del cambio de criterio, vicia a la decisión de arbitraria y contradictoria.

Adicionalmente, la no justificación racional del cambio del precedente coloca al auditorio universal, utilizando el concepto de Perelman,⁷⁷⁸ en un estado de incertidumbre respecto de su existencia, puesto que, sobre la base del principio de no contradicción, la Corte no puede mantener dos posiciones contrapuestas al mismo tiempo; es decir, ante el caso A de

776 Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia 0010-15-SAN-CC], caso 0009-10-AN.

777 “Principio de contradicción, ningún hablante puede contradecirse, afirmar dos supuestos contrarios al mismo tiempo”; “Principio de la universalidad, todo hablante que aplique u predicado F a u objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”. Véase: Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo (Madrid: CEPC, 1997).

778 La argumentación es en realidad una acción o un proceso con la que se pretende obtener un resultado, lograr la adhesión del auditorio por medio del lenguaje. Toda argumentación pretende la adhesión de los individuos y, por tanto, supone la existencia de un contacto intelectual. Para que el contacto intelectual sea posible, se requiere de la existencia de un lenguaje común y de una técnica que permita una adecuada comunicación. Véase Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*, trad. por Julia Sevilla Muñoz (Madrid: Gredos, 1989).

circunstancia B y C, no puede determinar que le corresponde tanto una solución positiva y negativa al mismo tiempo.

Esta situación genera dos posturas contrapuestas. En efecto, si hay dos soluciones, una positiva y otra negativa, la primera respuesta ante este problema es que no existe precedente: no se puede ser y no ser al mismo tiempo. La solución por la que podría ser adoptada, y que encontraría justificación en un criterio de temporalidad, a manera de mecanismo de solución de antinomias legales, es que el precedente vinculante es el de reciente data: esta solución, sin embargo, no resuelve el problema de la arbitrariedad generada por el cambio de precedente sin una justificación racional, es decir, denota arbitrariedad.⁷⁷⁹

De los ejemplos citados se observa que para la argumentación de la aplicación del precedente esta debe estar basada en la combinación de normas y hechos; esto debido a que el discurso argumentativo está basado en las normas introducidas por el precedente. En efecto, la justificación se centra en la introducción de reglas jurisprudenciales –*ratio decidendi*– para la utilización en los casos futuros. La aplicación del precedente se traduce en una comparación de la regla jurisprudencial, normas y hechos, con el caso actual. Así será más coherente la argumentación la formulación de una regla universal (precedente), es decir, justificar la identidad del caso por dos cuestiones, por la identidad en los casos, así como por la similitud del problema de derecho, o sea, cuestiones normativas.

En suma, la argumentación que da origen a la legitimidad de los jueces radica en observar los límites del ordenamiento jurídico, entre los que se destaca sin lugar a dudas el precedente; de ahí que el proceder de la CC es más coherente en la medida en que resuelva los casos con vocación de universalidad.

Eficacia del precedente constitucional ecuatoriano

Como quedó señalado en el segundo capítulo, el derecho judicial tiene la vocación de tutelar la justicia, igualdad y seguridad jurídica en el Estado constitucional, razón por la cual, se institucionalizó como verdadera fuente de derecho en el constitucionalismo ecuatoriano. En esta línea la eficacia del precedente exige, de lo analizado en el acápite anterior, lo siguiente: a) Cuando se puede citar un precedente a favor o en contra de una decisión, esto debe ser realizado; y b) Quien quiere apartarse de un precedente asume

⁷⁷⁹ De manera diáfana Alexy señala “Quien deseara apartarse de un precedente se encuentra sujeto a la carga de la argumentación”. Citado por Da Rosa De Bustamante, *Teoría del precedente judicial: La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*, 315.

la carga argumentativa de justificar la necesidad del cambio de criterio, o la existencia de particularidades.

Ahora bien, el grado de eficacia del precedente varía entre los distintos sistemas jurídicos en atención a distintos factores.⁷⁸⁰ En efecto, la normativa existente es uno de los elementos que debe ser analizado en primer término, pues la tradición jurídica da cuenta la forma en cómo se entiende el derecho judicial; en segundo término los diálogos jurídicos que se han generado a partir de las transformaciones normativas, lo cual da cuenta del grado de madurez del sistema para adoptarse a las necesidades cambiantes teniendo como fundamento la experiencia comparada para emular las mejores prácticas: en el caso del precedente la doctrina constitucional desarrollada, los mecanismos adoptados por las altas cortes con el fin de publicitar sus precedentes, los mecanismos de disciplina del precedente, entre otros.⁷⁸¹

Siguiendo la línea desarrollada en este trabajo, se abordará un ejemplo para ilustrar el nivel de eficacia del precedente constitucional, el relacionado con la utilización de las decisiones de la CC en la resolución de acciones de protección durante el año 2014;⁷⁸² es de resaltar que se utiliza este tema porque la CC ha generado a la fecha varios precedentes sobre cómo debe proceder el juez constitucional en la sustanciación y resolución de acciones de protección.

La utilización de la jurisprudencia de la CC en el año 2014 en las sentencias de acciones de protección

Viene a continuación un breve análisis sobre el uso por parte de los jueces de instancia de la jurisprudencia emitida por la CC en la argumentación de las acciones de protección en el año 2014. De las 701 sentencias de acciones de protección remitidas a la CC en el año 2014 para su eventual

780 Sobre este aspecto, véase el estudio pormenorizado de la clasificación doctrinaria que realiza Luis Ávila, en la que ubica los *modelos de reconocimiento del precedente constitucional* de diversos países (entre ellos México, Colombia, Perú y Ecuador), según el nivel de vinculación (*fuerte* – México–, *en consolidación* –Colombia y Perú– y *débil* – Ecuador–); si bien se acoge la clasificación, no se comparten sus conclusiones. Luis Fernando Ávila Linzán, *Teoría y praxis del precedente constitucional* (Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2013), 59-126.

781 Niel MacCormick, “Precedente as a source of Law”. En Elspeth Attwool y Paolo Comanducci, org., *Sources of Law legislation- Proceedings of the 17th World Congress of the Internacional Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)*, Bologna, June 16-21, 1995, vol III. ARSP-B 69/177-185.

782 Se ha tomado como muestra el año 2014, por cuanto este trabajo de investigación se cierra en este año, 30 de abril de 2016, cargadas todas las sentencias ejecutoriadas provenientes de garantías jurisdiccionales de los derechos en el sistema de selección de la Corte Constitucional. <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/proceso-de-seleccion.html>>. Consulta: 1 de junio de 2016. Véase Anexo 12, Sentencias ejecutoriadas de acción de protección remitidas a la Corte Constitucional para el conocimiento del proceso de selección.

selección y revisión, en 189 de ellas se citó jurisprudencia constitucional ya sea por parte de los jueces que conocieron las acciones, los accionantes o los accionados, o la Procuraduría General del Estado, lo que representa el 26,96% dentro de este tipo de garantía.

SENTENCIAS DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN INGRESADAS A LA CC EN EL AÑO 2014		
SENTENCIAS	TOTAL	%
Sentencias en las que se citó jurisprudencia de la CC	189	26,96
Sentencias en las que no se citó jurisprudencia de la CC	512	73,04
Total	701	100,00

Período de análisis: 1 de enero-31 de diciembre de 2014.

Fuente: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

Por su parte, los operadores jurídicos, así como las partes procesales citaron varias sentencias de la CC. El siguiente cuadro muestra el número de citas de cada sentencia emitida por el máximo intérprete de la Constitución.

NÚMERO DE CITAS POR SENTENCIAS DICTADAS POR LA CC		
SENTENCIA	NÚMERO DE CITAS	%
0001-10-PJO-CC	56	18,36
0016-13-SEP-CC	34	11,15
0140-12-SEP-CC	14	4,59
0102-13-SEP-CC	11	3,61
0007-10-SEP-CC	8	2,62
0003-13-SIN-CC	7	2,30
0034-13-SCN-CC	7	2,30
0028-10-SEP-CC	6	1,97
Total citadas	143	46,89
Otras sentencias ⁷⁸³	163	53,27
Total citas	306	100,00

Período de análisis: 1 de enero a 31 de diciembre de 2014.⁷⁸³

Fuente: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

⁷⁸³ Las otras sentencias citadas en menor medida son: 0001-10-SEP-CC (0,33%); 0001-12-SEP-CC (0,65%); 0001-13-SCN-CC (0,65%); 0001-13-SIS-CC (0,65%); 0002-10-SEP-CC (0,33%); 0002-11-SIN-CC (0,33%); 0002-13-SEP-CC (0,98%); 0003-10-SCN-CC (1,63%); 0003-10-SEP-CC

Se observó que la jurisprudencia citada en mayor número fue la dictada por la CCPT, con 76 sentencias, correspondiéndole el 69,72%; mientras que de la primera CC se han citado 33 sentencias, con un 30,28%, así se obtuvo los siguientes resultados:

SENTENCIAS DE LA CC DE TRANSICIÓN Y DE LA PRIMERA CC		
SENTENCIAS	TOTAL	%
CC de Transición	76	69,72
Primera CC	33	30,28
Total	109	100,00

Período de análisis: 1 de enero-31 de diciembre de 2014.

Fuente: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

De las sentencias examinadas se puede evidenciar que, en particular, los jueces al citar jurisprudencia constitucional en las decisiones sobre acciones de protección, tienden a negar las acciones propuestas. Este hecho es revelador ya que demuestra que en 148 sentencias (78,31%), cuando se citó jurisprudencia, la decisión fue negar la acción; en 36 sentencias (19,05%) fue

(0,33%); 0003-13-SEP-CC (0,65%); 0004-10-SIN-CC (0,33%); 0004-13-SAN-CC (0,33%); 0005-10-SEP-CC (0,98%); 0006-09-SEP-CC (0,33%); 0007-10-SIN-CC (0,65%); 0008-09-SEP-CC (0,33%); 0008-13-SCN-CC (0,33%); 0009-10-SIN-CC (0,33%); 0010-12-SAN-CC (0,65%); 0011-09-SEP-CC (0,33%); 0011-13-SEP-CC (0,33%); 0011-14-SEP-CC (0,33%); 0012-09-SEP-CC (0,98%); 0013-09-SEP-CC (0,65%); 0014-09-SIS-CC (0,33%); 0014-13-SEP-CC (0,33%); 0017-10-SEP-CC (0,65%); 0019-11-SEP-CC (0,33%); 0020-13-SEP-CC (0,65%); 0021-10-SEP-CC (0,65%); 0022-10-SIS-CC (0,33%); 0023-13-SEP-CC (0,65%); 0024-09-SEP-CC (0,33%); 0024-10-SCN-CC (0,33%); 0024-10-SEP-CC (0,65%); 0024-12-SEP-CC (0,33%); 0024-13-SEP-CC (0,65%); 0025-09-SEP-CC (0,33%); 0025-10-SEP-CC (1,63%); 0025-10-SIS-CC (0,33%); 0026-10-SCN-CC (0,33%); 0026-10-SEP-CC (1,63%); 0027-09-SEP-CC (1,63%); 0029-09-SEP-CC (0,33%); 0029-14-SEP-CC (0,33%); 0031-09-SEP-CC (1,63%); 0032-12-SEP-CC (0,33%); 0033-13-SEP-CC (0,33%); 0034-09-SEP-CC (0,33%); 0034-12-SEP-CC (0,65%); 0035-09-SEP-CC (1,31%); 0035-10-SEP-CC (0,33%); 0035-12-SEP-CC (0,33%); 0038-12-SIS-CC (0,33%); 0040-11-SEP-CC (0,33%); 0040-12-SEP-CC (0,33%); 0041-10-SEP-CC (0,33%); 0041-13-SEP-CC (0,33%); 0043-13-SEP-CC (0,33%); 0045-11-SEP-CC (0,65%); 0048-14-SEP-CC (0,33%); 0049-12-SEP-CC (0,33%); 0049-13-SCN-CC (0,65%); 0051-14-SEP-CC (0,33%); 0052-11-SEP-CC (0,33%); 0054-10-SEP-CC (0,33%); 0054-13-SEP-CC (0,33%); 0055-10-SEP-CC (0,98%); 0055-11-SEP-CC (0,33%); 0065-13-SEP-CC (0,33%); 0069-10-SEP-CC (0,65%); 0070-12-SEP-CC (1,63%); 0077-10-SEP-CC (0,33%); 0077-14-SEP-CC (0,33%); 0081-14-SEP-CC (0,33%); 0083-13-SEP-CC (0,33%); 0085-12-SEP-CC (0,98%); 0085-13-SEP-CC (0,33%); 0089-12-SEP-CC (0,33%); 0089-13-SEP-CC (0,33%); 0093-13-SEP-CC (0,33%); 0099-12-SEP-CC (0,33%); 0103-12-SEP-CC (0,65%); 0105-13-SEP-CC (0,33%); 0109-12-SEP-CC (0,65%); 0110-12-SEP-CC (0,33%); 0110-14-SEP-CC (0,33%); 0112-12-SEP-CC (0,33%); 0117-13-SEP-CC (0,33%); 0119-12-SEP-CC (0,33%); 0127-12-SEP-CC (0,33%); 0146-12-SEP-CC (0,33%); 0146-14-SEP-CC (0,65%); 0156-12-SEP-CC (0,33%); 0157-12-SEP-CC (0,98%); 0160-12-SEP-CC (0,33%); 0191-12-SEP-CC (0,33%); 0200-12-SEP-CC (0,33%); 0221-12-SEP-CC (0,33%); 0227-12-SEP-CC (0,65%); 0229-12-SEP-CC (0,65%); 0235-12-SEP-CC (0,33%).

para aceptarlas; y en el 0,53%, mediante auto, fue para admitir, inadmitir, desistir, inhibirse y declarar la nulidad de esta clase de acciones, correspondiendo una sentencia por cada una de estas decisiones.

UTILIZACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL		
SENTENCIAS DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN	TOTAL	%
En las que se aceptó el pedido del accionante	36	19,05
En las que se negó el pedido del accionante	148	78,31
Auto de admisión	1	0,53
Auto de desistimiento	1	0,53
Auto de inadmisión	1	0,53
Auto de inhibición	1	0,53
Auto de nulidad	1	0,53
Total	189	100,00

Período de análisis: 1 de enero-31 de diciembre de 2014.

Fuente: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

Como se detalló en los cuadros precedentes, los jueces constitucionales fueron quienes más fundamentaron sus decisiones con sentencias de la CC. Las sentencias que dichos jueces han utilizado en mayor medida son la 0001-10-PJO-CC, con 55 ocasiones, mientras que los accionados la utilizaron por una sola ocasión. La sentencia 0016-13-SEP-CC fue citada por los jueces de garantías jurisdiccionales en 30 oportunidades, mientras que los accionantes lo hicieron en una sola ocasión, y los accionados en 3 ocasiones; después se encuentra la sentencia 0140-12-SEP-CC, con catorce citas por la autoridad judicial; posteriormente, está la 0102-13-SEP-CC, citada en nueve oportunidades por los jueces y solo en una ocasión la usaron tanto el accionante como el accionado. La sentencia 0007-10-SEP-CC fue invocada en siete ocasiones por los jueces constitucionales y una vez por los accionados; en seis ocasiones los jueces invocaron la sentencia 0003-13-SIN-CC y una sola vez fue citada por los accionados; y la sentencia 0034-13-SCN-CC fue citada en cinco ocasiones por los jueces, y en una ocasión por accionantes y accionados. Otra jurisprudencia constitucional fue señalada en la fundamentación de las sentencias por los jueces constitucionales, pero en este caso, en menor medida, cuya suma es de 147⁷⁸⁴ citas.

⁷⁸⁴ Sentencias citadas por los jueces constitucionales: 0001-10-SEP-CC; 0001-12-SEP-CC; 0001-13-SCN-CC; 0001-13-SIS-CC; 0002-10-SEP-CC; 0002-13-SEP-CC; 0003-10-SCN-CC; 0003-10-SEP-CC; 0003-13-SEP-CC; 0004-10-SIN-CC; 0005-10-SEP-CC; 0006-09-SEP-CC;

Las otras sentencias citadas por los accionantes llegan a once⁷⁸⁵ citas; por el accionando a ocho;⁷⁸⁶ y por la Procuraduría General del Estado a tres,⁷⁸⁷ tal como se puede evidenciar en el siguiente cuadro:

SENTENCIAS CITADAS POR EL JUEZ Y PARTES PROCESALES						
Sentencias	Juez	Accionante	Accionado	Procuraduría General del Estado	Total citas	%
001-10-PJO-CC ⁷⁸⁸	55		1		56	18,30
0016-13-SEP-CC ⁷⁸⁹	30	1	3		34	11,11
0140-12-SEP-CC ⁷⁹⁰	14				14	4,58

0007-10-SIN-CC; 0008-09-SEP-CC; 0008-13-SCN-CC; 0009-10-SIN-CC; 0010-12-SAN-CC; 0011-09-SEP-CC; 0011-13-SEP-CC; 0011-14-SEP-CC; 0012-09-SEP-CC; 0013-09-SEP-CC; 0014-09-SIS-CC; 0014-13-SEP-CC; 0017-10-SEP-CC; 0020-13-SEP-CC; 0023-13-SEP-CC; 0024-09-SEP-CC; 0024-10-SCN-CC; 0024-10-SEP-CC; 0024-12-SEP-CC; 0024-13-SEP-CC; 0025-09-SEP-CC; 0025-10-SEP-CC; 0025-10-SIS-CC; 0026-10-SEP-CC; 0027-09-SEP-CC; 0028-10-SEP-CC; 0029-09-SEP-CC; 0031-09-SEP-CC; 0032-12-SEP-CC; 0033-13-SEP-CC; 0034-09-SEP-CC; 0034-12-SEP-CC; 0035-09-SEP-CC; 0035-10-SEP-CC; 0035-12-SEP-CC; 0038-12-SIS-CC; 0040-11-SEP-CC; 0040-12-SEP-CC; 0041-10-SEP-CC; 0041-13-SEP-CC; 0043-13-SEP-CC; 0045-11-SEP-CC; 0048-14-SEP-CC; 0049-12-SEP-CC; 0049-13-SCN-CC; 0051-14-SEP-CC; 0052-11-SEP-CC; 0054-10-SEP-CC; 0054-13-SEP-CC; 0055-10-SEP-CC; 0055-11-SEP-CC; 0065-13-SEP-CC; 0069-10-SEP-CC; 0070-12-SEP-CC; 0077-10-SEP-CC; 0077-14-SEP-CC; 0081-14-SEP-CC; 0083-13-SEP-CC; 0085-12-SEP-CC; 0085-13-SEP-CC; 0089-12-SEP-CC; 0089-13-SEP-CC; 0093-13-SEP-CC; 0099-12-SEP-CC; 0103-12-SEP-CC; 0105-13-SEP-CC; 0109-12-SEP-CC; 0110-12-SEP-CC (0,33%); 0110-14-SEP-CC (0,33%); 0112-12-SEP-CC (0,33%); 0127-12-SEP-CC; 0146-12-SEP-CC; 0146-14-SEP-CC; 0156-12-SEP-CC; 0157-12-SEP-CC; 0160-12-SEP-CC; 0191-12-SEP-CC; 0200-12-SEP-CC (0,33%); 0221-12-SEP-CC (0,33%); 0227-12-SEP-CC (0,66%); 0229-12-SEP-CC (0,66%).

785 Sentencias citadas por los accionantes: 0002-11-SIN-CC; 0005-10-SEP-CC; 0019-11-SEP-CC; 0028-10-SEP-CC; 0029-14-SEP-CC; 0054-10-SEP-CC; 0085-12-SEP-CC; 0117-13-SEP-CC; 0119-12-SEP-CC; 0157-12-SEP-CC.

786 Sentencias citadas por los accionados: 0001-12-SEP-CC; 0013-09-SEP-CC; 0017-10-SEP-CC; 0021-10-SEP-CC; 0026-10-SCN-CC; 0229-12-SEP-CC; 0235-12-SEP-CC.

787 Sentencias citadas por la Procuraduría General del Estado: 0004-13-SAN-CC; 0022-10-SIS-CC; 0055-10-SEP-CC.

788 En esta sentencia la CC emitió varias reglas jurisprudenciales que tienen relación con lo que deben hacer los jueces de garantías jurisdiccionales ante la interposición de un recurso de apelación. También determina el deber de una judicatura que dictó una decisión definitiva ante la presentación de una acción extraordinaria de protección. Finalmente, estableció que en caso de existir varias sentencias contradictorias sobre la misma materia que hacen imposible su ejecución, el órgano competente para dirimir el conflicto es la referida Corte.

789 En esta sentencia la Corte determinó que los filtros regulatorios para determinar la competencia de los jueces de garantías jurisdiccionales se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales. También señaló que las reclamaciones respecto a las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública que contravengan normas legales son competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

0102-13-SEP-CC ⁷⁹¹	9	1	1		11	3,59
0007-10-SEP-CC ⁷⁹²	7		1		8	2,61
0003-13-SIN-CC ⁷⁹³	6		1		7	2,29
0034-13-SCN-CC ⁷⁹⁴	5	1	1		7	2,29
Total citadas	126	3	8		137	44,77
Otras sentencias	147	11	8	3	169	55,23
Total citas	273	14	16	3	306	100,00

Período de análisis: 1 de enero-31 de diciembre de 2014.

Fuente: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la CC.

Elaboración propia.

Estos datos denotan que la jurisprudencia constitucional y específicamente el precedente son utilizados marginalmente y como conceptos

790 En esta sentencia la Corte señaló que, mediante el recurso de apelación, al superior jerárquico le corresponde el revisar dentro de sus competencias la resolución comprometida, a base del mérito del expediente, y de ser el caso extender su examen a los hechos y al derecho objeto de controversia, actuando respecto de ellos con plena jurisdicción y competencia.

791 En esta sentencia la Corte señaló que el momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión previstas en los num. 6 y 7 del art. 42 de la LOGJCC, será el de calificar la demanda y se pronunciará mediante auto. En tanto que las causales de improcedencia de la acción de protección contenidas en los num. 1, 2, 3, 4 y 5 del art. 42 de la LOGJCC deberán ser declaradas mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución de la República y la referida ley. También determinó que los requisitos establecidos en el art. 40 de la LOGJCC constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por tanto podrán ser invocados por el juzgador únicamente mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la LOGJCC.

792 En esta sentencia la Corte señaló que los recursos deben ser presentados dentro del término oportuno. También indicó que existen diferencias entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, y al tratarse de asuntos relacionados con la propiedad no cabe que la justicia constitucional conozca de esos problemas.

793 En esta sentencia la Corte señaló que la presunta vulneración al principio de jerarquía normativa, sustentado en un conflicto decreto-ley, no es materia de relevancia constitucional, sino de legalidad; en tal virtud, no es un asunto de competencia de la justicia constitucional. La Corte también declaró inconstitucional una parte del art. 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Señaló que las atribuciones del procurador general del Estado están encaminadas a realizar juicios de inteligibilidad con carácter vinculante sobre aspectos de legalidad, por lo que no existen razones para mantener vigente el impedimento legal de pronunciarse dentro del ámbito de sus competencias (legalidad), cuando se encuentra pendiente y deba resolverse un proceso constitucional ante el órgano competente de ejercer la jurisdicción constitucional.

794 En esta sentencia la Corte determinó el objeto de las medidas cautelares cuando existe amenaza y/o vulneración de derechos constitucionales, y con ello la necesidad de presentarlas en forma conjunta o de manera independiente. También estableció los requisitos que deben ser observados para que sean concedidas.

generales, pues la práctica evidenció que se utilizan en su mayor medida para negar las acciones constitucionales.

Esta práctica debe ir cambiando mediante la actividad informativa que la CC debe realizar sobre sus decisiones. En efecto, el buscador de relatoría de la CC⁷⁹⁵ es una herramienta masiva de difusión que debe ser conocida por todos los juristas y la ciudadanía que necesita de una real difusión para que sea utilizada. El enlace “novedades jurisprudenciales” de la página web de la CC⁷⁹⁶ también permite conocer los criterios actuales sobre temas relevantes en la práctica constitucional. Sin embargo, la tarea de difusión debe continuar, sobre todo en el acercamiento de los precedentes a los estudiantes.

Otro elemento importante a ser analizado sobre la eficacia del precedente constitucional es la práctica argumentativa desarrollada por la propia CC. En efecto, si la Corte utiliza sus precedentes en sus decisiones, explica su alcance, limita sus efectos a circunstancias fácticas, desarrolla un sistema de precedentes que todos deberán observar por cuanto se prevé las respuestas a los problemas jurídicos resueltos por los precedentes.

Los operadores jurídicos constitucionales llevan también gran responsabilidad respecto a la eficacia del precedente. Ciertamente, si los litigantes le señalan a la CC sus precedentes, las respuestas que deben darse a los problemas jurídicos con base a sus precedentes, le obligan a la CC a observarlos y que la CC exija la observancia de aquellos. Así, si la CC desea apartarse deberá presentar razones válidas, suficientes, saturadas, es decir, una argumentación racional.

Finalmente, son las facultades de derecho y los iusteóricos los que deben generar la crítica constructiva respecto a los precedentes constitucionales desarrollados por la CC, de forma tal, que la academia impulse un nivel de argumentación racional, pues la Corte tiene un auditorio universal que lo mira constantemente para congratular o repudiar las decisiones a partir de la técnica jurídica utilizada.

795 Recuperado de <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/casos-y-sentencias/casos-y-sentencias/relatoria.html>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

796 Recuperado de <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

Conclusiones

No cabe duda de que el nuevo modelo jurídico constitucional ecuatoriano, incorporado en la CRE de 2008, importa nuevos paradigmas en el tratamiento en materia constitucional y procesal constitucional, entre ellos el replanteamiento de las fuentes del derecho, motivación principal para el desarrollo de este estudio. Una investigación seria, requería del estudio pormenorizado y contextualizado de varios componentes jurídicos relacionados, sobre todo, con el tratamiento que ha recibido el precedente constitucional tanto en el ámbito iusteórico como en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Concurrían también ciertas interrogantes junto con la hipótesis central de este trabajo, pues si el precedente se constituye en fuente de derecho objetivo, cómo debe ser analizado, qué parte de la sentencia constitucional se constituye en obligatoria, cómo operan los mecanismos de vinculación.

Para atender estos cuestionamientos se investigó el valor de la jurisprudencia en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law* y el valor del precedente en los sistemas jurídicos de origen en el *common law*, para luego enfocar el análisis del valor de la jurisprudencia en el Estado constitucional, desde el estudio de sus elementos centrales, esto con la finalidad de justificar el valor de la creación judicial del derecho y así culminar con el análisis del precedente constitucional ecuatoriano, a partir de su diferencia con la jurisprudencia vinculante de la justicia ordinaria, estudiando sus formas de generación, mecanismos de vinculación y, especialmente, la práctica constitucional que se ha desarrollado en torno al precedente constitucional. Una vez cumplida la tarea, se arriba a las siguientes conclusiones:

La evolución del valor de la jurisprudencia en las familias de origen en el *civil law* y del precedente en el *common law* denotan que no existe una práctica única, pues depende de una serie de factores vinculados a la experiencia de cada ordenamiento jurídico. Del desarrollo de la jurisprudencia desde la época del derecho romano y de la comparación realizada de su evolución en Francia y España, se evidencia que no existe una única manera de entender a la jurisprudencia dentro de todos los ordenamientos jurídicos de origen en el *civil law*, dado que se verificó un tránsito del sistema persuasivo a uno obligatorio. En el caso del valor del precedente

en las familias de origen en el *common law*, su evolución de igual manera denota que en Inglaterra y EE. UU. existen diferencias importantes en el desarrollo de un sistema rígido a un flexible de vinculación. Esta realidad corrobora de manera fehaciente que no existe un sistema puro de derecho en un mundo globalizado.

1. Las diferencias del valor de las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law* y el *common law* son evidentes. Mientras que en el *civil law* se exige la verificación de criterios coincidentes sobre un mismo punto de derecho para que sea considerada vinculante la “doctrina jurisprudencial” o jurisprudencia, y que además el derecho positivo le reconozca como fuente de derecho de manera expresa; en los sistemas jurídicos de origen en el *common law* no existen tales requisitos. En efecto, en ellos tan solo se requiere que en el precedente se identifique la *ratio decidendi*, pues es este el derecho judicial realmente vinculante. Esta realidad no se traduce de ninguna manera en la ilusión que en los ordenamientos jurídicos de origen en el *civil law* solo existe creación del derecho en códigos y leyes, así como tampoco que en los ordenamientos jurídicos de origen en el *common law* todo el derecho es creado judicialmente; esto porque no existe una única fuente del derecho que monopoliza su creación.
2. En las familias de origen en el *common law*, la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es uno de los puntos centrales de análisis, dado que solo la *ratio decidendi* es verdadera fuente de derecho, y solo esta parte de la sentencia la que se encuentra cubierta por el principio *stare decisis*. Para identificar la *ratio decidendi* de una decisión, existen dos posturas claramente identificadas, la formalizada y la “des” formalizada, las que responden claramente a una preferencia entre la seguridad jurídica, o el dinamismo del derecho judicial.
3. Para la postura formalista, los jueces que aplican el precedente solo pueden reconocerlo dentro de los argumentos relevantes para decidir el asunto, es decir, se encuentran expresamente consignados en la decisión, en consecuencia, constituyen razón fundamental para decidir el caso todos aquellos razonamientos que se hacen necesarios para arribar a la decisión, por tanto, reciben tratamiento explícito y detenido de la Corte.

Contrario *sensu*, para la postura antiformalista, la *ratio decidendi* es la expresión del argumento de analogía o disanalogía basado en la identificación de los hechos materiales, relevantes o claves del caso, la desestimación de los hechos inmateriales, irrelevantes o secundarios del mismo, la resolución del caso, y el discurso práctico central de la

decisión; resultando entonces, que la analogía o disanalogía entre los casos se analiza a partir de la semejanza de los hechos relevantes, así como del derecho aplicado. Y es esta última postura la que se evidenció ofrece un ámbito óptimo de análisis en el actual Estado constitucional, a pesar de su mayor complejidad metodológica.

4. Se advierte que el término jurisprudencia tiene relación con la actividad del juez en las familias del *civil law*; mientras que el término precedente está ligado a la actividad del juez en el *common law*. Partiendo de esta diferencia, se evidenció que los sistemas de origen en el *civil law* están sufriendo una transformación en la que se le otorga mayor protagonismo a la jurisprudencia; replanteándose claramente sus sistemas ordenados de fuentes, por sistemas paritarios, a partir de la noción de interpretación de las disposiciones jurídicas. Ciertamente, los actuales diálogos jurídicos, en Ecuador y en países de origen en el *civil law* se los propone también con sistemas de origen en el *common law*, señalando por ejemplo: que en las decisiones de las altas cortes es la *ratio decidendi* la que vincula; determinando que hay que estar a lo resuelto en casos anteriores –*stare decisis*–; aceptando técnicas de aplicación del precedente como el *distinguish*, *overruling*, *narrowing*. Esto da cuenta de la modificación de los sistemas de fuentes del derecho, como es el caso en el Estado constitucional.
5. El tránsito del Estado legal al Estado constitucional conlleva una serie de replanteamientos en los sistemas jurídicos, pues se reconoció que la dignidad humana se tutela integralmente a partir del respeto de los contenidos axiológicos de la Constitución, y no tan solo de principios formales propuestos por el positivismo jurídico. Este cambio conlleva a reformular los dogmas de los sistemas jurídicos en las familias de origen en el *civil law* que se transforman en un Estado constitucional, pues el derecho abandona los postulados de claridad, plenitud y coherencia, y en consecuencia el rol asignado a los jueces. En efecto, la función del juez es activa y de integración del ordenamiento jurídico, pues participa activamente en el proceso de generación de las normas del ordenamiento jurídico a partir del proceso de interpretación de las disposiciones constitucionales y legales.
6. A partir de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la creación judicial del derecho deja de ser satanizada, siempre que se someta a los límites constitucionales; es decir, se encuentra circunscrita a emitir decisiones que ponen fin a los procesos puestos a su conocimiento; además dichas decisiones deben contar con un razonamiento que se justifique objetivamente en el ordenamiento jurídico, por el derecho vi-

gente y los hechos materiales del caso. Evidénciándose, que la creación judicial del derecho tiene una finalidad formal y material, debido a que formalmente se exige que las decisiones sean coherentes y consistentes con lo resuelto anteriormente en casos análogos, y materialmente asegura la denominada “regla de la justicia” –no se podrá dar un trato diferenciado sin una razón válida que lo sustente–, traducéndose en la aplicación del principio de universalidad.

7. Las decisiones judiciales son resultado del ejercicio de una potestad atribuida a ciertos funcionarios sobre la base de que estas causarán efectos jurídicos al atender a problemas concretos suscitados en la sociedad, no problemas generales y abstractos, a diferencia de la creación legislativa del derecho, lo cual conduce a examinar los efectos de las sentencias de las altas cortes. Siendo así, para evitar caer en un decisionismo judicial a pretexto de una tutela de derechos humanos, es necesario que la estructura estatal ofrezca un sistema de pesos y contrafrenos que dé cuenta de límites en la función de administración de justicia, entre los que se destaca la necesidad de un discurso práctico racional en el ámbito jurídico que permita evidenciar las razones objetivas en la adopción de las decisiones.
8. Como consecuencia de generar un sistema de pesos y contrafrenos en el Estado constitucional, en las familias de origen en el *civil law*, el “método jurídico” se transforma de ser meramente descriptivo a prescriptivo; es decir, se genera una teoría del derecho que lo plantea como un discurso práctico, de ahí que para racionalizar la decisión judicial es insuficiente únicamente hablar de aplicación deductiva de las reglas legislativas a la realidad concreta, pues estas son insuficientes para hacer eficaces todos los derechos constitucionales, fin último de la aplicación del principio de constitucionalidad, proteger la dignidad humana. Este nuevo “método” de la teoría del derecho es precisamente la “argumentación jurídica” destinada a ofrecer técnicas que permitan evidenciar que una decisión se encuentra racionalmente justificada; en otros términos, que existen razones válidas, vigentes y eficaces que permitan obtener una decisión aceptable, superando de esta manera, tan solo en parte, la indeterminación del derecho.
9. La teoría de la argumentación permite asegurar una racional objetividad en la aplicación e interpretación del derecho, mediante la determinación de un proceso justificativo, propugnándose que, si y solo si la decisión judicial se filtra por el procedimiento está racionalmente justificada. Este procedimiento tiene lugar a partir de las reglas del discurso práctico en general y del discurso jurídico en particular; de

esta manera, la discrecionalidad judicial se controla a partir de parámetros objetivos, entre los que vale la pena destacar los principios de la argumentación: universalidad, coherencia y consistencia. En efecto, el principio de universalidad busca que las decisiones judiciales se funden al menos en una norma general o principio del cual se desprenda que se asume la decisión final de la causa; el principio de consistencia asegura que la decisión se justifique en premisas normativas que no se encuentren en contradicción con otras normas válidas y, finalmente, el principio de coherencia conduce a la adecuación normativa y narrativa del caso concreto. Entonces, la invocación argumentativa del precedente, en el Estado constitucional conlleva un proceso justificativo y gradual por parte del operador judicial –justificar racionalmente–. Este proceso argumentativo gradual responde a las características de cada caso, en el cual el precedente va a ser aplicado, las diferencias y similitudes exigirán una argumentación que dé cuenta del nivel de racionalidad del trato ofrecido para cumplir con los valores y derechos que inspiran la creación del derecho en sede judicial.

10. El juez ya no es boca muda de la ley, sino que se convierte en uno de los generadores del derecho a partir de la actividad interpretativa y argumentativa del derecho, y sin pretender incentivar un reduccionismo jurisprudencial, las normas de origen judicial nacen de la interpretación de disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual dependen ya sea de la Constitución o de la ley, de ahí que el término utilizado por parte importante de la doctrina de normas adscritas –dado que su soporte es el proceso de interpretación/argumentación de disposiciones constitucionales o legales en casos concretos–, tienen la vocación de generar reglas de aplicación para futuros casos análogos dadas ciertas condiciones. Si las normas jurisprudenciales provienen de los holdings, *ratio decidendi*, fundamentos centrales, se requiere de un nivel de racionalidad fundado en el discurso práctico del derecho explícito. En realidad, cuando un juez crea un precedente dicta una norma como acto normativo institucional, y con base en un desarrollo racional del derecho.
11. El uso de la jurisprudencia como argumento justificativo de futuras decisiones judiciales combina, tanto el aspecto autoritativo del derecho como el aspecto justificativo de las decisiones judiciales. Por ello, se coincide con una aplicación flexible del precedente, rechazando un esquema de vinculación absoluta por ser este incompatible con el modelo de razonamiento jurídico argumentativo que se ha ido redefiniendo desde el inicio de este estudio. La propuesta presentada

radica entonces, un modelo de vinculación razonada “flexible” de los precedentes, es decir hay que seguir los precedentes salvo que se justifique su modificación o abandono de manera reforzada. Por lo tanto, es necesario conocer no solo qué decidieron las altas cortes en determinados casos, sino también por qué lo decidieron.

12. La jurisprudencia cobra importancia por la tutela de varios derechos constitucionales: igualdad, seguridad jurídica, aún más la idea de justicia. De hecho, la idea de justicia exige una distribución igualitaria, no obstante, la exigencia de igualdad no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. La uniformidad absoluta no es lo que exige el ideal de justicia, pues la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica situación, cosa que no puede pretenderse porque generaría precisamente la situación que se pretende proscribir. Por el contrario, no puede considerarse injusto *per se* que se hagan distinciones, de modo que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra la pretensión que nadie en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que correspondió a otros análogos en el pasado.
13. Dentro de las formas de creación judicial del derecho se puede advertir varias clasificaciones, por ejemplo, el relacionado con el criterio de vinculatoriedad de la jurisprudencia y/o del precedente. Cuando los ordenamientos jurídicos reconocen plenos efectos a la jurisprudencia o precedente, estos se constituyen como verdaderas fuentes del derecho, es decir, son vinculantes u obligatorios cuando son capaces de generar consecuencias ante su inobservancia, razón por la cual nacen mecanismos de disciplina. La jurisprudencia y el precedente son persuasivos cuando su valor dentro del ordenamiento jurídico depende del prestigio de las altas cortes, sin que su inobservancia genere efecto alguno en el ordenamiento jurídico.
14. Otra de las clasificaciones de importancia es la relacionada con su forma de generación: jurisprudencia y precedente. La decisión judicial adopta la denominación de jurisprudencia, puesto que es el todo, en tanto que el precedente es lo particular de la decisión judicial. Entonces, la jurisprudencia emanada de las altas cortes contiene los “criterios” que se consignan dentro de la decisión judicial; sin embargo, no todos esos criterios son vinculantes, sino tan solo aquellos argumentos centrales fundantes de la decisión –*ratio decidendi*– son precedentes; razón por la cual, el término jurisprudencia se refiere al todo, y el precedente

a lo particular. Adicionalmente, se advirtió que el término jurisprudencia se encuentra relacionado con la creación judicial en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law*, mientras que el término precedente está relacionado con la creación judicial en los sistemas jurídicos de origen en el *common law*.

15. La distinción entre jurisprudencia y precedente es un punto de partida para el análisis de la creación judicial del derecho, puesto que en el caso ecuatoriano se advierte en la justicia ordinaria un sistema de “jurisprudencia vinculante” de características de origen en la familia del *civil law*, dado que el requisito de reiteración –tres fallos– para la generación es propio de esta familia jurídica. En tanto que al no existir tal requisito en la formación del precedente constitucional ecuatoriano, se lo asimila al propio de las familias cuyo origen radica en el *common law*.
16. La “jurisprudencia vinculante” de la justicia ordinaria en el caso ecuatoriano, cuenta con un proceso claramente formalizado, el cual debe ser ajustado a las necesidades de interpretación y argumentación del derecho judicial, que dé cuenta de la analogía fáctica entre los casos, y la justificación de por qué esa solución es la “más” racional al problema jurídico planteado. Así, esta fuente se convertirá en una verdadera garantía de todos los derechos constitucionales, y en específico a la tutela judicial efectiva, debido proceso en la garantía de la motivación y seguridad jurídica, dado que solo en virtud de una aplicación universal, coherente y consistente se puede asegurar la justicia e igualdad en la aplicación del derecho.
17. En el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano se advierte un proceso de consolidación del valor del derecho judicial en el sistema de fuentes, en el cual existen todavía fuertes rezagos del formalismo jurídico en la implementación del “precedente constitucional” y “jurisprudencia vinculante” por parte de las dos altas cortes del país: Constitucional y Nacional de Justicia. En esta última claramente se observa que la interpretación y aplicación que se le dio al art. 185 de la Constitución se encuentra divorciada del origen mismo de la creación judicial del derecho, pues se lo ha concretizado con la emisión de “resoluciones”, cuya estructura se asimila más a la de un reglamento administrativo que al derecho jurisprudencial, cuya fuente de legitimidad radica justamente en la resolución de un caso concreto –patrón fáctico–. Efectivamente, en las “resoluciones de triple fallo” no se evidencia un análisis de las circunstancias fácticas que dan origen a los casos en los que existe la reiteración, y cómo estos tres casos presentan una analogía fáctica que

genere una coincidencia del criterio jurisprudencial, requisito establecido en la disposición constitucional, situación que se espera cambie con la emisión de la resolución del Pleno de la Corte Nacional 1-2016, no obstante, de su estructura se advierte todavía una tendencia formalista referente a la emisión de nuevas resoluciones.

18. Respecto a la práctica impuesta por la CC en lo atinente al precedente, esta tampoco se aleja del formalismo del todo. En efecto, la generación de precedentes constitucionales ha tenido varias formas jurídicas; así por ejemplo, la emisión de reglas en sentencias constitucionales que generan “precedentes” pretende consolidar sintácticamente la *ratio decidendi* desarrollada a lo largo de la decisión de forma canónica. La Corte con esta práctica, al parecer busca dotar de mayor certeza jurídica al sistema de precedentes, señalando que parte de la sentencia se encuentra cubierta por el principio *stare decisis*. No obstante, esta práctica también ha generado el mal entendido, que “solo” las sentencias que contienen reglas, y/o las decisiones que se resuelven en la competencia de “jurisprudencia vinculante”, y/o las sentencias de interpretación constitucional, son precedentes constitucionales, lo cual es un error inducido por el propio “etiquetamiento” que la CC les ha dado a ciertas sentencias.
19. También es necesario destacar de la práctica de la CC, la existencia de precedentes “des” formalizados, principalmente cuando ha enfatizado en sus propias decisiones que “en todas [...] dicta precedentes constitucionales”; derivándose que a pesar de que no exista el etiquetamiento de “reglas jurisprudenciales” en la *decisum*, existen precedentes constitucionales vinculantes que devienen de su *ratio decidendi*. Esta praxis se acerca a la realidad de los sistemas jurídicos de origen en el *common law*, razón por la cual se exige una labor hermenéutica más compleja del intérprete para identificar cuál fue la razón de la decisión.
20. Es evidente que en un verdadero sistema jurídico, en el que el precedente es fuente objetiva del derecho de todas las decisiones de la CC se encuentran inmersas dentro de un sistema de precedentes, lo cual demanda a la propia Corte a observar sus criterios cuando las circunstancias fácticas presenten analogía –efectos horizontales–, así como la vinculatoriedad para todos los operadores jurídicos –efectos verticales–. Con lo cual, en todas las decisiones de la CC se debe verificar: o que se cree, o que se reitere, o que se distinga, o que se reformule un precedente, dado que todas las decisiones de la Corte deben estar relacionadas en un sistema de observancia flexible del precedente, en el cual el fundamento es la argumentación jurídica racional. Prácticas

que se alejan de este proceder, es decir, cuando no se enmarcan dentro de la racionalidad jurídica, especialmente por parte de la CC, restan fuerza a la observancia del precedente.

21. Acerca de los mecanismos de vinculación del precedente constitucional, también se advierte que existen distintas vías, a saber, el proceso de selección y revisión, así como de las acciones constitucionales: extraordinaria de protección y acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Ahora bien, en lugar de constituirse en un sistema garantista por existir dos acciones y un proceso de oficio para rectificar la inobservancia del precedente, se origina una yuxtaposición de competencias de la Corte, lo cual ha generado que los justiciables puedan utilizar a su arbitrio la acción que más se ajuste a sus necesidades; esto disminuye la seguridad jurídica y congestiona el sistema de administración de justicia constitucional. Sobre este aspecto, es necesario que la Corte realice una verdadera interpretación sistemática de la Constitución con el fin de evitar esta dispersión de acciones, generando procedimientos sencillos, claros y uniformes; dejando por fuera las respuestas *ad hoc*.
22. En cuanto a la eficacia del precedente constitucional queda mucha tarea por realizar, puesto que como quedó demostrado con los índices de “citación” de la “jurisprudencia constitucional”, los jueces de instancia y apelación en materia de garantías jurisdiccionales utilizan solo de manera tangencial los criterios de la CC, y en algunas ocasiones como meras referencias conceptuales. Si a la Corte le compete ser el intérprete final de la Constitución y si la jurisprudencia desarrolla también el contenido de los derechos, tal como determina el artículo 11.8 de la Constitución, es evidente que sus precedentes forman parte del ordenamiento jurídico, con lo cual, excluirlos es desconocer también el contenido mismo de la Constitución. Si bien la CC ha dado pasos importantes para la difusión de sus criterios jurisprudenciales, como publicaciones, eventos internacionales de crítica propositiva, buscadores inteligentes en la web, esta labor debe ser constante, debido a que los criterios se van perfeccionando y mutando en el tiempo; así, la labor pedagógica la debe encabezar la CC constantemente, a través de distintas vías.
23. Es importante señalar que si bien la responsabilidad de la difusión del precedente la tiene principalmente la CC, no es menos cierto que también corresponde a la academia ecuatoriana despojarse del formalismo exacerbado y realizar acciones tendientes al estudio de esta fuente del derecho, el análisis jurídico, crítico, propositivo de estas instituciones

aún novedosas en el constitucionalismo ecuatoriano, puesto que con el acercamiento a los sistemas jurídicos de origen en el *common law*, la forma de estudiar el derecho también se transforma, con lo cual la transformación del p \acute{e} nsum de estudio del profesional del derecho debe atender también esta \acute{a} rea del estudio que requiere del \acute{a} n \acute{a} lisis de las particularidades de los casos resueltos en la jurisprudencia.

24. A partir de todo lo se $\acute{ñ}$ alado, se confirma la hip \acute{o} tesis central de este estudio: el precedente es verdadera fuente de derecho, con lo cual ha operado una transformaci \acute{o} n en el sistema de fuentes. En el Estado constitucional la labor hermen \acute{e} utica cobra centralidad, ya que las normas –en estricto sentido– solo nacen luego del proceso de interpretaci \acute{o} n de las disposiciones jur \acute{d} icas. Esta hip \acute{o} tesis ha sido corroborada desde la pr \acute{a} ctica, cuando se ha verificado que la CC ha determinado que la jurisprudencia vinculante de la CNJ es de obligatoria observancia, o cuando acertadamente ha observado sus propios precedentes, est \acute{a} generando una vinculaci \acute{o} n al derecho judicial. En efecto, los l $\acute{i$ mites del derecho est \acute{a} n establecidos por los l $\acute{i$ mites de la autoridad jur \acute{d} ica, y el derecho se manifiesta a trav \acute{e} s de sus fuentes. Cuando las fuentes con autoridad que estaban prohibidas se transforman en optativas, y cuando las que eran optativas se transforman en obligatorias, la naturaleza de las fuentes jur \acute{d} icas ha cambiado y junto con ese cambio viene una transformaci \acute{o} n en la naturaleza del propio derecho.
25. La jurisprudencia es verdadera fuente del derecho, en el caso de la justicia constitucional, la figura del precedente constitucional tiene un interesante acercamiento con el precedente de origen norteamericano. Y como toda instituci \acute{o} n jur \acute{d} ica –lo que se corrobora a partir del estudio sociol \acute{o} gico desarrollado, en Ecuador ha tenido un desarrollo dial \acute{e} ctico– que sobre el ejercicio de error correcci \acute{o} n se han dado pasos interesantes, a \acute{u} n falta mucho por profundizar, varios problemas que solventar, pero ciertamente es necesario estudios serios sobre esta tematica que posesionen la problem \acute{a} tica con la finalidad de aportar a una praxis judicial que d \acute{e} cuenta de la efectivizaci \acute{o} n de los derechos a partir de esta fuente de derecho.

Bibliografía

Libros

- Abad Yapanqui, Samuel. "La creación jurisprudencial de normas procesales". En *Actas del Seminario Internacional de Derecho Procesal Constitución y Procesos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, del 22 al 25 de septiembre de 2009. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) / ARA, 2009.
- . "Precedente y derecho procesal constitucional". En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 151-64. Berlín: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- Abramovich, Víctor, María José, y Christian Courtis, comp. *Derechos sociales: Instrumentos de uso*. México DF: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.
- Abreu Burelli, Alirio, y Luis Aquiles Mejía Arnal. *La casación civil*. 3ª. ed. Caracas: Homero, 2008.
- Acero, Juan José, Eduardo Bustos y Daniel Quezada. *Introducción a la filosofía del lenguaje*. Madrid: Cátedra, 1982.
- Ackerman, Bruce. *La Constitución viviente*. Trad. por Carlos Ma. Enrique. Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2011.
- Acosta, Alberto, y Esperanza Martínez, edit. *El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Abya-Yala, 2011.
- Aguilar, Juan Pablo, y otros. *Nuevas instituciones del derecho constitucional ecuatoriano*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos / Inredh, 2009.
- Aguiló Regla, Josep. *Sobre derecho y argumentación*. Mallorca: Leonard Muntaner, 2008.
- . *Teoría general de las fuentes del derecho y el orden jurídico*. Barcelona: Planeta, 2012.
- Aguiló Regla, Josep, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Biblioteca Jurídica Básica, 2007.
- Aguirre Castro, Pamela. "Un cambio de paradigma: Los procesos de selección y revisión de la Corte Constitucional". En Pamela Aguirre Castro, Dayana Ávila Benavidez y Vladimir Bazante Pita, coord., *Rendición de cuentas del proceso de selección período 2008-2013*, 17-34. Quito: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Aguirre Castro, Pamela, edit. *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), 2015.
- Aguirre Castro, Pamela, y Dayana Ávila, coord. *Garantías jurisdiccionales: Análisis cuantitativo de las decisiones de los jueces de instancia y apelación en el año 2013*. Quito: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2014.

- Aguirre Castro, Pamela, Dayana Ávila y Vladimir Bazante, coord. *Rendición de cuentas del proceso de selección período 2008-2013*. Quito: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Aguirre Cueva, Ana Gabriela. *La acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales en el Ecuador, comparada con la acción de tutela contra providencias o sentencias judiciales en Colombia y el recurso de amparo contra sentencias judiciales en España*. Quito: UASB-E, 2010.
- Alarcón Peña, Pablo. "El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales". En Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, comp., *Manual de justicia constitucional*, 99-110. Quito: CEDEC, 2013.
- . "Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado". En Luis Fernando Ávila Linzán, *Repertorio constitucional 2008-2011*, 27-43. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2012.
- Albán, Ernesto, y otros. *La casación: Estudios sobre la Ley 27*. Quito: Corporación Editora Nacional (CEN), 1994.
- Altamirano Ruiz, Santiago. *La acción extraordinaria de protección y su procedimiento*. Quito: UASB-E, 2010.
- Alegre, Marcelo. "Igualitarismo, democracia y activismo judicial". En Marcelo Alegre, coord., *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional, 91-106. Buenos Aires: Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política-Sela, 2001.
- Alexy, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (UEC), 2010.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 1997.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 1999.
- Aliste Santos, Tomás Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Andrade Andrade, Leonardo. *El ilícito tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2011.
- Andrade Ubidia, Santiago. *La casación civil en el Ecuador: Doctrina, análisis de la ley, su aplicación por las Salas de lo Civil y mercantil de la Corte Suprema de Justicia, posibles reformas*. Quito: UASB-E / Andrade & Asociados, 2005.
- Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit. *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- Arango, Rodolfo. "La estructura de los derechos sociales fundamentales". En Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis / Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Arango, Rodolfo, y otros, edit. *Corte Constitucional 10 años: Balances y Perspectivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Buenos Aires: Editora de Palma, 1986.
- Aristóteles, Ética a Nicómaco. Barcelona: Edic. Orbis, 1985.

- Atienza, Manuel. "Constitución y argumentación". En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Saldívar Lelo de Larrea, coord., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VI, 89-120. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ) / IMDPC / Marcial Pons, 2008.
- "Constitucionalismo, globalización y derecho". En Miguel Carbonell y Leonardo García, edit., *El canon neoconstitucional*, 264-84. Bogotá: UEC, 2010.
 - *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2003.
 - *Las razones del derecho: Teorías de argumentación jurídica*. México DF: UNAM-IIIJ, 2003.
 - *Las razones del derecho*. Lima: Palestra, 2004.
 - *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel, 2007.
- Ávila Linzán, Luis Fernando. *El precedente constitucional: Teoría y praxis*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, edit. *Repertorio constitucional 2008-2011*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) / CEDEC, 2012.
- *Teoría y praxis del precedente constitucional*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "El amparo constitucional en el Estado Social de Derecho: Restricción o fortalecimiento". En *Plenos poderes y transformación constitucional*, 120-145. Quito: Abya-Yala, 2008.
- *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: UASB-E / Huaponi, 2016.
 - *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
 - "Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos: Avances conceptuales en la Constitución de 2008". En Ramiro Ávila y otros., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, 19-40. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, comp. *Estado, derecho y justicia*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Barberis, Mauro. *Estado, derechos, interpretación: Una perspectiva evolucionista*. Lima: Palestra, 2013.
- *Estado, derechos, interpretación: Una perspectiva evolucionista*. Lima: Palestra Editores, 2013.
- Barbosa Delgado, Francisco. *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: Análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Bogotá: UEC, 2012.
- Barrera Martínez, Carlos Helver. *Introducción al derecho comparado*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Barreto Rodríguez, José Vicente. *Acción de tutela teoría y práctica*. Bogotá: Legis, 1997.
- Bastidas de Ramírez, Raquel. *El precedente judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009.

- Bazante Pita, Vladimir Germán. *El precedente constitucional*. Quito: UASB-E / CEN, 2015.
- . *El precedente constitucional*. Tesis de Maestría, UASB-E, 2012.
- Bello Tabares, Humberto E. T. *La casación civil: Propuestas para un recurso eficaz y constitucional*. Caracas: Paredes, 2010.
- Benavides Ordóñez, Jorge, y Jhoel Escudero Soliz, coord. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013.
- Ben-Yishai, Ayelet *Common Precedents: The Presentness of the Past in Victorian Law and Fiction*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- . *Obras selectas de Jeremías Bentham, t. IV. Principios de legislación, Panóptico*. Buenos Aires: Rodamillans, 2005.
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: UEC, 2005.
- . *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá: UEC, 2009.
- Bernuz Beneitez, María José. *Francois Gény y el derecho: La lucha contra el método exegetico*. Bogotá: UEC, 2006.
- Bhrunis Lemaire, Roberto. *Jurisprudencia constitucional vinculante*. Quito: Jurídica Cevallos, 2011.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Nueva Haven: Yale University Press, 1962.
- Bidart Campos, Germán J. "La fuerza normativa de la Constitución". En Maximiliano Toricelli, edit., *El amparo constitucional: Perspectivas y modalidades*, 1-18. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- . *Teoría general de los derechos humanos*. Ciudad de México: UNAM-III, 1989.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: Fondo de Cultura Económica (FCE), 1996.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England, Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press, 1765.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1997.
- Bocanegra Sierra, Raúl. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Administración Local, 1982.
- Bonilla Maldonado, Daniel, edit. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, 2009.
- Briceño León, Humberto. "El precedente judicial y el writ of certiorari en Venezuela y en los Estados Unidos de América". *II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional: La justicia constitucional en el Estado social de derecho*. Caracas. Universidad Monteávila / Funeda.
- Calamandrei, Piero. *La casación civil*, t. I, vol. II. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1945.
- . *Casación civil*. Trad. por Santiago Sentís Melendo y otros, t. I. Buenos Aires: Ejea 1952.
- Campbell, Tom. *La justicia: Los principales debates contemporáneos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

- Campos Bernal, Heber Joel. *Control constitucional y activismo judicial*. Lima: ARA, 2012.
- Cappelletti, Mauro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*. Trad. por Hector Fix Fierro. México DF: Porrúa, 1993.
- Carbonell, Miguel. "El neoconstitucionalismo en su Laberinto". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, 9-14. Madrid: Trotta / UNAM-IJ, 2007.
- Carbonell, Miguel, edit., *Teoría del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Los derechos sociales y su justificabilidad directa*. Quito: Editora Jurídica, 2014.
- Carbonell, Miguel, y Leonardo García Jaramillo, edit. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: UEC, 2010.
- Carbonell, Miguel, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés, coord. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 2. Ciudad de México: UNAM-IJ, 2015.
- Carrión, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, 2a. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979.
- Castán Tobeñas, José. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*. Madrid: Reus, 1957.
- Castro Patiño, Nicolás. *El precedente constitucional vinculante para el Ecuador*. Quito: CEP, 2009.
- Cappelletti, Mauro. Trad. por Hector Fix-Fierro. *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*. México DF: Porrúa, 1993.
- Castán Tobeñas, José. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*. Madrid: Reus, 1957.
- Castro Patiño, Nicolás. *El precedente constitucional vinculante para el Ecuador*. Quito: CEP, 2009.
- Chipman Gray, Jhon. *The Nature and Sources of the Law*, 2a. ed. Nueva York: Macmillan, 1927.
- Coello García, Hernán. *La sucesión por causa de muerte*. Cuenca: Universidad de Cuenca-Facultad de Jurisprudencia, 2002.
- Coke, Edward. "Institutes of the Laws of England: or A Commentary upon Littleton". *Nineteenth London Edition Revised*, 1853.
- Comanducci, Paolo. *Democracia, derechos e interpretación jurídica*. Lima: ARA, 2010.
- Cooter, Robert, y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. Ciudad de México: FCE, 1998.
- Correa, Cristian. "Sección 2-Competencia y Funciones. Artículo 63". En Christian Steiner y Patricia Uribe, edit., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Lima: Konrad-Adenauer / Tribunal Constitucional de Perú, 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional*. Quito: 2015.
- Corte Constitucional para el Período de Transición, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Consejo de la Judicatura. *Jornadas de Capacitación en Justicia Constitucional*. Quito, 2009.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. *El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: Imprenta Gaceta Judicial, 2013.

- Cross, Rupert, y J. W. Harris. *Precedent in English Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Cueva Carrión, Luis. *El recurso de casación, reformas, proceso de conocimiento, jurisprudencia obligatoria y práctica*. Quito: Artes Gráficas Señal, 1997.
- Eto Cruz, Gerardo, "El fallo 'Marbury vs. Madison' y el derecho procesal constitucional". En Pablo Manili, edit. *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. I. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Da Rosa de Bustamante, Thomas. *Teoría del precedente judicial: La justificación y la aplicación de reglas jurisprudenciales*. Lima: Ediciones Legales E. I. R. L., 2016.
- Da Rosa de Bustamante, Thomas, y Carlos Bernal Pulido, edit. *On the Philosophy of Precedent: Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy III*. Beijing: Nomos, 2012.
- David, René, y Pedro Bravo Gala. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: Derecho comparado*. Madrid: Aguilar, 1969.
- . *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Ciudad de México: UNAM-III, 2010.
- David, René, y Camille Jauffret-Spinozi. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed. París: Dalloz, 2002.
- De Asís Roig, Rafael F. *El juez y la motivación en el derecho*. Madrid: Dykinson, 2005.
- De Cabo De la Vega, Antonio. *Lo público como supuesto constitucional*. Ciudad de México: UNAM-III, 1997.
- De Cabo De la Vega, Antonio, y Gerardo Pisarello, "¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos". En Leoncio Raúl Morodo y Pedro de Vega García, coord., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. III, 1807-30. Ciudad de México: UNAM-III, 2000.
- . "¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales?". En Miguel Ángel Aparicio. *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico organizado por el Grupo de Estudios sobre la Forma de Estado de la Universidad de Barcelona*, 219-44. Barcelona: Cedecs, 2001.
- De Cabo De la Vega, Antonio, Manuel Carrasco Durán, Francisco Palacios y Fabián Soto Cordero. *Investigación jurídica comparada*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Prometeo, Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación / CEDEC, 2015.
- De la Rúa, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: De Palma, 1993.
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1997.
- Diez Picazo, Luis. *La jurisprudencia en el poder judicial*, vol. I. Madrid: Instituto de Estudios fiscales-Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1983.
- Dorado Torres, Daniel Felipe. "Ficha de análisis de sentencias: Caso La Cocha". En *Observatorio de Justicia Constitucional* —. *Simón Bolívar, Sede Ecuador / Pontificia Universidad Católica del Ecuador*. Quito: 2015.
- Douzinas, Costas. *El fin de los derechos humanos*. Trad. por Ricardo Sanín Restrepo, Óscar Guardiola Rivera y Omar Alonso Medina. Bogotá: Legis, 2008.
- Duxbury, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. Clarendon Press, 1995.
- . *The Nature of Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, 1a. ed., 1984, 8a. reimp. Barcelona: Ariel Derecho, 2010.
- . *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- Duxbury, Neil. *The Nature of Authority of Precedent*. Cambridge: University Press, 2008.
- . *Patterns of American Jurisprudence*. Cleredon Press, 1995.
- Edlin, Douglas E. edit. *Common Law Theory, Cambridge Studies in Philosophy and Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007.
- Elliot, Catherine, y Frances Quinn. *English Legal System*. Reino Unido: Pearson Longman, 2009.
- Escobar García, Claudia, edit. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Escobar Gil, Rodrigo. “La modulación de las sentencias de control constitucional”. En *Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, 235-64. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Escrive, Joaquín. *Diccionario razonado de la razón y jurisprudencia*. París: Librería de Rosa Bouret, 1851.
- Espinosa Cueva, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito: Tribunal Contencioso Electoral / Corte Nacional de Justicia, 2010.
- Estrada, Alexei Julio. “El precedente jurisprudencial: Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”. *Anuario de derecho constitucional, análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, 45-63. Bogotá: UEC, 2003.
- Eto Cruz, Gerardo. “El fallo ‘Marbury vs. Madison’ y el derecho procesal constitucional”. En Pablo Luis Manili, edit., *Tratado de derecho procesal Constitucional*, t. I, 189-216. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Fandl, Kevin. *Narrowing the Gap: Legal English for the New International Legal Practitioner*. Chicago: American Bar Association, 2012.
- Ferrajoli, Luigi. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- . *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.
- . *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- . *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2010.
- Ferrer Beltran, Jordi, y Giovanni Battista Ratti, edit. *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Ferreres Comella, Víctor. “El control judicial de la constitucionalidad de la Ley: El problema de su legitimación democrática”. En Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, 356-80. Bogotá: UEC, 2010.
- Ferreres, Víctor, y Juan Antonio Xiol. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Galindo Sifuentes, Ernesto. *Argumentación jurídica: Técnicas de argumentación del abogado y del juez*. Ciudad de México: Porrúa, 2013.
- Gallegos Herrera, Daniel. “El control formal de constitucionalidad de actos normativos”. En Jorge Benavides y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 319-34. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.

- Garapon, Antonie, y Leoannis Papadopoulos. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. Bogotá: Legis, 2006.
- García Amado, Juan Antonio. "Derechos y pretexto: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 237-64. Madrid: Trotta, 2007.
- García, Añón, María José, "Derechos sociales e igualdad". En Víctor Abramovich, María José y Christian Courtis, comp., *Derechos sociales: Instrumentos de uso*, 79-102. Ciudad de México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.
- . "Prólogo". En Jorge Zavala Egas, edit. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Guayaquil: Edilex, 2010.
- García Belaundé, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*. Lima: Editora Jurídica Gijley, 2003.
- García del Corral, Idelfonso. *Cuerpo del derecho civil romano*. Trad. por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, t. I. Madrid: Jaime Molinas, 1889.
- García de Enterría, Eduardo. *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid: Civitas, 1994.
- García Falconí, José. *La Corte Constitucional y la acción extraordinaria de protección en la nueva Constitución política del Ecuador*. Quito: Rodín, 2008.
- Gargarella, Roberto. "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El constitucionalismo popular frente a la teoría de Nino". En Miguel Carbonell y Leonardo Jaramillo, edit., *El canon neoconstitucional*, 403-26. Bogotá: Trotta / UNAM-III, 2010.
- . *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Garrone, José A. *Diccionario Jurídico*, t. IV. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- Gény, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2a. ed. Madrid: Reus, 1925.
- Gifis, Steven. *Law dictionary*. Nueva York: Barron's, 1984.
- Gil Cremades, Juan José. "La motivación de las decisiones jurídicas". En VV. AA., *Constitución, derecho y proceso: Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragüés*, 161-84. Zaragoza: Instituto Fernando El Católico, 1983.
- Gillespie, Alisdair. *The English Legal System*. Oxford University Press, 2013.
- Gimeno Sendra, José Vicente, y María José Cabezudo Bajo, coord. *El Tribunal Supremo: Su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete*. Madrid: Iustel, 2007.
- Gray, Jhon Chipman. *The Nature and Sources of the Law*, 2a. ed. Nueva York: Macmillan, 1927.
- Greif, Jaime. "Recurso de casación penal". En José Vicente Gimeno Sendra y María José Cabezudo, coord., *El Tribunal Supremo: Su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete*, 295-314. Madrid: Iustel, 2007.
- Grijalva Jiménez, Agustín. "La acción extraordinaria de protección". En Antonio José Pérez, coord., *Viabilidad de las garantías jurisdiccionales*, 259-92. Quito: CEP, 2012.

- *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- “Independencia, acceso y eficacia de la justicia constitucional en el Ecuador”. En César Montúfar, edit., *Plenos poderes y transformación constitucional*, 99-120. Quito, Abya-Yala, 2008.
- “La acción extraordinaria de protección”. En Claudia Escobar García, edit. *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, 655-76. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- “Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 269-86. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- “Perspectivas y desafíos de la Corte Constitucional”. En Ramiro Ávila Santamaría y otros, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*, 257-78. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Guasch Fernández, Sergi. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: J. M. Bosch, 1998.
- Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Ciudad de México: Trotta / UNAM-III, 2008.
- *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Lima: Edit. Científica Peruana S. A. C., 2016.
- “Gerarchie normative”. *Revus* (1997): 57-70.
- *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Turín: Giappichelli Editore, 2006.
- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Ciudad de México: Trotta / UNAM-III, 2008.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. “Aproximación al control abstracto en Ecuador. La acción de inconstitucionalidad. En Juan Montaña Pinto, edit. *Apuntes de derecho procesal constitucional: Parte especial 2. Control Constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, t. III, 61-105. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Guilherme Marinoni, Luiz. *Bases para un sistema de precedentes judiciales*. Trad. por Taulio Baires. El Salvador: Cuscatleca, 2011.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1992.
- Häberle, Peter. *Estado constitucional*. Lima: PUCP, 2003.
- H. L. A. Hart, *El concepto del derecho*. Trad. por Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- Hale, Matthew. “The History of the Common Law of England”. En Charles M. Gray, edit., *Classics of British Historical Literature*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.
- *The History of the Common Law of England and an Analysis of the Civil part of the Law*, 6a. ed. Londres: Printed for Henry Butterworth, 1820.
- Heck, Philipp. *El problema de la creación del derecho*. Madrid: Comares, 2016.
- Hernández Marin, Rafael. *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- *Razonamientos en la sentencia judicial*. Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

- Hernández Meza, Nelson. *Las consecuencias disciplinarias del desconocimiento del precedente judicial en Colombia: Bases teóricas de una propuesta en construcción*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario / Ediciones Nueva Jurídica, 2012.
- Iturralde Sesma, María Victoria. *Sistema jurídico, validez y razonamiento judicial*. Bogotá: ARA, 2012.
- Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho*. Bogotá: UEC, 1999.
- Keenan, Denis J. *Smith & Keenan's English Law: Text and Cases*. Harlow: Pearson Education Limited, 2007.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. por Roberto Verengo, 16a. ed. Ciudad de México: Porrúa, 2009.
- Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Uniandes, 1999.
- Kunkel, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Trad. por Juan Miquel. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.
- Landa, César. "Los precedentes constitucionales: El caso del Perú". En Claudia Escobar García, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, 97-148. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel Derecho, 2010.
- Ledesma, Jesús de. *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*. Ciudad de México: Porrúa, 2000.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2000.
- . *El derecho de los jueces*, 2a. ed. Bogotá: Legis, 2006.
- Lockhart, *The American Constitution*, 6a. ed. Nueva York: Wet publishing, 1975.
- López Hidalgo, Sebastián. "El control de constitucionalidad y sus límites como garantía frente al legislativo: Una visión crítica que se funda en la argumentación". En Ramiro Ávila Santamaría, comp. *Estado, derecho y justicia*, 63-82. Quito: UASB-E /CEN, 2013.
- López Medina, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2015.
- . *La teoría impura del derecho*. Bogotá: Temis, 2000.
- . *Interpretación Constitucional*. Bogotá DC: Consejo Superior de la Judicatura-Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- . *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.
- Lozada Prado, Catherine Ricaurte Herrera. *Manual de argumentación constitucional: Propuesta de un método*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador-CEDEC, 2015.
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- . "Precedente as a source of Law". En Paolo Elspeth Attwool y Paolo Comanducci, org., Sources of Law legislation-Proeedings of the 17th World Congress of the Internacional Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR). Bologna, June 16-21, 1995. III. ARSP-B 69/177-185.
- Macías Hurtado, Miguel. "Lineamientos generales de la casación". En Ernesto Albán y otros, *La casación: Estudios sobre la Ley 27*, 23-30. Quito: CEN, 1994.
- Manilli, Pablo Luis. *Marbury vs. Madison*. Trad. por Ignacio Fernández. Ciudad de México: UNAM-IIIJ, 2014.

- Marinoni, Luiz Guilherme. *Bases para un sistema de precedentes judiciales*. Trad. por Taulio Baires. San Salvador: Cuscatleca, 2011.
- Martínez Arieta, Andrés. *El recurso de revisión y de casación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Martínez Molina, Dunia, edit. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Mendoca, Daniel. *Análisis constitucional. Una introducción: Cómo hacer las cosas con la Constitución*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- Mesía, Carlos. "Justicia constitucional y creación de jurisprudencia del derecho". En *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional*, 193-204. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, 2007.
- Molfessis, Nicolas, dir. *La Cour de cassation et l'élaboration du droit, Economica*. París: Etudes Juridiques, 2005.
- Montaña Pinto, Juan, edit. *Apuntes de derecho procesal constitucional: Parte especial 2. Control Constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, t. III. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- . "La interpretación constitucional: Variaciones de un tema inconcluso". En Escobar García, Claudia, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, 719-60. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- . *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: Perspectiva comparada*. Quito: CCPT / CEDEC, 2012.
- Montaña Pinto, Juan, y Patricio Pazmiño Freire. "Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano". En Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional*, 23-48. Quito: CCPT / CEDEC, 2013.
- Montaño Galarza, César. "Argumentación jurídica en materia tributaria". En Marco Albán Zambonino y César Montaño Galarza, coord., *Tópicos contemporáneos del Derecho Tributario: Homenaje al Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario en sus 50 años*, 79-110. Quito: UASB-E, 2013.
- . *Problemas constitucionales de la integración*. Ciudad de México: UASB-E / Porrúa / Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, 2013.
- Montaño Galarza, César, y Marco Albán Zambonino, coord. *Tópicos contemporáneos del Derecho Tributario: Homenaje al Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario en sus 50 años*. Quito: UASB-E, 2013.
- Montero Aroca, Juan, y José Flor Maties. *El recurso de la casación civil: Casación e infracción procesal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- Moral Soriano, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., 2002.
- Moreso i Mateos, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*. Barcelona: Universitat Oberta Catalunya, 2005.
- Morineau, Marta. "Una introducción al *Common Law*", n.º 4. Ciudad de México: UNAM-III, 2004.
- Morodo, Leoncio Raúl, y Pedro de Vega García, coord. *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. III. Ciudad de México: UNAM-III, 2000.

- Muñoz Gajardo, Sergio. "Historia y naturaleza jurídica del recurso extraordinario de casación". En VV. AA. *El recurso de casación en el Estado constitucional de derechos y justicia*. Quito: Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2013.
- Murcia Ballén, Humberto. *Recurso de casación civil*, 6a. ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- Nieto, Alejandro. "Motivación de las sentencias". En Francisco Sosa Wagner, coord., *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, 2211-34. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Nieto Alejandro, y Agustín Gordillo. *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Madrid: Trotta, 2003.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- . *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- Nuñez Santamaría, Diego. *La casación en el Estado constitucional del Ecuador*. Quito: CEP, 2014.
- Ollero, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y el precedente judicial*. Madrid: CEPC, 1999.
- Orozco Muñoz, Martín. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Pamplona: Aranzadi / Thomson Reuters, 1994.
- Oyarte, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: CEP, 2014.
- Pacheco, Máximo. *Teoría del derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- Pazmiño Freire, Patricio. *La acción extraordinaria de protección*. Tesis doctoral. Dirigida por Roberto Viciano Pastor. Valencia: Universidad de Valencia, 2015.
- Peces Morate, Jesús. "Valor de la jurisprudencia". En Joaquín Samper Juen, edit., *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- Perelman, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979.
- Perelman, Chaïm, y Lucie Olbrechts-Tyteca. *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*. Trad. por Julia Sevilla Muñoz. Madrid: Gredos, 1989.
- Pérez Luño, Antonio. *El desbordamiento de las fuentes del derecho*. Madrid: La Ley, 2011.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Pérez Tremps, Pablo. "La admisión en los procesos constitucionales". En Pablo Pérez Tremps, coord., *Derecho procesal constitucional*. Quito: Instituto de Derecho Público Comparado de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid / Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea / Tribunal Constitucional del Ecuador / Editora Nacional, 2005.
- . *La cuestión de constitucionalidad en el derecho español*. Santiago de Chile: Estudios Constitucionales, año/vol. 3, n.º 001, Centro de Estudios Constitucionales, 127-48.
- . *Los procesos constitucionales: La experiencia española*. Lima: Palestra, 2006.
- Pettit, Philip. *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Madrid: Paidós Ibérica, 1999.

- Pisarello, Gerardo. "El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad". En Víctor Abramovich Añón, María José Añón y Courtis Christian, comp., *Derechos Sociales, Instrumentos de Uso*. Ciudad de México: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.
- Plucknett Theodore, Frank Thomas. *A Concise History of Common Law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.
- Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Trad. por Victoria Roca. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- . *El análisis económico del derecho*. Trad. por Eduardo Sánchez. Ciudad de México: FCE, 2002.
- Pozzolo, Susana, y Rafael Escudero, edit. *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra: 2011.
- Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- . "El constitucionalismo de los derechos". En Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo*, 42-72. Madrid: Trotta, 2013.
- . *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1987.
- . *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Pusey, Merlo J. *Charles Evans Hughes*, vol. 1. Nueva York: The Macmillan Company, 1952.
- Radcliffe, C. J. *Not in Feather Beds*. London: Hamilton, 1968.
- Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: FCE, 2002.
- Ramón Gavernet, Haroldo, y Mario Antonio Mojer. *El romano, la tierra, las armas: Evolución histórica de las Instituciones del derecho romano*. La Plata: Ed. Lex, 1992.
- Rawls, Jhon. *Liberalismo político*. Ciudad de México: FCE, 1993.
- Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Ciudad de México: UNAM-IIJ, 1986.
- Restrepo, Juan, Camilo. "A quién le corresponde decretar el gasto público en Colombia: ¿Al Congreso Nacional o a la Corte Constitucional?". En Rodolfo Arango y otros, edit., *Corte Constitucional 10 años: Balances y Perspectivas*, 187-204. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003.
- Roca, Victoria. *Derecho y razonamiento práctico C. S. Nino*. Alicante: Universidad de Alicante, 2002.
- Rodríguez, César. *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1999.
- Rodríguez, Gabriela, Alberto Puppo, Raymundo Gama y Jorge Cerdio. *Interpretación conforme*. Ciudad de México: CIADH / Suprema Corte de Justicia de la Nación / Naciones Unidas, 2013.
- Rodríguez Ch., Orlando A. *Casación y revisión penal: Evolución y garantismo*. Bogotá: Temis, 2008.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social*. Trad. por J. Carrier. Barcelona: Edicomunicación, 1994.
- Ruiz Guzmán, Alfredo. *Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil-Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, 2015.

- Ruiz Manero, Juan. *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Sager, Lawrence. *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Sagüés, Néstor Pedro. "Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico". En Dunia Martínez Molina, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, 113-34. Quito: CCPT, 2012.
- Sanchís, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta, 2011.
- Schauer, Frederick. *Pensar como un abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Trad. por Tobías J. Dchleider. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- . Las reglas en juego. Trad. por Claudia Oruneso y Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.
- Schmitt, Carl. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- Secondat, Charles Louis, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*, libro XI. Trad por Mercedes Blásquez y Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1972.
- Secretaría Técnica Jurisdiccional, Garantías Jurisdiccionales. *Análisis Cuantitativo de las Decisiones de los Jueces de Instancia y Apelación en el año 2013*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2014.
- Serra Cristóbla, Rosario. *La guerra de las Cortes*. Madrid: Tecnos, 1999.
- Shiner, Roger. *Legal Institutions and the Sources of Law*. Dordrecht: Springer, 2007.
- Silva Vallejo, José Antonio. *La casación civil, su crisis actual*. Lima: ARA, 2010.
- Simone Lasso, Carmen. "El control de constitucionalidad de los actos administrativos en el Ecuador". En Ramiro Ávila Santamaría, comp., *Estado, derecho y justicia*, 43-62. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Sosa Wagner, Francisco, coord. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Storini, Claudia. "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008". En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 287-88. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- . "¿Sobre quién reposa la tortuga?: A vueltas con los límites de la interpretación constitucional". En Roberto Gargarella y otros, *Perspectivas constitucionales*, 1-41. Quito: CEP, 2011.
- Streeter, Jorge. "El razonamiento jurídico". *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos* (conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar, entre el 23 y el 25 de mayo de 1991). Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1992.
- Tama, Manuel. *El recurso de casación en la jurisprudencia nacional*. Guayaquil: Edilex, 2011.
- Tarello, Giovanni. "El 'problema' de la interpretación: Una formulación ambigua". En Susana Pozzolo y Rafael Escudero, edit., *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra: 2011.
- Thomas Plucknett, Theodore Frank. *A Concise History of Common Law*. Indianápolis: Liberty Fund, 2010.

- Tolosa Villabona, Luis Armando. *Teoría y técnica de la casación*. Bogotá: Edic. Doctrina y Ley Ltda., 2008.
- Tribe, Laurence H., y Michael C. Dorf, *Interpretando la Constitución*. Trad por Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra, 2010.
- Tropel, Michel. *Ensayos de teoría constitucional*. Ciudad de México: Fontamara, 2008.
- Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo contemporáneo: Teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: UASB-E / CEN, 2013.
- Tushnet, Mark. *Constitucionalismo y Judicial Review*. Lima: Palestra Editores, 2013.
- Tushnet, Mark. ¿Por qué la Constitución importa? Bogotá: UEC, 2012.
- Uribe Terán, Daniel. “Cumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales”. En Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de derecho procesal constitucional, cuadernos de trabajo*, t. II, 251-272. Quito: CCPT / CEDEC, 2011.
- Valencia Cuellar, Jorge. *Derecho*. Bogotá: Nomos, 2003.
- Vallejo Silva, José Antonio. *La Casación Civil: Su crisis actual*. Lima: ARA, 2010.
- Viehweg, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona: Gedisa, 2011.
- Valencia Cuellar, Jorge. *Derecho*. Bogotá: Nomos, 2003.
- Viciano Pastor, Roberto. “Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva constitución de Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 110-130. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- . “El largo camino hacia una Constitución europea”. *Revista de derecho de la Unión Europea*, n.º 1 (2001): 91-104.
- . “La columna vertebral de la revolución: el fenómeno participativo en la Venezuela bolivariana”. En Juan Torres López, coord., *Venezuela, a contracorriente: Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*, 45-60. Barcelona: Icaria, 2006.
- . “La función legislativa en la nueva Constitución de Ecuador”. En Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 159-70. Quito: MJDH, 2008.
- . “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”. En *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 67-68 (2009): 91-9.
- Viciano Pastor, Roberto, edit. *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Viciano Pastor, Roberto, y Martínez Dalmau, Rubén. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Luis Fernando Ávila Lizán, edit., *Política, justicia y Constitución*, 157-88. Quito: CCPT / CEDEC-Red por el Constitucionalismo Democrático, 2012.
- . “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Roberto Viciano Pastor, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 11-50. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- . *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- Vigo, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Ibañez, 2012.

- . “Constitucionalización y neoconstitucionalismo: Algunos riesgos y algunas prevenciones”, 492-541. Primer Congreso Iberoamericano XVIII, Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social.
- . “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: Coincidencias y diferencias”. En Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés, coord., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 2. Ciudad de México: UNAM-III, 2015.
- Von Ihering, Rudolph. *Jurisprudencia en broma y en serio*. Trad. por Ramón Riza. Madrid: Reus, 2015.
- Von Mayr, Robert. *Historia del derecho romano*, I. Barcelona: Labor, 1930.
- Waldron, Jeremy. *The Dignity of Legislation, The John Robert Seeley Lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Ciudad de México: FCE, 1993.
- Waluchow, W. J. *A common law theory of judicial review: The living tree*. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Nueva York: Cambridge University Press, 2007.
- Walzer, Michael. *Las esferas de la justicia: Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Trad. por Heriberto Rubio. Ciudad de México: FCE, 1993.
- Waluchow, W. J. *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree, Cambridge Studies in Philosophy and Law*. Nueva York: Cambridge University Press, 2007.
- Waldron, Jeremy. *The Dignity of Legislation. The John Robert Seeley Lectures*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Watson, Alan. *Legal transplants an approach to comparative Law*. Atenas: The University of Georgia Press, 1974.
- Wendell Holmes, Oliver. *La senda del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Yépez Garcés, Diego Francisco. *Trasplante de la práctica de prueba testimonial adversarial al Ecuador*. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015.
- Zagrebelky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.
- Zambrano Álvarez, Diego. “Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional”. En Juan Montaña Pinto, edit., *Apuntes de derecho procesal constitucional*, t. 1, 229-58. Quito: CCPT, 2011.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo: El Sistema Interamericano de DD. HH. a través de sus sentencias*. Quito: Edilex, 2011.
- Zaneti Jr., Hérmes. *El valor vinculante de los precedentes: Teoría de los precedentes normativos formalmente vinculantes*. Lima: Raguel Edic., 2015.
- Zapata Larrain, Patricio. *Justicia constitucional: Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Zavala Egas, Jorge. “La ley de Casación: Principales postulados”. En Ernesto Albán y otros, *La casación: Estudios sobre la Ley n.º 27*, 31-44. Quito: CEN, 1994.
- Zavala Egas, Jorge, Jorge Zavala Luque y José Francisco Acosta Zavala. *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: Edilex, 2012.

Zúñiga Urbina, Francisco, "La cuestión de inaplicabilidad: Los jueces entre legalidad y constitucionalidad". En Pablo Luis Manili, edit., *Tratado de derecho procesal constitucional*, t. II, Buenos Aires: La Ley, 2010.

Artículos en revistas especializadas

Alviar García, Helena. "¿Quién paga o debe pagar los costos del Estado Social de Derecho?". *Revista de Derecho Público*, n.º 22 (2009): XX-XX. <<http://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?numero=22>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

Atienza, Manuel. "Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto Vernengo". *Doxa*, n.º 3 (1986): 297-311.

Bazan, José Luis, y Raúl Madrid Ramírez. "Racionalidad y razonabilidad en el derecho". *Revista chilena de derecho*, 18, n.º 2 (1991): 179-88.

Belair Mouchel, Claude. "Comentario de jurisprudencia francesa". *Legislación y jurisprudencia. Gaceta informativa*, n.º 24 (1978): 323-57.

Berman, Harold J. "The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale", *The Yale Law Journal* 103, n.º 7 (1994): 1651-738.

Bernal de Bugueda, Beatriz. "Sobre la jurisprudencia romana (sus características y tendencias, la literatura jurídica y las escuelas de derecho)". *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 6 (1974): 89-133.

Bernal Pulido, Carlos. "El precedente en Colombia". *Revista Derecho del Estado*, n.º 21 (diciembre 2008): 81-94.

Blaustein, Albert P. y Field Andrew H. "'Overruling' Opinions in the Supreme Court". *Michigan Law Review* 57, n.º 2 (1958).

Castaño Peña, Jairo Andrés. "Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana". *Revista Derecho del Estado*, n.º 31 (2013): 119-60.

Coke, Edward. *Institutes of the Laws of England or A Commentary upon Littleton*, Nineteenth London Edition Revised (1853), Sect. 138. Trad. por Francisco Fernández Segado, "Sir Edward Coke, El Bonham's Case y la Judicial Review", *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Año 2013, n.º 2: 167-236.

Craig, Green. "An intellectual history of judicial activism". *Emory Law Journal* 58, n.º 5 (2009): 1195-208.

Criado, Diego. "El sistema de gobierno en las nuevas Constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador". *Revista general de derecho público comparado*, n.º 9 (2011): 1-44.

De Cabo de la Vega, Antonio de. "Institucionalidad y extrainstitucionalidad en el desarrollo de la Constitución Bolivariana de 1999". *Ágora*, n.º 13 (2005): 69-79.

Elias, T. O. "Colonial Courts and the Doctrine of Judicial Precedent". *The Modern Law Review*, n.º 4 18 (1955): 356-60.

Fernández Entralgo, Jesús. "La motivación de las resoluciones judiciales en la doctrina del Tribunal Constitucional". *Poder Judicial*, n.º Extra 6 (1989): 57-94.

Fernández Segado, Francisco. "Fourth Circuit Allows Alien Tort Statute Claim Against Abu Ghraib Contractor". *Harvard Law Review*, 128, n.º 5 (2015): 138-155.

- . “Sir Edward Coke, El Bonham’s Case y la Judicial Review”. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Año 6, n.º 2.
- Fowler, James H., y Jeon Sangick. “The authority of Supreme Court precedent”. *Social Networks* 30 (2008): 16-30.
- Garrido Gómez, María Isabel. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. *Ius et Praxis*, 15, n.º 1 (2009): 55-72.
- Golding, Martin P. “Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America-Major Themes and Developments”. *Journal of Legal Education*, 36, n.º 4 (1986): 441-80.
- González Martín, Nuria. “Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”. *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 30 (2000): 628-29.
- Goodhart, Arthur. “Determining the Ratio Decidendi of a Case”. *Yale Law Journal* 40, n.º 2 (1930): 161-83.
- Guastini, Riccardo. “El escepticismo ante las reglas replanteado”. Trad. por Federico José Arenas. *Revista Jurídica Decisiones* XI, n.º 11 (Año 2012): 27-57.
- Guillaume, Gilbert. “The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators”. *Journal of International Dispute Settlement* 2, n.º 1 (2011): 5-23.
- Günter, Klaus. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría normativa de la argumentación jurídica”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del derecho* (1995): 278-304.
- Hernández Martínez, María del Pilar. “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 81 (1994): 693-712.
- Herrera Betancourt, Patricio. “Jurisprudencia y precedente constitucional”. *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, n.º 1 (2011): 67-82.
- Hesse, Konrad. “La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional: Constitución y Proceso*, n.º 4. (2005): 150-75.
- Kempin, J. R., y Frederick G. “Precedent and Stare Decisis: The Critical Years, 1800 to 1850”. *The American Journal of Legal History* 3, n.º 1 (1959): 28-54.
- Kennedy, Duncan, y Karl E. Klare. “A Bibliography of Critical Legal Studies”. *Yale Law Journal*, 94, n.º 2 (1984): 461-90.
- Kent, James. “Comments on American Law”, vol. 1. *Making of the Modern Law Print Editions, O. Halsted* (1926): 432-51.
- Lipstein, D. K. “The Doctrine of Precedent in Continental Law with Special Reference to French and German Law”. *Journal of Comparative Legislation and International Law* 28, n.º 3/4 (1946): 34-44.
- Lobingier, C. Sumner “Precedent in Past and Present Legal Systems”. *Michigan Law Review* 44, n.º 6 (1946): 955-96.
- López Cuellar, Nelcy, y María Carolina Olarte Olarte. “Incumplimiento de sentencias de la Corte Constitucional colombiana. Aparentes garantías, silenciosos incumplimientos”. *Universitas*, n.º 113 (2007): 71-112.
- López Medina, Diego. “La jurisprudencia como fuente de derecho: Visión histórica y comparada”. *Umbral: Revista de Derecho Constitucional Umbral*, n.º 1 (2011): 21-54.

- Loring, Robert. "The Role of Universal Jurisprudence in Bentham's Legal Cosmopolitanism". *Revue d'études benthamiennes*, n.º 13 (2014): 734-56.
- Mcafee, Thomas B. "Brown and the Doctrine of Precedent: A Concurring Opinion". *Southern Illinois University Law Journal*, n.º 20 (1995): 99-108.
- Morineau, Marta. *Una introducción al Common Law*, n.º 4. Ciudad de Mexico: UNAM-IJ, 2004.
- Mortimer N. S. Sellers. "The Doctrine of Precedent in the United States of America". *The American Journal of Comparative Law*, 54 (2006): 67-88.
- Nieto, Alejandro. "Valor legal y alcance real de la jurisprudencia". *UNED: Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 8-9 (semestre 2001/1-semestre 2001): 103-16.
- Nino Carlos Santiago. "Sobre los derechos morales". *Alicante: Revista Doxa* 7 (1990): 311-25.
- Ortiz Bolaños, Liliana. "La interpretación constitucional de los derechos fundamentales desde la razonabilidad". *Revista Via Iuris*, n.º 8 (2010): 27-40.
- Pazmiño Freire, Patricio. "La acción extraordinaria de protección: Eficiencia y efectividad en el orden garantista". *Umbral: Revista de derecho constitucional*, n.º 3 (2013): 17-43.
- Pound, Roscoe. "Second Circuit Holds that Kiobel Bars Common Law Suits Alleging Violations of Customary International Law Based Solely on Conduct Occurring Abroad". *Harvard Law Review*, 127, n.º 5 (2014): 1496.
- . "What of Stare Decisis?". *Fordham Law Review*, n.º 13:1 (1941): 3.
- Salgado Pesantes, Hernán. "¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008? Primer balance de la 'Corte Constitucional en transición'". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 17 (2013): 311-24.
- Sellers, Mortimer N. S. "The Doctrine of Precedent in the United States of America". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54. American Law in the 21st Century: U. S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law (2006).
- Sodero, Eduardo. "Sobre el cambio de los precedentes". *Isonomía*, n.º 21 (octubre de 2004).
- Sprinz, Petr. "The Role of Judges in the English Legal System with Respect to the Creation of Law". *Olomouc Young Lawyers Debates: Collection of Papers* 1, n.º 38 (2008): 37-41.
- Stamile, Natalina. "Razonabilidad (Principio de)". *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 8 (2015): 222-8.
- Storini, Claudia, y Jhoel Escudero Soliz. "El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 9 (2011): 1-33.
- Storini, Claudia, y Marco Navas, *La acción de protección en Ecuador: realidad jurídica y social*. Quito: CCE, 2013.
- Strauss, David A. "The Common Law Genius of the Warren Court". *Public Law Research Paper*, n.º 25 (2002): 1-37.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén. "El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Ágora*, n.º 13, (2005): 55-68.

- “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”. *IUS: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 25, (2010): 7-29.
- “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista general de derecho público comparado*, n.º 9, (2011): 1-24.
- Velasteguí, Ximena. “Efectividad de las sentencias constitucionales de acción de protección y su mecanismo de cumplimiento”. *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, n.º 3 (2013): 103-26.
- Vernengo, Roberto. “Ciencia Jurídica o Técnica Política: ¿Es posible una ciencia del derecho?”. *Doxa*, n.º 3 (1986).
- “Réplica a la respuesta de M. Atienza”. *Doxa*, n.º 3 (1986).
- Vigo, Rodolfo Luis. “Ética judicial e interpretación jurídica”. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, n.º 29 (2006): 273-94.
- “Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional (Proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”. *Prudentia iuris*, n.º 74 (2012): 57-78.

Sitios web

- Aguirre Castro, Pamela. “El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano: ¿Cambio de paradigma?”. *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, n.º 3, (enero-junio de 2013): 69-102. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/revista_umbral_3.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Ávila, Dayana. “Acción de incumplimiento: fundamentos conceptuales y líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional para el Período de Transición”. Tesis de maestría, UASB-E, 2015. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4664/1/T1722-MDP-Avila-Incumplimiento.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Bernal Cano, Natalia. “Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho”. *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional*, n.º 28 (enero-junio de 2013). <http://ac.els-cdn.com/S140591931371285X/1-s2.0-S140591931371285X-main.pdf?_tid=bc113846-23f8-11e6-81e3-00000aacb35e&acdnat=1464346369_1937c1e722ef50c3f433392a0c0932d7>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Bordieu, Pierre. “The of the Law: Toward a Sociology of the Juridical Field”. <<http://derechocambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu%255B1%255D.pdf>>, Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Botero Marino, Catalina, García Villegas, Mauricio, Guarnizo, Diana, Jaramillo, Juan Fernando, y Uprimny, Rodrigo. *Tutela contra sentencias: Documentos para el debate*. Bogotá: De Justicia-Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006. <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.187.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Botero Marino, Catalina, y Jaramillo, Juan Fernando. “El conflicto de las altas cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias”. <http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.37.pdf>. Consulta: 1 de mayo de 2016.

- Carbonell, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*, cap. I. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/4.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Delgado Castro, Jordi. "La historia de la casación civil española: Una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina". *Revista de derecho* (Valparaíso) n.º 33 (2009): 345-67. <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200009&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512009000200009>. Consulta: 6 de abril de 2016.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, 1986. <<https://iuristebi.files.wordpress.com/2011/07/laws-empire.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Ekmekdjian, Miguel Ángel. "Breves Reflexiones sobre el Poder Judicial". *Revista Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires*. <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/breves-reflexiones-sobre-el-poder-judicial.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Rubén Sánchez Gil. "Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana". *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XV. Montevideo: 2009. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr16.pdf>>. Consulta: 1 de junio de 2016.
- García Belaundé, Domingo. *La nueva Constitución del Perú*. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/883/15.pdf>>.
- González Martín, Nuria. "Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica". <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt27.pdf>>, 621-72. Consulta: 13 de marzo de 2016.
- Hernández Muñoz, Verónica. "El test de motivación de la Corte Constitucional Del Ecuador". <<http://www.deliberando.com/articulos/el-test-de-motivacion-de-la-corte-constitucional-del-ecuador/>>. Consulta: 10 de mayo de 2016.
- Husson, León. "Analyse critique de la méthode de L'Exégèse". *Nouvelles études sur la pensée juridique*, 184-96. Trad. por Gabriel Limodio París: Ed. Dalloz, 1974. <<http://web.archive.org/web/20090306035902/http://www.salvador.edu.ar/juri/apuntes/Bastidas-MCL/La%20escuela%20de%20la%20Exegesis.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2015.
- Iturralde Sesma, María Victoria. "Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de 'civil law' el caso español". *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 12 (1995): 401-24, <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142313>>. Consulta: 5 de abril de 2016.
- Jaramillo Villa, Marcelo. "La acción extraordinaria de protección". <<http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/presentacion1.pdf>>. Consulta: 20 de mayo de 2015.
- Leiter, Brian. "American Legal Realism". *U of Texas Law, Public Law Research Paper*, n.º 42 (2002). <<http://ssrn.com/abstract=339562>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.339562>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Ley de las XII Tablas, traducción al castellano. <<http://ww2.educarchile.cl/UserFiles/P0001/File/doce%20tablas.pdf>>. Consulta: 12 de abril de 2016.

- López Medina, Diego. "El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 26, 2015. <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14181>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- López Ruiz, Miguel. *Estructura y estilo en las resoluciones judiciales*. Ciudad de México: Novun, 2012. <http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx/sisbib/po2009/67864/67864_1.pdf>. Consulta 16 de mayo de 2016.
- Magaloni, Ana Laura. "La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional". *CIDE*, n.º 57 (diciembre 2011). <<http://www.libreriadicide.com/libros/pdf/DTEJ-57.pdf>>. Consulta: 5 de mayo de 2016.
- Maraniello, Patricio Alejandro. "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional". *Pensar el derecho* (2015): 127, <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>>. Consulta: 1 de diciembre de 2015.
- Montaña Pinto, Juan. "Los precedentes obligatorios en la Constitución ecuatoriana". *Boletín Institucional-Corte Nacional de Justicia*, n.º 20 (noviembre-diciembre de 2015): 18-21. <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Principal/Evelyn/Pdf/boletincnj020.pdf>>. Consulta 1 de mayo de 2016.
- Ociel Castaño, Luis. "El juez constitucional y el llamado nuevo derecho". <http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/08_185_lociel_juez_constitucional.pdf>. Consulta 1 de mayo de 2016.
- Oteiza, Eduardo. "El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación". *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf>. Consulta: 7 de octubre de 2013.
- Pizzorusso, Alesandro. "Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano". <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1229&IDA=35310>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Saffon, María Paula, y Mauricio García Villegas. "Derechos sociales y activismo judicial: La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (2011): 75-107, <<file:///C:/Users/master/Downloads/1511-5815-1-PB.pdf>>. Consulta: 1 de diciembre de 2015.
- Salcedo Flores, Antonio. "El neoconstitucionalismo en México". en *Alegatos*, n.º 88 (septiembre-diciembre de 2014). <<http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/81/88-01.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Schiele Manzar, Carolina. "La jurisprudencia como fuente de derecho: El papel de la jurisprudencia". <<http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/13-Schiele.pdf>>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Soas University of London. Understanding UK Case Law. <<http://www.soas.ac.uk/library/subjects/law/research/file70250.pdf>>. Consulta: 10 de abril de 2016.
- Tórtora Aravena, Hugo. "Recensión". En Claudia Storini y José Francisco Alenza García, edit. *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

- Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi / Universidad Pública de Navarra, 2012. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532014000100022&script=sci_arttext>. Consulta: 1 de mayo de 2016.
- Torres, Luis Fernando. "Activismo Judicial, delimitando sucintamente su origen, características y clases". *Iuris Dictio*, vol., 13 (enero-junio 2013): 66. <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_15/iurisdictio_015_004.pdf>. Consulta: 1 de diciembre de 2015.
- Tunc, André y Suzanne Tunc. *El derecho de los Estados Unidos de América*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria, 1975. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=633>>. Consulta: 31 de marzo de 2016.
- Zimmermann, Reinhard. "Derecho romano y cultura europea". *Revista de Derecho Privado* [en línea] (enero-junio de 2010). <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537592001>>. Consulta: 7 de abril de 2016.

Instrumentos jurídicos internacionales y nacionales

- Colombia. *Constitución Política de Colombia* [1991]. *Gaceta Constitucional*, 116, 1991.
- Colombia. *Decreto 2067* (1991). *Diario Oficial* 40012, 1991.
- Colombia. *Ley 270* (1996). *Diario Oficial*, 42745, 1996.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador* (2008). *Registro Oficial* 449, 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (2009). Publicada en *Registro Oficial, Suplemento* 52, 2009.
- Ecuador. *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*. Publicado en *Registro Oficial Suplemento* 613, 2015.
- Ecuador. *Reglamento Orgánico por Procesos de la Corte Constitucional*. Publicado en *Registro Oficial Suplemento* 591, 2015.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *El recurso de casación en el estado constitucional de derechos y justicia*, Imprenta Gaceta Judicial, Ecuador, 2013.
- Ecuador, Código Civil, codificación 010, *Registro Oficial Suplemento* 46, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial Suplemento* 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*, en *Registro Oficial Suplemento* 506 (22 de marzo de 2015).
- España. Constitución española. *Boletín Oficial del Estado* 311, 29 de diciembre de 1978.
- México. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* [1917]. *Diario Oficial de la Federación*.
- México. *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* [2013]. *Diario Oficial de la Federación*.
- Perú. *Código Procesal Constitucional* [2004]. *Ley No. 28237* publicada en el *Diario Oficial*, 2004.
- Perú. *Constitución Política* [1993], publicada en el *Diario Oficial*, 1993.
- Venezuela. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

Jurisprudencia internacional y nacional

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador

Auto de seguimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, 10 de diciembre de 2014, caso 0063-10-IS.

Sentencia 071-13-SEP-CC, caso 0512-13-EP.

Sentencia 020-13-SEP-CC, caso 563-12-EP.

Sentencia 092-13-SEP-CC, caso 538-11-EP.

Sentencia 001-13-SCN-CC, caso 535-12-CN.

Sentencia 004-13-SAN-CC, caso 015-10-AN.

Sentencia 080-13-SEP-CC, caso 0445-11-EP.

Sentencia 123-13-SEP-CC, caso 1542-11-EP.

Sentencia 021-13-SEP-CC, caso 960-10-EP.

Sentencia 009-13-SIN-CC, caso 008-12-IN.

Sentencia 001-14-PJO-CC, caso 0067-11-JD.

Sentencia 610-14-EP-CC, caso 0610-14-EP.

Sentencia 009-14-SEP-CC, caso 526-11-EP.

Sentencia 213-14-SEP-CC, caso 589-13-EP.

Sentencia 008-14-SIN-CC, caso 062-12-IN.

Sentencia 110-14-SEP-CC, caso 1733-14-EP.

Sentencia 030-15-SEP-CC, caso 849-13-EP.

Sentencia 316-15-SEP-CC, caso 307-13-EP.

Sentencia 140-15-SEP-CC, caso 851-13-EP.

Sentencia 258-15-SEP-CC, caso 2158-11-EP.

Sentencia 131-15-SEP-CC, caso 561-12-EP.

Sentencia 155-15-SEP-CC, caso 1212-12-EP.

Sentencia 182-15-SEP-CC, caso 1493-10-EP.

Sentencia 258-15-SEP-CC, caso 2184-11-EP.

Sentencia 001-16-PJO-CC, caso 0530-10-JP.

Sentencia 002-16-SEP-CC, caso 2209-11-EP.

Sentencia 003-16-SEP-CC, caso 1334-15-EP.

Sentencia 036-16-SEP-CC, caso 1705-13-EP.

Sentencia 016-16-SEP-CC, caso 2014-12-EP.

Sentencia 002-16-SEP-CC, caso 2209-11-EP.

Sentencia 019-16-SEP-CC, caso 0542-15-EP.

Sentencia 071-16-SEP-CC, caso 1933-15-EP.

Sentencia 010-16-SIN-CC, caso 0053-15-IN.

Sentencia 019-16-SIN-CC, caso 0090-15-IN.

Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición

Dictamen 007-11-DTI-CC, caso 0023-10-TI.

Sentencia 001-08-SI-CC, casos 0003-08-IC y acumulados.

Sentencia 003-09-SIN-CC, caso 0021-2009-IA,

Sentencia 002-09-SAN-CC, caso 005-08-AN.
Sentencia 005-09-SI-CC, casos 001-08-IC (acumulados);
Sentencia 006-09-SI-CC, caso 012-08-IC.
Sentencia 009-09-SIS-CC, caso 0013-09-IS.
Sentencia 012-09-SEP-CC, caso 0048-08-EP.
Sentencia 001-10-SIN-CC, caso 0008-09-IN.
Sentencia 014-10-SCN-CC, casos No. 0021-09-CN; 0034-09-CN; 0035-09-CN;
0036-09-CN; 0002-10-CN; 0006-10-CN; 0017-10-CN; 0021-10-CN; 0022-10-CN;
0023-10-CN; 0024-10-CN; 0028-10-CN; 0033-10-CN; 0034-10-CN; 0037-10-CN;
0038-10-CN; 0039-10-CN; 0040-10-CN; 0041-10-CN; 0042-10-CN.
Sentencia 007-10-SIN-CC, caso 006-08-IN.
Sentencia 009-10-SIN-CC, casos 0013-09-IN; 0009-09-IA; 0019-09-IN; 0024-09-IN;
0025-09-IN; 0026-09-IN; 0033-09-IN; 0040-09-IN; 0044-09-IN; 0049-09-IN.
Sentencia 001-10-JPO-C, caso 999-10-JP.
Sentencia 022-10-SEP-CC, caso 019-09-EP
Sentencia 003-10-SIC-CC, caso 004-09-IC.
Sentencia 003-10-SAN-CC, caso 0014-08-AN.
Sentencia 045-11-SEP-CC, caso 0385-11-EP.
Sentencia 227-12-SEP-CC, caso 1212-11-EP.
Sentencia 105-12-SEP-CC, caso 0752-10-EP.
Sentencia 204-12-SEP-CC, caso 1247-10-EP.
Sentencia 001-12-SIC-CC, caso 008-10-IC.
Sentencia 001-12-PJO-CC, casos 0893-09-EP y acumulados.
Colombia. Corte Constitucional

Sentencia C-113 de 1993

Sentencia C-131 de 1993.
Sentencia C-083 de 1995.
Sentencia T-123 de 1995.
Sentencia T-260 de 1995.
Sentencia C-037 de 1996.
Sentencia T-321 de 1998.
Sentencia C-063 de 1998.
Sentencia SU-047 de 1999.
Sentencia C-836 de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C 170 (2007), párr. 107. Sentencia 014-14-SEP-CC], caso 0954-10-EP.
Caso *Yatama vs. Nicaragua*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C 127 (2005), párrs. 152 y 153.
Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C 170 (2007).

Caso Yatama *vs.* Nicaragua, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C 127 (2005), párrs. 152 y 153.
Ecuador. *LOGJCC* [2009], art. 158.

Estados Unidos. Supreme Court of the United States

Caso Al Shimari v. CACI Premier Technology, Inc., 758 F.3d 516 (4th Cir. 2014).
Caso Balintulo v Daimler AG, 727 F.3d 174 (2d Cir. 2013).
Caso Brown v Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
Caso Escobedo v Illinois, 378 U.S. 478 (1964).
Caso Kiobel v Royal Dutch Petroleum, Co. (Shell), 133 S.Ct. 1659 (2013).
Caso Marbury v Madison, 5 U.S. 137 (1803).
Caso McCulloch v Maryland, 17 U.S. 316 (1819).
Caso Miranda v Arizona, 348 U.S. 436 (1966).
Caso Nicholson v Sligh [1772]. En Thomas Harris y John M'Henry. Maryland Reports, vol. 1 (1809).
Caso Obergefell *et al.* v Hodges, Director, Ohio Department Of Health, Et AL, 576 U.S. (2015).
Caso Plessy v Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

Inglaterra

Caso Davis v Johnson [1979] AC 264, Cámara de los Lores.
Declaración Práctica [1966] 1 WLR 1234
Caso Donoghue v Stevenson [1932] A.C. 562, Cámara de los Lores.
Caso Kadhim v Housing Benefit Board, Brent, (2001) 33 HLR 79, [2000] EWCA Civ 344, [2001] QB 955, [2001] 2 WLR 1674, par. 35. Austin v Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark [2010] UKSC 28.
Caso R v Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd [1973] AC 435. National Enterprises Ltd v Racial [1975] CH 397, Corte de Apelaciones.
Caso R v R [1991] 3 WLR 767
Caso Young v Bristol Aeroplane Co Ltd [1944] 1 KB 718, Corte de Apelación.

México. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Pleno, recurso de reclamación 130/2011, sesión de 26 de enero de 2012. Segunda Sala, recurso de revisión, sesión privada 30 de marzo de 2016.

Perú. Tribunal Constitucional

Sentencia 0024-2003-AI/TC.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar –creada en 1985 por el Parlamento Andino– es una institución de la Comunidad Andina (CAN) y, como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú).

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad en Ecuador que recibe un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Historia, Letras y Estudios Culturales, y Salud, además del Programa Andino de Derechos Humanos, el Programa Académico de Cambio Climático, el Centro Andino de Estudios Internacionales, y las cátedras: Brasil-Comunidad Andina, Estudios Afro-Andinos, Pueblos Indígenas de América Latina, e Integración Germánico Salgado.



Derecho y Sociedad

TÍTULOS PUBLICADOS

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ▪ Corporación de Estudios y Publicaciones

- 1 Jhoel Escudero Soliz
Crisis bancaria, impunidad y verdad
- 2 María Elena Jara Vásquez
Tutela arbitral efectiva en Ecuador
- 3 Pablo Alarcón Peña
Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano
- 4 Sebastián López Hidalgo
Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador
- 5 Catalina Mendoza Eskola
Identidades femeninas en el derecho ecuatoriano
- 6 Pamela Juliana Aguirre Castro
El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico

ACCEDA A TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE UN CLIC



Es un software legal completo de la Legislación Ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, así mismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria.

El Cepweb ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial.

Es actualizado on-line, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:
www.bit.ly/registrocep



Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186
www.cep.org.ec ▪ ventas@cep.org.ec

A partir de la vigencia de la Constitución de 2008, en Ecuador ha cobrado fuerza la idea del derecho jurisprudencial; en esta línea, la obra *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano* estudia la creación judicial como fuente de derecho, en particular en el caso de la justicia constitucional, así replantea el estatus de la jurisprudencia y, específicamente, del precedente constitucional, su importancia y las funciones en el sistema de fuentes.

Este análisis se realiza a partir del estudio de una visión histórica general, respecto del valor de la creación judicial del derecho en los sistemas jurídicos de origen en el *civil law* y en el *common law*. Se toma como punto de partida el entendimiento de la labor judicial en el proceso histórico de la conformación del poder estatal. Posteriormente, se plantea la transformación en el sistema de fuentes, para ello se determinan los estatus ontológico y epistemológico del precedente y cómo este nuevo paradigma impone una nueva configuración de la teoría clásica de separación de poderes, innovaciones que se enlazan a la necesidad de la argumentación jurídica, como límite necesario en la creación judicial del derecho.

Tras el análisis crítico, a partir del método sociológico, se ponen de manifiesto los efectos de las sentencias en la justicia ordinaria y, sobre todo, la constitucional, con el fin de explicar cómo operan los mecanismos de disciplina, vinculación, y la eficacia de esta fuente en la praxis constitucional, lo cual permite dar cuenta de los problemas y de los retos a los que se enfrenta el precedente constitucional en el ámbito ecuatoriano.

P.V.P.: USD 25.00

ISBN: 978-9942-10-467-0



9789942104670



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

