

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

**La acción de inconstitucionalidad respecto de los precedentes
jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia**

Un análisis de la Resolución 10-2015

Milton David Salazar Páramo

Tutor: Jorge Isaac Benavides Ordóñez

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Milton David Salazar Páramo, autor del trabajo intitulado, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

15 de agosto de 2019

Firma: _____

Resumen

En el marco del análisis doctrinario y normativo, esta tesis indaga en los fundamentos del control constitucional en el Ecuador, en la naturaleza de los precedentes dentro del ordenamiento jurídico del país, para posteriormente revisar la regularidad del precedente emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 10-2015 en contraposición al contenido de la Constitución de la República. El sustento del control antes mencionado se encuentra en la garantía denominada justicia constitucional, la cual le otorga fuerza normativa y supremacía a la Constitución, esto a través del análisis de compatibilidad de las normas jurídicas en relación con la norma suprema del Estado. En el caso del Ecuador, quien lo ejerce es la Corte Constitucional, quien tiene potestad para revisar la regularidad de actos normativos en la forma y en el fondo. Bajo esta óptica es posible revisar la constitucionalidad de los precedentes jurisprudenciales obligatorios emitidos por la Corte Nacional de Justicia entre los cuales se incluye aquel creado a través de Resolución No. 10-2015 por el cual se crea la fase de admisión del Recurso de Casación. Ante esta posibilidad se examina el precedente antedicho, encontrando que ha sido creado en violación a las normas de procedimiento propias de este acto normativo, al mismo tiempo que vulnera el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al recurso, previstos en los Arts. 75 y 76.7 literal m) de la Constitución de la República.

Palabras clave: Constitución, control constitucional, precedente, tutela judicial efectiva, casación, recurso.

A la vida y a todos los obstáculos superados para llegar hasta acá

Agradecimientos

Agradezco a todas aquellas personas que han estado ahí y me acompañaron durante este camino, especialmente a mi familia, a mis amigos con quienes he contado incondicionalmente y de quienes he recibido el aliento necesario para poder finalizar este ciclo.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo I La Acción de inconstitucionalidad respecto de actos normativos de efectos generales.....	15
1.1.- La justicia constitucional, una institución fundamental para asegurar la Supremacía y la fuerza normativa de la Carta Fundamental.....	15
1.2.- El Control Constitucional.....	19
1.3.- El Control de constitucionalidad y La acción de inconstitucionalidad en la normativa ecuatoriana.....	28
Capítulo II La Naturaleza de Los Precedentes Jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia.....	43
2.1.- Fuentes del Derecho.....	43
2.2.- Las fuentes del Derecho en el Estado constitucional de derechos y Justicia.....	54
2.3.-El precedente judicial y el precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	59
Capítulo III La inconstitucionalidad de la Resolución No. 10-2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia.....	77
3.1.- La inconstitucionalidad formal del Precedente.....	77
3.2.- La inconstitucionalidad material del Precedente.....	87
3.3.- Efectos de inconstitucionalidad del Precedente contenido en la Resolución No.10-2015.....	101
Conclusiones.....	105
Bibliografía.....	107

Introducción

La entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi del año 2008, generó cambio de paradigma en el plano del derecho, pues condujo al Ecuador del Estado legal de derecho, hacia estructurarse como un Estado constitucional de derechos y de justicia, lo que implica que se reconoce a la Constitución como norma jurídica y que se reconozca el pluralismo jurídico.

Esto ha devenido en una modificación sustancial en el sistema tradicional de fuentes del derecho del país, toda vez que se ha reconocido nuevos sujetos con capacidad normativa, entre los cuales se encuentran la Corte Constitucional, cuyas sentencias y dictámenes son vinculantes en todo el ordenamiento en aplicación del Art. 436.1 de la Constitución; pero principalmente para efectos de esta investigación es preciso referirse a la Corte Nacional de Justicia, la cual al tenor del Art. 184.2 del mismo texto normativo, tiene la facultad de desarrollar un sistema de precedentes fundamentado en fallos de triple reiteración, los cuales se convierten en “jurisprudencia obligatoria”.

En uso de esta potestad que otorga la Constitución, la Corte Nacional de Justicia ha dictado veintiséis Precedentes Jurisprudenciales en un período que comprende desde el 30 de junio del 2009, hasta el 15 de marzo de 2018 en diversas materias; señalando en cada uno de ellos que tienen efecto general y obligatorio inclusive para la propia Corte Nacional de Justicia, y además generando en cada uno disposiciones que se aplican a todos los sujetos que se ajustan al supuesto de hecho que establecen, razón por la cual no podríamos estar hablando de sentencias, cuyos efectos son particulares, pues tienen fuerza obligatoria únicamente respecto de las causas en las que se pronuncia¹, sino de

¹ Mendoza García, Luis y Rigoberto Carrillo. *Diccionario Jurídico* (Guayaquil: Impresos Nueva Luz) 179.

resoluciones que contienen normas de derecho con efecto *erga omnes*, constituyéndose en actos normativos con carácter general.

Cabe decir que estos precedentes son creados únicamente a partir de la existencia de tres sentencias que deciden un conflicto judicial a partir del mismo razonamiento jurídico; el cual es recogido en una resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que establece una regla general y obligatoria que se integra a nuestro ordenamiento.

Es así que a través de una de estas resoluciones, específicamente la Resolución NO. 10-2015 publicada en el Registro Oficial 263 de 12 de agosto del año 2015, se han creado reglas generales para el proceso penal en materia de recursos, pues se ha dispuesto lo siguiente:

- a) *Declarar precedente obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un punto de derecho, que permite resolver sobre la obscuridad existente sobre el alcance del artículo 657.2 del Código Orgánico Integral Penal, creando de tal forma una fase de admisión dentro de la cual se analizará si el escrito de casación contiene los requisitos de admisibilidad respectivos; después de lo cual en caso de cumplirse se llamará audiencia, en la cual se podrá aplicar la casación de oficio; sin que exista posibilidad de completar el recurso presentado, ni recurrir respecto de esta resolución.*²

Generando que el recurso de casación en materia penal sea tramitado bajo esta regla, lo que a su vez genera que: a) se sustancie este recurso bajo una fase admisión no contemplada en la ley; b) que se revisen requisitos de forma y fondo de la impugnación, que en caso de no ser cumplidos, determinan su negativa; c) que no se permita subsanación de estos requisitos; y finalmente: d) que se limite el conocimiento de la Corte sobre este recurso, lo que obstaculiza

² Resolución No. 10-2015, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 9 de julio de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-10%20Triple%20reiteracion%20Admisibilidad%20del%20recurso%20de%20casacion%20penal.pdf

el cumplir los fines de la casación, y sobre todo de la casación de oficio, que es una institución propia del Derecho Penal.

En este sentido esta facultad antes descrita, así como el acto normativo expuesto merecen el estudio correspondiente, esta potestad principalmente respecto a sus límites en relación a las garantías primarias que establece la Constitución y el acto normativo antedicho en relación a su constitucionalidad tanto formal como material, la cual debe ser examinada ante los órganos de justicia constitucional de la República a través de una acción de inconstitucionalidad.

Bajo lo señalado, la pregunta que guiará esta exposición será la siguiente: ¿Es constitucional o no el Precedente Jurisprudencia Obligatorio emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución NO. 10-2015, publicada en el Registro Oficial 263 de 12 de agosto del año 2015, a través de la cual se ha creado una fase de admisión respecto de la resolución Recurso de Casación?

La respuesta por su parte será desarrollada a partir de: 1) determinar el ámbito de aplicación de la acción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico; 2) establecer la naturaleza jurídica de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia y; 3) analizar la inconstitucionalidad por la forma y el fondo del precedente jurisprudencial obligatorio emitido por la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 10-2015 publicada en el Registro Oficial 263 de 12 de agosto del año 2015.

Por ello en el primer capítulo de este trabajo se examina el fundamento de la garantía de la justicia constitucional y principalmente si quien ejerce esta justicia, es decir la Corte Constitucional tiene la potestad de controlar la regularidad de los precedentes jurisprudenciales generados por la Corte Nacional de Justicia, a través de la acción de inconstitucionalidad.

En el segundo capítulo se estudia la naturaleza jurídica de los precedentes jurisprudenciales que emite la Corte Nacional de Justicia, para cuyo objeto se

revisa las definiciones y origen de los conceptos de: precedente y jurisprudencia, por medio de una mirada a los sistemas jurídicos de los cuales provienen.

En el tercer capítulo se estudia en específico la inconstitucionalidad tanto formal como material del precedente que contiene la Resolución No. 10-2015 antedicha y para ello se analiza la forma en que fue aprobado este acto normativo, para posteriormente reconocer si el mismo es compatible con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el Art. 75 de la Constitución y del derecho previsto en el Art. 76. m) del mismo cuerpo normativo.

Sobre el final del trabajo se establece la forma en la que se considera debe ser resuelta una posible acción constitucional en contra del precedente materia de esta investigación.

Capítulo I La Acción de inconstitucionalidad respecto de actos normativos de efectos generales

En este capítulo se tratará en primer momento el concepto de justicia constitucional en su calidad garantía de la Ley Fundamental, para posteriormente explicar el concepto del control de constitucionalidad, sus modalidades y finalizar con un análisis respecto al control abstracto y acción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.1.- La justicia constitucional, una institución fundamental para asegurar la Supremacía y la fuerza normativa de la Carta Fundamental.

La Justicia Constitucional es una garantía constitucional, siendo esta las que permite asegurar la supremacía de la Ley Fundamental sobre el resto del ordenamiento jurídico, es decir sin la misma no hay manera de establecer la subordinación de la voluntad ordinaria del Estado expresada a través de la Ley hacia la voluntad constituyente expresada en la Constitución, lo que dota a su vez de carácter jurídico a la Constitución³

Por lo tanto la Constitución a través de la justicia constitucional, adquiere supremacía⁴ entendida como el principio básico de todo sistema jurídico, bajo el cual existe una jerarquía normativa indispensable y que el fundamento de validez y unidad del ordenamiento jurídico, reside en la Constitución.⁵

Esta Supremacía se expresa tanto en un sentido material, como formal; material por cuanto, la Constitución es el origen y razón de validez de la

1 Pérez Royo Javier, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional: Las Garantías Constitucionales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, no.12 (1992): 2

⁴ Rafael. Oyarte, “La Supremacía Constitucional”, en *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana*, coord. J. Luis Luna Gaibor y Rodrigo Santillán (Quito: Konrad Adenauer Stiftung, 1999), 77-79.

⁵ André. Benavides *Sentencias Interpretativas o Manipulativas La actividad paralegislativa de la Corte Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 7

actividad jurídica desarrollada en el Estado, organiza las competencias de los órganos del poder público, por lo tanto los actos de este poder no pueden ser contrarios a la Constitución, en tal razón ninguna norma puede irse en contra de su contenido; en un sentido formal; la Constitución es una norma que exige requisitos y procedimientos diferentes y más dificultosos para su expedición y reforma que el resto de normas inferiores a ella, a esto lo llamamos la rigidez constitucional; por otra parte la Carta Fundamental establece el trámite mediante el cual deben crearse, modificarse y derogarse las principales normas jurídicas, por lo que si una norma es creada inobservando su procedimiento carece de validez.

Por otro lado la supremacía de la que hablamos brinda a la Constitución de fuerza normativa por ello que ya no será un simple mecanismo de articulación de grupos políticos; sino que constituirá estatuto básico de la vida común, generando la necesidad de definir límites al poder por relación a los derechos de los ciudadanos, con el fin de promover la libertad efectiva y la igualdad.⁶

La Justicia Constitucional además tiene una estrecha relación con otra garantías, que es la reforma de la Constitución, la cual establece un procedimiento más lento y dificultoso para modificar el contenido de la misma, además de una mayoría superior a la establecida para reformar la ley para asegurar así los derechos de las minorías. Sin embargo si bien ambas son garantías, la primera constituye una garantía ordinaria, pues a través de la actividad interpretativa se adapta a las cambiantes circunstancias sociales, lo que permite su integración en la vida de la comunidad; mientras que la reforma constitucional es una garantía extraordinaria, ya que se acude a ella únicamente cuando a través de la interpretación no se encuentra una salida que resuelva el

⁶Eduardo. García De Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional (Madrid, Civitas, 1985), 175

conflicto, lo que asegura que se consiga un consenso entre los distintos intereses sociales similar al que se tuvo cuando se aprobó la Ley Fundamental.⁷

En tal virtud es sustancial el complemento de la justicia constitucional para proteger la Constitución de la mayoría parlamentaria y no parlamentaria, especialmente a través del control constitucional de la ley y de los procedimientos de cambio de la Norma Suprema.⁸ Por consiguiente estas dos garantías actuando en conjunto son las que asegurar el carácter de norma jurídica y la supremacía a la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico.

Siendo preciso mencionar que estas garantías tienen su razón de ser en el origen de la Constitución, al constituir la expresión de la soberanía popular expresada en una Asamblea Constituyente, por lo tanto:

La Constitución no es, en última instancia otra cosa que la explicitación del compromiso del compromiso originario que se fragua en el proceso constituyente y el fundamento del compromiso permanente ulterior. Y de ahí que la existencia de instituciones de control en la forma de garantías constitucionales... ”⁹

De esta forma la Constitución no es obra de ninguno de los órganos constituidos, al ser el resultado de quienes tienen poder para constituir el Estado y darle una organización jurídica, es decir el pueblo, el cual en oposición de las instituciones constituidas lo llamamos constituyente, el cual no depende de nadie al ser soberano y por tanto su obra, La Constitución, es como tal suprema.¹⁰

Al respecto nuestra Carta Magna en su Art. 424 manifiesta que: La Constitución es la norma suprema prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico y de igual forma dispone que: “Las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” En virtud de

⁷ Jorge Issac Benavides Ordóñez. “Reforma constitucional y límites en la Constitución de 2008” (tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016), 187, <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/48471>

⁸ Pérez Royo, “Del Derecho Político al Derecho Constitucional, 6

⁹ *Ibíd*, 12

¹⁰ Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo Contemporáneo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013), 186.

lo cual la Constitución se constituye en la Base de la Regularidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues es la norma que regula la elaboración de las leyes y demás normas jurídicas, debiendo manifestar que Hans Kelsen definió a la regularidad como: “ [...] la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico.”¹¹

A modo de síntesis se puede señalar la importancia de la justicia constitucional, pues a través de ella se protege el carácter supremo y la fuerza normativa de la Constitución, incluyendo además la vigencia de los derechos fundamentales. Así lo expresa Jorge Benavides, quien manifiesta que:

*No supone novedad el sostener que gracias a la existencia de los tribunales y cortes constitucionales ha sido posible la defensa de la supremacía constitucional, la garantía de los derechos fundamentales, así como la vigencia de la fuerza normativa de la Constitución. En este sentido la conjunción de dichos elementos ha supuesto un importante impulso al plausible fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, característico de las democracias constitucionales de nuestros días. Al punto que, como advierte Pegoraro, la justicia constitucional forma parte de la estructura genética de la democracia liberal, de ahí que la existencia de esta última es dudosa en caso de ausencia de controles que garanticen la armonía de las leyes con la Constitución.*¹²

De hecho sin esta jurisdicción, la Ley Fundamental queda librada a su respaldo social, el cual no es suficiente para contener interpretaciones contrarias a la propia Constitución, considerando que los poderes más fuertes pueden imponerse sobre este consenso; mientras que los tribunales constitucionales tienen la posibilidad de enfocar La Constitución de un modo relativamente independiente de las coacciones y los intereses del poder.¹³

¹¹ *Ibíd*, 4

¹² Benavides, Jorge, *El control abstracto de constitucionalidad de la ley en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador*. Ponencia Seminario Internacional Competencias Tribunales y Cortes Constitucionales de América Latina, noviembre, 2017, Santiago de Chile, organizado por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile-Universidad de Talca, Asociación Chilena de Derecho Constitucional y Tribunal Constitucional de Chile.

¹³ Francisco. Tomás y Valiente. Constitución. En Elías Díaz Alfonso Edit. *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. (Madrid, Trotta, 2004), 45-49.

En definitiva, la existencia de una Justicia Constitucional es la que permite garantizar la supremacía de la Ley Fundamental, además de su fuerza como norma jurídica; ya que por medio de diversas técnicas, especialmente el control constitucional puede impedir que se desconozca su vigencia a través de una norma de menor jerarquía que se oponga a su contenido, y a su vez intervenir ante intentos de modificación de sus normas que pretendan inobservar sus procedimientos o vulneren los derechos que reconoce y los principios que consagra.

1.2.- El Control Constitucional

A) Su concepto

Se puede definir al Control Constitucional bajo lo siguiente:

El control constitucional de las leyes es la competencia que tiene la Corte Constitucional para establecer si una determinada ley es compatible o no con la Constitución. Se trata de una garantía de la Constitución, pero sobre todo de los derechos fundamentales. Es un mecanismo contramayoritario que pretende impedir que las libertades de los individuos, y sobre todo de las minorías, queden al albur de la política de turno.¹⁴

El control constitucional conforme será revisado, no se limita al examen sobre leyes, pues mediante este proceso, se efectiva la superioridad de la constitución, cuando es infringida por normas, omisiones y actos de los poderes constituidos o particulares; bajo las formas y procedimientos que determine el ordenamiento jurídico de cada estado.¹⁵

Por ello, el órgano de control constitucional tendrá entre sus deberes el garantizar el respeto hacia la Constitución y los derechos que contiene, frente a

¹⁴ Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008), 29.

¹⁵ Nestor Pedro. Sagues, *Elementos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999), 169

actos normativos y administrativos emanados del poder estatal, y para ello podrá expulsarlos del ordenamiento jurídico en caso de contravengan su contenido.¹⁶

Justamente para realizar este tipo de funciones y cumplir estos deberes, el sistema de control de constitucionalidad requiere de lo siguiente:

- a) Una Constitución rígida, ya que si ella es flexible, puede ser fácilmente modificada por leyes ordinarias.
- b) Un órgano de control independiente del órgano controlado
- c) Facultades decisorias del órgano de control, es decir que sus resoluciones sean obligatorias
- d) Derecho de los perjudicados de los perjudicados a impulsar y reclamar este control
- e) Sometimiento de todos los órganos que conforman el mundo jurídico.¹⁷

Así mismo cabe mencionar que control será efectuado a través de una magistratura, cuyo origen y funciones ha sido cuestionado en su legitimidad en virtud de lo que conocemos como “dificultad contramayoritaria”, cuyo argumento tiene sustento en que los jueces no tienen legitimidad democrática para encarar gravísimas cuestiones valorativas puestas en su conocimiento, toda vez que no han sido elegidos directamente por el pueblo, ni responden a sus decisiones a través de un debate colectivo, de manera que únicamente tienen legitimidad indirecta.¹⁸

Considerando lo señalado a partir del hecho de que los jueces no solamente encaran temas de trascendental importancia sobre los cuales todos tenemos derecho a expresarnos, sino que su decisión puede prevalecer sobre la

¹⁶ Benavides, *Sentencias Interpretativas o Manipulativas: La Actividad Paralegislativa de la Corte Constitucional*, 9

¹⁷ Sobre más clasificaciones del control constitucional, Véase. Sagues, *Elementos de Derecho Constitucional*, 170-177.

¹⁸ Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, 682-683

voluntad popular¹⁹; lo que bajo el pensamiento de Gargarella parte de una raíz conservadora y elitista, que no considera consultar a la ciudadanía, si es que lo que se pretende es tomar decisiones correctas y que además afirma que no todos los individuos tienen las virtudes necesarias para tomar decisiones justas.²⁰

Ante estos señalamientos Víctor Ferreres Comella ha manifestado que si bien la legitimidad de origen del juez constitucional es menor a la que tiene el Parlamento, posee legitimidad al ser designado a través de órganos políticos representativos, debiendo considerar que en la mayoría de ordenamientos jurídicos su mandato es limitado por el tiempo, por lo que objeción es de menor intensidad. Inclusive debe tomarse en cuenta que el principio democrático no es el único que rige un estado constitucional, pues es menester reflexionar sobre otro principio que rige también el diseño de las instituciones del estado: el principio de protección de derechos individuales.²¹

En conclusión, se puede establecer que la “dificultad contramayoritaria” sin duda ha hecho que el ejercicio de la justicia constitucional sea materia de cuestionamientos, sin embargo debe mencionarse que su reconocimiento ha estado en expansión²² y sus funciones han sido aceptadas en la mayoría de

¹⁹ A juicio de Víctor Ferreres Comella las circunstancias que dan lugar a la “dificultad contramayoritaria” son las siguientes: “ 1) La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional: La ley que haya que enjuiciar proviene de un Parlamento elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal; 2) La rigidez de la Constitución: el Parlamento no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento que es considerablemente gravoso; 3) La controvertibilidad interpretativa de la Constitución: la interpretación del texto constitucional es controvertida (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.” Véase: Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y Democracia* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 42-43

²⁰ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición- Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 27-28

²¹ Ferreres Comella. *Justicia constitucional y Democracia*, 43,49-50

²² Según Sebastián Linares Quintana, la revisión judicial en el mundo ha estado atada a la tercera ola de la democratización; señalando que en el caso Latinoamericano este proceso comenzó a finales de la década de 1970 expandiéndose en la década de 1990. Véase Sebastián Linares Quintana, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 17, 167-168

estados que se constituyen como Estados constitucionales, incluyendo nuestro país, en cuyo ordenamiento se ha estatuido una Corte Constitucional con amplias facultades para ejercer la protección de la supremacía de la Norma Suprema y los derechos que reconoce.

Para el efecto la Corte Constitucional ecuatoriana, cumple principalmente cinco tipo de funciones:

- Interpretación constitucional
- Control abstracto de constitucionalidad
- Control concreto de constitucionalidad
- Control de las garantías judiciales de los derechos constitucionales
- Funciones políticas²³

B) Modelos de Control Constitucional

Existe infinidad de categorizaciones sobre modelos de control constitucional²⁴ sin embargo para fines de esta investigación nos enfocaremos en dos clasificaciones que serán expuestas a continuación:

a) Modelos de Control en razón de los órganos de control

En razón de los órganos de control se puede establecer el sistema de Control difuso, que se distingue en razón del órgano que mantiene esta competencia, donde podemos encontrar tres variables, sistemas judiciales, no judiciales (parlamentarios, sui generis, ejecutivos) y nacionales o internacionales.²⁵

El modelo norteamericano propugna este sistema, donde cualquier juez puede evaluar la constitucionalidad de una norma o acto; y el efecto de su decisión sólo sirve en concreto es decir para ese caso; además es un sistema no

²³ Claudia. Escobar. Del Tribunal Constitucional a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?. En Ramiro Avila y Julio César Trujillo Edit. *Constitución del 2008 en el contexto andino-Análisis de la doctrina y el derecho comparado*. (Quito, Ministerio de Justicia, 2013), 306.

²⁴ Sagues, *Elementos de Derecho Constitucional*, 169-170

²⁵ *Ibíd*

especializado, ya que el juez que puede inaplicar la norma inconstitucional, realizar al mismo tiempo tareas de juez civil, laboral, según su competencia.²⁶, esto en caso de verificar que esta norma es contraria en la forma o en el contenido a la Ley Fundamental.²⁷

En base a lo señalado se puede señalar que este modelo se caracteriza por: ser judicial, es decir ejercido por este poder del Estado y por un órgano ajeno a las funciones tradicionales; así mismo es difuso, pues este poder se encuentra en miles de jueces que ejercen su jurisdicción y competencia en todo el territorio, de tal manera que funciona de forma incidental, es decir esta función se la realiza dentro de la actividad judicial y debe ser planteada dentro de un proceso en relación a una norma aplicable al proceso y respecto de cuya conformidad con la Constitución depende su resolución; lo cual genera que el efecto de la sentencia no sea la expulsión del ordenamiento jurídico de esta norma.²⁸

Por otra parte tenemos al Control judicial especializado, proclamado por Kelsen, llamado también sistema austríaco por haberse implantado en su contestación en el año de 1920; el cual propone un régimen concentrado de revisión de constitucional, por lo tanto centrado en un tribunal constitucional que opera fuera de las funciones del Estado clásicas. Este modelo fue propuesto en razón de que señala que no hay control efectivo si órgano no está habilitado para dictar su fallo con efectos generales y hasta derogar a la norma inconstitucional; por lo tanto este poder no puede entregarse al poder judicial clásico, sino a un órgano situado entre el Parlamento y el Poder Judicial; el cual tendrá que ser un cuerpo especializado en materia constitucional.²⁹

Sin embargo este tipo de sistemas ya no se practica de forma “pura” por ello han sido instrumentalizados sistemas mixtos, el cual se puede presentar en

²⁶ *Ibíd*

²⁷ Trujillo, *Constitucionalismo Contemporáneo*, 188.

²⁸ Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 116

²⁹ *Ibíd*,171-172

varias fórmulas, por ejemplo sistemas en los cuales todo juez puede conocer litigios constitucionales tomando decisiones con valor para el caso concreto, pero ciertas acciones solo puede ser promovidas por determinados sujetos y se tratan únicamente ante la Corte o Tribunal Constitucional, la cual dicta sentencias con efectos erga omnes. También podemos encontrar sistemas no judiciales con control parlamentario, control ejecutivo o inclusive control por el electorado.³⁰

De hecho es posible señalar que la vigencia práctica de los modelos difuso y Kelseniano se ha relativizado, tal es así que: por cuanto en relación al órgano legitimado para resolver sobre la constitucionalidad de una ley, se ha creado lo que denomina la doctrina como la “cuestión de constitucionalidad”, por la cual si bien un juez no puede inaplicar la ley, si realiza un juicio provisional de constitucionalidad que permite elevar la consulta de la compatibilidad de esta norma con la Constitución hacia el órgano especializado, al momento de resolver un caso concreto, es decir se realiza una combinación de los sistemas, haciendo partícipes a todos los jueces del control constitucional.³¹

Tal ha sido la modificación el Tribunal o Corte Constitucional de tipo, que en la actualidad ya no es visto como “legislador negativo” en virtud de la su competencia de dictar sentencias interpretativas, por las cuales se pretende impulsar los valores constitucionales en el resto del ordenamiento jurídico, debiendo manifestar que estas sentencias se convierten en precedentes, asemejando su efecto al sistema norteamericano.³²

De igual manera en cuanto a la forma de activar cada uno de los modelos podemos observar como dentro del sistema norteamericano se reconoce la posibilidad del Gobierno de participar en procesos judiciales de particulares,

³⁰ *Ibíd*, 171-172

³¹ Francisco. Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI* (Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004), 28-35

³² *Ibíd*, 46-47

donde se discute la constitucionalidad de normas jurídicas, los cuales se entendería estaban limitados a las partes procesales ³³.

En cuanto al sistema norteamericano, también se puede observar esta hibridación, ya que si bien en este sistema el juez únicamente puede inaplicar los efectos de una ley que considera inconstitucional para el caso concreto, en virtud del sistema del precedente y del *stare decisis*, por cual deben atenerse a decisiones y criterios antes vertidos, más aún en caso de que hayan sido emitidos por órganos superiores, lo que genera efectos generales para esa inaplicación³⁴. Además de que existe el principio del *writ of certiorari*, que consiste en la facultad de la Corte Suprema de seleccionar casos sobre los cuales desea tomar conocimiento, constituyéndose finalmente en una Corte Constitucional ya que estas causas versan de alguna forma sobre materia constitucional.³⁵

C) Tipos de Control Constitucional según el modo de articular la impugnación de la inconstitucionalidad

Acorde la forma de articular la impugnación se pueden distinguir dos modalidades, que son el control abstracto y el control concreto³⁶, los cuales serán analizados a continuación.

a) El Control Abstracto de Constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad

El control abstracto de constitucionalidad, constituye un proceso contra la norma, cuya finalidad es examinar la validez constitucional de este precepto a fin de determinar su expulsión del ordenamiento jurídico en el evento de que sea formal o material contrario a la Constitución, siendo esta la única finalidad de este control, que solo pasa por confrontar la norma con la Constitución, sin que

³³ *Ibíd*, 35-38

³⁴ *Ibíd*, 41-45

³⁵ Trujillo, *Constitucionalismo Contemporáneo*, 190

³⁶ *Ibíd*, 175

importen determinadas situaciones relacionadas con la aplicación de esta norma³⁷, inclusive puede que quien promueve este proceso no esté involucrado en una relación jurídica específica donde se aplique la norma que se cree inconstitucional.³⁸ En virtud de lo señalado el control abstracto, constituye la posibilidad de examinar la constitucionalidad de una norma sin hacer referencia a un caso concreto *inter partes* que haya llegado a conocimiento de un tribunal.³⁹

Debemos recordar que este modalidad de control proviene de la iniciativa de Hans Kelsen, quien sentía desconfianza de un “gobierno de los jueces” y sobre todo a la inseguridad jurídica que provocaría que existan interpretaciones dispares sobre la Constitución que podría generar el control difuso de origen americano, por lo que plantea el monopolio del control constitucional por parte de órgano jurisdiccional especializado es decir el Tribunal Constitucional, para que actúe únicamente como legislador negativo, lo que sin duda plantea con el fin de reforzar el principio de sujeción de los jueces a la ley e impedir que puedan realizar cada uno su propia interpretación de la Ley Fundamental.⁴⁰

Por lo que en base a este modelo de control al encontrarnos con una incompatibilidad entre la norma inferior y la Constitución, la misma tendría que ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Sin embargo esta noción tradicional se encuentra cuestionada bajo la posibilidad que ahora tienen los jueces constitucionales de emitir sentencias modulativas, en las que se excluya una posibilidad de interpretación de la norma que no se ajuste a la Constitución, pero declarar conforme a la Carta Magna otras interpretaciones que si se ajusten a la misma. Bajo cuya experiencia se puede determinar la imposibilidad de abstraerse de todo supuesto de hecho al

³⁷ Rafael. Oyarte Martínez. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 862.

³⁸ Sagues, *Elementos de Derecho Constitucional*, 175

³⁹ *Ibíd*, 110

⁴⁰ Fernández Segado, *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*, 22-23

momento de realizar este examen de constitucionalidad, pues para ello se deben analizar varios presupuestos fácticos para constatar en qué circunstancias y condiciones prácticas la aplicación en determinado sentido puede adolecer de inconstitucionalidad y en cuáles no.⁴¹

b) El Control Concreto de Constitucionalidad.

El control Concreto por su parte es aquel en el cual únicamente está autorizado para impulsarlo quien tenga determinado interés afectada por la norma que califica como inconstitucional.⁴² Este control justamente se activa por lo que llamamos como la cuestión de constitucionalidad, la cual:

Consiste en dar la posibilidad a que el juez que tiene ante sí, una ley de dudosa constitucionalidad, bien sea a petición de parte o de oficio, puede elevar al Tribunal Constitucional una pregunta: “cuestión” sobre la validez de la norma legal que debe utilizar para dictar una sentencia. En la “cuestión” el control de constitucionalidad se realiza con motivo y en el seno de un litigio o proceso ordinario; se trata de un control concreto en el que el estudio de la constitucionalidad de la norma está condicionado por el proceso ordinario, es decir solamente puede examinarse la constitucionalidad de aquellos preceptos que sean relevantes en el proceso.⁴³

Al respecto, María Asunción Martínez, señala que la cuestión de inconstitucionalidad se estructura de forma incidental en un proceso de jurisdicción ordinaria, en cuyo trámite se le plantea al juez de la causa la duda sobre la constitucionalidad de una norma legal en base a la cual debe emitir su fallo. A partir de lo cual el juez puede plantearse la duda pero no puede resolverla ya que la presunción de constitucionalidad de la norma le impide

⁴¹ Juan Francisco. Guerrero. “La acción de inconstitucionalidad”. en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, Juan Montaña Pinto Edit. (Quito, Corte Constitucional para el período de transición, Tomo III, 2012), 109

⁴² Sagues, *Elementos de Derecho Constitucional*, 175

⁴³ Humberto.Sierra. “Las Sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional y su valor jurídico” en *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana* (Quito, Corte Constitucional, 2012), 147; Citado por Benavides, André. *Sentencias Interpretativas o Manipulativas La actividad paralegislativa de la Corte Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 24

inaplicarla, por lo que esta duda solo puede sustanciarse en el traslado de este incidente al Tribunal Constitucional, único órgano para dirimirla.⁴⁴

En virtud de lo manifestado, el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, será el mismo que el del recurso, la norma con rango de ley, pero para que la cuestión sea admitida es obligatorio que la ley sea esencial para sustanciar el fallo en el proceso ordinario.⁴⁵

En definitiva esta modalidad de control se diferencia de la acción de inconstitucionalidad, pues esta se formula en abstracto, es decir con independencia de la producción real de efectos jurídicos por parte de la norma; mientras que en el control concreto la denuncia tiene que venir ligada a la aplicación efectiva de la norma legal a un supuesto procesal concreto de tal forma que esta vía procesal, no es una cuestión concedida a los órganos judiciales para impugnar con carácter abstracto y con modo directo la validez de la ley, sino una herramienta para conciliar la obligación en que se encuentran de actuar conforme la ley y la Constitución.⁴⁶

1.3.- El Control de constitucionalidad y La acción de inconstitucionalidad en la normativa ecuatoriana

A) El Control de Constitucionalidad en Ecuador

En Ecuador después de haber detallado y explicado cada uno de los sistemas de control constitucional, es posible señalar que la modalidad que corresponde a nuestro ordenamiento jurídico es el control Concentrado, en virtud de que el único órgano que puede declarar la inconstitucionalidad de una

⁴⁴ Asunción. García Martínez, *El Control de Constitucionalidad de las Leyes-Recurso y Cuestión de Inconstitucionalidad* (Lima, Jurista Editores, 2005), 205

⁴⁵ *Ibíd*

⁴⁶ *Ibíd*, 206

norma jurídica es la Corte Constitucional; siendo los modos para aplicar este control, la acción pública de inconstitucionalidad que determina el control abstracto y la consulta de constitucionalidad a través del control concreto, sin perjuicio del Control de automático de oficio que ejerce la Corte Constitucional.

Aunque al respecto Claudia Escobar García, ha señalado que a partir de la Constitución del año 2008, Ecuador ha pasado a tener un sistema concentrado de constitucionalidad a uno semi-concentrado, esto por cuanto, el control de las normas con fuerza de ley, de los actos administrativos y actos normativos de carácter general será ejercido por la Corte Constitucional, mientras que el control de legalidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto, será ejercido por la jurisdicción contencioso administrativo.⁴⁷

a) El control concreto de constitucionalidad en el Ecuador.

Sobre el concepto e implicaciones del control concreto ya se ha tratado en líneas anteriores, sin embargo cabe anotar que el control concreto puede realizarse dentro de la modalidad difusa, esto es cuando el juez que está tratando un proceso, puede decidir que una norma que tiene incidencia en el proceso, es contraria a la Constitución y por ello no la observa dentro del proceso.⁴⁸

Así mismo el control concreto tal como el caso ecuatoriano, puede darse dentro de la modalidad concentrada, lo que se produce cuando los jueces, consultan sobre su constitucionalidad ante el órgano constitucional, con la finalidad de que revise la regularidad de la misma.⁴⁹

Esto sucede en virtud de la norma que encontramos en el Art. 426 de la Constitución de la República, que consagra su aplicación directa, debiendo establecer que la aplicación de preceptos constitucionales que han ha sido

⁴⁷ Claudia Escobar.” Del Tribunal Constitucional a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, 318.

⁴⁸ Oyarte Martínez. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, 862.

⁴⁹ *Ibíd*, 863

desarrollados por la normativa secundaria, es posible, mientras que lo que no permite la normativa jurídica es la declaratoria de inaplicabilidad en un caso concreto respecto de una norma inferior que esté en contraposición con el contenido de la Constitución.

Por ello el Art. 428 de la Carta Magna, establece que si el juez de la causa verifica esta contradicción antes indicada, no puede declarar su inaplicabilidad, pues debe remitir el expediente en Consulta a la Corte Constitucional. Inclusive la Corte Constitucional ha expresado que la práctica de inaplicar es contraria a la Ley Fundamental e implica el incumplimiento de fallos de la Corte Constitucional.⁵⁰

De esta forma es que se consagra el sistema constitucional ecuatoriano, como un sistema concentrado, esto en virtud de la norma antes citada en concordancia con el Art. 2 del Código Orgánico de la Función y el Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales por el cual los jueces en cualquier estado del proceso a petición de parte o de oficio, si tienen dudas razonables y motivadas respecto a la legitimidad de una disposición infralegal en relación con la Constitución o con los instrumentos internacionales de derechos humanos, deberán suspender el proceso y elevar en consulta a la Corte Constitucional para que se pronuncie.

Debe mencionarse que al emitirse las normas antes mencionadas, existieron dudas en su aplicación, respecto al hecho de que el juez pueda inaplicar la disposición que considere contraria a la ley fundamental dentro del proceso que se encuentre resolviendo, considerando que solamente en caso de duda razonable debe remitirse el caso a la Magistratura constitucional para que realice el control concreto de la norma que considere irregular.

⁵⁰ *Ibíd*, 890.

Sin embargo la Corte Constitucional resolvió esta incertidumbre manifestando que los jueces están vedados de inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación del proceso, ya que lo que corresponde en el caso de verificar una eventual contradicción entre la norma respecto a la Constitución, es suspender la tramitación del proceso y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional.⁵¹ Cumpliendo para ello los requisitos fijados por la sentencia No. 001-13-SCN-CC que son los siguientes:

- a. Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta.
- b. Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos; y,
- c. Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto.⁵²

Ahora en cuanto a los efectos que tendrán los fallos pronunciados dentro de este tipo de control el Art. 143 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece dos variantes: a) el caso de que la Corte emita su fallo respecto a la compatibilidad de la disposición jurídica en relación con la Constitución, tendrá los mismos efectos que las sentencias en el control abstracto, es decir producirá cosa juzgada y *erga omnes* hacia el futuro conforme el Art. 95 del mismo cuerpo legal; b) el caso de que la Corte resuelva exclusivamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, en cuya situación tendrá efecto interpartes y en casos análogos.

Otro aspecto importante de este tipo de proceso es el plazo de resolución que tiene la Magistratura, siendo este el de cuarenta y cinco días, que decurre desde que se avoca conocimiento del caso. En caso de no contar con una sentencia dentro de este período de tiempo, el juez que remitió el proceso deberá resolverlo.

⁵¹ Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 55-10-SEP-CC, 18 de noviembre de 2010.

⁵² Ecuador. Corte Constitucional. Sentencia No. 001-13-SCN-CC, 6 de febrero de 2013.

b) El Control Abstracto de Constitucionalidad en el Ecuador.

En cuanto a este tipo de control debe decirse que cuestiones como: su finalidad, competencia, legitimación, actos que pueden ser materia de impugnación y sus efectos se encuentran regulados en la Constitución, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, las cuales serán descritas a continuación.

1) Finalidad del Control Abstracto de Constitucionalidad

En primer lugar cabe mencionar que la finalidad del control abstracto de constitucionalidad es garantizar la unidad y coherencia del sistema jurídico a través de la identificación y eliminación de las incompatibilidades por razones forma y fondo entre las normas constitucionales y el resto de disposiciones del ordenamiento.⁵³

En concordancia con lo señalado, tenemos el Art .74 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional que dispone que el control abstracto de constitucionalidad tiene una finalidad, que es: garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, a través la identificación y eliminación de las incompatibilidades por razones de fondo o de forma que existan entre las disposiciones que integran el sistema jurídico entendiendo a estas disposiciones como los actos normativos de carácter general que son parte de nuestro ordenamiento, en relación con las normas constitucionales.

2) Órgano competente para ejercer Control Abstracto de Constitucionalidad

⁵³ Guerrero, Juan Francisco. “La acción de inconstitucionalidad”, 116

Conforme lo señala la Constitución de la República, en su artículo 436 Numeral 2, en virtud de las competencias de la Corte Constitucional, le corresponde a este organismo “Conocer y resolver las acciones públicas de constitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”.

3) Legitimación dentro del Control Abstracto de Constitucionalidad

La legitimación para interponer una acción de inconstitucionalidad, es pública, en virtud de los Artículos 439 de la Constitución, en concordancia con el Art. 77 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y el Art. 56 del Reglamento para la sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional. Debiendo considerar la diferencia en relación con la Constitución de 1998 que en su Art. 278 reducía la legitimación a ciertos organismos y un grupo calificado de ciudadanos, limitando así su acceso.

Esto en aras de consolidar una verdadera cultura constitucional y la promoción de espacios democráticos, sin perjuicio de considerar ciertos factores al respecto: a) que este avance debe ser acompañado de la posibilidad de intervención ciudadana, no bastando que se permita la interposición de una acción, sino que todos podamos pronunciarnos sobre la constitucionalidad de una norma; b) que es importante diseñar filtros selectivos para que este mecanismo no sea utilizado de forma indiscriminada, para lo cual se han impuesto límites como el cumplimiento de presupuestos o requisitos en las acciones so pena de inadmisibilidad.⁵⁴

⁵⁴ Claudia Escobar. “Del Tribunal Constitucional a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, 313-314

Para ello el Art.79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha determinado los siguientes requisitos en el libelo que contiene la acción pública de constitucionalidad:

Art. 79.- Contenido de la demanda de inconstitucionalidad.- La demanda de inconstitucionalidad contendrá: 1. La designación de la autoridad ante quien se propone. 2. Nombre completo, número de cédula de identidad, de ciudadanía o pasaporte y domicilio de la persona demandante. 3. Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona. 4. Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales. 5. Fundamento de la pretensión, que incluye: a) Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, con especificación de su contenido y alcance. b) Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa. 6. La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley. 7. Casillero judicial, constitucional o correo electrónico para recibir notificaciones. 8. La firma de la persona demandante o de su representante, y de la abogada o abogado patrocinador de la demanda.

Los cuales deben cumplirse pues en caso de no hacerlo generarán la inadmisión de la demanda, conforme será descrito al momento de estudiar el procedimiento previsto por nuestra legislación para la acción pública de inconstitucionalidad.

Además es preciso manifestar que la normativa específicamente el Art. 12 y 85 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales permite la intervención de cualquier persona dentro de los procesos constitucionales con el objeto de que estas terceras personas aporten para la resolución del proceso, a través de un escrito de *amicus curiae*, que será admitido hasta antes de la sentencia, incluso pudiendo el juzgador escuchar en audiencia a estas personas o grupos interesados.⁵⁵

⁵⁵ Juan Francisco Guerrero, “La acción de inconstitucionalidad”, 126.

Cuestión que establece una oportunidad para la construcción de una justicia constitucional más abierta a la ciudadanía, matizando por otra lado los cuestionamientos respecto a la falta de legitimidad democrática que recae sobre los jueces constitucionales al no ser electos popularmente.⁵⁶

4) Ámbito de la acción de inconstitucionalidad

El Art. 75 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece en qué casos se podrá ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, que serán:

- a. Enmiendas y reformas constitucionales
- b. Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales
- c. Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.
- d. Actos normativos y administrativos con efectos generales.

Para efectos de esta investigación nos centraremos en el concepto de actos normativos con efectos generales y sus diferencias con el acto administrativo.

Razón por la que será utilizado el concepto establecido por el Código Orgánico Administrativo que señala en su Art. 128 lo siguiente:

Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa.⁵⁷

⁵⁶ Benavides, *El control abstracto de constitucionalidad de la ley en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador*, 11

⁵⁷ El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su Art. 80 definía a los actos normativos de la siguiente forma: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa...”. Véase Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

A partir de lo cual se puede resaltar sus características principales: su obligatoriedad general y su no agotamiento por su ejecución. Lo que significa que los actos normativos son aplicables a todos los sujetos jurídicos que se ajusten a su descripción y se mantienen vigentes más allá de que su contenido haya sido cumplido.

Lo que los diferencia de los actos administrativos⁵⁸, que constituyen: a) declaraciones administrativas unilaterales, individuales y generales con efectos directos, es decir que no requieren de otro ente o persona para su emisión; b) que tienen alcance concreto, es decir se agotan en su cumplimiento y c) que no requieren de otro acto para producir por sí mismos efectos jurídicos respecto del administrado.⁵⁹

Por lo tanto se puede concluir manifestando que el acto normativo habilita nuevas relaciones y supuestos en el ordenamiento jurídico; mientras que el acto administrativo se limita a aplicar las normas ya otorgadas, en un supuesto de hecho práctico.⁶⁰

Todas las normas jurídicas que se ajusten a las características otorgadas, serán consideradas actos normativos, de tal manera que es pertinente remitirnos a lo dicho en relación por parte de la Corte Constitucional, la misma que ha expresado el objeto del Control de constitucionalidad a través de la sentencia No.005-12-SIN-CC en la cual expresa lo siguiente:

En base al control abstracto de constitucionalidad se busca que todos los actos normativos y administrativos de carácter general guarden armonía con el texto constitucional; el principal objetivo que persigue este control de

⁵⁸ El Código Orgánico Administrativo define a los mismos como: “Art. 98: Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa...”

⁵⁹ Roberto. Dromi, *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004), 353-357.

⁶⁰ Cabe manifestar que García de Enterría se opone a la definición como acto normativo al reglamento, sin embargo se ha utilizado su análisis respecto del reglamento para adaptarlo a esta investigación ya que se considera pertinente para el punto que se está tratando. Véase: Eduardo. García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo* (Buenos Aires: La Ley, 2006), 187

constitucionalidad es garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y evitar que las normas promulgadas por el legislativo o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas entren en contradicción con la norma suprema del Estado, correspondiendo ejercer dicho control a la Corte Constitucional conforme lo determina el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República bajo un sistema de control concentrado de constitucionalidad.⁶¹

En razón de lo expuesto, resulta admisible para control a través de la acción de inconstitucionalidad todo acto normativo, lo que debe entenderse en base a la Jurisprudencia Constitucional a todas las normas expedidas por autoridades en uso de sus facultades normativas; por lo que se incluye dentro de este ámbito a los Precedentes Jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia, conforme será analizado en el siguiente capítulo de este trabajo.

5) La sentencia en la acción de inconstitucionalidad y sus efectos.

En cuanto a sus efectos, las sentencias que se dicten dentro de un proceso de acción de inconstitucionalidad, tienen los efectos determinados en el Art 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales es decir hacia el futuro y de cosa juzgada. Teniendo los juzgadores la posibilidad excepcional de modular la sentencia con el objeto de que se pueda retrotraer o diferir las consecuencias de la misma en virtud del Art. 95 de la misma ley, con el fin de preservar la supremacía constitucional pero al mismo tiempo evitar un vacío normativo que cause un daño o grave o afecte los derechos y garantías constitucionales.

Lo que da pie para que se dicten sentencias alternativas a la de inconstitucionalidad, teniendo entre las más conocidas y frecuentes las siguientes: a) Sentencias interpretativas, bajo la cual la Corte decide en qué dirección debe interpretarse la norma impugnada a fin de que siga vigente pero con sentido compatible con la Constitución, así inclusive ha sido recogido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Art.

⁶¹ Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia No. 005-12-SIN-CC”, accedido: 4 de agosto de 2019. <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=005-12-SIN-CC>

76.5; b) Sentencias aditivas, las mismas que con el objeto de preservar la norma, se agrega un texto que le hace falta para que se encuentre acorde a la Ley Fundamental; c) Sentencias reductoras, las cuales eliminan una frase, una palabra o un párrafo que es contrario a la Constitución y finalmente; d) Sentencias Exhortativas: que sirven como herramienta en la que la Corte puede pedir al órgano normativo que expida una norma que llene un vacío o arregle la norma para que sea compatible con Constitución.⁶²

6) La acción de inconstitucionalidad sobre Precedentes Jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia, y su tratamiento en las Sentencia No. 008-14-SIN-CC y 17-15-SIN-CC de la Corte Constitucional

Para realizar el siguiente análisis en primer lugar hay que hacer referencia a la Sentencia No. 008-14-SIN-CC y en un segundo momento a la sentencia 17-15-SIN-CC, atravesando su estudio la fase de admisibilidad de las demandas que originaron estos procesos y principalmente la posición de la Corte Constitución respecto a la Naturaleza jurídica de los Precedentes Jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia.

Respecto de la Sentencia No. 008-14-SIN-CC, la misma inicia por acción de inconstitucionalidad, respecto de la Resolución emitida el 11 de noviembre de 2009, por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial N.º 81 del 04 de diciembre de 2009, mediante la cual se declara la existencia de los siguientes precedentes jurisprudenciales:

Primero: Que para el cálculo y determinación de sueldos y salarios indexados de los trabajadores públicos y privados que se hagan a base del contrato colectivo en que se tome como referencia el Salario Mínimo Vital General, se debe observar lo que dice el artículo 133 del Código del Trabajo que dispone: "Mantiénese, exclusivamente para fines referenciales, el salario mínimo vital general de cuatro dólares de los Estados Unidos de América (US \$4,00), el que se aplica para el cálculo y determinación de sueldos y salarios indexados de los trabajadores públicos y privados mediante leyes especiales y convenios individuales

⁶² Trujillo, *Constitucionalismo Contemporáneo*, 211-213.

*colectivos; sanciones o multas; impuestos y tasas; cálculo de la jubilación patronal; o, para la aplicación de cualquier disposición legal o reglamentaria en la que se haga referencia a este tipo de salario.*⁶³

*Segundo: Que la denominación "Salario Mínimo Vital General" y "Salario Básico Unificado", corresponden a dos conceptos distintos, entre los que hay una relación de género a especie, pues el Salario Mínimo Vital General (la especie) es un componente del Salario Básico Unificado (el género) mientras que este último se constituye por los componentes que determina la ley.*⁶⁴

Al respecto la Corte Constitucional, pese a que desde mi punto de vista, debía realizar un examen respecto a la Admisibilidad, únicamente aceptó a trámite la demanda, sin realizar mayor estudio, por ello la sentencia antes mencionada, recoge lo siguiente como antecedente:

*La Sala de Admisión de la Corte Constitucional conformada por los jueces constitucionales Ruth Seni Pinoargote, Antonio Gagliardo Loor y Alfredo Ruiz Guzmán, considerando que la presente acción de inconstitucionalidad de acto normativo reúne todos los requisitos de admisibilidad, mediante auto del 23 de enero de 2013, admitió a trámite la acción y dispuso: "1.- Córrese traslado con la demanda y la presente providencia al presidente de la Corte Nacional de Justicia, como emisor de la norma jurídica impugnada, a fin de que intervenga defendiendo o impugnando la constitucional de la disposición materia de la presente acción; 2.- Póngase en conocimiento del público la existencia de la presente causa a través de la publicación de un resumen completo y fidedigno de la presente demanda en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional".*⁶⁵

Ahora en relación al objeto materia del proceso de control Abstracto de Constitucionalidad, se debe mencionar que la Corte Constitucional, no realiza dentro de esta sentencia una consideración precisa sobre la naturaleza de los Precedentes Jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia, pues su análisis se remite a estudiar si, el precedente que tiene conexión con la acción, contiene una norma de carácter general o no.

⁶³ "Sentencia No. 008-14-SIN-CC". Corte Constitucional, accedido: 5 de julio de 2010, <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=008-14-SIN-CC>

⁶⁴ Id

⁶⁵ Ibíd

Limitándose la Magistratura a señalar que:

[...] se establece un precedente jurisprudencial obligatorio para que los jueces competentes apliquen dicha 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 Corte Constitucional 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, 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.⁶⁶

De tal forma que no se resuelve de forma total la situación o naturaleza de los Precedentes estudiados en esta investigación, sin perjuicio de determinar la importancia de haber admitido una demanda sobre este tipo de normativa, lo cual sin duda nos otorga una luz para expresar que por la forma de construcción de estos precedentes, pueden ser objeto de acciones de inconstitucionalidad por la forma y por el fondo.

Por su parte en la Sentencia 17-15-SIN-CC, podemos encontrar rasgos similares a los identificados en la resolución previamente anotada, pues en la fase de admisibilidad no se hace mayor disquisición sobre la naturaleza de norma materia del control abstracto de constitucionalidad que es: la Resolución S/N de la Corte Nacional de Justicia, emitida el 5 de enero de 2011 y publicada en el Registro Oficial N.º 393 del 25 de febrero de 2011; por la cual la judicatura antedicha emitió el siguiente Precedente:

Artículo 1.-Confirmar el criterio expuesto por la Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe remitido por el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia y en consecuencia declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, que permite llenar el vacío existente sobre el alcance del artículo 95 del Código de Trabajo en el sentido de que:

⁶⁶ Ibíd

*PRIMERO: Se considerará como parte de la remuneración, para el pago de las indemnizaciones a que tiene derecho el trabajador de conformidad con el artículo 95 del Código del Trabajo, el o los bonos o subsidios de comisariato y/o por transporte que se paguen mensualmente.*⁶⁷

Ante cuyo texto, la Magistratura expresó su competencia al manifestar que:

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver 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.*⁶⁸

⁶⁷ Véase: Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia No. 17-15-SIN-CC”: accedido: 5 de julio de 2010, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e993ad42-6c09-4097-a2c1-c74da9fa1a1f/0049-11-in-sen.pdf?guest=true>

⁶⁸ *Ibíd*

Capítulo II La Naturaleza de Los Precedentes Jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia.

Dentro de este capítulo se abordará el tema de los precedentes. Iprimer momento se hará un repaso respecto a las fuentes del derecho en la doctrina y en el Estado constitucional de derechos y justicia, para posteriormente explicar los conceptos de jurisprudencia y precedente, lo que conllevará finalmente a un detalle de la naturaleza de los precedentes judiciales y constitucionales acorde nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.- Fuentes del Derecho

Fuentes del Derecho no es una expresión que tenga un único sentido, por lo que es conveniente establecer las distintas acepciones con las cuales se maneja la misma, la cual se utiliza para designar:

1. Fuentes de conocimiento: dígase documentos que contienen un texto de normas jurídicas;
2. La fuente primaria del derecho: que según Del Vecchio sería el espíritu humano, al ser el derecho un objeto cultural;
3. La autoridad creadora del derecho;
4. El acto creador del derecho;
5. La Fuente del contenido de las normas o también llamadas fuentes materiales, es decir aquellos factores culturales, gremiales, económicos y en general, que determinan el contenido de las mismas

6. Las fuentes formales, que se refiere a las distintas formas en que se manifiestan las normas jurídicas.⁶⁹

Esta última acepción es la que interesa a esta investigación, por lo que profundizando en el tema, se puede mencionar que las fuentes formales son los distintos actos jurídicos que permiten la creación, modificación o derogación de las normas, es decir son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas, por lo tanto son las formas en que se manifiesta el derecho positivo.⁷⁰ En definitiva son las distintas maneras de creación de normas jurídicas.⁷¹

a) Modalidades de creación de derecho

Estas formas de creación del derecho tienen dos modalidades genéricas, que se pueden calificarse de deliberada y otra espontánea, debiendo mencionar que otros autores prefieren utilizar el calificativo de fuentes acto sobre las fuentes que se crean voluntariamente y fuentes hecho a las que se establecen sin un acto intencional.

Cuando se habla de creación deliberada del derecho se relaciona a la emisión de normas por medio de órganos competentes los cuales intencionalmente emiten reglas o principios jurídicos, teniendo como ejemplo perfecto de esta modalidad tenemos a la Constitución, pero principalmente la Ley, es creada a través de un conjunto de actos dirigidos para su formación a través de un procedimiento previsto para el efecto. Entre otros ejemplos de estas normas creadas deliberadamente tenemos: acuerdos ministeriales, ordenanzas municipales, decretos de la Función ejecutiva, entre otras.⁷²

⁶⁹ Abelardo. Torr , *Introducción al Derecho* (Buenos Aires, Editorial Perrot), 334-336

⁷⁰ Simon. Farith, *Introducción al Estudio del Derecho* (Quito, Editoria Jurídica Cevallos, 2017), 50-51

⁷¹ Carlos Santiago. Nino, *Introducción al Análisis del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Astrea, 2013), 148

⁷² *Ibíd*, 148-149

Por su parte los elementos de estas fuentes acto, podemos encontrar: a) una autoridad normativa, es decir con competencia para crear derecho; b) el acto o secuencia de actos productores de normas; c) el documento normativo, donde constan el conjunto de enunciados prescriptivos; y d) las normas, es decir el contenido de la interpretación del texto normativo.⁷³

En cuanto a la creación espontánea del derecho o también si se habla de fuentes-hecho, la forma más clara en la cual se expresa esta modalidad es por medio de la costumbre, que nace de un reiterado comportamiento de los miembros de una sociedad⁷⁴, que produzca resultados institucionales con eficacia general.⁷⁵

Pero no cualquier conducta repetida se convierte en costumbre jurídica, es decir no toda norma consuetudinaria o uso social forma parte del sistema del derecho a menos de que así lo acepten los órganos que integran este ordenamiento⁷⁶ lo que no hace sino confirmar que cuando hablamos de fuentes del derecho hablamos del problema del monopolio de la creación del derecho dentro del Estado.⁷⁷

Tenemos por tanto de forma general como fuentes formales del derecho a la Constitución⁷⁸, como norma suprema del Ordenamiento Jurídico, a la Ley en sentido formal, las normas jurídicas de menor jerarquía, la doctrina⁷⁹ y la costumbre. En relación a las normas emitidas por jueces⁸⁰, su diferenciación

⁷³ Josep. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho* (Barcelona, Editorial Ariel S.A., 2000), 69-70

⁷⁴ Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, 150

⁷⁵ Aguiló, *Teoría general de las fuentes del*, 87-88

⁷⁶ Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, 150-151

⁷⁷ Diego. López Medina, *El Derecho de Los Jueces* (Bogotá, Editorial Legis, 2000), 137

⁷⁸ Todo sistema de fuentes empieza o termina en una norma suprema; de forma tal que la pregunta por el origen, la “fuente” de esta norma suprema ya no podrá responderse con los criterios suministrados por ese mismo ordenamiento jurídico. Véase Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 37.

⁷⁹ López Medina, *El Derecho de Los Jueces*, 138

⁸⁰ Esto sin perjuicio de la discusión respecto a considerar a la Jurisprudencia como fuente principal, teniendo como principal punto de debate el establecer: si los jueces crean derecho o no; ante lo cual podemos señalar que esto dependerá desde el sistema jurídico desde cuyo

como fuente-acto o fuente- hecho, dependerá del sistema jurídico que contenga las funciones del juzgador.

A) La Jurisprudencia y el Precedente

Cuando se habla de normas emitidas por los jueces, hacemos referencia principalmente a la: jurisprudencia y al precedente, cuyos conceptos no pueden dejar de explicarse a partir de los modelos de incorporación de normas de origen judicial al derecho objetivo⁸¹ entre los cuales se puede encontrar el modelo del precedente, propio de los sistemas del *Common Law* y el modelo de jurisprudencia, característico de los sistemas del *Civil Law*.⁸²

a) Sistema del precedente

El Precedente como tal, tiene su principal origen dentro del *Common Law*, el cual vale decir es un sistema jurídico que tiene una manera de pensar el derecho predominantemente historicista, por ello para resolver conflictos presentes se busca en los casos pasados entre cuyos razonamientos se busca una solución.⁸³

Este Sistema Jurídico, parte de la construcción del sistema inglés, sin la cual es imposible entender su proceso de formación, en cuyo momento si bien podemos encontrar documentos fundamentales tales como la Carta Magna, el *Petition of Rights*, y el *Bill of Rights*, el mismo se construyó principalmente a través del trabajo de los jueces y resoluciones, a partir de lo cual cabe considerar lo realizado por Guillermo I El Conquistador, quien después de la Conquista Normanda de 1066, pretendió encontrar los caracteres comunes de todos los reinos sajones, constituyendo el “derecho común” que debían aplicar los Tribunales dentro del Territorio; para lo cual al mismo tiempo estableció una

análisis se parte, sin embargo se puede mencionar que la jurisprudencia solo sería fuente formal si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye este carácter obligatorio. Véase *Ibíd.*

⁸¹ Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 113

⁸² *Ibíd*

⁸³ Torr , *Introducción al Derecho*, 445-446

justicia centralizada fundamentada en la unidad del derecho. Reservándose por supuesto su posición de Juzgador Supremo del Reino.⁸⁴

A partir de este momento nace el *Common Law*, el cual se sigue construyendo a través de la historia Británica, principalmente a través del avance del trabajo de las Cortes, quienes fueron desarrollando un sistema con predominio de las resoluciones judiciales o *case law*, lo que significa que la decisión dictada en un caso particular por parte de un juez, constituye un precedente⁸⁵ Razón por la cual dentro de este modelo, el precedente se corresponde con la definición de fuente- acto, pues su presencia en el ordenamiento jurídico ocurre de forma deliberada.

A partir de lo dicho se puede mencionar que la doctrina del precedente, puede definirse bajo el parámetro siguiente: toda decisión de un tribunal, realizada a partir de un razonamiento sobre una cuestión de derecho expuesta en un caso y necesaria para el establecimiento del mismo, es un precedente obligatorio, tanto para el mismo tribunal que emitió la resolución, así como para los jueces de inferior o igual rango en los subsiguientes casos que se planteen sobre la misma cuestión.⁸⁶

Por lo tanto el razonamiento o *ratio decidendi*⁸⁷ acompañado del elemento de vinculación es lo que se puede considerar como precedente, es decir las razones en construcción de las decisiones pasadas que sirven para resolver decidir casos presentes o futuros.⁸⁸ Esto en favor de la garantía de igualdad de trato que determinar que si se presenta un caso sustancialmente análogo el juez

⁸⁴ Nuria González, “Common Law: Una referencia especial a los Restatement of The Law en los Estados Unidos”, *Nuria González*, accedido: 03 de junio de 2019, num. 380-381 , <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>

⁸⁵ Rupert Cross y J.W. Harris, *El Precedente en el Derecho Inglés* (Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2012), 24

⁸⁶ Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 113-114

⁸⁷ La distinción entre ratio y dictum se ha venido formando principalmente desde el Common Law. Véase López Medina, *El Derecho de Los Jueces*, 113

⁸⁸ Vladimir. Bazante Pita, *El Precedente Constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015) 17-18

debe estar a lo decidido en el precedente previo.⁸⁹ En este sentido la *ratio*, tiene valor de precedente toda vez que es la formulación precisa del principio fraguado a la luz del caso concreto.⁹⁰

Ahora bien, el principal problema en la utilización de los precedentes es la determinación de si la *ratio* se adapta a la controversia sobre la cual se pretende decidir, es decir si existe identidad entre el caso y los precedentes.

Para ello es preciso distinguir la *ratio decidendi* del caso diferenciándola del *obiter dictum*, en virtud de esto se debe diferenciar entre la razón básica de la decisión y los otros pronunciamientos que solo la complementan, de tal modo se excluyen entre sí.

Por lo tanto en cuanto al *obiter dictum* se puede expresar que es aquello que manifiesta el juez en su resolución de manera colateral, por lo que no carece de autoridad, ya que posee únicamente una interpretación no esencial; esto no significa que sean irrelevantes para el caso, pues pueden ser importantes para el caso pero no depende la resolución final de su aporte⁹¹. Es decir : todos aquellos razonamientos o elaboraciones que no constituye *ratio decidendi* en una sentencia pueden ser considerados *obiter dictum*.⁹²

Por otro lado la *ratio decidendi*, es la razón para decidir, que en el ámbito judicial se resumiría en la razón o conjunto de razones que tiene un juzgador para fundamentar un caso de una manera determinada; en un sentido amplio se puede definir además como una regla jurídica que decide una cuestión puesta en conocimiento del juez, que vincula al juez futuro; pudiendo encontrar tres interpretaciones de lo que es la *ratio decidendi*: a) norma jurídica general fundamental para la resolución de una controversia; b) norma jurídica general

⁸⁹ López Medina, *El Derecho de Los Jueces*, 114

⁹⁰ *Ibíd*, 113

⁹¹ José. Castillo Alva y Luis Castillo Córdova, *El precedente judicial y el precedente constitucional* (Lima, ARA Editores, 2000), 44

⁹² López Medina, *El Derecho de Los Jueces*, 113

contextualizada para justificar la decisión de un caso; c) cualquier elemento esencial de la argumentación que usa el juzgador para motivar su resolución.⁹³ Debiendo manifestar que la ratio bajo una noción no formalista, será definida por jueces posteriores a quien resolvió el caso, quienes utilizan el fallo para fundamentar su causa.⁹⁴

En consonancia con lo manifestado, se ratifica que el precedente es una técnica de argumentación que hace posible evaluar las razones por las cuales una determinada resolución judicial influye en un caso posterior, pues el precedente puede formar un motivo fundado y otorgar una razón valiosa para que el juzgador resuelva un caso.⁹⁵

Se debe tener presente que ante el precedente los jueces en futuros casos tienen tres alternativas: a) declarar y aplicar el precedente existente; b) distinguir el caso, mostrando que es diferente en un punto relevante respecto del caso anterior, de manera que se aparta del precedente; y c) derogarlo en caso de que el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior.⁹⁶

1) El sistema de la jurisprudencia

En los países que se adhieren al sistema de *civil law* o sistema continental, sistema romano-germánico⁹⁷, se habla de jurisprudencia para referirse al conjunto de las sentencias judiciales dictadas sobre un mismo punto de derecho.⁹⁸

⁹³ José. Castillo Alva y Luis Castillo Córdova, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, 45

⁹⁴ López Medina, *El Derecho de Los Jueces*, 109-110

⁹⁵ José. Castillo Alva y Luis Castillo Córdova, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, 22

⁹⁶ Aguiló, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 113-114

⁹⁷ Para más información. Véase, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM “La Familia Romana Germánica”, UNAM, accedido: 03 de junio de 2019, num. 1-2 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/6.pdf>.

⁹⁸ Jurisprudencia puede entenderse bajo los siguientes sentidos: a) Conjunto de consideraciones y criterios realizados por los jueces y tribunales en su fallos, también conocida

Vale decir que cuando se habla de jurisprudencia, no se hace referencia únicamente como meros fallos contenidos en documentos, ni como simples fuentes de normas individuales, sino al conjunto de documentos de los cuales se pueden inferir normas jurídicas generales; a partir de lo que se puede extraer que la característica principal de este modelo radica en que la incorporación al Derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan para resolver los casos se produce por la reiteración de decisiones que recurren al mismo criterio, a diferencia del sistema previamente referido bajo el cual esta incorporación sucede por la decisión de utilizar un criterio para resolver una causa.⁹⁹ Lo que ubica a la Jurisprudencia con la definición de fuente-hecho.

Cabe mencionar que dentro de este sistema no es común la expresión precedente, sino la de línea jurisprudencial, lo que nos ayuda a distinguir entre modelos, pues a su vez dentro del sistema de *Common Law*, el término “Jurisprudencia”, no se usa sino para denominar a la Ciencia del Derecho, y no para designar a la fuente jurídica, pues para designar a la fuente, se tiene el término “precedentes judiciales” o derecho de casos.¹⁰⁰

De este modo la jerarquía judicial tiene un papel sustancial dentro de este modelo, pues la jurisprudencia obligatoria se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, quienes tienen la competencia de ser el último espacio de justicia ordinaria de resolución de casos, sino para unificar la “doctrina jurisprudencial”, a través de la emisión de criterios que utilizan para resolver casos individuales.¹⁰¹ Vale mencionar que esta resolución de casos se dará a través de la casación, cuya naturaleza, historia y fines será revisada a continuación.

con doctrina judicial; b) “Normas jurídicas” emanadas de las sentencias de ciertos tribunales de justicia de alto nivel, conocida en algunos países como líneas jurisprudenciales; y, c) Principios que surgen de los fallos uniformes de los tribunales de justicia, es decir, de las consideraciones concordantes emitidas por esos tribunales en los casos o asuntos similares o sometidos a su conocimiento. Véase, Simon, *Introducción al Estudio del Derecho*, 81

⁹⁹ Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 114-115

¹⁰⁰ Torr , *Introducción al Derecho*, 439

¹⁰¹ Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, 115

2) La casación

Historia

El Recurso de casación es de origen francés, y encuentra su antecedente en la costumbre adoptada por los reyes de Francia desde el siglo XVI de revisar los fallos de los tribunales de justicia, llamados Cortes o Parlamentos, cuando los mismos eran contradictorios; ahora para acceder a este medio, el interesado debía enviar una carta al rey en solicitud de “cartas de cancillería” por las que este avocaba conocimiento de este requerimiento y ordenaba que los fallos quedaran en suspenso hasta su resolución definitiva.¹⁰²

Posteriormente se utilizaría este medio procesal para evitar que las sentencias desconocieran las ordenanzas reales, lo que pudo lograrse a través de la Ordenanza Real de Blois del año 1579, dando lugar a la aparición de uno de los rasgos sustanciales de la casación, la afirmación de la sentencia por violación de la ley.¹⁰³

En esta época no existía el recurso por indebida aplicación o errónea interpretación de la ordenanza o la costumbre, ya que no se observaba una rebeldía de la Corte en contra de la autoridad real; esto cabe mencionar pudo lograrse al final del régimen monárquico, para lo cual para el ejercicio de estas atribuciones se creó el llamado *Conseil de Parties*, institución dependiente del Consejo Real, presidida por el monarca como una manifestación de su poder, cuya autoridad debían proteger los tribunales.¹⁰⁴

Con la Revolución Francesa de 1789 y bajo el concepto del imperio de la ley dotado a través de la preponderancia del Poder Legislativo dentro del Estado, se creó el Tribunal de Casación el 12 de agosto de 1790, teniendo como objetivo hacer respetar la supremacía del cuerpo legislativo sobre el poder judicial y para

¹⁰² Hernando Devis. Echandía, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil* (Bogotá, Editorial Temis, 2009), 800

¹⁰³ *Ibíd*

¹⁰⁴ *Ibíd*

ello impedir que los jueces violen la ley por falta de su aplicación; la función de unificar la jurisprudencia no aparecería hasta la unificación de la legislación nacional con el Código Civil de Napoleón.¹⁰⁵

Fines y Características

Una vez narrada la historia del recurso de casación en el Derecho Francés, podemos ir reconociendo los fines y características de esta institución, lo cual hemos hecho a través de este sistema francés, pues constituye el prototipo de los sistemas legales de Europa continental¹⁰⁶

Para determinar el fin de este recurso, es preciso distinguirlo del objetivo particular que persigue el recurrente ya que este nada tiene que ver con los fines propios de esta institución, que miran exclusivamente al interés general o público, por ello su sentencia se dirige básicamente a la defensa del derecho contra el aplicaciones incorrectas de la ley y la unificación de su interpretación de modo que se genere seguridad jurídica¹⁰⁷ bajo esta mirada la casación, es un medio de protección de la ley, su compromiso se encuentra con el derecho objetivo y no con la justicia, por ello inclusive no está permitido al juez de casación revisar los hechos del caso.¹⁰⁸

3) Diferencias entre el Precedente y la Jurisprudencia.

A partir de lo señalado podemos ver que precedente y jurisprudencia son dos términos creados y desarrollados a través de dos sistemas jurídicos diferentes, lo que explica su naturaleza y la autoridad que los expide.

Por lo que para ir diferenciándolos vale ir desarrollando cada una de estas variables; en cuanto a su naturaleza el precedente corresponde a una fuente acto, ya que su creación es deliberada a través de establecer un razonamiento que

¹⁰⁵ *Ibíd*, 800-801

¹⁰⁶ Rupert Cross y J.W. Harris, *El Precedente en el Derecho Inglés*, 31

¹⁰⁷ Echandía, *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*, 797-798

¹⁰⁸ Diego. Núñez Santamaría, *La Casación en el Estado Constitucional del Ecuador* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 111

resuelve un caso particular, mientras que la jurisprudencia se encuentra más relacionada con las fuentes hecho toda vez que su instauración se da a través de la repetición de decisiones por parte de las Altas Cortes de Justicia de cada ordenamiento jurídico.

En cuanto a la cuestión de autoridad, la jurisprudencia únicamente es creada a través de la judicatura que ocupe el más alto nivel dentro del Poder judicial, a través de la resolución del recurso de casación, mientras que el precedente no tiene esta reserva, ya que puede ser establecido por cualquier juez en un caso particular sin que tenga que ser necesariamente la resolución de un recurso de último nivel.

Posiblemente su finalidad sea similar, es decir que sea dotar de soluciones para casos posteriores, pero bajo distintas ópticas, pues la jurisprudencia se constituye con el fin de proteger el derecho objetivo, es decir el trabajo del legislador; mientras que el precedente va creando normas jurídicas a partir del caso particular a fin de que las mismas sean seguidas en casos posteriores, por lo tanto bajo una mayor importancia del juez en el ordenamiento jurídico; todo lo cual debe relacionarse a partir de la tradición jurídica de la cual proviene cada uno de estos sistemas.

En definitiva en los países con tradición jurídica romanista, la jurisprudencia es el conjunto de sentencias, que no se expresan de forma declarativa de derechos, ni como creadoras de normas individuales, sino en cuanto pueda inferirse una nueva interpretación de un texto legal preexistente o una nueva norma general, mientras que en el sistema del *Common Law*, la doctrina judicial o *ratio decidendi* que puede inferirse a través de cada fallo individual se establece como obligatoria para futuros juicios.¹⁰⁹ Ante lo cual podemos mencionar que a través de cualquiera de los dos sistemas se reconoce que los jueces crean derecho, es decir crean normas jurídicas.

¹⁰⁹ Ricardo. Guibourg, "Fuentes del Derecho", *Guibourg, Ricardo*, accedido: 03 de junio de 2019, num. 7-8, <https://filosofiayteoriageneralderecho.files.wordpress.com/2013/10/fuentes-ricardo-guibourg.pdf>

2.2.- Las fuentes del Derecho en el Estado constitucional de derechos y justicia

Para estudiar las fuentes del derecho en el Estado Constitucional, es preciso hacer referencia al origen de este concepto desde lo que conocemos como Estado legal de Derecho, haciendo una revista de sus características, pero principalmente de las fuentes jurídicas que reconocen y sustentan, además del tratamiento que les otorgaban a los jueces en sus sistemas.

a) Estado Legal de Derecho

El siglo XIX es el Siglo del Estado legal de Derecho, el cual se constituye en contraposición al estado absoluto característico del siglo XVII y del Estado de Policía propio del despotismo ilustrado que desarrolló en el siglo XVIII.¹¹⁰ Debe destacarse que este Estado legal, si bien destacaba la protección y promoción del desarrollo de la población, generando que la sociedad y no la autoridad del estado empiece a ser el punto central de comprensión del estado, asumiendo por como elementos centrales tanto la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y separación de poderes¹¹¹; al mismo tiempo veía receloso el sufragio universal y mantenía una actitud abstencionista respecto del mundo del trabajo, de la economía y de los derechos económicos sociales culturales, pues propugnaba una actitud individualista, una sociedad elitista y sobre todo la sacralización de la propiedad privada.¹¹²

El Estado legal, por tanto consiste en el condicionamiento de la autoridad estatal a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio establecido por la ley; por tanto la ley tendrá primacía frente a la Administración, la que puede actuar únicamente bajo las competencias fijadas por esta fuente de derecho; la jurisdicción por su parte que no puede inaplicarla y los ciudadanos no pueden

¹¹⁰ Gustavo. Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* (Madrid, Editorial Trotta, 2008), 21

¹¹¹ *Ibíd*, 23

¹¹² Elías. Díaz, “Estado de derecho y legitimidad democrática”, en *Estado de derecho. Concepto: fundamentos y democratización en América Latina*, Miguel Carbonell, coord. (México, UNAM/ITAM, 2009), 78-79

desconocerla en nombre de un derecho más alto; todo esto en nombre del principio de legalidad.¹¹³

En razón de lo señalado las características del estado legal se pueden determinar en las siguientes: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley en caso de conflictos entre ciudadanos, o entre ciudadanos con la administración.¹¹⁴ A partir de esto se puede extraer que el Poder Legislativo era el preeminente dentro de este modelo de estado y por tanto la ley por tanto era la fuente principal del ordenamiento jurídico, relegando así a la costumbre, la doctrina y sobre todo la jurisprudencia.

Por tanto el juez era reconocido como un mero aplicador de la ley y defensor de la obra y voluntad del legislador, por ello inclusive se incorporó el recurso de casación que fue estudiado previamente se desarrolló como una herramienta más de protección de este modelo.

b) Crisis del Estado legal y aparecimiento del Estado Constitucional

Este modelo del estado legal antes descrito, no pudo sostenerse en virtud de las demandas sociales, que decantaron en las crisis del mismo, a partir de la revolución socialista y las inconformidades que de allí se planteaban, lo que quiso remediarse a través del modelo del Welfare State gracias al cual se incorporaron los derechos laborales a las constituciones; la segunda crisis sucedió entre 1914-1915 y 1939-1945, es decir en el período de las dos guerras mundiales en cuyos momentos históricos los conceptos e instituciones creadas por el estado legal, tal como la soberanía, ciudadanía, sujetos de derecho, no pudieron prevenir la muerte de millones de personas.¹¹⁵

¹¹³ Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* (Madrid, Editorial Trotta, 2008), 24

¹¹⁴ *Ibíd*, 23

¹¹⁵ Ramiro. Ávila, “Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los Derechos Humanos”, En *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ramiro Ávila edit. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 31-32

A partir de la segunda mitad del siglo XX en Europa se marca el camino desde el Estado legal de Derecho al Estado constitucional, transformándose la realidad jurídica en sus líneas fundamentales, principalmente la diferenciación entre ley y derecho, que queda receptado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. El derecho que antecede y controla a la ley lo podemos encontrar desde este momento en la Constitución, establecida con el carácter de norma jurídica que a su vez reconoce valores, principios, derechos humanos, cuya protección se encarga a tribunales constitucionales.¹¹⁶

De esta manera se abandona la idea de la “soberanía popular” expresada únicamente a través de representantes en el aparato legislativo, lo que genera en ese marco que los jueces no puedan quedar reducidos a meros aplicadores de la ley¹¹⁷, pues al ser la Constitución norma jurídica, la pueden observar e interpretar en sus fallos¹¹⁸; siendo inclusive los garantes de los derechos fundamentales; lo que da lugar al reconocimiento expreso del juez como creador de derecho y por tanto al reconocimiento de nuevas fuentes del derecho provenientes del trabajo del juzgador, expresado a través de su jurisprudencia o de sus precedentes.

c) El caso ecuatoriano

En lo que tiene que ver con nuestro país y su ordenamiento constitucional, podemos mencionar que desde su origen a inicios del siglo XIX fue influenciado por el modelo constitucional europeo continental también conocido como romano germánico el cual fue estudiado previamente, por ello el

¹¹⁶ Luis Rodolfo. Vigo, *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado De Derecho Constitucional* (Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2016), 268

¹¹⁷ *Ibid*, 226

¹¹⁸ Luis Prieto Sanchís, encuentra como un rasgo fundamental del nuevo constitucionalismo esta omnipotencia judicial que se manifiesta en la pérdida de la autonomía legislativa, por su parte Alfonso García, al expresarse sobre los aspectos de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, señala como uno de los aspectos más importantes el desplazamiento del poder legislativo al poder judicial respecto de su protagonismo dentro del Estado. Véase, Juan Pablo. Morales, “Democracia sustancial: sus elementos y conflicto en la práctica”, En *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ramiro Ávila, Ramiro edit. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 94

sistema de fuentes que nos ha regido ha sido el legicéntrico de inspiración francesa¹¹⁹, bajo aplicación una aplicación formalista.¹²⁰

En virtud de este sistema se ha generado una práctica jurídica cuyas características se pueden resumir de la siguiente forma : a) el juez está sometido de forma irrestricta a la ley, predisponiendo por tanto una aplicación literal de las normas; b) las soluciones a los conflictos de la ley se reducen al título preliminar del Código Civil y sus criterios, tal como el de temporalidad, especialidad y jerarquía, mientras que el sentido de las normas jurídicas se los busca en diccionarios y enciclopedias jurídicas; c) el ejercicio del derecho está copado de textos y modelos guías para presentación de acciones; d) la doctrina jurídica fija su atención únicamente en estudiar la regla jurídica vigente.¹²¹

Este paradigma antes estudiado se vio modificado desde el plano normativo con la expedición de la Constitución del año 2008¹²² que establece al Ecuador como un Estado constitucional de derechos¹²³ y justicia, la cual trae cambios sustanciales en la forma de entender el texto constitucional y el

¹¹⁹ Juan. Montaña, “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional Tomo I*, Juan Montaña edit. (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional- Corte Constitucional para el período de Transición, 2011), 89

¹²⁰ La teoría del formalismo se fundamenta en el positivismo teórico. Bajo esta concepción el derecho está compuesto exclusiva o predominantemente por normas legislativas, siendo además un sistema completo y coherente que permite proveer soluciones a todos los casos concretos. Véase Jhoel. Escudero, “Transformación y resistencia al cambio del derecho constitucional, el caso ecuatoriano” en *Perspectivas Constitucionales*, Roberto Gargarella Edit. (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011), 4

¹²¹ *Ibíd*,6

¹²² Montaña, “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 94

¹²³ Acorde lo que señala Ramiro Ávila Santamaría, no existe en el derecho constitucional estado alguno que se cualifique como estado de derechos, sin embargo justifica la existencia de esta definición dentro de la Constitución, señalando que dentro de la evolución histórica del Estado, tenemos tres modelos: El estado sobre el derecho (estado absoluto) en el cual el derecho está sometido al poder, el Estado de Derecho bajo el mismo que el poder está sometido bajo dos modalidades, el derecho comprendido únicamente como ley y el derecho bajo una concepción más amplia, es decir como sistema jurídico formal sometido a la Constitución; el Estado de Derechos por su parte todo el poder público y privado está sometido a los derechos, que son creaciones y reivindicaciones anteriores, históricas y superiores al Estado, por lo que en una constitución en la cual conste esta definición de estado, su parte dogmática tendrá mayor importancia a la orgánica. Véase Ramiro. Ávila, “Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia”, en *Constitución del 2008 en el contexto andino*, Ramiro Ávila edit. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 31

ordenamiento jurídico, ya que establece el carácter de norma jurídica de la Constitución por lo cual es directamente aplicable por toda autoridad pública incluidos los jueces, además de que trae dos nuevas perspectivas: la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado y la pluralidad jurídica, lo que ha derivado en importantes consecuencias en el funcionamiento del sistema de fuentes dentro del ordenamiento.¹²⁴

Estas consecuencias se verifican por cuanto al reconocer a la Constitución como norma jurídica, esto conlleva que la principal producción provenga del derecho sea el juez constitucional, ya que la decisión judicial que proviene de la interpretación de la Ley Fundamental, dota de estructura gramatical a los enunciados de esta norma que se caracterizan por ser abstractos¹²⁵; lo que se suma al reconocimiento de la diversidad jurídica por el cual los sistemas y fuentes del derecho se extienden toda vez que:

*1.- la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales) 2.- las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales) 3.- el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley, por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio, 4.- las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente, 5.- la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos.*¹²⁶

En correspondencia a estos conceptos y considerando que la Constitución de la República abre el camino para el reconocimiento de otros sujetos con capacidad normativa¹²⁷ ha concedido la facultad tanto a la Corte Nacional de Justicia, así como a la Corte Constitucional, la potestad de crear normas jurídicas¹²⁸, las cuales constituyen fuente formal del derecho al ser

¹²⁴ *Ibíd*

¹²⁵ Montaña, “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 95

¹²⁶ *Ibíd*

¹²⁷ Montaña, “El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 98

¹²⁸ Véase Simon, *Introducción al Estudio del Derecho*, 51

derecho objetivo, es decir aquel que regula el comportamiento de sujetos bajo un supuesto de hecho, creando derechos subjetivos y deberes.¹²⁹

2.3.-El precedente judicial y el precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como ya fue expresado, el precedente se entiende por el supuesto ya resuelto en un caso similar, el cual goza de relevancia jurídica; el cual no requiere de repetición o de tiempo de permanencia para ser obligatorio, pues es suficiente que exista uno para invocar su autoridad; este supuesto como ya fue manifestado igualmente, se refiere a la *ratio decidendi*, la misma que establece una norma aplicable al caso concreto.¹³⁰

En virtud de lo mencionado se puede distinguir entre estas dos clases de precedente, es decir el precedente constitucional y el judicial, por el primero se entienden como las razones contenidas en las resoluciones de fondo emitidas por órgano de justicia constitucional; y, por el segundo las razones que constan en las sentencias de los tribunales de justicia ordinaria.¹³¹

Por tanto se puede encontrar una distinción en relación a los órganos que expiden las resoluciones; en el caso ecuatoriano por un lado se encuentra la Corte de Casación, en nuestro caso la Corte Nacional de Justicia, que emite precedentes en materias relacionadas con el ordenamiento jurídico de rango legal, y por otro lado tenemos a la Corte Constitucional máximo órgano de control e interpretación constitucional.¹³²

A) El Precedente en la normativa ecuatoriana

¹²⁹ *Ibíd*

¹³⁰ José. Castillo Alva y Luis Castillo Córdova, *El precedente judicial y el precedente constitucional* (Lima, ARA Editores, 2000), 20-22

¹³¹ Bazante Pita, *El Precedente Constitucional*, 18-19

¹³² Se debe expresar que las distinciones inclusive se expresan en la metodología que se utiliza para obtener estos precedentes, en virtud de la distinta temática de la que tratan; pero sin perjuicio de ello la Justicia Constitucional genera subordinación de la justicia ordinaria al ser la máxima instancia de interpretación de la Carta Magna. Véase, *Ibíd.* 19-20

Explicados que han sido los elementos del precedente en la doctrina, su concepto, su razón de ser y su utilidad en la práctica jurídica, se procederá a una revisión sobre el precedente en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual se analizará el precedente judicial emitido por la Corte Nacional de Justicia y el precedente constitucional.

a) El Precedente Judicial en el Ecuador.

En relación a los precedentes obligatorios, en la Constitución del año 2008 podemos encontrar una variante sustancial al sistema que introdujo la Ley de Casación, por la cual se determinó que “la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema”. Debiendo aclarar que la Ley de Casación aplicaba a materias no penales, pues el procedimiento penal se encontraba por la propia Ley Adjetiva Penal en la cual no existía sistema alguno de precedentes.¹³³

El cambio que nos trae la Constitución es que la triple reiteración por sí sola no constituye precedente, esto únicamente genera la obligación de remitir los fallos reiterados al Pleno de la Corte Nacional de Justicia sobre materias sobre las cuales tiene conocimiento este órgano de justicia, a fin de que resuelva sobre ratificar este criterio; siendo este momento en el que se convierte en jurisprudencia obligatoria, emitiéndose la misma a su vez en caso de que el Pleno de la Corte Nacional no tome una decisión dentro de los sesenta días siguientes a la remisión de las sentencias que contienen la triple reiteración conforme lo determina el Art. 185.1 de la Constitución.¹³⁴

¹³³ Oyarte Martínez, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, 776

¹³⁴ *Ibíd*

De esta forma conforme se puede observar, que esta decisión que toma la Corte Nacional no es una sentencia, es una resolución sobre los asuntos principales de un proceso judicial, ni existen partes, lo único que realiza esta decisión es confirmar la *ratio decidendi* contenida en los fallos de triple reiteración que expida la Sala Especializada que corresponda.¹³⁵

En definitiva lo que realiza la Corte Nacional de Justicia al ratificar la *ratio decidendi* de tres sentencias emitidas por una de las Salas de esta judicatura, es emitir una nueva norma de derecho, expresada en forma de regla, la cual tiene carácter general y obligatoria, constituyendo por tanto derecho objetivo.

Por tanto, en base de lo señalado es preciso colocar en la discusión el tema respecto a la denominación de esta resolución de la Corte Nacional de Justicia, como precedente, pues al emitirse únicamente órgano jerárquicamente superior de justicia del Estado ecuatoriano, en base a un procedimiento fundamentado en la repetición, es decir a partir de tres fallos en un mismo sentido de derecho, nos acercamos más al modelo de jurisprudencia, pero no del todo, pues al mismo tiempo esta resolución es fruto de la extracción de la *ratio decidendi* de fallos previos, lo que la relaciona con el modelo de precedente.

Ante lo cual no nos queda más que establecer que el precedente Jurisprudencial en el caso ecuatoriano, es un instrumento jurídico que recoge características de los modelos previamente estudiados, por lo que podemos hablar de una creación híbrida por parte del legislador constituyente, por ello inclusive su denominación que recoge los dos conceptos antes descritos¹³⁶,

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Para Pamela Aguirre, para referirse a los precedentes estudiados, es preferible utilizar la expresión “jurisprudencia obligatoria” por cuanto el método de emisión de estas normas se asimila más al concepto de jurisprudencia proveniente del *civil law*, en tanto se crea a partir de la repetición constante, uniforme y coherente de una interpretación jurídica respecto de la ley. Véase Aguirre Castro, Pamela Juliana, “La Transformación de las fuentes en el ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 205,

incluyendo un tercer concepto que es la potestad normativa dotada a la Corte Nacional de Justicia, al ser institución que puede generar derecho objetivo, considerando que la resoluciones que aprueban estos precedentes, determinan la norma que será de obligatorio cumplimiento de forma general, a diferencia del modelo de precedente, cuya *ratio* deberá ser determinada por el juez que conozca una causa y se apoye en un fallo anterior sobre un proceso similar.

b) El Procedimiento para obtener un Precedente Jurisprudencial.

Conforme se pudo observar la Constitución establece como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia, el desarrollo del sistema de precedentes, para cuya formación se requieren los siguientes pasos que se encuentran determinados en el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial:

- 1) En el caso de que existan tres sentencias dictadas por una de las Salas de la Corte Nacional de Justicia, que reiteren el mismo punto de derecho, esto obliga a la antedicha Sala Especializada a remitir estos fallos al Pleno de la Corte. Esto sin perjuicio de la recopilación que realiza la Unidad administrativa especializada para el efecto dentro de esta judicatura.
- 2) A partir de la recepción de los fallos, el Pleno tiene sesenta días para decidir sobre su conformidad, pudiendo este órgano ratificarse en su contenido o rechazarlo; en caso de que se acepte el criterio de los fallos o en su caso no se resuelva dentro de este plazo esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
- 3) La resolución mediante la cual se declara la existencia de un precedente jurisprudencial deberá contener solamente el punto respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el

señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso. Esta resolución debe publicarse en el Registro Oficial a fin de que tenga un efecto generalmente obligatorio.

Así mismo esta resolución tiene efecto horizontal y vertical por lo tanto debe ser obedecida por la misma Corte Nacional de Justicia y sobre todo por los jueces inferiores.¹³⁷

Ahora bien, en virtud de que el derecho debe adaptarse a nuevos conflictos y no es posible que se mantenga el mismo criterio perenne en el tiempo, existe un mecanismo para alejarse del criterio jurisprudencia, para lo cual la jueza o juez ponente debe sostener motivadamente las razones que modifiquen el fallo, el cual debe aprobarse de forma unánime por Sala que conforma este juzgador; este cambio deberá ponerse en conocimiento del Pleno de la Corte, el mismo que decidirá si deja sin efecto o no el precedente, inclusive pudiendo señalar que se trata de una cuestión que no ha sido comprendida en dicho precedente.¹³⁸

A partir de lo señalado se observa un problema en la forma en la que ha sido creado el procedimiento de emisión de un precedente judicial y en la forma en la cual se expresa el mismo, es decir bajo una resolución diferenciada de las sentencias. Toda vez que conforme lo señalado, en la teoría, el precedente es el razonamiento que ha utilizado un juzgador para resolver un caso, el cual será encontrado por el juez que resuelva una causa posterior, en la misma que utiliza esta *ratio decidendi*, para emitir su fallo.

Por ello el presentarlo como una resolución aparte que establece de forma explícita este razonamiento, construyéndolo como una norma general, rompe con la doctrina del precedente, sin embargo es preciso considerar que este procedimiento tiene su origen en dos factores: a) el pretender otorgar seguridad jurídica, de tal forma que el precedente se exprese de forma explícita; y b) el

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

formalismo y legalismo jurídico que ha sido tradicional del sistema judicial latinoamericano, cuyos rasgos coinciden con la noción de que el derecho únicamente procede de normas formalmente aprobadas, aplicado bajo una interpretación que establece que aquello que no esté expresamente en la norma no tiene efectos jurídicos.¹³⁹

c) Límites del Precedente Judicial

Se ha podido observar el procedimiento y la naturaleza de los precedentes judiciales en el Ecuador, en cuyo ordenamiento han sido reconocidos como normas de carácter general.

Esto determina por una parte que efectivamente los jueces de la Corte Nacional de Justicia, crean derecho objetivo, descartando la tesis de que los jueces en general únicamente aplican la ley o en su caso crean únicamente normas individuales contenidas en sus sentencias.¹⁴⁰

La dificultad ahora se encuentra, en establecer el límite que tienen estos precedentes, pues al emitir normas generales, esta Alta Corte estaría interviniendo en el campo del legislador y afectando la división de poderes; por lo tanto deberían determinarse los límites y alcances del precedente judicial, pues podrían verse comprometidas ciertas garantías normativas de la Constitución.

Para ello en primer lugar se cabe establecer de forma muy precisa en qué consiste la separación de poderes, para posteriormente explicar las garantías normativas que deberán ser respetadas por los precedentes y en tercer lugar los casos en los cuales deberían ser emitidas estas normas jurídicas.

¹³⁹ Luis. Pásara, *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo* (Quito: Ediciones Legales, 2013) 70-72.

¹⁴⁰ Véase las posiciones que se plantean respecto a la creación de derecho y la actividad judicial en: Eugenio Bulygin, “Los jueces ¿Crean derecho?”, en *La función judicial Ética y Democracia*, Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez, comps. (Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2003), 21

La teoría de la división de poderes fue concebida por Montesquieu bajo el temor de que quien posea el poder tiende a abusar de él; de tal modo esta separación servirá para que se dividan las funciones estatales y las mismas se refrenen unas a otras, con el fin de limitarse.¹⁴¹

Esta separación exige principalmente: la creación constitucional de una serie de órganos que integre cada uno de las funciones; el otorgamiento de competencias a estos órganos y finalmente la regulación de todas las funciones a través del establecimiento de reglas de relación entre ellas.¹⁴²

En la teoría estas tres funciones son: la jurisdiccional, la legislativa y la ejecutiva, que se definen a partir de lo siguiente:

- a) La función jurisdiccional que es privativa del Poder Judicial y que a través de sus órganos define con fuerza legal la controversia entre partes procesales;
- b) La función legislativa que es privativa del Poder Legislativo y que emite normas de carácter general denominadas leyes.
- c) La función Administrativa que corresponde principalmente al ejecutivo, que se encarga de las labores de administración del Estado.¹⁴³

Nuestra Constitución por su parte reconoce una división entre cinco funciones: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; dentro de cuyas competencias hemos podido observar que a uno de los órganos que integran la Función Judicial, como lo es la Corte Nacional de Justicia se le ha otorgado la competencia de crear un sistema de precedentes jurisprudenciales.

¹⁴¹ Agustín Gordillo, "Las Funciones del Estado", *Agustín Gordillo*, accedido: 25 de diciembre de 2019, num. 61-62, https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo2.pdf

¹⁴² Francisco Ezquiaga, "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez, comps. (Barcelona, Editorial Gedisa S.A., 2003), 39-40

¹⁴³ Gordillo, "Las Funciones del Estado", 64.

Ahora bien, considerando lo señalado, este reconocimiento y esta forma en que se expresan los precedentes antedichos, se podría generar la interrogante, respecto a si esta competencia conforme ha sido creada, rompe con este principio de separación de funciones.

Responder esta pregunta no resulta fácil, tomando en cuenta que si bien la Constitución, le ha otorgado a la Corte Nacional de Justicia, la calidad de nuevo sujeto con capacidad normativa, no es menos cierto que en uso de esta competencia se podría generar una suplantación del legislador al momento de emitir normas de carácter general, con todos los problemas que esto conlleva.

Problemas que se ven representados en: a) la falta de legitimidad democrática que tienen los jueces de la Corte Nacional; b) el deber de sujeción de los jueces a la ley, que sirve como garantía de la seguridad y de los derechos y de la previsibilidad de sus decisiones¹⁴⁴, viéndose comprometido este deber al momento en que una interpretación por parte de un órgano jurisdiccional traspasa al caso concreto y traspasa su obligatoriedad para todos los jueces en casos futuros que traten el mismo tema¹⁴⁵; c) el elitismo que representa este proceder, pues a través de un Tribunal Superior, se impone a los jueces una interpretación de la ley que será obligatoria en todos sus fallos posteriores.

De esta forma, con el fin de que pueda generar una convivencia entre el reconocimiento de la capacidad normativa de la Corte Nacional de Justicia y principio de separación de funciones, se plantean ciertos límites a esta actividad de este órgano jurisdiccional al momento de emitir sus precedentes.

¹⁴⁴ Ezquiaga, "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", 40

¹⁴⁵ Julio. Maier, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004) 135-136

Estos límites vienen a constituirse a través de las garantías normativas¹⁴⁶ que establece la Constitución de la República, que básicamente son el respeto al contenido esencial de los derechos y el principio de reserva de ley.

Esto significa que los precedentes judiciales no pueden irrespetar el núcleo mínimo de los derechos constitucionales que regulan a través de estas resoluciones¹⁴⁷, pues al realizarlo se provocaría la inconstitucionalidad material de esta resolución.

Además tampoco puede la Corte Nacional de Justicia, normar respecto a materias que deben ser tratadas únicamente por ley. Esto en virtud de la reserva de ley al tenor del Art. 132 de la Constitución de la República se requiere de ley obligatoriamente para regular sobre: el ejercicio de derechos y garantías constitucionales, tipificar infracciones y establecer sanciones, creación, modificación o supresión de tributos, cuestiones de atribución de deberes, competencias y responsables a los gobiernos autónomos descentralizados, asuntos relativos a la modificación de la división político administrativa del país; y finalmente sobre el otorgamiento de facultad normativa a organismos públicos.

Lo dicho sin perjuicio de la protección adicional que establece la reserva de ley orgánica que determina el Art. 133 de la misma Constitución, que instaura la necesidad de ley orgánica, para “regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”; bajo lo cual los derechos consagrados en la Constitución están sometidos a reserva de ley orgánica.

¹⁴⁶ Según la Constitución de Montecristi, las garantías son de carácter normativo, políticas públicas, garantías políticas y las garantías jurisdiccionales. En el caso de las garantías normativas establecen la obligación del legislador de regular respecto de los derechos únicamente a través de ley (reserva de ley) y el no atentar contra el núcleo de estos derechos. Véase Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, 249

¹⁴⁷ Claudia. Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, en *La Nueva Constitución del Ecuador Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini edits. (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009), 294

Esta reserva antes descrita por tanto determina que a través de precedentes jurisprudenciales, no se puedan regular en materias que han sido reservadas a la ley y por tanto al tratamiento por parte del legislador; generando su inconstitucionalidad por la forma en caso de que la Corte Nacional de Justicia incurra en este acto, pues en este caso si se estaría afectando la división de poderes que plantea la Constitución.

Ahora, cabe decir que más allá de esta limitación, la normativa que establece la forma de creación de los precedentes judiciales no es restrictiva, por lo que aparte de los temas reservados a la ley, la Corte Nacional de Justicia puede emitir precedentes que tendrán efecto general y obligatorio en el resto de materias y temas; pues el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, simplemente dispone que en caso de reiteración de tres sentencias que contengan un mismo punto de derecho, esto obliga a la sala especializada que lo emita a enviar estos fallos al Pleno de la Corte a fin de que decida sobre su conformidad.

Pudiendo distinguir que la expresión: sentencias que contengan un mismo punto de derecho, no ha clarificado la función de esta facultad de esta alta corte de justicia, tal es así que se han emitido precedentes para:

- 1) Aclarar la aplicación de tipos penales e imponer una interpretación obligatoria, tal como en la Resolución No. 03-2015.¹⁴⁸
- 2) Resolver sobre dudas en la aplicación de normas jurídicas sustantivas en proceso laborales, como en la Resolución 14-2015.¹⁴⁹
- 3) Dejar sentada doctrina jurisprudencial, como en la Resolución 07-2016.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 03-2015, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 24 de diciembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/triple_reiteracion/15-03%20Triple%20reiteracion%20Contravenciones%20-%20no%20hay%20apelacion.pdf

¹⁴⁹ Véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 14-2015, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 24 de diciembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2016/15-14%20Pago%20de%20triple%20remuneraciones%20laborales.pdf

- 4) Ratificar un criterio judicial, como en la Resolución No. 05-2017.¹⁵¹
- 5) Sentar una línea jurisprudencial, como en la Resolución No. 02-2019¹⁵²

Pudiendo entender que la expresión: “sobre un mismo punto de derecho” no es clara en su interpretación y aplicación; sin embargo, desde este trabajo, se considera que conforme la doctrina del precedente expuesta en este capítulo, el “mismo punto de derecho” se refiere a la *ratio decidendi*, por lo que se razona, que lo que debería hacer la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, ante la remisión de tres sentencias dictadas bajo un mismo razonamiento; es ratificar la existencia de esta *ratio* y por lo tanto establecer un precedente que será de aplicación general y obligatoria.

Al respecto, la única limitación que se ha autoimpuesto, la Corte Nacional de Justicia es aquella que determina la Resolución de 10 de noviembre de 2010, que reforma la resolución que creó el Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia, fijando la forma como se seleccionan los casos para precedentes, bajo lo siguiente:

“Recopilar todos los fallos que emanen de las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, para lo cual los Secretarios de cada una de ellas, remitirán, en formato impreso y electrónico, dentro de los quince días de haberse ejecutoriado, copia certificada de todas las sentencias expedidas, así como de aquellos autos definitivos cuyo contenido jurídico sea relevante y haya sido seleccionado por los señores Jueces o

¹⁵⁰ Véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 07-2016, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 24 de diciembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2016/16-07%20Triple%20reiteracion%20gasto%20deducible%20calculo%20impuesto%20a%20la%20renta.pdf

¹⁵¹ Véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 05-2017, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 24 de diciembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/17-05%20Triple%20familia%20separacion%20y%20abandono.pdf

¹⁵² Véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 02-2019, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 24 de diciembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/19-02%20Triple%20reiteracion%20concurso%20ideal%20de%20delitos%20en%20drogas.pdf

*por el Presidente de la Sala. El cumplimiento de este deber será de responsabilidad de los secretarios relatores de las salas”.*¹⁵³

De lo cual podemos rescatar como principal, que lo que determina ahora la forma de selección de los casos es su “relevancia jurídica” establecida por parte de la sala especializada que emita estas sentencias. Lo que tampoco genera un límite claro, pues la relevancia no es un término que establezca un parámetro concreto para elegir los casos para establecer precedentes.

En este sentido, la emisión de precedentes jurisprudenciales, sin límites claros constituye una amenaza a la división de poderes, ya que al tenor de lo mencionado, permite a un órgano judicial crear normas de carácter general, suplantando en muchos casos la labor del legislador y en muchos otros contraviniendo el trabajo de la Función Legislativa al establecer precedentes que detallan requisitos y procedimientos distintos a los que señala la ley, tal como en el caso de la Resolución 10-2015 cuya revisión se realizará en el último capítulo de esta investigación.

En este sentido, con el fin de proteger el trabajo del legislador y sobre todo la legitimidad democrática que tiene para elaborar, quien normas generales, se propone una reforma legal a partir de este trabajo el limitar la elaboración de precedentes jurisprudenciales, no solo bajo las garantías normativas del Art. 84 de la Constitución de la República, sino que la Corte Nacional de Justicia, pueda emitir estos actos normativos únicamente en los siguientes casos:

a) Laguna normativa : falta de norma que resuelva el caso ¹⁵⁴

En cuyo caso la Corte Nacional establecerá a través de la aplicación de principios jurídicos y la integración del derecho, la interpretación que corresponda a los casos cuya norma no existe en la ley para su resolución.¹⁵⁵

¹⁵³ Véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución de 10 de noviembre de 2010, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 24 de diciembre de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/38%20Reforma%20c_reacion%20departamento%20jurisprudencia.pdf

¹⁵⁴ Bulygin, “Los jueces ¿Crean derecho?”, 22

- b) Contradicción: la existencia de dos o más normas incompatibles aplicables al caso¹⁵⁶

Al respecto el órgano judicial, dictaminará a través del uso de los distintos métodos de resolución de antinomias, la norma jurídica aplicable a determinado conflicto.

- c) Oscuridad respecto a la descripción de la disposición normativa: que se refiere al alcance de la regla o principio a aplicarse al caso.

En este caso, partiendo de la resolución del caso concreto, la Corte, determinará la interpretación de una norma jurídica, sustancial para la resolución del caso, a través del uso de la resolución del recurso de casación.

Cabe mencionar al respecto que esta propuesta, debería ir acompañada de una reforma al Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, que otorgó la facultad a la Corte Nacional de Justicia de expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de la ley, que sean generales y obligatorias, mientras que no se disponga lo contrario; pues esta competencia vulnera totalmente la separación de funciones, al otorgar a una Corte de justicia ordinaria la capacidad de dictar normas generales en abstracto, suplantando de una forma más flagrante el trabajo del legislador, ya que ni siquiera se realiza esta resolución sobre la base de la resolución de un caso o varios casos, como lo es el caso del precedente; considerando además que esta competencia fue introducida a través del Código Orgánico de la Función Judicial, pero jamás ha sido contemplada por la Constitución de la República.

¹⁵⁵ Mención especial se debe hacer al caso en que existan lagunas axiológicas, las cuales se producen cuando la norma jurídica que ha sido valorada por el juzgador, es considerada injusta o inadecuada; lo que genera la posibilidad de que el Juez cree una norma para resolver el caso. Pues este caso lo considero de aplicación dificultosa, pues permite una puerta demasiado abierta para que el juzgador cree normas generales, tomando en cuenta que en caso de que el juez considere que una norma jurídica infraconstitucional directamente aplicable al caso es inconstitucional debe remitirla en consulta a la Corte Constitucional, de conformidad con el Art .2 del Código Orgánico de la Función Judicial. Véase: Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, 33

¹⁵⁶ Bulygin, “Los jueces ¿crean derecho?”, 22

B) El precedente constitucional

Fundamento

Ha sido revisado el concepto de precedente en general, el precedente judicial, quedando por tanto por revisar el precedente constitucional, el cual tiene su fundamento en el principio de supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales, el cual conforme señalamos, tiene vigencia desde la consagración del Estado Constitucional que tiene por garantía la existencia de la justicia constitucional, para cuyo efecto es preciso contar con un órgano especializado para la interpretación y concreción de la Constitución.¹⁵⁷

Esto debido a la apertura semántica y estructural de los enunciados del texto constitucional; por lo que para hacer operativa a la Constitución, es preciso contar con una red estable de precedentes que determinen para un conjunto de casos específicos, el contenido de la misma, dado que sin este mecanismo se convierte en inviable su fuerza¹⁵⁸ como norma jurídica.¹⁵⁹

De esta forma el precedente se vuelve una herramienta más que adecuada para dotar de predictibilidad a la justicia constitucional, además de que permite optimizar la defensa de los derechos fundamentales expandiendo los efectos de las sentencias en otros procesos de protección de derechos; lo que hace pensar que el precedente nace como una regla destinada a lograr seguridad jurídica en

¹⁵⁷ Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, 149

¹⁵⁸ Esta fuerza normativa se manifiesta inclusive por el hecho de que incurriría en inconstitucional la norma o la resolución que vulnere el contenido de un precedente, toda vez que los precedentes son normas que se unen a la disposición constitucional en un simbiosis a través de la concretización que realice el respectivo órgano de justicia al momento de interpretarla, transmitiéndole por tanto su fuerza vinculante. Es decir el Precedente mientras no sea modificado es la Constitución misma. Véase *Ibíd*, 170

¹⁵⁹ *Ibíd*, 159

este tipo de causas, lo que deviene en conseguir cumplir con el principio de igualdad, pues se debe resolver de la misma forma casos que son idénticos.¹⁶⁰

Por tanto bajo el *stare decisis* los jueces que dictaron un precedente están sometidos a sus decisiones previas, de igual forma los jueces inferiores quienes están vinculados por la interpretación que emita el Tribunal de justicia constitucional, considerando que el respeto del precedente es sinónimo de respeto a la vigencia de los derechos y la supremacía constitucional.¹⁶¹ De esta forma la Corte Constitucional o Tribunal Constitucional, influye en el sistema de fuentes jurídicas, incluyendo en el mismo a sus precedentes.

a) **El precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Conforme lo revisado, la Constitución del año 2008 al adquirir fuerza normativa conforme las garantías de la reforma de la Constitución, pero sobre todo a través de las competencias que otorga a su máximo órgano de interpretación para realizar las tareas de control Constitucional.

En este sentido la Corte Constitucional, tiene entre sus facultades el ser la máxima instancia de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano y sobre todo de la Constitución; labor que realiza a través de sus dictámenes y sentencias¹⁶², teniendo sus decisiones el carácter vinculante, así lo señala el Art. 436.1 de la Carta Magna.

De esta forma la Constitución, elimina la competencia de ser instancia de apelación de proceso de garantías jurisdiccionales; modificando a su vez la

¹⁶⁰ César. Landa, “Los Precedentes Constitucionales. El caso del Perú”, en *Teoría y Práctica de la Justicia Constitucional*, Escobar, Claudia, edit. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 120-121,146

¹⁶¹ *Ibíd*, 121

¹⁶² Pudiendo diferenciar a los dictámenes de las sentencias a partir de que los primeros representan una opinión de carácter obligatorio, cuando la Corte ejerce un control previo de constitucionalidad, mientras que las sentencias resuelven conflictos. Véase Bazante Pita, *El Precedente Constitucional*, 45

importancia de la jurisprudencia constitucional en las fuentes del derecho ecuatoriano¹⁶³; por cuanto la jurisprudencia bajo esta base podrá fijar parámetros que deberán contemplarse en caso similares por parte de operadores jurídicos, de modo que se logre coherencia dentro del sistema, convirtiéndose los precedentes en directrices obligatorias.¹⁶⁴

En concordancia con lo señalado, fue dictada por la Corte Constitucional, la sentencia 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de 2010, en la cual se determina la facultad que tiene prevista en el Art. 436.6 de la Constitución, es decir la facultad de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia obligatoria y vinculante, respecto de acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como casos seleccionados por la Corte para su revisión, señalando que en los casos en los que establece reglas jurisprudenciales, las mismas que serán de obligatorio cumplimiento y tendrán efecto erga omnes.¹⁶⁵

En virtud de lo manifestado, lo cual ha sido confirmado a través de este precedente vinculante, la Corte Constitucional ecuatoriana se posicionó como una Corte de Precedentes, al ser la única institución capaz de uniformar la jurisprudencia constitucional.¹⁶⁶

La dificultad proviene de distinguir a qué tipo de resolución se refiere el Art. 436.1 de la Constitución, ya que este enunciado normativo no distingue tipo de sentencia, y además la interpretación se encuentra presente en toda decisión jurisdiccional que haga esta Magistratura. Por lo que se puede afirmar que el significado de este artículo lo podemos encontrar en su interpretación literal, es

¹⁶³ Agustín. Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011) 231

¹⁶⁴ Paúl. Córdova Vinueza, *Derecho Procesal Constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016) 188

¹⁶⁵ Simon, *Introducción al Estudio del Derecho*, 85

¹⁶⁶Diego, Núñez, “Estatus de la Corte Constitucional: Corte de precedentes”, en *Manual de Justicia Constitucional*, Jorge Benavides y Jhoel Escudero, coords. (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional- Corte Constitucional para el período de Transición, 2013), 59

decir que sus decisiones tienen el carácter de vinculante, por lo tanto obligatoria, esto en todo tipo de proceso constitucional, pues siempre es necesaria la interpretación sea una cuestión de garantías jurisdiccionales, interpretación autónoma o control de constitucionalidad.¹⁶⁷

En este orden de ideas la balanza se inclina hacia pensar que toda sentencia emitida por la Corte Constitucional constituye precedente¹⁶⁸, no es necesario que esta Magistratura le otorgue la etiqueta de: precedente o que provenga de la facultad de selección de casos, pues la obligatoriedad no viene por la declaración de jurisprudencia vinculante, sino por sus argumentaciones racionales y por su vocación de universalidad en resoluciones posteriores, pues de esta manera es efectiva la garantía de trato igual en la aplicación de normas jurídicas¹⁶⁹, sin perjuicio de manifestar que la principal razón por la que constituyen precedente es por cuanto constituyen interpretación realizada respecto la norma jurídica principal del ordenamiento jurídico que es la Constitución de la República.¹⁷⁰

Además es preciso mencionar que el respeto de estos precedentes es consecuencia, de la regla del *stare decisis*¹⁷¹, por el cual en principio, no se debe

¹⁶⁷ Bazante Pita, *El Precedente Constitucional*, 46

¹⁶⁸ Lo que se corrobora en base al Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales en el cual podemos encontrar la definición de precedente como: La parte de una sentencia constitucional que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional, y que tiene efectos obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte cuando se refiera a la protección o desarrollo de derechos específicos de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con prescindencia del caso concreto de violación de derechos, pero sin perjuicio de fallar respecto de aquel.

¹⁶⁹ Bazante Pita, Vladimir. *El Precedente Constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015) 50

¹⁷⁰ De acuerdo a lo manifestado, las sentencias que emite la Corte Constitucional, se guían a través del sistema de precedente propio del *Common Law*, alejándose por tanto del modelo de jurisprudencia propio del sistema del *Civil Law*.

¹⁷¹ *Stare decisis* “ se ha entendido como aquel deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.” Véase. Ecuador. Corte Constitucional “Sentencia No. 001-10-PJO-CC”, accedido: 10 de julio de 2019.

alterar lo decidido y resuelto en el pasado¹⁷², bajo la misma que la propia Corte Constitucional se encuentra obligada respecto de sus decisiones anteriores, mientras que los jueces inferiores se encuentran vinculados a observar los precedentes establecidos por la Corte Constitucional, no únicamente en las resoluciones que tengan el título de “jurisprudencia vinculante”.¹⁷³ Sin embargo la aplicación del precedente no puede realizarse de forma mecánica, es preciso determinar la *ratio decidendi* del caso anterior y si el caso efectivamente es análogo.¹⁷⁴

En definitiva de lo relatado se puede observar las similitudes y diferencias entre el precedente constitucional y el precedente judicial, encontrando que tienen en común que son constituyen normas de derecho objetivo construidas a partir de una *ratio decidendi*, radicando sus diferencias en que el precedente constitucional no requiere de la reiteración de fallos y no necesita de otro procedimiento donde se ratifiquen los mismos; pues dentro de cada sentencia o dictamen que sea generado por la Corte Constitucional en donde resuelva sobre el fondo del asunto se puede encontrar un precedente el cual será obligatorio sin necesidad de procedimiento ratificatorio posterior.

Ahora, en virtud de que todo acto normativo incluyendo los precedentes judiciales, debe ajustarse a la Constitución, en el siguiente capítulo se procederá a hacer un examen sobre la constitucionalidad respecto de uno de los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia, conforme se observará a continuación.

<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-10-PJO-CC>

¹⁷² Oyarte Martínez, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, 893

¹⁷³ Bazante Pita, *El Precedente Constitucional*, 50

¹⁷⁴ Oyarte Martínez, *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*, 894

Capítulo III La inconstitucionalidad de la Resolución No. 10-2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia.

Conforme se puede revisar en los dos capítulos previos, se ha determinado que los Precedentes Jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia, pueden ser objeto de la acción de inconstitucionalidad, al constituir normas de derecho objetivo¹⁷⁵, por ello con el fin de continuar con esta investigación, se procederá al examen de constitucionalidad en la forma y en el fondo de la Resolución No. 10-2015 emitida por la judicatura antes mencionada, mediante la cual se creó la fase de Admisión del Recurso de Casación dentro del proceso penal.

Debiendo recordar que el control constitucional tiene como finalidad el examen de la constitucionalidad del texto sometido a la jurisdicción constitucional en base al canon valorativo que impone la Ley Fundamental, siendo su efecto más notorio el de la expulsión de la norma cuando es declarada inconstitucional, lo cual genera efectos vinculantes para todos sus aplicadores, sean públicos o privados.¹⁷⁶

3.1.- La inconstitucionalidad formal del Precedente

El Precedente objeto de esta investigación tiene su origen en el pedido del Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien ordenó que se recojan todos los autos con fuerza de sentencia que contenían un punto de derecho en común en relación a la admisibilidad o no del Recurso de casación en materia penal.

¹⁷⁵Art. 135. Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Procederá la acción de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo o administrativo de carácter general que vulnere normas constitucionales.”

¹⁷⁶Landa Arroyo, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, 174

Ante este pedido se ubicaron siete resoluciones emitidas en Auto por la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, individualizadas bajo los siguientes números: 798-2015 de fecha 1 de junio de 2015, 581-2015 de 30 de marzo de 2015, 627-2015 de 15 de mayo de 2015, 430-2015 de fecha 9 de abril de 2015, 507-2015 de fecha 27 de marzo de 2015, 475-2015 de 27 de marzo de 2015 y 407-2015 de fecha 24 de marzo de 2015. Las cuales en su parte principal señalan que se permite realizar un examen admisibilidad del escrito que contiene el recurso de casación a fin de determinar si cumple todos los requisitos de fondo y de forma, pues en caso de no contenerlos se deberá inadmitir el recurso y devolver el proceso al tribunal de origen.

Ante estos autos, se reúne el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 15 de 2015 de julio, día en el cual aprueban el criterio emitido por la Sala Penal de este órgano judicial, declarando la existencia de un precedente obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un punto de derecho, que permite resolver sobre la obscuridad existente sobre el alcance del artículo 657.2 del Código Orgánico Integral Penal en el sentido de que:

Recibido el recurso de casación, en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito de interposición cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, caso contrario, se devolverá el expediente al tribunal de origen, de esta declaratoria no habrá recurso alguno.

A) La inconstitucionalidad formal del Precedente emitido mediante Resolución No. 10-2015

a) Breves Rasgos de la inconstitucionalidad formal

El examen de inconstitucionalidad tiene una importancia sustancial dentro del control que realiza la Magistratura, pues más allá del avance del constitucionalismo hacia una profundización y afianzamiento del control

material, debe mencionarse que el control formal ni lo anula ni lo contradice, ya que constituyen dimensiones distintas del fenómeno jurídico.¹⁷⁷

De esta forma el objeto de análisis en el control formal, está en los hechos suscitados en el procedimiento de formación de la norma, constituyéndolo en un juicio sobre una premisa normativa y una fáctica; mientras que en el control material, se analiza la prescripción normativa contenida en los enunciados jurídicos a fin de compararla con la norma constitucional.¹⁷⁸

Por ello la inconstitucionalidad formal se genera cuando se crea una norma que violenta las pautas de producción jurídica, lo cual se puede ocurrir bajo las siguientes variables: a) vulneración de las reglas que otorgan competencia normativa, es decir cuando la autoridad no tenía la competencia para emitirlos o cuando carecía de potestad para generar determinado tipo de categoría normativa; b) vulneración del procedimiento fijado para la creación de la norma; c) vulneración del objeto de regulación de la norma jurídica que es emitida, lo que ocurren cuando se generan nuevas reglas o principios en materias en las cuales no estaba autorizado el órgano estatal a intervenir.¹⁷⁹

Parámetros a través de los cuales será analizada la construcción del precedente antes descrito a la luz las normas de procedimiento de este acto normativo y su finalidad.

b) Sobre la competencia normativa de la Corte Nacional

¹⁷⁷ Daniel. Gallegos Herrera. “El control formal de constitucionalidad de actos normativos”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz edits (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 326

¹⁷⁸ *Ibíd*

¹⁷⁹ Francisco. Ezquiaga, “Sobre la inconstitucionalidad y la derogación”. Accedido: 06 de julio de 2019, num. 1-5, www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-inconstitucionalidad-y-derogacion/

Conforme fue revisado en el capítulo previo, la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para emitir precedentes jurisprudenciales obligatorios a través de la reiteración de fallos en un mismo punto de derecho por parte de las Salas que lo integran, por lo que se ratifica su competencia normativa, sin embargo el problema de este acto tiene relación con la materia que regula conforme será verificado en líneas posteriores.

c) Sobre el procedimiento determinado para la creación de un Precedente

Respecto a esta variable debe tomarse en cuenta que en el capítulo que antecede se explicó el procedimiento que está determinado para la creación de un precedente jurisprudencial, razón por la cual únicamente se hará referencia a un punto que debe considerarse crucial para la producción de un precedente jurisprudencial obligatorio.

Esto es que debe crearse a partir de la reiteración de sentencias sobre un mismo punto de derecho, esto es posible reconocer de lo que dispone el Art. 184.2¹⁸⁰ de la Constitución de la República que otorga la competencia a la Corte Nacional de desarrollar el sistema de precedentes, pero fundamentado en fallos de triple reiteración, lo que se corrobora a partir del Art. 182¹⁸¹ del Código Orgánico de la Función Judicial que se refiere al término: “sentencias”.

¹⁸⁰ Art. 184.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración

¹⁸¹ Art. 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, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste 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 Registro Oficial 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

A partir de lo cual se puede verificar la vulneración del procedimiento por parte de la Corte Nacional, al crear el precedente antes descrito, pues conforme lo hemos descrito, el mismo ha sido construido en virtud de autos de inadmisión, a los cuales llama “autos con fuerza de sentencia”.

Debiendo considerar que estos autos no tienen la calidad de sentencia, tomando en cuenta que se puede utilizar este vocablo exclusivamente para la decisión definitiva del juez, respecto de la demanda y las excepciones de mérito o de fondo contra las pretensiones contenidas en aquella lo que la diferencia de las providencias interlocutorias pues estas contienen decisiones sobre el contenido de algún asunto litigioso que no corresponde a la sentencia o que en su caso resuelven alguna cuestión del proceso que puede afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento, como es el caso de resoluciones sobre incidentes o inadmisiones de la demanda.¹⁸²

Por tanto los precedentes pueden crearse únicamente por medio de sentencias, tanto más si se recuerda que el precedente se construye a partir de la *ratio decidendi* o razón de la decisión, la misma que no se podrá encontrar en un auto de inadmisión de un recurso, ya que no resuelve sobre la base de los hechos del caso, ni en relación al fondo del asunto; en virtud de lo cual no se le puede otorgar valor precedencial.¹⁸³ Tomando en cuenta además que una resolución sobre inadmisión de un recurso no produce efecto de cosa juzgada sustancial¹⁸⁴,

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. Para el procesamiento de esta jurisprudencia, el Pleno de la Corte Nacional creará una unidad administrativa especializada.

¹⁸² Devis. Echandía *Teoría General del Proceso* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 419-420

¹⁸³ López Medina, *El Derecho de Los Jueces*, 113

¹⁸⁴ “...todos aquellos casos en los cuales la decisión pone fin al juicio pendiente pero no obstan un nuevo debate entre las partes, en razón de un cambio de circunstancias, sólo puede explicarse partiendo de la distinción entre cosa juzgada formal y sustancial. La primera admite la

a diferencia de una sentencia, cuya parte resolutive y *ratio* gozan de este efecto.¹⁸⁵

En su defensa la Corte Nacional podría manifestar que el auto de inadmisión de un recurso de casación tiene fuerza de sentencia pues culmina el proceso penal, ante lo cual cabe acotar que más allá de que el Código de Procedimiento Civil, que se encontraba vigente¹⁸⁶ al momento de la creación de este precedente, le haya otorgado esta fuerza a un auto, al tenor de su Art. 276¹⁸⁷, esto no le confiere la categoría de sentencia, que establece el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial, ni tampoco permite que se pueda establecer una *ratio decidendi*¹⁸⁸ ya que no resuelve sobre los hechos del caso, al estudiar únicamente si un escrito cumple requisitos formales .

d) Sobre el objeto de regulación del precedente

reanudación del debate y no por eso deja de ser cosa juzgada. La segunda cierra definitivamente toda posibilidad de debate posterior. Véase Eduardo. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1978) 421

¹⁸⁵ López Medina, *El Derecho de Los Jueces*, 105

¹⁸⁶ El Código de Procedimiento Civil, fue derogado a través del Código Orgánico General de Procesos, que ya no reconoce la existencia de autos con fuerza de sentencia, al establecer únicamente a las sentencias, como la decisión del juzgador respecto de asuntos sustanciales del proceso, el auto interlocutorio el cual resuelve cuestiones procesales que no son materia de sentencia pero pueden afectar derechos de las partes o validez del procedimiento y finalmente el auto de sustanciación que es únicamente una providencia de trámite, acorde lo establece el Art. 88 de este cuerpo legal.

¹⁸⁷ Art. 276.- En las sentencias y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión. No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda instancia y de casación, por la mera referencia a un fallo anterior.

¹⁸⁸ Dentro del Informe elaborado por la Unidad de procesamiento de jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia en relación al precedente revisado en este capítulo, se verifica que este ente determina la existencia de *ratio*, en cada uno de los autos de inadmisión, lo que sin duda se puede calificar como un error, sin embargo así se puede encontrar dentro de este informe. Para más información véase: Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 10-2015, *Corte Nacional de Justicia*. Accedido: 9 de julio de 2019. http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-10%20Triple%20reiteracion%20Admisibilidad%20del%20recurso%20de%20casacion%20penal.pdf

Para discutir este punto es preciso responder a dos preguntas: ¿Puede un precedente de la Corte Nacional, regular cuestiones relativas a los recursos procesales? Y ¿Cuáles son los límites del Precedente judicial en materia penal?

Para responder a la primera pregunta es necesario conocer la naturaleza del derecho a recurrir consagrado en el Art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República; que se resume en dos aspectos fundamentales: primero que es un derecho constitucional, segundo que no es un derecho absoluto pues requiere la configuración legislativa, lo que implica que para darle viabilidad se requiere de la intervención de la Asamblea Nacional, órgano que tiene plena libertad para regularlo sin afectar el contenido esencial del derecho a la defensa¹⁸⁹; para lo cual deberá emitir actos normativo con carácter de ley, en el caso de nuestro país, con jerarquía de ley orgánica.

Esto en virtud de una de las garantías normativas que incluye la Constitución de la República que es la reserva de ley orgánica, al tenor de sus Arts. 132 y 133, que establecen por un lado la necesidad de ley orgánica, para “regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”; bajo lo cual los derechos consagrados en la Constitución están sometidos a reserva de ley orgánica.

En este sentido la reserva de ley orgánica vincula al legislador para que regule el derecho sin posibilidad de delegar esta potestad a otros órganos del estado con facultad reglamentaria, asegurando además que determinadas materias consideradas relevantes, revistan una rigidez formal, de manera que solo puedan ser modificadas por una mayoría calificada y no se encuentre a merced de una mayoría coyuntural.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Ecuador. Corte Constitucional, Sentencia No. 223-16-SEP-CC de fecha 13 de julio de 2016, *Corte Constitucional*. Accedido: 10 de julio de 2019. http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2016/223-16-SEP-CC/REL_SENTENCIA_223-16-SEP-CC.pdf

¹⁹⁰ Claudia. Storini, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”, 291

Por tanto en razón de la naturaleza del derecho a recurrir y la garantía normativa de reserva de ley, no era posible que la Corte Nacional de Justicia, al ser un órgano jurisdiccional, regule a través de un precedente la existencia de una fase admisibilidad o no del Recurso de Casación, menos en una cuestión tan sensible como lo es la aplicación del derecho penal en un proceso, al tratarse el mismo sobre la actuación del poder del estado que conculca con mayor intensidad el ejercicio de la libertad natural del hombre mediante prohibiciones y mandatos, afectando además en mayor grado las libertades jurídicas a través de sus medios coercitivos característicos: la pena y las medidas de seguridad.¹⁹¹

Ahora para responder la segunda pregunta se debe considerar a la reserva legal como garantía normativa en el ámbito del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal ecuatoriano y para ello es necesario tomar en cuenta el Art. 76.3 de la Constitución de la República, que reconoce el principio de legalidad de las penas y del procedimiento, y además el Art. 17¹⁹² del Código Orgánico Integral Penal que consagra además una reserva de código.

Bajo este punto vale recordar que el principio de legalidad exige en el aspecto material que la ley que se aplicará para sancionar sea previa, escrita, formal y estricta; es decir: a) previa cuando fue promulgada con anterioridad al hecho que se imputa, no pudiendo aplicarse una ley hacia el pasado, excepto cuando sea más benigna que la aplicable al momento de cometerse la infracción; b) escrita: cuando no proviene de usos sociales, sino que se encuentra consagrada en un documento cuyo contenido no puede ser transformado, excepto los procedimientos establecidos para reformar las leyes; c) formal:

¹⁹¹ Maier, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, 259-260

¹⁹² Artículo 17.- Ámbito material de la ley penal.- Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

cuando fue creada por el órgano con facultades legislativas; y d) estricta: cuando se acomoda con precisión al caso bajo estudio¹⁹³

Así mismo en el ámbito procesal, el principio de legalidad obliga que la pena pueda ser aplicada únicamente después de un proceso previo, conforme las garantías que exige la Constitución y que ese procedimiento puede ser regulado únicamente por la ley formal.¹⁹⁴

Mientras tanto la reserva de código antes descrita, determina que todas las acciones, las omisiones, las penas, los procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas diferentes al Código Orgánico Integral Penal no tendrán validez jurídica, exceptuando en materia de niñez y adolescencia.

Por tanto una autoridad diferente al legislador, no puede crear ni modificar infracciones, ni cambiar el monto de las penas, ni modificar el procedimiento previsto en el Código Orgánico Integral Penal; constituyendo este el límite al precedente judicial y a las facultades de la Corte Nacional de Justicia en materia penal, ya que si bien pueden emitirse precedentes sobre esta rama del derecho, estos no pueden traspasar las barreras antes expuestas.

En conclusión se demuestra nuevamente la inconstitucionalidad formal del Precedente previamente detallado, al haber regulado respecto a un objeto que no era de competencia del pleno de la Corte Nacional de Justicia como es el Recurso de Casación en el proceso penal.¹⁹⁵

¹⁹³ Mariano. Silvestroni, *Teoría Constitucional del Delito* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007) 169.

¹⁹⁴ Maier, *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, 121

¹⁹⁵ En esta investigación, únicamente hemos tratado el aspecto formal del principio de legalidad, en virtud de que la vulneración al mismo ha ocurrido únicamente en la creación de procedimientos, mas no de penas o delitos, ante lo cual es preciso referirnos a las dimensiones del principio de legalidad, que son: la material y la formal. En su dimensión material este principio obliga que las prohibiciones de conductas particulares y las sanciones para los actos que eventualmente las infrinjan deben encontrarse en una ley anterior al acto materia de juicio. En su dimensión formal, el principio de legalidad exige que las actuaciones procesales de la

e) Sobre la instrumentalidad de las formas

Analizado que ha sido el precedente objeto de este capítulo, se ha verificado que efectivamente recae en inconstitucional por la forma, al haber vulnerado su procedimiento de creación y por regular aspectos sobre los cuales no tenía competencia material; sin embargo para la declaración de inconstitucionalidad por cuestiones de forma la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales establece el siguiente principio:

Art. 76.7.- Instrumentalidad de las formas y procedimientos.- El desconocimiento o vulneración de las reglas formales y procedimentales en la producción de normativa, únicamente acarrea la declaratoria de inconstitucionalidad cuando implica transgresión de los principios o finales sustanciales para los cuales fue instituida la respectiva regla.

En virtud de lo cual no es suficiente con la vulneración de las reglas formales en la creación de un acto normativo, es necesario que violente los fines para los cuales instituida esa regla de procedimiento, lo que genera la pérdida de autonomía del control formal, pues de cierta manera estará sujeto al control del contenido de la norma examinada en su sustancia.¹⁹⁶

En esta dirección se hace preciso acotar el móvil de las normas que dan trámite a la generación de un Precedente jurisprudencial obligatorio, en este caso aquellas que obligan a que el mismo se construya en base a sentencia; se encuentra en que este acto normativo se construye en base a una *ratio decidendi*, y la *ratio* únicamente puede encontrarse en sentencias y no en autos de inadmisión de recursos.

jurisdicción deben preverse en una ley anterior al procedimiento en que ellas se lleven a cabo. Véase Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, 358

¹⁹⁶Daniel Gallegos Herrera. “El control formal de constitucionalidad de actos normativos”, 330

Ahora en cuanto a la finalidad de que la cuestión relativa a recursos sea tratada únicamente a través del legislador, fue explicada anteriormente, remitiéndonos a lo dicho con la única acotación que esto tiene su razón de ser en la garantía de reserva de ley orgánica, la cual protege de que la regulación de derechos fundamentales, incluyendo el derecho al recurso, de tal manera que sea resguardo a través de la rigidez que otorga una mayoría calificada en el procedimiento parlamentario, y en razón del principio de legalidad que exige que un órgano legislativo sea el que norme el proceso penal.

En definitiva después de haber realizado un control formal sobre el Precedente estudiado en esta investigación, se verifica su inconstitucionalidad por las causas anotadas al haber transgredido los fines de las normas que prevén el procedimiento para creación del precedente, sin embargo cabe mencionar que en el caso de que se pretenda presentar una acción de inconstitucionalidad únicamente por razones de forma sobre este acto normativo, esta no prosperaría de ninguna manera, pues el Art. 78.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha establecido un plazo para la presentación de acciones por estos motivos, que es el de un año a partir de su entrada vigencia, es decir en este caso desde el 15 de julio del 2015.

Por ello la importancia de revisar la constitucionalidad sustancial del Precedente que contiene la Resolución No. 10-2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia, lo cual se realizará a continuación.

3.2.- La inconstitucionalidad material del Precedente

A) Breves Rasgos de la inconstitucionalidad material

Conforme ya fue explicado en el primer capítulo de este trabajo, una de las principales funciones de la justicia constitucional consiste en vigilar que los actos normativos emitidos por la autoridad, respeten los derechos y las libertades que garantiza la Constitución. Para el efecto el juez constitucional tiene el

trabajo de controlar que las disposiciones que integran estos actos normativos, sean compatibles con el sistema de disposiciones que integran la Carta Fundamental.¹⁹⁷

En este sentido el juicio de constitucionalidad de una norma, exige interpretar dos textos, el texto infraconstitucional y el texto constitucional, apreciando de tal forma si las normas que se expresan en el primero son concordantes con el sistema de normas del segundo.¹⁹⁸

Bajo lo expuesto se puede detallar que el examen de constitucionalidad material se verifica de la comparación del contenido de cada norma, a diferencia del juicio de constitucionalidad formal que se limitaba al estudio del procedimiento de creación del acto normativo.

Por esa razón se procederá a determinar si el contenido del Precedente constante en la Resolución No. 10-2015 emitido por la Corte Nacional de Justicia la cual básicamente ha determinado: 1) la existencia de una fase de admisibilidad del escrito que contiene el escrito de casación; 2) que dentro de esta etapa se examinará si el escrito de interposición contiene los requisitos de admisibilidad y 3) que en caso de incumplir con estos requerimientos se negará el recurso y se devolverá el expediente al tribunal de origen, sin que exista posibilidad de recurrir de esta resolución, se corresponde con el contenido de las normas constitucionales, especialmente en este caso las determinadas en el Art. 75 de la Constitución de la República que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y el Art. 76. 7 literal m) que reconoce el derecho al recurso conforme se verá a continuación.

B) Un análisis en torno al derecho a la tutela judicial efectiva

¹⁹⁷ Ferreres Comella, *Justicia constitucional y Democracia*, 18

¹⁹⁸ *Ibíd*

Previamente a realizar el análisis de constitucionalidad del Precedente antedicho, es preciso establecer el contenido esencial del Derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el Art. 75 de la Constitución de la República, a fin de compararlo con lo determinado a través del Precedente, de tal manera de determinar si cumple es compatible con lo dispuesto en la norma superior.

En este orden de ideas, es necesario identificar el significado del contenido esencial¹⁹⁹ de los derechos, el cual es básicamente otra de las garantías establecidas en la Constitución de la República, a través de su Art. 84, el mismo que manifiesta que: "...En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución", bajo cuya norma se establece un límite a las autoridades que tienen potestad normativa, a fin de que no puedan en la regulación correspondiente, afectar derechos de manera que se vuelvan impracticables o irreconocibles.²⁰⁰

En virtud de lo señalado es fundamental acotar que el derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho complejo, lo que significa que contiene varias aristas, pues consiste en el derecho a tener libre acceso a los tribunales para solicitar la protección de un interés legítimo o un derecho subjetivo y de tal modo lograr una resolución de fondo sobre el asunto tratado, sea desfavorable o favorable, de manera motivada, o en su caso una resolución de inadmisión sustentada en Derecho; así mismo implica el derecho a presentar recursos

¹⁹⁹ La importancia de los derechos para el Estado Constitucional ha hecho que se creen mecanismos para garantizar su inviolabilidad, en este sentido actúa el contenido esencial del derecho, el cual vincula a las autoridades con facultades normativas quienes no pueden en su gestión afectar el contenido nuclear de los derechos. Véase Jorge Benavides Ordóñez. "Un repaso a la teoría general de los derechos fundamentales", en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz edits. (Quito, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 92-96

²⁰⁰ Constituyen el contenido esencial de un derecho aquellas facultades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito del derecho y sin las cuales deja de ser ese derecho y se vuelve otro, refiriéndonos por supuesto al momento histórico en que se trata el caso y la las condiciones inherentes a las sociedades democráticas. Tribunal Constitucional de España citado por Carlos Bernal Pulido. Véase Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 415

previstos por la ley y finalmente que el contenido del fallo sea respetado y ejecutado.²⁰¹

En esa línea de ideas la Corte Constitucional si bien no ha sido lo suficiente clara, ha reconocido la naturaleza compleja de la tutela judicial efectiva al establecer lo siguiente:

Tiene relación con el derecho a los órganos jurisdiccionales para que luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia.²⁰²

Sin perjuicio de mencionar que también ha reconocido a la motivación de las resoluciones como uno de las partes integrantes de este derecho, al señalar que una argumentación no consistente y sustentada comporta una violación a la tutela judicial efectiva.²⁰³

A partir de lo señalado en la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, podemos reconocer que la tutela judicial efectiva contiene los siguientes elementos:

- a) Derecho de acceso a la jurisdicción
- b) Derecho a una resolución de fondo
- c) Derecho a una resolución fundada en Derecho
- d) Derecho a los recursos
- e) Derecho a la ejecución de la resolución
- f) Derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos

²⁰¹ Ignacio. Díez-Picazo Giménez, “Artículo 24. Garantías Procesales”, en *Comentario a la constitución española de 1978*, Alzaga Oscar coord.. (Madrid, Edersa, 1996), 36

²⁰² Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia No. 032-09-SEP-CC” de 24 de noviembre de 2009

²⁰³ Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia No. 020-09-SEP-CC” de 18 de septiembre de 2009

g) Derecho a la tutela cautelar.²⁰⁴

Finalmente es preciso decir que este derecho fundamental obliga que las normas procesales sean interpretadas de acuerdo con el principio *pro actione*, lo que implica que debe realizarse la interpretación más favorable a la efectividad del derecho, siendo esto aplicable a ciertos elementos de la tutela judicial efectiva, pues en otros casos basta con una interpretación que no sea irracional o arbitraria como es el caso de los recursos. De este principio deriva inclusive la regla de subsanabilidad de los requisitos, lo que significa que ante el incumplimiento de un requisito procesal no debe suponer inmediatamente la inadmisión de la pretensión presentada, si dicho requisito puede ser posteriormente subsanado.²⁰⁵

Ahora, para efecto de esta investigación se hará referencia al derecho de acceso a la jurisdicción, derecho a una resolución de fondo y el derecho a los recursos previstos por la ley, pues son los ámbitos de la tutela judicial efectiva, que consideramos pertinentes sobre el tema tratado.

a) Derecho de acceso a la jurisdicción.

El derecho de acceso se concreta con la facultad de ser parte en un proceso e impulsar su actividad hasta que finalice en una decisión judicial que resuelva sobre las pretensiones deducidas.²⁰⁶

Así mismo es un derecho prestación de configuración legal, razón por la cual puede practicarse únicamente bajo los requisitos y presupuestos que establezca el legislador.²⁰⁷

²⁰⁴ Díez-Picazo Giménez, “Artículo 24. Garantías Procesales”, 36

²⁰⁵ Ibid,35

²⁰⁶ Joan. Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: Bosch Editores, 2011), 42

En definitiva el acceso a la justicia comprende la prerrogativa de toda persona a concurrir ante los jueces y tener un proceso donde se debatan y se resuelvan los conflictos que sean presentados, esto bajo una tramitación que respete el debido proceso y los pasos que se ha establecido en la ley para el efecto.²⁰⁸

b) El derecho a una resolución de fondo

La tutela judicial efectiva, comprende el derecho a recibir una resolución de fondo respecto del conflicto presentado ante el aparato judicial, lo que no significa que no deban existir requisitos y presupuestos para este acceso, sino que estos deben cumplir ciertos condicionamientos en su creación y en su aplicación.

En cuanto a su creación, nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos a su alcance; debiendo explicar que si bien la Función Legislativa tiene amplia libertad para determinar las condiciones de acceso, al mismo tiempo no puede afectar su contenido esencial.²⁰⁹ De esta forma, no es legítimo imponer requisitos que resulten innecesarios, excesivos y que sean proporcionales o razonables²¹⁰ es decir que cumplan el fin para el cual fueron creados que es garantizar el debido proceso y que sean estatuidos de modo general e uniforme.²¹¹

De igual manera en el establecimiento de requisitos y presupuestos procesales debe considerarse el antiformalismo que implica que desde el punto de vista constitucional no son admisibles aquellos obstáculos que sean producto

²⁰⁷ Ibid, 43

²⁰⁸ Osvaldo Alfredo. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional El Debido Proceso* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), 107

²⁰⁹ Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 43

²¹⁰ Ibid, 45.

²¹¹ Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional El Debido Proceso*, 105

de una mera formalidad y que no aparezcan justificados de acuerdo a las finalidades que se establecen los mismos.²¹²

Lo que obliga además en la aplicación de los mismos, que se observe la regla de la subsanabilidad de los efectos procesales, lo que impone a los juzgadores a interpretar los requisitos y presupuestos en el sentido más favorable a obtener una resolución de fondo.²¹³

En virtud de lo mencionado las formas son esenciales para todo proceso, sin embargo no toda afectación a las mismas constituye obstáculo para la continuación del proceso, por ello en virtud de la regla de la subsanabilidad, antes de desestimar una demanda, incidente o recurso defectuoso, debe procurarse su reparación, de tal manera que la inadmisión sea observada como medio de preservación de la integridad del proceso y no como una forma de sanción.²¹⁴

c) Derecho a los recursos previstos en la ley

En cuanto al derecho a los recursos previstos por la ley, me referiré en el subcapítulo siguiente en el cual detallaré en específico respecto al derecho al recurso en la Constitución ecuatoriana, considerando que el derecho al recurso, si bien es parte de la tutela judicial efectiva, ha sido a su vez integrado a la Constitución de la República como parte de las garantías de la defensa dentro del debido proceso al tenor de su Art. 76.7 literal m).

d) La Resolución 10-2015 en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva

Después de haber explicado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso dirigirse hacia determinar si el Precedente emitido a través de

²¹² Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, 49

²¹³ *Ibíd*, 50

²¹⁴ *Ibíd*, 50-51

la Resolución 10-2015 cumple los parámetros del acceso a la justicia y el derecho a una resolución de fondo.

Al respecto es menester señalar que en relación con el derecho de acceso a la justicia, este precedente al crear una fase de admisión sobre el Recurso de casación escrito, desnaturaliza el contenido de la tutela judicial efectiva, toda vez que no respeta la tramitación fijada por el legislador en el Código Orgánico Integral Penal, en cuyo texto no se distingue una fase de admisibilidad en el recurso de casación.

Es así que el Art. 657 numeral tercero de este cuerpo legal, señala que:

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.

De cuyo texto se puede verificar de forma clara que el recurso debe tramitarse y resolverse en audiencia y no a través de un auto escrito sin participación de las partes procesales.

Debiendo considerar inclusive que en otra normativa, específicamente el Código Orgánico General de Procesos se establece una admisibilidad del recurso de casación de forma expresa, de la siguiente forma:

Art. 270.- Admisibilidad del recurso: Recibido el proceso en virtud del recurso de casación se designará por sorteo a una o a un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará exclusivamente que el recurso se lo haya presentado en el término legal y que la forma del escrito de fundamentación tenga estructura señalada en el artículo 267. Cumplidas estas formalidades, lo admitirá.

Bajo lo cual se determina que cuando el legislador determina la existencia de una fase de admisibilidad lo hace de una manera explícita, estableciendo la autoridad que la resuelve e inclusive el término en el que se debe emitirse la resolución respectiva. Lo que permite confirmar que el precedente objeto de este trabajo vulnera el contenido del derecho al acceso a la

justicia, pues ha inobservando el procedimiento fijado por el legislador para tramitar el recurso de casación en materia penal.

La Corte Nacional por su parte a partir de la lectura del Informe Jurídico con base del cual se elaboró este precedente, podría responder que ha creado este acto normativo a partir del Art 656 segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal que establece que no son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos, ni de nueva valoración de la prueba, refiriéndose admisibilidad a una etapa de revisión formal del recurso escrito, lo que tendría concordancia con el Art. 657.2 de la misma ley que manifiesta que el tribunal designado por sorteo dentro del plazo de tres días convocará a audiencia, pero de rechazar el recurso ordenará su devolución al juzgador de origen y que de estas decisiones no hay recurso alguno.

Sin embargo ante lo dicho debe responderse que el derecho a una resolución de fondo determina que los requisitos sean establecidos de modo general y uniforme, y además implica la prohibición de establecer requisitos que resulten innecesarios, excesivos e irrazonables.

Constituyéndose los requisitos previstos por esta fase de admisibilidad del recurso de casación en el proceso penal, en irrazonables, pues ya no se tratan de meramente cuestiones de estructura o meramente formales ya que inclusive se refieren a requerimientos de fondo que ni siquiera se encuentran descritos en el precedente²¹⁵, sin cuyo cumplimiento no se puede proceder a una resolución de fondo respecto de la impugnación realizada; lo que a claras luces no permite cumplir sus fines que son: a) vigilar la observancia exacta de ley por parte de las

²¹⁵ El informe emitido por la Unidad de Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, señala que deben cumplirse tres requisitos por parte del escrito de casación: 1) Establecer la norma jurídica que se considera vulnerada en el fallo impugnado; b) Determinar la causal por la cual se fundamenta el recurso en virtud de las causales que señala el Art. 656 del Código Orgánico Integral Penal; 3) Contener una argumentación que dote de sustento al cargo de casación. Para más información véase. Ecuador. Corte Nacional de Justicia. “Informe Jurídico” http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-10%20Triple%20reiteracion%20Admisibilidad%20del%20recurso%20de%20casacion%20penal.pdf

judicaturas inferiores a la Corte de Casación; b) designar un acatamiento correcto de ley, es decir a través del establecimiento de un criterio general sobre el significado de las normas; c) cumplir el contenido de la ley de manera exacta; d) observar la exacta interpretación de las normas lo que permite el descarte de interpretaciones no correctas; e) Uniformar la interpretación de la ley y finalmente; f) Unificar el derecho.²¹⁶

Tanto más si al crearse una fase de admisibilidad, se limita a la casación de oficio únicamente para los recursos que hayan sobrepasado esta etapa, lo que no permite la aplicación de esta institución establecida para eludir la tiranía de un formalismo excesivo²¹⁷ la cual facultaría a la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, pueda corregir un error de derecho sobre una sentencia más allá de la fundamentación del recurso, en cumplimiento de los fines de la casación, esto conforme lo determina el Art. 657 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal que señala: “Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá.”

Así mismo se puede vislumbrar que esta fase de admisibilidad no es uniforme en contraste con el resto de la normativa procesal, es así que el Código General de Procesos ha sido reformado específicamente respecto de la fase de admisibilidad del recurso de casación, específicamente su Art 270, al tenor del cual verifican dos cambios sustanciales: el primero que la sala que corresponda de la máxima corte de justicia, únicamente puede revisar si el escrito cumple con la estructura determinada en el Art. 267 de ese cuerpo normativo y si ha sido presentado dentro del término fijado; y el segundo que se crea la posibilidad de subsanar los errores o vacíos del recurso escrito.

Lo que permite señalar que no son uniformes las fases de admisión de procesos no penales y penales, siendo aún más restringida la etapa respectiva en el proceso penal, pese a la importancia de los conflictos que trata este último,

²¹⁶ Núñez Santamaría, *La Casación en el Estado Constitucional del Ecuador*, 53

²¹⁷ Eugenio. Florián, *Elementos de Derecho Procesal Penal* (Barcelona, Bosch- Casa Editorial, 1990), 453

pues no se limita a la revisión de la estructura del escrito, debiendo mencionar que el Código Orgánico Integral Penal, ni siquiera establece de forma expresa cuales son los requisitos del escrito de casación, sin embargo se entiende que se revisa si se cumple con los requisitos que señala el Informe Jurídico²¹⁸ que sirvió de base para la elaboración de este precedente; además de que no contempla la posibilidad de subsanar cualquier error o vacío del recurso, al ser rechazado de plano si es que no se cumple con los requerimientos de forma que establece este informe.

Lo que determina la inconstitucionalidad material del Precedente estudiado por al presentar requisitos irrazonables y que no garantizan la uniformidad con otros procesos fijados por el mismo legislador, lo que genera una vulneración al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva al volverla impracticable bajo estos parámetros fijados en este acto normativo.

En lo que concierne con el análisis de compatibilidad de la Resolución 10-2015 y el principio *pro actione*, la aplicación de los requisitos y presupuestos procesales y sobre la regla de la subsanación que determina la tutela judicial efectiva hablaremos al momento de revisar el contenido del derecho al recurso conforme lo que viene.

C) El Derecho al Recurso

a) El contenido del derecho al recurso

Respecto a la competencia para regular los recursos procesales y expresamente los recursos en materia penal, se especificó al momento de tratar

²¹⁸ El informe emitido por la Unidad de Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, señala que deben cumplirse tres requisitos por parte del escrito de casación: 1) Establecer la norma jurídica que se considera vulnerada en el fallo impugnado; b) Determinar la causal por la cual se fundamenta el recurso en virtud de las causales que señala el Art. 656 del Código Orgánico Integral Penal; 3) Contener una argumentación que dote de sustento al cargo de casación. Para más información véase. Ecuador. Corte Nacional de Justicia. “Informe Jurídico” http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-10%20Triple%20reiteracion%20Admisibilidad%20del%20recurso%20de%20casacion%20penal.pdf

la inconstitucionalidad formal del Precedente objeto de examen en esta investigación, al ser este un derecho de configuración legal.

Por lo que ahora lo que corresponde es determinar el contenido de este derecho, a la luz de lo que demanda la tutela judicial efectiva y el derecho al recurso que ha sido reconocido en la Constitución de la República en el Art. 76. 7 literal m). Entendiendo que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva comprende en una de sus facetas el derecho al recurso, este tiene una protección adicional en nuestra Constitución la cual lo reconoce de forma explícita dentro de los derechos que garantizan la defensa dentro del debido proceso.

Bajo este orden de ideas, el derecho al recurso comprende que el establecimiento de un recurso legalmente previsto impone a los tribunales y juzgadores en general, que interpreten las normas procesales con orientación a no impedir el conocimiento judicial por formalismos irrazonables, es decir realizando una interpretación flexible y antiformalista de los requisitos de interposición del recurso de manera que se cumpla este derecho y la tutela judicial efectiva, más aún en el derecho penal en el cual no se debe frustrar la efectividad del derecho a la defensa, con mayor razón si se trata de la persona condenada²¹⁹, lo que determina la utilización del principio *pro actione* al momento de tramitar los recursos procesales.

El principio *pro actione* en materia de recursos por tanto genera la obligación de realizar la interpretación más favorable a la efectividad del derecho o en su caso que esta interpretación no sea arbitraria²²⁰, de manera que prosiga el proceso hasta la resolución de fondo, siendo una consecuencia del mismo la regla de subsanabilidad de los requisitos, lo que significa que ante el incumplimiento de un requisito procesal debe otorgarse una oportunidad a las partes de corregir sus errores o faltas en el escrito que contiene el recurso, de manera que la inadmisibilidad sea automática.

²¹⁹ Manuel Jaén Vallejo, *Derechos Fundamentales del Proceso Penal* (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004), 42-43

²²⁰ Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 378

Incluso esto tiene relación con la obligación del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales acorde el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciendo que esta garantía no aplica solamente a los derechos contenidos en la Convención sino aquellos que estén reconocidos por la Constitución o la ley²²¹. En este sentido la inexistencia de recursos efectivos coloca a la víctima de vulneración de derechos en estado de indefensión.²²²

b) La Resolución 10-2015 en relación con el derecho al recurso

Haciendo un examen entre el contenido de la Resolución 10-2015 que contiene el Precedente por el cual se crea una fase de admisibilidad del recurso de casación en materia penal, y el derecho al recurso antes descrito, se llega a la conclusión que este precedente inobserva el contenido esencial de este recurso.

Tal es así que irrespeta el principio *pro actione*, inclusive en el estándar establecido para los recursos que es el interpretar sus requisitos de manera razonable o proporcional, pues en lugar de que la Corte Nacional, realice una interpretación más favorable a la efectividad del derecho y la continuación del proceso hasta llegar a una resolución de fondo, se interpretan los Arts. 656 segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal y Art. 657.2 del mismo cuerpo legal de manera restrictiva e irracional, ocasionando que se mencione que estas normas jurídicas: a) determinan la existencia de una fase de admisibilidad, pese a que este código antes mencionado ni siquiera establece los requisitos formales que debe contener el recurso escrito que contiene la casación penal y b) finalmente que no exista una posibilidad de subsanación del respectivo recurso.

²²¹ Corte IDH. “ Sentencia de 28 de noviembre de 2002” (Fondo, Reparaciones y Costas), *Caso Cantos vs. Argentina* de 28 de noviembre de 2002, párr. 52, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf

²²² Corte IDH. “Sentencia de 31 de enero de 2001” (Fondo, Reparaciones y Costas) *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú* de 31 de enero de 2001, párr.89, http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=205&lang=es

Esto sin perjuicio de manifestar que esta fase de admisibilidad tan estricta, no permite el estudio y debate el sobre de casación recurso en audiencia pública y contradictoria, se constituye en irracional al perjudicar uno de los fines del propio sistema acusatorio, base del proceso penal, que es la realización de los actos procesales a través de un sistema oral; pues ante la inadmisión por cuestiones formales, no se procederá con una audiencia, en la que correspondería escuchar la fundamentación de las partes y la resolución del juez; lo que sin duda vulnera inclusive lo determinado en el Art. 168.5 de la Constitución de la República que señala que: “En todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley”.

Lo que a su vez limita uno de los fines del sistema procesal, que es lograr la inmediación conforme el Art. 169 de la Constitución de la República, entendiendo por inmediación a la actuación conjunta, el contacto directo, permanente y personal durante el juicio entre el tribunal, las partes y las pruebas,²²³ la cual se logra únicamente a través de la oralidad, lo que permite establece que la oralidad es una exigencia de la inmediación porque sobre a través del debate pueden cumplirse sus fines.²²⁴

En definitiva se verifica la irracionalidad con la que ha actuado la Corte Nacional de Justicia al crear una fase de admisión del recurso de casación, ratificándose esta desproporción por parte de este órgano de justicia considerando que ha establecido esta etapa tomando en cuenta la duda que tenía sobre el Art. 657.2 del Código Orgánico Integral; lo que significa que los Jueces del Pleno de la máxima corte de justicia, ante la duda han actuado en contra de la actuación procesal, sobre todo del reo, respecto de una sentencia sobre la cual no se encuentra de acuerdo; lo que sin duda vulnera lo determinado en el Art. 76.5 de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 5.2 del Código Orgánico Integral Penal.

²²³ José. Cafferatta Nores, *Proceso Penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino* (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000), 147

²²⁴ Carlos Ignacio, Ríos, *El Juicio Oral* (Rosario: Nova Tesis, 2007) 70

En definitiva, en virtud de lo señalado, se verifica la inconstitucionalidad material del precedente examinado, al haber desconocido el contenido esencial del derecho al recurso, el cual resulta impracticable a partir de la regla creada por la Corte Nacional de Justicia respecto a la admisión del recurso de casación en materia penal.

3.3.- Efectos de inconstitucionalidad del Precedente contenido en la Resolución No. 10-2015

En atención a lo manifestado en este trabajo, se ha verificado la inconstitucionalidad material del precedente objeto de estudio, superando por tanto la presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas que prevé el Art. 76.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, pues la inconstitucionalidad revisada es manifiesta, obvia y va más allá de toda duda razonable, considerando la claridad del contenido de las disposiciones constitucionales²²⁵

Considerando además que no existe manera de interpretar esta norma de manera que sea compatible con la Constitución de la República, al tenor de lo dispuesto en el Art. 76. 5 de la ley antes mencionada, que consagra el principio de la interpretación conforme de la Carta Fundamental, tomando en cuenta que el contenido de la disposición analizada es claramente inconstitucional y ni siquiera hace posible invalidar una parte de ella para permitir su compatibilidad con el texto de la Constitución.²²⁶

Lo que significa que si esta norma es objeto de una acción de inconstitucionalidad, deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico, a través de

²²⁵ Algunos autores plantean que el juez puede invalidar una norma cuando la inconstitucionalidad es patenta, obvia, más allá de toda duda razonable, sin embargo Ferreres Comella afirma que la presunción de constitucionalidad puede entenderse destruída con la aportación de argumentos de cierto peso, aunque el peso de estos no llegue hasta el punto de eliminar cualquier resquicio de duda. Véase Ferreres Comella, *Justicia constitucional y Democracia*, 162

²²⁶ Según el principio de interpretación conforme, una norma no debe ser declarada nula cuando ser interpretada en consonancia con la Constitución. Konrad. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992), 50

una sentencia estimativa o de simple anulación²²⁷, a través de la cual se dejará sin efecto la totalidad de su contenido.

Debiendo dictarse a su vez una sentencia interpretativa²²⁸ respecto de las normas que contienen el Art. 656 inciso segundo y el Art. 657.2 del Código Orgánico Integral Penal determinando que su contenido no establece la existencia de una fase de admisibilidad del recurso de casación dentro del proceso penal. Esto en aplicación del Art. 76. 9 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues no es posible pronunciarse sobre este precedente sin referirse a estas normas procesales antes mencionadas que fueron interpretadas para poder emitirlo, lo que determina su esencial conexión.

Además de forma fundamental es preciso, detallar los efectos que debería tener esta sentencia, de conformidad con la facultad que le otorga el Art 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a la Magistratura, para que la Magistratura module principalmente los efectos en el tiempo de sus resoluciones, difiriendo o retrotrayendo los mismos, para preservar la plena vigencia de los derechos constitucionales, en este caso sustancialmente el derecho a la seguridad jurídica contenido en el Art. 82 de la Constitución de la República. Por lo cual en este caso, se propone que la inconstitucionalidad que se declare, tenga efectos desde su resolución, por lo que a partir de su emisión:

- a) Todos los recursos de casación que se presenten con posterioridad a esta sentencia de la Corte Constitucional; o que aún no hayan sido tramitados por la Corte Nacional, deberán ser resueltos en Audiencia, en aplicación del Art. 657.3 del Código Orgánico Integral Penal.

²²⁷ Sentencias estimativas o de simple anulación son aquellas que dejan sin efecto una parte o la totalidad de la disposición demandada. Véase Landa, César, “Los Precedentes Constitucionales”, 113

²²⁸ A partir de esta sentencia el juez establecerá la forma en la que debe ser interpretada la disposición a fin de que se encuentre conforme con el contenido de la Constitución, apartando la interpretación que realizada que podría conducir a una sentencia estimativa. Benavides, *Sentencias Interpretativas o Manipulativas: La Actividad Paralegislativa de la Corte Constitucional*, 41

- b) Todos los recursos de casación que hayan sido inadmitidos, no podrán ser nuevamente revisados por la Corte Nacional, pero si se encuentran dentro del objeto de la acción extraordinaria de protección, siempre y cuando sean presentados dentro del plazo determinado en el Art. 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- c) Todas las acciones extraordinarias de protección presentadas respecto de autos de inadmisión de recursos de casación emitidos por la Corte Nacional de Justicia; en su fase de resolución de fondo, deberán considerar lo resuelto por esta sentencia al momento de emitir su decisión.

Conclusiones

Dentro de los puntos más relevantes de esta investigación podemos resaltar que se han cumplido los objetivos planteados al iniciar este trabajo bajo lo siguiente:

1.- Se ha determinado el ámbito de aplicación de la acción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues el mismo corresponde al determinado en el Art. 75.1 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, es decir respecto de: a) enmiendas y reformas constitucionales; b) resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales; c) leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley; y finalmente d) actos normativos y administrativos con carácter general incluyendo actos normativos de carácter general. Lo que incluye por tanto a los precedentes jurisprudenciales obligatorios emitidos por la Corte Nacional de Justicia. Por ello se puede establecer que estos precedentes ingresan dentro del ámbito del control abstracto y por tanto pueden ser objeto de una acción de inconstitucionalidad respecto a su forma y fondo.

2.- Se ha establecido la naturaleza jurídica de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Nacional de Justicia. Por tanto a partir de lo anotado, se puede acotar que el precedente jurisprudencial obligatorio que emite la Corte Nacional de Justicia, tiene una naturaleza híbrida, ya que tiene rasgos de jurisprudencia al ser emitida a través de la reiteración de un criterio en la resolución del recurso de casación y por tanto a través de un tribunal de máxima jerarquía, tiene conexión con el precedente al construirse a partir de una *ratio decidendi*; siendo finalmente un acto normativo, que constituye derecho objetivo, al crear una regla de aplicación general y obligatoria.

3.- Se ha determinado la inconstitucionalidad por la forma y el fondo del precedente jurisprudencial obligatorio emitido por la Corte Nacional de Justicia

mediante Resolución No. 10-2015 publicada en el Registro Oficial 263 de 12 de agosto del año 2015.

Formal por cuanto vulnera el procedimiento de producción de los precedentes jurisprudenciales obligatorios al haberse generado a través de autos de inadmisión, además violenta el objeto de regulación de la norma jurídica, ya que no es competencia de la Corte Nacional el configurar los recursos procesales, en virtud del principio de reserva legal. Inclusive se verifica esta incompatibilidad formal de este precedente con la Constitución, al no haberse respetado el principio de legalidad en el ámbito formal, previsto en el Art. 76.3 de este texto normativo por el cual el procedimiento penal puede regularse únicamente a través de ley formal.

Ahora en el plano material se pudo constatar la inconstitucionalidad de la Resolución 10-2015, ya que menoscaba el contenido esencial del derecho al recurso y el derecho a la tutela judicial efectiva en sus facetas, de acceso a la justicia, derecho a una resolución de fondo; al establecer una fase de admisión de la casación que jamás ha sido prevista, sin permitir subsanación, fijando además en esta etapa procesal requisitos irrazonables que obstaculizan la facultad de casación de oficio, inclusive afectando la instauración de un proceso oral, lo que a su vez genera una vulneración la publicidad del juicio y en la intermediación del juzgador con las partes.

Bajo estas conclusiones se ha podido contestar la pregunta de investigación, respecto a la constitucionalidad del precedente antes expuesto.

Bibliografía

- Aguiló, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2000
- Aguirre Castro, Pamela Juliana, “La Transformación de las fuentes en el ordenamiento o ecuatoriano: el precedente constitucional”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2016. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5296/1/TD072-DDE-Aguirre-La%20transformacion.pdf>.
- Andrade, Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini Edits. *La Nueva Constitución del Ecuador Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- Ávila, Ramiro Edit., *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ramiro Ávila. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- .Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008
- Bazante Pita, Vladimir. *El Precedente Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015
- Benavides, André. *Sentencias Interpretativas o Manipulativas La actividad paralegislativa de la Corte Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016
- Benavides, Jorge. *Reforma constitucional y límites en la Constitución de 2008*.
- Benavides, Jorge y Jhoel Escudero Coords. *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2013.
- Benavides, Jorge, “El control abstracto de constitucionalidad de la ley en la Constitución y en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador”. Ponencia presentada en el Seminario Internacional Competencias Tribunales y Cortes Constitucionales de América Latina, noviembre, Santiago de Chile, 2017
- Benavides Ordóñez, Jorge Isaac. “Reforma constitucional y límites en la Constitución de 2008”. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2016. <https://idus.us.es/xmlui/handle/11441/48471>
- Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,

2005.

------. *El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Cafferatta Nores, José. *Proceso Penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.

Castillo, José, y Luis Castillo. *El precedente judicial y precedente constitucional*. Lima: Ara, 2008

Córdova Vinuesa, Paúl. *Derecho Procesal Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016

Corte IDH. “Sentencia de 28 de noviembre de 2002” *Caso Cantos vs. Argentina* de 28 de noviembre de 2002. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf

Corte IDH. “Sentencia de 31 de enero de 2001” (Fondo, Reparaciones y Costas) *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú* de 31 de enero de 2001. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=205&lang=es

Cross. Rupert y J.W. Harris. *El Precedente en el Derecho Inglés*. Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2012

Cross. Rupert y J.W. Harris. *El Precedente en el Derecho Inglés*. Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires, Marcial Pons, 2012

Díaz, Elías Edit. *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Madrid, Trotta, 2004.

Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

Echandía, Hernando Devis. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

------. *Nociones Generales del Derecho Procesal Civil*. Bogotá, Editorial Temis, 2009.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial. No. 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial. No. 544, 09 marzo de 2009.

Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial. No. 180, 10 de febrero de 2014.

Ecuador. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial. No. 506, 22 de mayo de 2015

Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial. No. 52, 22 de octubre de 2009

Ecuador. Corte Constitucional. 2009. “Sentencia” No. 020-09-SEP-CC. 2009.
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx?opcion=relatoria>

-----.“Sentencia” No. 015-10-SEP-CC, 2010
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=015-10-SEP-CC>

Ecuador. Corte Constitucional. 2010. “Sentencia No. 55-10-SEP-CC”. 2010.
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx?opcion=relatoria>

-----.“Sentencia” No. 001-10-PJO-CC”, 2010,
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=001-10-PJO-CC>

-----.“Sentencia” No. 051-11-SEP-CC, 2011
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=051-11-SEP-CC>

-----.“Sentencia” No. 005-12-SIN-CC”.2012
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=005-12-SIN-CC>

-----.“Sentencia No. 001-13-SCN-CC”. 2013.
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx?opcion=relatoria>

-----.“Sentencia” No. 131-13-SEP-CC, 2013
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=131-13-SEP-CC>

-----.“Sentencia” No. 008-14-SIN-CC”, 2014,
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/BuscadorRelatoria.aspx?opcion=relatoria>

-----.”Sentencia” No. 115-14-SEP-CC, 2014

- <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=115-14-SEP-CC>
- .“Sentencia” No. 17-15-SIN-CC”, 2015,
<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e993ad42-6c09-4097-a2c1-c74da9fa1a1f/0049-11-in-sen.pdf?guest=true>
- .“Sentencia” No. 090-15-SEP-CC, 2015
<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1489475/090-15-SEP-CC.pdf/f7038c89-f113-41ca-b34f-783d04696572>
- .“Sentencia” No. 108-15-SEP-CC, 2015
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=108-15-SEP-CC>
- .“Sentencia” No. 287-15-SEP-CC, 2015
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=287-15-SEP-CC>
- .“Sentencia” No. 223-16-SEP-CC, 2016
http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2016/223-16-EPCC/REL_SENTENCIA_223-16-SEP-CC.pdf
- .“Sentencia” No. 10-16-CN/19, 2019
<http://casos.corteconstitucional.gob.ec:8080/busqueda/index.php>
- .“Sentencia” No.2004-13-EP/19, 2019
[http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fca10dc5-670e-4154-b6ad-32032176a9b3/2004-13-ep-19_\(2004-13_ep\).pdf?guest=true&fbclid=IwAR23b72-ApC18rzjguKLldvnOjZyjPp_XUIosMQbCVVQuF2hirLLs4ea4HE](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fca10dc5-670e-4154-b6ad-32032176a9b3/2004-13-ep-19_(2004-13_ep).pdf?guest=true&fbclid=IwAR23b72-ApC18rzjguKLldvnOjZyjPp_XUIosMQbCVVQuF2hirLLs4ea4HE)
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. “Resolución 10-2015”, 2015,
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-10%20Triple%20reiteracion%20Admisibilidad%20del%20recurso%20de%20casacion%20penal.pdf
- .“Resolución 03-2015”, 2015,
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/triple_reiteracion/15-03%20Triple%20reiteracion%20Contravenciones%20-%20no%20hay%20apelacion.pdf

-----, “Resolución 14-2015”, 2015,
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2016/15-14%20Pago%20de%20triple%20remuneraciones%20laborales.pdf

-----, “Resolución 07-2016”, 2016,
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2016/16-07%20Triple%20reiteracion%20gasto%20deducible%20calculo%20impuesto%20a%20la%20renta.pdf

-----, “Resolución 05-2017”, 2017,
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/17-05%20Triple%20familia%20separacion%20y%20abandono.pdf

-----, “Resolución 02-2019”, 2019,
http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2017/19-02%20Triple%20reiteracion%20concurso%20ideal%20de%20delitos%20en%20drogas.pdf

-----, “Resolución 10 de noviembre de 2010”, 2010, Registro Oficial No. 336 de 8 de diciembre de 2010.

Hernando Devis. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

Elías Díaz Alfonso *Filosofía Política II. Teoría del Estado*. Madrid: Trotta, 2004.

Fernández Segado, Francisco. *La Justicia Constitucional ante el siglo XXI*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

Ezquiaga, Francisco. “Sobre la inconstitucionalidad y la derogación”. *Francisco Ezquiaga* accedido: 06 de julio de 2019, 2004. www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-inconstitucionalidad-y-derogacion/

García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

-----, *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

García Martínez, Asunción. *El Control de Constitucionalidad de las Leyes-Recurso y Cuestión de Inconstitucionalidad*. Lima: Jurista Editores, 2005

Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición- Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.

-----, *Perspectivas Constitucionales*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones,

2011.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Derecho Procesal Constitucional El Debido Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

González, Nuria. “Common Law: Una referencia especial a los Restatement of The Law en los Estados Unidos”. *Nuria González*, accedido: 03 de junio de 2019. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1968/19.pdf>.

Grijalva, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

Guibourg, Ricardo. “Fuentes del Derecho”, *Guibourg, Ricardo*. accedido: 03 de junio de 2019. <https://filosofiayteoriageneralderecho.files.wordpress.com/2013/10/fuentes-ricardo-guibourg.pdf>.

Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

Huerta, Carla. “Sobre la Naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad”. *Carla Huerta*: accedido: 10 de agosto de 2019. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10361/1/doxa21-2_17.pdf

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, “La Familia Romana Germánica”, *UNAM*, accedido: 03 de junio de 2019. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/6.pdf>

Jaén Vallejo, Manuel. *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2004.

Kelsen, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1974.

Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (Lima: Palestra Editores, 2007.

López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis Editores S.A., 2001.

Kelsen, Hans. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución* (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1974.

Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

- Luna, Luis y Pablo Santillán Coords. *Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana* Quito: Konrad Adenauer, 1999.
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Malem Jorge, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez, comps.. *La función judicial Ética y democracia*. Barcelona, Gedisa Editorial, 2013.
- Martínez, Dunia Edit.. *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*. Quito, Corte Constitucional, 2012.
- Mendoza, Luis y Rigoberto Carrillo. *Diccionario Jurídico*. Guayaquil: Impresos Nueva Luz
- Montaña, Juan Edit. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional Tomo*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2011.
- . *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional Tomo III*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición Tomo III, 2012.
- Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- . *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000.
- Núñez, Diego. *La Casación en el Estado Constitucional del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- . *Procesos Constitucionales en el Ecuador No. 9*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2005.
- Pásara, Luis. *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo*. Quito: Ediciones legales, 2013.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons Ediciones, 2003.
- . *Revista del Centro de Estudios Constitucionales, no.12*, 1992.
- Picó i Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch Editores, 2011.
- Ríos, Carlos Ignacio. *El Juicio Oral*. Rosario: Nova Tesis, 2007.

Sagues, Nestor. *Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1989.

Simon, Farith. *Introducción al Estudio del Derecho*. Quito, Editora Jurídica Cevallos, 2017.

Silvestroni, Mariano H. *Teoría Constitucional del Delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

Torré, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires, Editorial Perrot.

Trujillo, Julio César. *Constitucionalismo Contemporáneo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013.

Vigo, Luis Rodolfo. *Interpretación (Argumentación) Jurídica en el Estado De Derecho Constitucional*. Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2016.

Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.