

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

**La observancia del principio de obligatoriedad del precedente
constitucional en acciones de protección en el Distrito Metropolitano
de Quito en el año 2018**

Daniel Alejandro Morales Cárdenas

Tutora: Lina Victoria Parra Cortés

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Daniel Alejandro Morales Cárdenas, autor de la tesis intitulada “La observancia del principio de obligatoriedad del precedente constitucional en acciones de protección en el Distrito Metropolitano de Quito en el año 2018”, 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 de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

08 de julio de 2020

Firma:

Resumen

El precedente constitucional es la razón o conjunto de razones establecidas en una o más sentencias previas, emitidas por el máximo órgano de administración de justicia constitucional, con las cuales se deben resolver nuevos casos con características fácticas análogas que las vuelven vinculantes. Tal carácter vinculante le viene dado por el artículo 436 de la Constitución de la República, sin embargo, en la práctica, existen operadores de justicia que conocen y juzgan garantías jurisdiccionales, que se resisten a observarlo.

El objetivo del presente trabajo es determinar el grado de observancia o inobservancia del *stare decisis* en la práctica judicial, a partir del análisis de dos precedentes jurisprudenciales dictados por la Corte Constitucional del Ecuador: la Sentencia nº 184-17-SEP-CC y 388-16-SEP-CC.

El método utilizado en esta investigación fue el descriptivo – prescriptivo, para, a partir de los elementos delineados por la doctrina del precedente colombiana, aplicados al caso ecuatoriano, poder determinar si los juzgadores resolvieron, las acciones de protección seleccionadas, en virtud de la fuerza gravitacional del precedente y, en caso de alejamiento, el tipo de argumentos utilizados, si ilegítimos o legítimos.

Como resultado se pudo establecer que el problema investigado no es normativo sino de cultura jurídica, pues hay aún operadoras y operadores de justicia que se resisten a reconocer la eficacia directa de la Constitución, tomando como válido únicamente al método de interpretación literal y dejando de lado otras reglas de interpretación propias de la justicia constitucional, tales como la evolutiva, sistemática o teleológica y favorabilidad, lo que en definitiva afecta la naturaleza de la acción de protección, cuyo objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución.

Dedicatoria

A Francisco Nicolás y Lucas Damián Ocampo Moyón y M.A.Z.T.

Agradecimientos

Mi total agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar por abrirme sus puertas, a mi profesora y tutora, doctora Lina Parra por su guía, paciencia y don de gente.

A las profesoras y profesores del área de Derecho, entre ellos un especial agradecimiento a Claudia Storini, Marco Navas Alvear, Ramiro Ávila Santamaría y Christian Masapanta, por las ideas y la inspiración.

A mis padres, a mis hijas Emilia y María Alejandra.

A mis amigos, colegas y gente necesaria en mi vida: Alejandra Zambrano, Francisco Bustamante, YLM Abogados, al :.V:.M.: Alex Jaramillo (por esperar a que concluya el presente trabajo), Ximena Loyo, Elsa Andrade, Javier Morales...

... Y a todos quienes se dieron un tiempo para escuchar y me brindaron su mano o su hombro en el camino.

Tabla de contenidos

Introducción	13
Capítulo primero. Lineamientos para la aplicación del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	15
1. El precedente constitucional	16
2. Doctrina del precedente.....	33
2.1. Argumentos ilegítimos para alejarse del precedente.....	37
2.2. Argumentos legítimos para alejarse del precedente.....	39
3. El precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	43
3.1. La obligatoriedad de las sentencias constitucionales: artículo 436 numeral 1 de la Constitución de la República.....	44
3.2. El precedente como principio de la justicia constitucional: Artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.....	47
3.3. El precedente según la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.....	49
Capítulo segundo. Análisis del respeto al principio de obligatoriedad del precedente constitucional en acciones de protección	53
1. Lineamientos generales para el análisis.....	53
2. Precedentes escogidos de sentencias de la Corte Constitucional.....	55
3. Caso No. 1: Sentencia No. 184-18-SEP-CC, caso No. 1692-12-EP (Caso “Satya”).....	57
3.1. Antecedentes fácticos y procesales.....	58
3.2. Identificación de <i>ratio</i> del caso “Satya”.....	59
3.3. Análisis de aplicación del precedente en acciones de protección.....	61
4. Caso No. 2: Sentencia No. 388-16-SEP-CC, caso No. 2006-16-EP (Caso “Becarios”).....	87
4.1. Antecedentes fácticos y procesales.....	88
4.2. Identificación de <i>ratio</i> del caso “Becarios”.....	89
4.3. Análisis de aplicación del precedente en acciones de protección.....	91
Conclusiones.....	115
Bibliografía.....	119

Anexo: Hipervínculo..... 124

Introducción

El presente trabajo recorre brevemente por la evolución del precedente constitucional en el Ecuador, desde la época republicana hasta su incorporación dentro del sistema de fuentes con la Constitución del 2008. Para este tránsito, se apoya en las líneas generales de lo que ya ha sido dicho por la doctrina y el derecho comparado, específicamente tomando como referencia el caso colombiano, como una realidad cercana de lo que podemos denominar “doctrina del precedente”. Con ello se busca establecer un piso teórico que permita utilizar todos esos elementos para analizar el caso ecuatoriano y establecer, en qué medida, el precedente ha logrado alcanzar, como fuente de Derecho, la fuerza vinculante otorgada por la Constitución, la Ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Como segunda parte del trabajo, se analizarán sentencias de acción de protección del año 2018 emitidas por juzicaturas del Distrito Metropolitano de Quito, que guardan relación a dos precedentes dictados por la Corte Constitucional previamente escogidos, se identificarán las *ratio decidendi* que permitan establecer analogía fáctica entre sí, para continuar el análisis estableciendo, en qué medida las y los jueces obedecen o se alejan del precedente constitucional y, en este último caso, utilizando qué tipo de argumentos, si ilegítimos o legítimos.

En cuanto al territorio (Quito D.M.) y la temporalidad (2018), fueron escogidos por dos razones. La primera, debido a que es el lugar donde resido y en el que desarrollo la mayor parte de mi ejercicio profesional como litigante; la segunda, devenida de la anterior, tuvo que ver con el momento en que establecí el estado la cuestión (2019) por lo que era pertinente realizar la investigación sobre la casuística del año inmediato anterior, además, existió una razón de orden personal, por cuanto participé como defensor técnico en uno de los casos aquí analizados.

Para el estudio, escogí la acción de protección como garantía jurisdiccional para el análisis, debido a su naturaleza de acción idónea para tutelar directa y eficazmente los derechos constitucionales.

Al analizar el principio de obligatoriedad del precedente desde la práctica judicial, lo que se busca es medir, desde un parámetro objetivo, si la acción de protección cumple o

no su cometido y, de esta manera, determinar si el problema es normativo o de cultura jurídica, formalista, tradicional, que se resiste a aceptar el cambio del modelo de Estado [legal] de Derecho, a un Estado constitucional de derechos y justicia.

Capítulo primero. Lineamientos para la aplicación del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como aproximación a una definición teórica, podemos decir que precedente constitucional es la razón o conjunto de razones establecidas en una o más sentencias previas, emitidas por el máximo órgano de administración de justicia constitucional, con las cuales se deben resolver nuevos casos con características fácticas análogas, que las vuelven vinculantes. Siendo así, uno de los principales problemas que adolece la justicia constitucional en el Ecuador, específicamente en materia de garantías jurisdiccionales, es la inobservancia del principio de obligatoriedad del precedente constitucional, por parte de varios operadores y operadoras de justicia.

Dada esta problemática, la intención del presente capítulo consiste en establecer algunos lineamientos que faciliten el estudio del precedente constitucional, su aplicación y configuración jurídica, mismos que servirán como base o elemento, para el posterior análisis de la práctica judicial en acciones de protección en el capítulo segundo, es decir, lejos de pretender establecer conceptos ya existentes, el presente trabajo busca tomar lo más relevante de lo ya dicho respecto al precedente constitucional, para poder aterrizarlo a la realidad ecuatoriana.

Para su desarrollo, en este capítulo *prima facie*, han de abordarse cuestiones generales sobre los sistemas o familias jurídicas del *civil law* y del *common law*, breves líneas que, por una parte pretenden dar un preámbulo hacia la comprensión de la influencia que cada una de ellas ha aportado sobre el sistema jurídico ecuatoriano, y así, permitirnos analizar la evolución del precedente constitucional en el Ecuador dentro del sistema de fuentes, desde los inicios de la república hasta la actualidad; y, por otra parte (dentro del alcance necesario para el presente trabajo), con auxilio de la doctrina y el derecho comparado, introducirnos al estudio de la problemática del precedente, definir lo que debe o no debe entenderse por precedente constitucional, cómo aplicarlo, las razones que permiten a la jueza o juez apartarse del precedente de forma legítima o ilegítima¹;

¹ Al respecto, en primer término, es necesario dejar sentado que el precedente no es inamovible, pues, según Diego López Medina, es posible apartarse del mismo utilizando una *justificación suficiente* y

finalmente, analizará su configuración según el ordenamiento jurídico ecuatoriano constitucional, legal y jurisprudencial.

1. El precedente constitucional

Previo a abordar el estudio de la problemática del precedente constitucional, es necesario sentar las bases teórico-históricas respecto a las *familias* de las cuales se han desarrollado, varios sistemas jurídicos, desde sus inicios hasta la actualidad, particularmente de dos que han tenido influencia en los países del denominado mundo occidental, al que el Ecuador pertenece. A este respecto, reduciremos el análisis a ciertos antecedentes y particularidades relacionados al origen y evolución del precedente, en dos *familias*: el *civil law* y el *commom law*.

En relación al *civil law* o derecho civil², para entender su naturaleza, características generales y concretamente al apareamiento de la jurisprudencia y su evolución hasta los sistemas que devienen de esta línea, es preciso, en primer término, remitirnos a las denominadas etapas del derecho romano: *arcaica*, *derecho del imperio* y *tardía*³.

En la etapa *arcaica*, el derecho se caracterizó por tener una connotación religiosa y basada en la costumbre, donde el conocimiento jurídico se transmitía dentro de una clase privilegiada, la de los *patricios*, a quienes les correspondía el exclusivo “ejercicio de las magistraturas”⁴, de esta manera, al encontrarse restringido para la plebe y al no existir *derecho positivo*, dicho ejercicio fue acusado por los últimos de discrecional y arbitrario⁵, impulsando el compendio escrito de varias costumbres de Roma en la denominada “Ley

adecuada, consideración con la cual se puede diferenciar a la argumentación utilizada para este efecto como *legítima* o *ilegítima*. Diego López Medina, *El derecho de los jueces*. (Bogotá: Legis, 2006), 206.

² Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual, 1997* (Buenos Aires: 1997), 2: 154.

³ Dividir al derecho romano en tres etapas es una metodología del tratadista alemán Wolfgang Kunkel, tomado por Pamela Aguirre para describir la evolución del precedente constitucional con fines metodológicos propios de su análisis, pues, reconoce en su obra que existen más clasificaciones o metodologías de otros autores. En este orden de ideas, por ejemplo, Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico de Derecho Usual, realiza la siguiente clasificación de las etapas del derecho romano: legendaria, arcaica, preclásica, clásica y postclásica. Ver Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2019), 3.

⁴ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 6: 152.

⁵ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2019), 4 y 5.

de las XII Tablas”⁶, con lo cual finaliza esta primera etapa. Con algo de certeza jurídica, surge la segunda etapa denominada *derecho del imperio*, donde el derecho sustituye su característica de consuetudinario por la de formal, la separación del derecho divino y el de los hombres y el apareamiento de las primeras instituciones jurídicas del derecho civil⁷. En lo posterior, aparece la denominada etapa *tardía*, la cual tuvo como propósito codificar por escrito toda la producción jurídica de Roma, siendo su principal expresión, el denominado *Corpus Iuris Civilis*⁸ (cuyo espíritu se mantiene hasta nuestros días en las legislaciones de los sistemas con origen en la familia romano-germánica), dentro del que se destaca el denominado *Digesto* o *Pandectas*, durante el imperio de Justiniano, como recopilación de las “decisiones más notables de los jurisconsultos romanos clásicos”⁹.

Respecto a estos últimos (*jurisconsultos*¹⁰), fueron los encargados de hacer las veces de personas idóneas para absolver consultas, patrocinar litigios e interpretar disposiciones jurídicas, pero sus criterios no eran vinculantes ni obligatorios para quienes impartían justicia, no obstante, su aporte, que en inicio tuvo un valor estrictamente persuasivo más que coercitivo para resolver controversias jurídicas en Roma, fueron plasmados e incorporados en códigos como el *Digesto*, convirtiéndose en norma jurídica. Entonces, viene a ser notable, que la *jurisprudencia* (entendida por Justiniano como “el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto”)¹¹ elaborada por los principales *jurisconsultos* tuvo un valor estructural como fuente del derecho en Roma¹², tan fuerte, que incluso, ya como derecho escrito, sus instituciones sobrevivieron a las invasiones bárbaras, principalmente germanas (caída del imperio

⁶ Que nace como “deseo de darle expresión clara al Derecho consuetudinario” en la antigua Roma. En ellas se encontraban recogidas varias materias relativas al derecho procesal (Tablas I y II); al derecho civil (Tablas III, IV, V, VI, VII y XII); al derecho penal (VIII, IX, X); y, al derecho divino (Tabla XI). Ver, Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 3: 298 y 299.

⁷ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 5.

⁸ *Ibid.*, 5.

⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 3: 251.

¹⁰ *Ibid.*, 5: 47. “En Roma... jurisconsulto es el perito en las leyes y costumbres del país”.

¹¹ *Ibid.*, 5: 55.

¹² Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 9.

romano en el año 476¹³ y posterior), cuyo derecho fue eminentemente consuetudinario¹⁴, con el que logró convivir.

Siglos después, en Francia (previo a la revolución de 1789), tanto costumbre como jurisprudencia fueron “formas de creación del derecho propias del detestado *ancien régime*”¹⁵ o antiguo régimen, ambas acusadas de mantener el *status quo* de la monarquía, especialmente la jurisprudencia, incompatible con el “legocentrismo francés”¹⁶, pues, los pronunciamientos judiciales eran considerados como el reflejo de las interpretaciones de cada juzgador, es decir inciertas y sin unidad de criterio al no tener base en norma positiva, razón por la que “el término jurisprudencia fue asociado como el derecho *ex novo* y arbitrario”¹⁷. Esta consideración de la jurisprudencia, vista desde la dinámica de la forma de gobierno en ese momento (monarquía) más que desde su concepción epistemológica, hizo que posteriormente no tenga cabida en la instauración de la república, puesto que, Montesquieu, con base en la división de poderes como manifestación propia de la forma de gobierno democrático, la concibió como contraria al sistema, no así a la ley, como manifestación del soberano (pueblo) a través del ideal del gobierno popular (Asamblea), a su vez regida por reglas escritas, pues, dar valor formal de fuentes a la costumbre y la jurisprudencia sería, a más de un retroceso hacia formas de gobierno como el monárquico o el despótico¹⁸, un atentado contra los principios intrínsecos de la ley, esto es las características de: general, impersonal y de igualdad, razón por la que se “buscaba anular su capacidad de obstaculizar el desarrollo del nuevo derecho de base exclusivamente legal”¹⁹.

¹³ National Geographic, “El fin del Imperio Romano”, *Historia*, 04 de noviembre de 2016, párr.1, https://historia.nationalgeographic.com.es/a/fin-imperio-romano_6821.

¹⁴ Silvia Pascual López, “El derecho germánico y la paz de la casa”, accedido 26 de marzo de 2020, párr. 15, <file:///Users/alejandro/Downloads/Dialnet-ElDerechoGermanicoYLaPazDeLaCasa-2165562.pdf>

¹⁵ Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente de derecho. Visión Histórica y comparada”, *Revista de derecho Constitucional Umbral* (Quito), n.º 1 (2011), 25.

¹⁶ *Ibid.*, 27.

¹⁷ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 12.

¹⁸ Montesquieu reconocía tres tipos distintos de gobierno: el Republicano; el Monárquico; y el Despótico. Ver, Carlos Luis de Secondat, barón de la Brède y de Montesquieu, “El espíritu de las leyes”. (Bogotá: Ediciones Universales, 1989), 15.

¹⁹ Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente de derecho. Visión Histórica y comparada”, 25.

En cuanto al poder judicial, su actuar se limitaba a ejecutar sentencias ateniéndose de forma taxativa al texto de la ley, anulando toda posibilidad de intervenir en la competencia reservada al legislativo como emisor de norma positiva, concepción plasmada en el “sistema jurídico francés [Código de Napoleón] y por consiguiente, en lo posterior, en la mayoría de sistemas de *civil law*”²⁰, reduciendo a la jurisprudencia a su mínimo valor. No obstante, la práctica judicial de los tribunales franceses, iba evidenciando de a poco, la imposibilidad de resolver todo el universo de casos sometidos a su conocimiento mediante la aplicación exclusiva el método de interpretación literal, es decir, en el sentido “material”²¹ de la norma, pues, los “códigos tenían vacíos, ambigüedades, contradicciones, choques de intereses y derechos”²², cuestiones que obligaron a repensar el valor de la jurisprudencia como aporte para la creación del derecho, impulso reconocido a los denominados *inquiets franceses*²³, quienes buscaban que se otorgue un campo más amplio de acción de los tribunales²⁴, sistematizando y publicando criterios judiciales reiterativos sobre mismos puntos de derecho, mismos que en inicio solo alcanzaban un valor persuasivo, sin cambiar su “papel dentro del sistema de fuentes”²⁵.

En este orden de ideas, la Corte de Casación francesa tenía como rol unificar la jurisprudencia y ser el garante de la aplicación correcta de la ley, es decir, que los tribunales inferiores respeten la voluntad soberana mediante criterios de igualdad entre los administrados. Así, con el paso del tiempo, la doctrina francesa reconoció como jurisprudencia a su producción siempre que cumpla con tres requisitos: el primero, una sentencia que contenga el desarrollo razonado sobre un concepto jurídico o punto de derecho y no su decisión *per se*, puesto que su efecto se mantenía *inter partes*; el segundo, que tal desarrollo sea reiterativo en varias de sus decisiones; y, el tercero, un criterio de jerarquía vertical, donde prevalezcan sus decisiones sobre las de tribunales inferiores²⁶.

²⁰ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 14.

²¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 4: 247.

²² Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 17.

²³ *Ibid.*, 18.

²⁴ *Ibid.*, 19.

²⁵ Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente de derecho. Visión Histórica y comparada”, 30.

²⁶ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 21 y 22.

Sin embargo, lo anterior no cambió la naturaleza de fuente auxiliar de la jurisprudencia, pues, como queda expuesto, sus criterios eran desarrollados a partir de normas preexistentes ya expedidas en su momento por el legislativo, esto a su vez, limitaba que la Corte de Casación, como órgano de cierre, se pronuncie sobre el fondo como es el caso de la *doctrina legal* española²⁷.

Es así, que la concepción y el valor otorgado a la jurisprudencia llega a Latinoamérica, en algunos casos de manera más amplia al *legocentrismo* francés, es decir, adoptando la configuración jurídica de la *doctrina legal* española y reconociendo su naturaleza de fuente indirecta, sobre todo en legislaciones como las de México, Colombia y Honduras²⁸, por citar algunas, no así en el caso de Chile, que reflejó e incluso amplió el sentido y valor dado en el Código Napoleón a la jurisprudencia, en la redacción del Código Civil *a mano* de Andrés Bello, que en lo posterior sería adoptado por el Ecuador en 1860²⁹, con posteriores reformas hasta el actual, no obstante y lo que se pretende remarcar, es que las normas que otorgan un valor de fuente formal exclusiva a la ley, tanto en la legislación chilena como en la ecuatoriana³⁰, contienen el mismo texto normativo sin sufrir ninguna modificación hasta la actualidad.

Como se puede apreciar, la configuración jurídica de la jurisprudencia dentro de los sistemas que tienen origen en la familia del *civil law* es marcada, como en el caso ecuatoriano, que desarrolló una cultura jurídica compatible a este sistema en su mayor parte de vida republicana, esto es, hasta antes del proceso constituyente del 2008, como se analizará más adelante.

Ahora bien, en el caso de los sistemas herencia del *Common Law*, la jurisprudencia obedece a significados, visiones y realidades sociales diferentes, siendo su análisis (en

²⁷ Mientras el derecho francés le negaba un valor, tanto normativo como de fuente formal a la jurisprudencia, en España el Código Civil reconoció tal valor a la *doctrina legal* (compendios sistematizados de jurisprudencia) normativamente, pues, por una parte, el Código Civil español de 1889, en su artículo 1.6 reconoció su valor complementario al ordenamiento jurídico, por su parte, el Código de Enjuiciamiento Civil de 1870, reconocía como causal de casación que la sentencia sea contraria a la ley o doctrina legal; así también, el mismo cuerpo normativo daba facultad a actuar sobre el fondo de la controversia. Véase Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente de derecho. Visión Histórica y comparada”.

²⁸ *Ibid.*, 33.

²⁹ Ecuador, *Código Civil de la República del Ecuador*, Decreto Legislativo, Cuarta Edición, 30 de septiembre de 1912. En este Código, se enuncia una “Primera Edición” del Código Civil en el año 1860.

³⁰ Normas del Código Civil ecuatoriano cuyo contenido se analizarán más adelante, al analizar el precedente constitucional en el Ecuador, en sus modelos constitucionales más relevantes.

alcance y términos suficientes para el presente trabajo), en estricto sentido, lo que nos permitirá tener una comprensión clara del significado de precedente.

El *Common Law* o derecho común tuvo su origen en Inglaterra, eminentemente consuetudinario y exteriorizado a través de manifestaciones del Parlamento inglés, pero especialmente de los “tribunales de justicia”³¹. Esta dualidad a la que hace referencia Cabanellas, más contemporánea, implica a primera vista dos fuentes del derecho en sistemas jurídicos devenidos de esta familia, por una parte, el legislativo como emisor de ley y por otra parte, los jueces como creadores del Derecho a través de la “práctica judicial en los tribunales reales”³².

En sus orígenes, el precedente fue una doctrina eminentemente declarativa, donde al igual que en la familia del *Civil Law*, mantenía un efecto entre las partes de un proceso, siendo la producción legal reservada al Parlamento, no obstante, al otorgar los pronunciamientos judiciales sentido a la ley del reino, evolucionó a una doctrina más rígida conocida como *stare decisis*³³, que consistía en seguir los parámetros de las decisiones judiciales emitidas con anterioridad en casos nuevos fácticamente análogos³⁴. En este orden de ideas, los pronunciamientos judiciales sobre puntos de derecho con base en la costumbre, suponían de plano una autoridad normativa con efecto de aplicación obligatoria para casos posteriores de los cuales los jueces no podían alejarse, configuración que se mantiene hasta la actualidad.

En inicio, el argumento anterior parece contradictorio, pues, por una parte, la característica principal de la costumbre es su naturaleza flexible, mientras que por otra, el existir un pronunciamiento de un juez sobre un punto de derecho con base en la costumbre lo vuelve rígido en su observancia. Al respecto, es necesario dejar sentado, que como característica del *stare decisis*, un precedente es obligatorio siempre que no sea absurdo o injustificado³⁵, pues lo contrario, lejos de garantizar la seguridad jurídica de los usuarios

³¹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 2: 221.

³² Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 46.

³³ *Ibid.*, 47.

³⁴ A diferencia del *Civil Law*, donde el valor de la jurisprudencia es directamente proporcional al desarrollo que los altos tribunales realicen sobre un punto de derecho o concepto jurídico, sin que tenga relevancia la analogía entre los hechos del caso nuevo con el caso anterior.

³⁵ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 53.

del sistema³⁶, sería un comportamiento arbitrario. Es así, que al verificarse cualquiera de estas fallas en el sistema (precedente absurdo o injustificado), es posible acudir a una interpretación flexible del principio de rigidez en su observancia, mediante el *overruling* y el *distinguish*. El primero de ellos, implica la posibilidad que tiene el juez para rectificar un precedente existente o crear uno nuevo, para ello, es necesario que al crear la nueva *regla* el juez acuda a una justificación estricta, misma que pueda demostrar que su base no es la arbitrariedad, el segundo de ellos, implica la demostración de diferencias estructurales entre un caso anterior y uno actual³⁷. Es necesario tener presente, que desde un punto de vista jerárquico, solo las decisiones de la Corte Suprema de la Judicatura alcanzan un efecto vinculante tanto vertical como horizontal, siendo las decisiones de los demás tribunales, solo vinculantes con efecto vertical, en su orden, para los jerárquicamente inferiores³⁸.

Como pudo notarse en líneas anteriores, el precedente obligatorio *per se* no es toda la decisión judicial, sino que este consiste en una *regla*, conocida en el sistema del *Common Law* como *ratio decidendi*, que no es más que “la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica”³⁹. Por su parte, la locución *obiter dicta*, refiere a todos aquellos argumentos de naturaleza auxiliar o retórica del fallo “que no resuelven el problema central del caso, por tanto, no constituyen regla jurisdiccional en sentido estricto”⁴⁰, aunque se les reconoce cierto valor persuasivo.

El *Common Law* reconoce dos formas de identificar la *ratio decidendi*, la primera, denominada *formalista*, que consiste en que la propia Corte o tribunal debe determinar de entre sus argumentos, cuál es el que específicamente debe entenderse como principal y le permitió resolver el caso⁴¹, lo cual se asemeja a la concepción de la jurisprudencia del *legocentrismo francés* o a la *doctrina legal* del sistema español, en cuanto al ejercicio de aplicación mecánica de una regla. La segunda, en actual vigencia, ha sido denominada

³⁶ *Ibid.*, 58.

³⁷ *Ibid.*, 53. Criterios que definen el *overruling* y el *distinguish*, expuestos por Kevin Fandl, citados en la obra de Pamela Aguirre.

³⁸ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 59.

³⁹ López Medina, *El derecho de los jueces*, 218.

⁴⁰ Diego Zambrano Álvarez, “*Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional*” en Juan montaña Pinto, ed., *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional. Cuadernos de trabajo*. (Corte Constitucional para el Período de Transición. Tomo 1, 2012), 238.

⁴¹ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 62.

como *des formalizada*, que en contraposición a la primera, parte de la identificación de los antecedentes fácticos o hechos del caso, para determinar en qué nuevos casos puede ser aplicable⁴², si corresponde restringir o ampliar el precedente, pues, no se basa en el análisis de los argumentos expuestos por el juez en la sentencia anterior, para alcanzar el ideal de que situaciones fácticas iguales reciban un trato o respuesta igual por parte de la justicia, sin que la importancia radique en la interpretación abstracta de un punto de derecho o regla judicial desarrollada con anterioridad⁴³. Para ello, es necesario que el juez, mediante un ejercicio hermenéutico, *deconstruya* los hechos del caso determinando sujetos, objeto y problema jurídico⁴⁴ para poderlos ajustar a la *ratio*, si fuera pertinente.

Similar a lo ocurrido en los sistemas devenidos de la familia romano-germánica, el sistema del *Common Law* trascendió hasta las colonias británicas en todo el mundo y, en América, específicamente a lo que hoy es Estados Unidos, las cuales, previo a su independencia, ya lo habían adoptado beneficiándose de todo su aporte y producción jurídica. Con la *Declaración de Independencia* en 1776⁴⁵, las trece colonias se separaron definitivamente de Gran Bretaña, para en lo posterior emitir una Constitución que les permita edificar una “Unión más perfecta [y] establecer justicia”⁴⁶, con ello, crearon y fortalecieron un sistema de justicia con dos jurisdicciones paralelas, diferentes a la del sistema colonial, siguiendo la lógica de la coexistencia de los gobiernos, tanto federal como estatales⁴⁷.

Estados Unidos, “donde las costumbres contrarrestan a las leyes”⁴⁸, ampliaron la doctrina del precedente inglés, rígido respecto a la aplicación de la *norma consuetudinaria judicialmente evidenciada*, con miras a una “doctrina flexible”⁴⁹ que se ajuste a su

⁴² *Ibid.*, 63.

⁴³ *Ibid.*, 64.

⁴⁴ *Ibid.*, 65.

⁴⁵ El Cato.org, “La Declaración de Independencia”, 22 de diciembre de 2010, párr. 1, <https://www.elcato.org/la-declaracion-de-independencia>

⁴⁶ National Archives, “La Constitución de los estados Unidos de América de 1787”, accedido el 29 de marzo de 2020, párr. 1, <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

⁴⁷ Aynel Álvarez Guerra, “El sistema judicial de los Estados Unidos: un acercamiento inicial”, 2014, párr. 6, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/cgi-bin/library.cgi?e=d-11000-00---off-0cu%2FcuZz-017--00-1----0-10-0---0---0direct-10---4-----0-01--11-es-Zz-1---20-about---00-3-1-00-0--4----0-01-00-OutfZz-8-00&a=d&c=cu/cu-017&cl=CL1.1&d=HASH92fdcf6d95756e1b3284b4.6>

⁴⁸ Juan Montalvo, *clásicos de la Literatura Universal: Los Siete Tratados* (Bogotá: Ediciones Nacionales Círculo de Lectores, Ltda.), 163.

⁴⁹ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 80.

problemática social, pues los *Padres Fundadores* fueron conscientes de que las costumbres cambian de forma progresiva, cuyo avance consiste en que no exige la aplicación inamovible del precedente, sino que, a partir del análisis de cómo fue desarrollado, “aprender de él y por esta razón seguir, distinguir o crear otro precedente”⁵⁰ en función a una nueva realidad, consideración judicial que incluso se extendió a casos constitucionales, como en el caso *Marbury vs. Madison*⁵¹. En este orden de ideas, lo que busca la doctrina del precedente en Estados Unidos, no es ser invocado para inmovilizar el derecho mediante la aplicación de una regla jurisprudencial rígida o de la aplicación de la decisión concreta *per se*, sino que se lo *deconstruya* a fin de que el análisis judicial realizado en su momento, a la luz de las posibilidades flexibles que ofrece la propia doctrina, pueda servir para ser utilizado en un nuevo caso⁵².

Este breve paso por las características y configuración jurídica de los sistemas devenidos del *Civil Law* y del *Common Law*, facilitan la comprensión de la problemática evolutiva del precedente en Ecuador, pues, a través del tiempo, desde sus respectivos modelos constitucionales ha ido concibiendo diferentes connotaciones, pero generalmente desde una cultura jurídica formalista, al menos al tratarse de la jurisprudencia obligatoria, entendida como triple fallo reiterativo⁵³, devenido de fallos de tribunales de justicia ordinaria (ex Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional de Justicia). Dentro del orden constitucional, en la mayor parte de su vida republicana, también se podía sentir la misma tradición formalista, sin embargo, desde el proceso constituyente de 2008, al menos desde lo normativo, existe una posición garantista, más abierta, que tiene como fin la supremacía constitucional y garantizar el respeto de los derechos en ella reconocidos, para lo cual, ha incorporado métodos de interpretación del Derecho diferentes a los tradicionales, incluso,

⁵⁰ *Ibíd.*, 82.

⁵¹ Rafael Oyarte Martínez, “El caso *Marbury vs. Madison*”, *Derechoecuador.com*, 24 de noviembre de 2005, párr. 3, <https://www.derechoecuador.com/el-caso-marbury-vs-madison>

⁵² Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*, 85.

⁵³ Cabe aclarar que en la actualidad, con la Constitución del Ecuador del 2008, la Corte Nacional de Justicia tiene como función “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”, emitidos al Pleno del organismo por sus salas especializadas para su “conformidad”; sin embargo, estos precedentes únicamente encierran criterios sobre puntos de derecho. Véase Corte Nacional de Justicia, “Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios”, accedido el 29 de marzo de 2020, párr. 1, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/services/205-16-fallos-triple-reiteracion>.

ha modificado su sistema de fuentes, como se verá en el siguiente análisis realizado desde una perspectiva constitucional.

Desde los inicios de la república, el Ecuador estuvo influenciado por el modelo constitucional continental clásico, reducido en términos generales, al Estado de derecho y la primacía de la ley. Esta última, reconocida como fuente principal de derecho y norma suprema y, eje alrededor del cual, irresistiblemente giraba toda la actividad administrativa y jurisdiccional del Estado, así como la actuación de las personas⁵⁴.

La Constitución por su parte, a la luz del Estado legal, únicamente podía ser considerada como una declaración política de carácter eminentemente programático⁵⁵, con mandatos normativos dirigidos exclusivamente al legislativo, que, como fuente de derecho y órgano emisor de la ley (entendida en sentido formal), tenía como función, a nombre de la expresión perfecta de la voluntad general⁵⁶, emitir el mayor número de respuestas posibles para resolver el universo inagotable de conflictos jurídicos.

Así, en el caso ecuatoriano, el desarrollo de las fuentes del Derecho, únicamente se lo encontraba en el título preliminar del Código Civil, donde se hacía referencia a la *Ley* como fuente principal y, como fuentes secundarias, a la costumbre, en los casos en que la ley se remita a ella, la jurisprudencia, manifestada como triple fallo reiterativo y, los principios generales del Derecho. Otorgando a las sentencias judiciales, únicamente un efecto inter partes⁵⁷, lo cual anulaba de plano la posibilidad de incluir al precedente en el sistema de fuentes⁵⁸.

La Constitución Política de 1998 proclamó al Ecuador como *estado social de derecho*⁵⁹ y dejó en claro su supremacía sobre las demás normas del ordenamiento

⁵⁴ Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Nuevo derecho ecuatoriano n.º 2*. (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 2.

⁵⁵ *Ibid.*, 20.

⁵⁶ *Ibid.*, 22. La unidad formal del ordenamiento tiene que ver con la convicción ideal, ya superada por cierto, que prevé que el ordenamiento como construcción diseñada para regular la vida social es perfecto, único y no existen vacíos en él.

⁵⁷ Ecuador, *Codificación del Código Civil*, Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005, arts. 1, 2, 3, 18.5.

⁵⁸ Como se desprende del análisis inicial, el sistema jurídico del Ecuador es herencia de la familia del *Civil Law*, lo cual se verifica en los cuatro primeros artículos del Código Civil, copiado textualmente del Código Civil chileno, a su vez reflejo del *legocentrismo* francés (Código Napoleón), que otorgaba poco o nulo valor a la jurisprudencia.

⁵⁹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 1.

jurídico⁶⁰, correspondiéndole el papel de reguladora de la Ley, incluso, con las competencias y atribuciones otorgadas al ex Tribunal Constitucional, la ley quedó a merced del control abstracto de constitucionalidad, cuyo alcance podía suspender total o parcialmente sus efectos”⁶¹.

En este sentido, las resoluciones de constitucionalidad del Tribunal Constitucional tenían efecto *erga omnes*, no así sus decisiones adoptadas en el ejercicio del control concreto de constitucionalidad, en procesos puestos en su conocimiento respecto a garantías constitucionales tales como el amparo, el habeas corpus y el habeas data⁶².

El principio de supremacía constitucional también incidió sobre el sistema de fuentes, imponiendo sobre los órganos con atribución normativa, especialmente sobre el legislador, la obligación de ajustar el contenido de su producción a los preceptos establecidos en la Constitución, restringiendo su potestad tradicional, monopólica, de órgano exclusivo de producción legal⁶³.

Sin embargo, dado que el carácter normativo de la Constitución carecía de eficacia directa, no se imponía sobre otros órganos constituidos del Estado ni sobre los particulares sino en la medida en que su contenido era desarrollado en norma legal, es decir, la norma constitucional no podía ser aplicada directamente por otra autoridad judicial o administrativa, por tal razón, tampoco se podía contar con el aporte del precedente constitucional para dar solución a casos concretos. El reflejo de lo antes expuesto, se verifica, incluso, en los deberes y atribuciones constitucionales del Congreso Nacional: “reformular la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria”⁶⁴.

Finalmente, se produjo el primer intento por reconocer las diversas formas de pluralismo jurídico existentes, como la justicia indígena y los jueces de paz, siempre que su práctica no sea contraria a la Constitución y a la ley⁶⁵.

En esta línea, la Constitución Política de 1998, con características propias del modelo Estado social antes descritas, tuvo una vigencia de diez años en el Ecuador.

⁶⁰ Ibid., art. 272

⁶¹ Ibid., art. 276.

⁶² Ibid., arts. 93, 94, 95.

⁶³ Ibid., art. 272.

⁶⁴ Ibid., art. 130 numeral 4.

⁶⁵ Ibid., Art. 191.

En el año 2008, con la Constitución de la República, el Ecuador se proclamó como Estado constitucional de derechos y justicia⁶⁶, consolidándose el carácter normativo de la Constitución y su supremacía en términos absolutos, es decir, sobrepasando lo programático.

Con el nuevo modelo, a diferencia de la Constitución Política de 1998, el carácter normativo de la Constitución, exige la constitucionalización del Derecho mediante la interpretación conforme de *todo* el ordenamiento jurídico, que permita la materialización de los derechos *fundamentales* haciendo prevalecer el principio pro-persona, a la luz de los derechos humanos, el bloque de constitucionalidad y de convencionalidad⁶⁷.

Este cambio de paradigma obviamente afectó el sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues, todo él se deberá encontrar estrictamente, sin excepción, constitucionalizado.

Así, en el Ecuador prevalecen las siguientes fuentes: la Constitución, que, como norma *viva* y fuente de las demás fuentes del Derecho, predomina el orden jerárquico de aplicación de las normas⁶⁸, convirtiendo a las demás en subordinadas a los derechos en ella contenidos⁶⁹. Los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, también constituyen fuente de Derecho y son directamente aplicables por cualquier autoridad pública, judicial o administrativa⁷⁰, incluso, los que reconozcan derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, prevalecen sobre cualquiera otra norma del ordenamiento jurídico⁷¹. En materia de tratados y convenios internacionales de derechos humanos, la Constitución prevé inclusive la cláusula abierta, es decir, no puede existir restricción de derechos⁷².

La ley, que para su validez debe encontrarse adecuada, formal y materialmente a los derechos establecidos en la Constitución y otros derechos que formen parte de tratados

⁶⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 25 de julio de 2008, art. 1.

⁶⁷ Adrián Joaquín Miranda Camarena y Pedro Navarro Rodríguez, “El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano”, *Universidad de Medellín*, accedido 05 de abril de 2019, párr. 4, <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a05.pdf>.

⁶⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 425.

⁶⁹ *Ibid.*, art.11.4.

⁷⁰ *Ibid.*, art.11.3.

⁷¹ *Ibid.*, art.424.

⁷² *Ibid.*, art.417.

internacionales de derechos humanos⁷³, encuentra también en la Constitución el procedimiento para su emisión⁷⁴, pues, ésta última, cumple en la actualidad el rol que antes cumplía el Código Civil en su título preliminar, en cuanto al procedimiento de emisión de leyes y, otorga además iniciativa legislativa a las demás funciones del Estado en el ámbito de sus competencias, como por ejemplo, al Ejecutivo en materia impositiva⁷⁵, así como a organismos de control y Corte Constitucional en las materias propias de sus atribuciones constitucionales⁷⁶ e incluso a los propios ciudadanos⁷⁷.

A diferencia de las Constituciones anteriores, la del 2008 reconoció e incluyó en el sistema de fuentes, el derecho propio de pueblos y nacionalidades indígenas⁷⁸ en sus respectivos territorios, no así a los jueces de paz y a los medios alternativos de solución de conflictos cuya actuación debe desarrollarse con sujeción a la ley⁷⁹, aunque constituyan otras manifestaciones del pluralismo jurídico.

Finalmente, se reconoce como fuente de Derecho a la jurisprudencia constitucional, lo cual es lógico ya que por antonomasia es en sí misma el resultado de la eficacia directa del carácter normativo de la Constitución, pues, al tener los preceptos constitucionales una estructura abierta y abstracta, el juez constitucional debe acudir a técnicas como la interpretación y argumentación para dotarlas de contenido al aplicarlas a un caso concreto⁸⁰, producto que al emanar del órgano con atribución constitucional otorgado por la voluntad constituyente, forma parte de la propia norma constitucional, es decir, constituye Derecho.

Esta producción jurisprudencial, fuente de Derecho, se manifiesta a su vez a través del precedente constitucional, que en una definición aproximada, debe ser entendido como la razón o conjunto de razones establecidas en una o más sentencias previas, emitidas por el máximo órgano de administración de justicia constitucional, con las cuales se deben resolver nuevos casos con características fácticas análogas, que las vuelven vinculantes.

⁷³ *Ibid.*, art. 84.

⁷⁴ *Ibid.*, arts. 132 a 140.

⁷⁵ *Ibid.*, art. 135.

⁷⁶ *Ibid.*, art. 134.

⁷⁷ *Ibid.*, arts. 61.3 y 103.

⁷⁸ *Ibid.*, art. 171.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 189 y 190.

⁸⁰ Carlos Alberto López Cadena, *“Mutaciones Constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional”*, *El nuevo Constitucionalismo en América Latina*. (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2010), 86.

Otra de las razones estructurales para ser incluida en el sistema de fuentes, es la propia connotación del modelo de Estado de derechos y justicia, pues, los derechos y principios constitucionales que atraviesan transversalmente la actuación estatal y de los particulares, se desarrollan progresivamente a través de normas, políticas públicas, pero especialmente, de la jurisprudencia constitucional, manifestada como precedente ⁸¹.

En este orden de ideas, el precedente constitucional, ya por eficacia directa así como por emanar del máximo órgano de administración de justicia constitucional, viene a ser una especie de forma de “transportar a la realidad la fuerza normativa de la Constitución”⁸², especialmente en materia de garantías jurisdiccionales.

En conclusión, el precedente constitucional ha sido reconocido dentro del sistema de fuentes en la Constitución del 2008 y, normativamente hablando, no existe discusión de que constituye una de las formas para desarrollar el contenido de los derechos y que es la base fundamental para materializar la eficacia directa del carácter normativo de la Constitución, al ser aplicada directa e inmediatamente por los operadores de justicia.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que el Ecuador ha experimentado un desarrollo lento en relación a lo que normativamente parece claro respecto al precedente, lo que da cuenta que la realidad no se ha ajustado al ideal del constituyente, por lo que, es necesario analizarlo desde algunos ángulos para establecer su actual alcance y configuración.

Desde una perspectiva crítica, una de las razones que dificultan la adaptación del precedente constitucional en el sistema ecuatoriano tal vez la encontremos en la cultura jurídica, pues, la influencia del *legocentrismo* desde el inicio de la república, ha enraizado una sólida concepción formalista del Derecho. En principio, los postulados del *Civil Law* respecto a la jurisprudencia obligatoria (triple fallo reiterativo), siguen vigentes en la normativa infra constitucional, entiéndase en su efecto *inter partes* y su configuración como regla, que para su aplicación, al igual que la ley, admite exclusivamente el método de subsunción. Esta rigidez de la aplicación literal de la norma puede verificarse en la producción judicial de los operadores de justicia, en la forma como un defensor técnico

⁸¹ *Ibíd.*, art.11.8

⁸² Diego Núñez Santamaría, “*Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes*” en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, ed., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. (Corte Constitucional del Ecuador, 2013), 56.

solicita la declaración o protección de un derecho, incluso, en el lenguaje y pensamiento del ciudadano común.

El Estado constitucional tiene como postulado la supremacía de la Constitución así como garantizar el respeto de los derechos en ella establecidos, aún sobre la ley y las actuaciones de la administración pública, sin embargo, la mayoría de normas constitucionales, sea que encierren valores, principios o reglas, generalmente no son susceptibles de subsunción, sino que su desarrollo depende además de otros métodos de interpretación y, es aquí donde aparece la primera dificultad. Para desarrollar derechos y darles un contenido más amplio, el juez constitucional está obligado a crear Derecho en una forma distinta a la emitida por el poder legislativo (ley), cuestión que ha generado un debate de cierta complejidad, que abordaré más adelante.

Este nuevo papel que se espera del juez, genera en inicio, una aparente incompatibilidad entre el método tradicional de subsunción propio de los sistemas con origen en el *Civil Law* y el activismo judicial, pues, la sola idea de aplicar métodos que tienen origen en sistemas extraños, como es el caso de la doctrina del precedente del *Common Law*, cuya configuración jurídica atiende a otra realidad histórica y se construye desde el poder judicial, genera resistencia en los operadores de justicia. Es entendible, desde un punto de vista formal, que ir más allá de lo que taxativamente establece la norma lesiona la seguridad jurídica⁸³, además que la supremacía de la ley y la aplicación de su texto literal, ha sido la única manera de resolver las controversias judiciales por casi dos siglos, no obstante, el cambio de modelo constitucional exige tomar de otros sistemas, herramientas que permitan hacer efectiva la eficacia directa de la Constitución, en consecuencia, la cultura jurídica formalista presente en jueces, defensores y ciudadano común, se identifica como una de las dificultades para la aceptación y desarrollo del precedente constitucional como fuente de Derecho.

Otra razón a tomar en cuenta, es la manera como el precedente constitucional fue incorporado en el sistema de fuentes ecuatoriano. En contraposición a lo ocurrido en sociedades como la inglesa o la estadounidense, donde el Derecho tiene una connotación eminentemente basada en la costumbre, el Ecuador experimentó un cambio de Constitución sin que exista un impulso social consciente o una fuerza incontenible de sus

⁸³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 82.

costumbres que exija la incorporación del precedente en el sistema de fuentes, sino que las falencias del Estado legal, específicamente en cuanto a la ley como manifestación perfecta para resolver todo el universo de casos de la vida, fue detectado propiamente en la práctica cotidiana de quienes interactuamos diariamente con el Derecho y las controversias judiciales. En un sentido práctico, el Ecuador no estaba listo para asimilar de inmediato un Derecho basado en precedentes, consecuencia de ello, es el lento desarrollo de líneas jurisprudenciales desde la propia Corte Constitucional como órgano máximo de interpretación constitucional⁸⁴.

Por otra parte, intentar adaptar en corto tiempo herramientas e instituciones jurídicas propias de un sistema diferente al nuestro, poco conocidas o al menos abordadas sin mucha profundidad en las facultades de Derecho y sin ninguna utilidad ni importancia en la práctica judicial hasta ese momento, representaba un alto grado de dificultad para operadores de justicia con poca o ninguna formación al respecto. Esto no quiere decir que el paso a un Estado constitucional sea un yerro, todo lo contrario, sin embargo, es una de las causas del escaso desarrollo del precedente constitucional como fuente de Derecho.

Otra de las razones que hasta hoy es materia de debate, es la posibilidad que otorga el Estado constitucional al juez para crear Derecho. Autores como Gargarella se han cuestionado si esto es viable o correcto, dado su falta de legitimidad democrática:

Las principales críticas al carácter contramayoritario del poder judicial nacen, al menos en buena medida, una vez que se abre (lo que podríamos llamar) la *brecha interpretativa*. Es decir, si se acusa al poder judicial de adentrarse en campos que deberían corresponder a los ciudadanos, o a sus representantes, ello se debe a que ahora se advierte, algo que antes, por alguna razón, no se advertía claramente: a través de su inevitable tarea interpretativa, los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular.⁸⁵

Como fue abordado al inicio del presente análisis, el ideal de gobierno democrático concebido por Montesquieu se basa en la separación de poderes, cada uno de ellos con competencias específicas, siendo el Legislativo a quien corresponde de forma exclusiva

⁸⁴ A diferencia de la Constitución Política de 1998, donde el órgano de interpretación obligatoria de la Constitución era el Congreso Nacional.

⁸⁵ Roberto Gargarella, “*La justicia frente al gobierno*”, *Pensamiento jurídico contemporáneo No. 3*. (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 79.

elaborar la ley. Desde una concepción formalista y rígida, como fue el caso del sistema ecuatoriano antes de la Constitución del 2008, no cabía la creación de Derecho desde los jueces por medio de su activismo, pues, el propio marco constitucional limitaba esta posibilidad. Ahora, si el punto de partida de la crítica es la falta de legitimidad democrática de los jueces, la solución al problema a la luz de la Constitución vigente, sería una enmienda constitucional⁸⁶ que permita su elección por voto popular, lo que tal vez generaría otro tipo de cuestiones a lo mejor más preocupantes.

Desde una óptica realista, los procesos electorales han sido atravesados por una dinámica donde factores como la capacidad publicitaria, económica o de simpatía a un partido o movimiento político, han inclinado la balanza creando ventajas y desventajas que tienen incidencia directa sobre el resultado de la votación, siendo potencialmente peligroso que aquello pudiera afectar a la independencia judicial. En este planteamiento ficticio respecto a los jueces, los mismos críticos de su falta de legitimidad han observado debilidades para implementar un sistema de democracia directa, así:

Tampoco resulta suficientemente atractiva la idea de democratizar la elección de los jueces, hasta el punto de permitir su elección directa por la ciudadanía. Esta solución no es atractiva por diversas razones. Primero, porque parte de la errónea, y muy peligrosa, ilusión o magia electoral... En este caso, el problema radicaría en pensar que por el solo hecho de haber sido elegido a través del voto directo alguien se convierte en auténtico representante de sus electores. Lo cierto es, sin embargo, que ni las elecciones directas eliminan el tipo de problema que aquí nos ocupan. Piénsese, simplemente, en el caso de un juez elegido popularmente, digamos, por sus posiciones “proabortistas”. ¿Qué ocurriría si, en todas las restantes cuestiones de relevancia, dicho juez apareciera contradiciendo la voluntad unánime de los ciudadanos (y las de sus representantes en las Cámaras deliberativas)? En mi opinión, volveríamos a ver en toda su gravedad el problema del carácter contramayoritario de la justicia.⁸⁷

Como puede deducirse de lo anterior, la simple posibilidad de que los jueces sean electos por voto popular no es una solución pacífica, tal vez el punto de convergencia entre la crítica y los nuevos problemas que podrían generarse los podamos encontrar en los

⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 441.

⁸⁷ Roberto Gargarella, “*La justicia frente al gobierno*”, 137.

métodos de interpretación, utilizados como herramientas al servicio de los jueces en el ejercicio de sus magistraturas, pues, mientras más técnicos y estrictos sean estos, menor margen de arbitrariedad al momento de crear Derecho.

A decir de otros autores, la función creadora de derecho de los jueces “no excluye ni bloquea a las competencias interpretativas y operativas tradicionalmente atribuidas al legislador; por el contrario, las fortalece, amplía, actualiza y complementa, por lo que no se presenta conflicto entre las funciones del Estado”⁸⁸.

Como conclusión, la Constitución ha incorporado al sistema de fuentes al precedente constitucional, y para hacerlo funcional y útil, es necesario enriquecer el debate respecto a su configuración jurídica y aplicación, a la luz de cada aporte recibido de los diversos sistemas jurídicos aquí analizados, incluso de otros, en la medida que su aplicación sea justificada y pertinente. En este sentido, en el siguiente apartado se analizarán varios parámetros aquí descritos, al igual que los aportes desarrollados desde la jurisprudencia y doctrina colombianas intentando cumplir este objetivo, delineando los puntos principales de una doctrina del precedente, en lo que he considerado aplicable para desarrollar el presente trabajo.

2. Doctrina del precedente

Previo a entrar en el análisis de la configuración normativa del precedente constitucional en el Ecuador, he considerado necesario transitar por la doctrina y el derecho comparado, respecto a este último, principalmente por el caso colombiano cuyo desarrollo jurisprudencial constituye en la actualidad una verdadera *doctrina del precedente*.

Tal propósito obedece a dos razones principales: la primera de ellas y de mayor peso, es que en Colombia ya existe una doctrina del precedente consolidada mientras que en Ecuador se encuentra en desarrollo, y la segunda, que, desde que Ecuador tiene una Corte Constitucional capaz de hacer efectiva la eficacia directa de la Constitución del 2008, uno de sus mayores referentes para este propósito, en lo que cabe, ha sido justamente la jurisprudencia constitucional colombiana.

⁸⁸ Diego Zambrano Álvarez, “*Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional*”, 237.

En este apartado vamos a limitarnos al establecimiento de ciertos conceptos generales de la doctrina del precedente, intentando con ello, establecer líneas de análisis aplicables al caso ecuatoriano, pues, en nuestro país existe un escaso desarrollo al respecto.

El respeto al precedente probablemente constituye la característica principal y la razón de ser del derecho anglosajón, en los términos analizados en el apartado anterior del presente capítulo. El denominado *stare decisis* (atenerse a lo decidido), consiste en el respeto que los tribunales de justicia deben observar frente a sus “propias decisiones y las de los tribunales que están situados por encima en la jerarquía del poder judicial”⁸⁹, es decir, el precedente actúa de forma horizontal en el primer caso, y de forma vertical en el segundo.

La obligación de respeto y obediencia impuesta por el *stare decisis*, en teoría parece simple y de fácil comprensión, sin embargo, una vez la jueza o juez deba aplicar este principio para resolver un caso concreto, se convierte en un desafío de dificultad considerable.

Una pista para simplificar esta dificultad probablemente la encontraremos al analizar las formas de autoridad con las que se reviste la jurisprudencia. Según López Medina:

La doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un caso nuevo o análogo por sus hechos o circunstancias. El cambio de decisión, por tanto, debe ser excepcional y basado en motivos suficientes y razonables.⁹⁰

La definición anterior encierra dos aspectos, el reconocimiento de una decisión adoptada con anterioridad que servirá como parámetro para resolver una causa nueva y, un vínculo de autoridad entre ambas que tiene como fundamento la analogía existente entre los presupuestos fácticos del caso anterior con los presupuestos fácticos del caso presente, siempre que se verifiquen los siguientes factores: 1) que sea genuinamente análoga, 2) pueda identificarse adecuadamente su *ratio decidendi* o sub regla; y, no medien motivos razonablemente suficientes para alejarse o cambiar la jurisprudencia⁹¹. Esta fuerza

⁸⁹ Javier Sancho Durán, “La doctrina del precedente y la Declaración práctica de 1966”, 1 de junio de 2019, párr. 5, <http://javiersancho.es/2017/05/16/la-doctrina-del-precedente-y-la-declaracion-practica-de-1966/>.

⁹⁰ López Medina, *El derecho de los jueces*, 109.

⁹¹ *Ibid.*, 113.

gravitacional hace que, sobre un caso análogo, la aplicación del precedente sea la regla general y el cambio de decisión sea estrictamente excepcional.

Hay que tener presente que la doctrina del precedente vinculante tiene una variante, a la que López Medina denomina *analogía fáctica permisiva o abierta*, que se verifica cuando una sentencia no es estrictamente análoga en lo fáctico, pero su *ratio decidendi* o sub regla permite o garantiza su utilización razonable para resolver un caso y emitir una sentencia posterior⁹². Como ejemplo, en la obra *El derecho de los jueces*, López Medina, para graficar esta idea, toma el caso del precedente T-411/94, mismo que versa sobre la tutela del derecho de un adolescente emasculado por un perro, precedente utilizado en lo posterior para la decisión SU-337/99 de hermafroditismo congénito; y, aunque estas dos decisiones en lo fáctico no mantienen analogía, ambos abarcan un misma cuestión constitucional, esto es: 1) La posibilidad de que los menores de edad decidan su identidad sexual; y, 2) El rol que ocupan los médicos y los padres en la decisión de la persona menor de edad⁹³.

Entonces, en primer momento se podría decir que el precedente vinculante y su variante denominada *analogía fáctica permisiva o abierta*, busca garantizar la seguridad jurídica e igualdad mediante la aplicación de la tesis de la fuerza gravitacional, que como regla general, obliga a la jueza o juez a resolver un caso fácticamente análogo aplicando un precedente jurisprudencial.

Lo anterior se justifica en que los administrados tenemos derecho a que nuestras causas, revestidas de situaciones fácticas iguales, tengan un tratamiento igualitario. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Asimismo, el respeto a la seguridad jurídica se ve garantizado con la observancia de la jurisprudencia constitucional, toda vez que esto permite predecir cómo los organismos de justicia están interpretando y aplicando el derecho, y por ende, lograr certeza en el ordenamiento jurídico. De esta manera, la consolidación de la jurisprudencia constitucional garantiza no solo el derecho a la seguridad jurídica sino también el derecho a la igualdad material de los justiciables pues, se asegura que casos iguales reciban un tratamiento semejante.⁹⁴

⁹² *Ibid.*, 114.

⁹³ *Ibid.*, 14,15.

⁹⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 229-16-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1906-16-EP*, 20 de julio de 2016.

Siguiendo este orden de ideas, el reconocimiento en la Constitución de la jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho, por una parte, hizo pertinente la categorización del precedente como *norma jurídica* clara, previa y pública, de obligatoria observancia y aplicación para la autoridad judicial, en los términos del artículo 82 de la Constitución, esto es, en respeto a la seguridad jurídica y, por otra parte, la obligatoria observancia y aplicación del precedente a un caso con cuestiones fácticas análogas, a su vez, garantiza el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación de los justiciables, establecido en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución, mediante un tratamiento similar en casos sujetos al conocimiento de la administración de justicia.

Esta regla general de aplicación obligatoria de sentencias analógicas o precedentes a las que, en principio, los jueces deben acudir, tiene su excepción en el ejercicio hermenéutico de los jueces con base en una autoridad jurisprudencial basada en conceptos, que amerita ser explicada.

En el caso del precedente obligatorio, cuyo vínculo de autoridad es la *analogía*, existe una conexión de cuestiones fácticas entre caso nuevo y caso anterior que es la cuestión relevante al dictar una resolución judicial, lo cual teóricamente se remite a la forma como está concebido, desde el derecho anglosajón, el *case law* o sistema de ley basado en decisiones judiciales previas o precedentes⁹⁵, mientras que, en el derecho continental europeo, del cual el Ecuador conserva su influencia, el vínculo de autoridad es el *referente conceptual*, donde se busca que los hechos o presupuestos fácticos del caso, aterricen en un concepto o idea jurídica abstracta⁹⁶, sin que tengan mayor relevancia las similitudes entre los hechos de ambos casos.

Aun cuando parecen antagónicos, ambos vínculos de autoridad, *analogía* y *referente conceptual*, pueden ser compatibles en un sistema como el ecuatoriano, pues, la autoridad basada en conceptos puede operar libremente como una herramienta idónea y más adecuada bajo ciertos parámetros, por ejemplo, cuando el juez se encuentra frente a un caso novedoso frente al que no existen sentencias anteriores que resuelvan la cuestión constitucional, lo cual no implica desconocer la *fuerza primaria de precedente*⁹⁷ de la que

⁹⁵ Houghton Mifflin Harcourt, “Webster’s New World College Dictionary, 4th Edition”, 02 de julio de 2019, párr. 2, <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/case/law>.

⁹⁶ López Medina, *El derecho de los jueces*, 115.

⁹⁷ *Ibíd.*, 116, 117.

se encuentran revestidas las sentencias análogas o precedentes, ya que operaría únicamente por excepción.

De lo anterior se deduce que la autoridad jurisprudencial con base en los conceptos, como tal, no precautela la seguridad jurídica o la igualdad formal, material y la no discriminación, pues, no estaría obligada a respetar una norma de producción jurisprudencial con la categoría de clara, previa o pública inexistente, mucho menos existe una resolución anterior a la cual inobservar, sin embargo, hace prevalecer los principios de igualdad e independencia judicial⁹⁸, al momento en que frente a un caso nuevo, los jueces puedan desarrollar la solución con base en conceptos jurídicos.

En este último caso, el apartarse del precedente jurisprudencial no resulta un ejercicio arbitrario y de plena libertad jurisdiccional, sino que es válido, mientras, por parte de la jueza o juez se ofrezca una *justificación suficiente y adecuada* para resolver el caso concreto, a tal punto que no se vea comprometido o vulnerado el principio de igualdad.

Ahora, la dificultad para establecer en qué consiste una *justificación suficiente y adecuada*, viene ligada al tipo de argumento con el cual el operador de justicia pretenda alejarse del precedente constitucional, pudiendo este argumento ser ilegítimo o legítimo.

2.1. Argumentos ilegítimos para alejarse del precedente

Los argumentos ilegítimos para que una jueza o juez pueda apartarse del precedente, siguiendo la doctrina, son dos: la ignorancia o desconocimiento de la jurisprudencia constitucional; y, su desobediencia o renuencia.

En primer término, diremos que la observancia en la aplicación del precedente constitucional, presupone *prima facie* el conocimiento de su existencia por parte del operador de justicia a cargo de juzgar el caso, para que de una manera consciente exista un debate y discusión suficiente de la jurisprudencia constitucional, como “mínimo necesario para poder apartarse de ella”⁹⁹, es así, que cuando la jueza o juez ignora o desconoce la existencia de un precedente jurisprudencial, el resultado va a ser una sentencia inmotivada,

⁹⁸ Diego Eduardo López Medina, *Interpretación Constitucional*, 2da Edición, (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ Consejo Superior de la Judicatura/ Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006), 192.

⁹⁹ *Ibíd.*, 193.

por lo tanto, cualquier argumento utilizado para resolver el caso, inevitablemente será ilegítimo.

Los yerros de las juezas y jueces en este sentido pueden tener varias explicaciones, desde la imposibilidad de conocer la gran cantidad de sentencias de la Corte Constitucional y sus sub reglas, en caso de contenerlas, así como, la ausencia de líneas jurisprudenciales definidas; en ambos casos, no se subsana la ilegitimidad del argumento.

El segundo caso de argumentos ilegítimos es el de desobediencia o renuncia, esto es, en los casos donde aún conociendo la existencia del precedente, el operador se resiste a aplicarlo sin que medie argumentación suficiente ni adecuada, con lo que, al igual que en el caso anterior, el resultado será una sentencia inmotivada debido a que cualquiera sea el argumento utilizado por la o le juez para resolver, éste será ilegítimo por alejarse del precedente sin una justificación suficiente ni adecuada.

Un ejemplo claro se verifica en el juzgamiento de muchas acciones de protección durante casi una década, cuando tanto para resolver negativamente la admisibilidad como la procedibilidad del fondo del caso, muchos jueces acudían al argumento de la legalidad en su fondo, sin que medie un mínimo análisis respecto a la vulneración del derecho o derechos alegada por los legitimados activos, problemática detectada en su momento por la Corte Constitucional del Ecuador y resuelta mediante jurisprudencia vinculante, así:

Adicionalmente, ha de tenerse presente que tampoco cabe la posición de los operadores jurídicos que eludiendo su labor de jueces de garantías constitucionales, calidad de la cual se hallan investidos al conocer las acciones de garantías jurisdiccionales y aún cuando del proceso se advierte, de modo inequívoco, la vulneración de derechos consagrados en la Constitución, recurren a la trillada y en no pocas veces inmotivada alegación de que los hechos sometidos a su conocimiento se tratan de “asuntos de mera legalidad” y a la vez, “sugiriendo” a los afectados a que acudan a las vías ordinarias (por ejemplo, la contencioso administrativa), sin reparar en que aquellas no constituyen las vías adecuadas ni eficaces para proteger y reparar de modo inmediato la afectación de derechos constitucionales.¹⁰⁰

Lo anterior evidencia la existencia de normas claras, previas y públicas respecto a las causales de admisibilidad así como a la procedibilidad de la acción de protección, pues, respecto a esta última, el precedente vinculante analiza el artículo 40 de la Ley Orgánica

¹⁰⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-16-PJO -CC”, en *Caso n.º: 0530-10-JP*, 22 de marzo de 2016.

de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin embargo, también invoca una serie de *ratios* de sentencias anteriores de la Corte Constitucional, lo que evidencia desobediencia y renuencia de las y los jueces para aplicar precedentes:

21. La Corte Constitucional, luego de un análisis acerca de las fuentes que informan esta sentencia, advierte sobre la existencia de jurisprudencia en que se desarrolla la garantía jurisdiccional de la acción de protección 001-10-JPO-CC; 013-13-SEP-CC; 016-13-SEP-CC; 043-13-SEP-CC; 102-13-SEP-CC; 006-16-SEP-CC; entre otras. Vale destacar que la jurisprudencia identificada corresponde a sentencias de jurisprudencia vinculante, así como a sentencias emitidas dentro de las acciones constitucionales que conoce la Corte Constitucional, sobre la base de que todos los criterios de la Corte Constitucional son vinculantes.¹⁰¹

Al remarcar el carácter vinculante de todas sus sentencias, la Corte Constitucional hace cada vez más estrecha, en lo ideal, la posibilidad de alejarse del precedente, con lo que, los argumentos ilegítimos se hacen más cada vez más visibles o, al menos, dificultan un poco más el separarse del precedente sin utilizar una argumentación suficiente y adecuada.

2.2. Argumentos legítimos para alejarse del precedente

La doctrina del precedente considera a cuatro argumentos como legítimos para alejarse del precedente jurisprudencial: indeterminación de sentencia previa; disanalogía entre los hechos del precedente con el caso nuevo sujeto a juzgamiento; cambio de jurisprudencia; y, distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*.

Respecto al primero de ellos, esto es, la Indeterminación de sentencia previa, el exceso de producción jurisprudencial de la Corte Constitucional (sin líneas definidas) durante casi una década, ha obligado que jueces constitucionales tengan que elegir entre “dos (o más) doctrinas”¹⁰², siendo lo técnico elegir a la vigente separándose del precedente caduco.

Sin embargo, frente a la posibilidad de que ambas doctrinas sean vigentes, debe sacrificarse, con argumento suficiente, una de ellas.

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² López Medina, *Interpretación Constitucional*, 211.

Segundo, respecto a la disanalogía como argumento, es necesario recordar que el principio de aplicación obligatoria del precedente exige de las y los jueces constitucionales, en el juzgamiento de acciones de protección y demás garantías jurisdiccionales, determinar si los hechos del caso *sub judice* mantienen analogía fáctica con el precedente jurisprudencial alegado, esto, para efectos de resolver el caso en virtud de su fuerza gravitacional.

Así, si por una o varias situaciones que conforman la verdad procesal del caso, el juzgador establece que los hechos entre el caso nuevo y el precedente no son los mismos, es decir, que “por algún aspecto que lo diferencia de los demás, no es análogo al anterior”¹⁰³ se evidencia el fenómeno jurídico de la disanalogía que permite a la jueza o juez apartarse del precedente invocado de manera legítima.

Ante esta situación, el juzgador debe apartarse del precedente invocado y, de ser el caso, aplicar el correcto, debido a que el caso bajo su conocimiento es nuevo; de no existir precedente, puede resolver acudiendo a la interpretación más favorable¹⁰⁴ y aplicación directa de la norma constitucional, haciendo valer el principio de independencia judicial.

Lo anterior presupone la presencia de una fuerte carga argumentativa, suficiente y adecuada, que demuestre la presencia de disanalogía, lo contrario, se vuelve un argumento ilegítimo de flagrante desobediencia al precedente¹⁰⁵, pues, corresponde al juzgador obligatoriamente, la obligación de justificar y demostrar efectivamente a los justiciables y al propio sistema “el por qué de su lejanía con los casos anteriores como también exponer respecto al vacío jurisprudencial constitucional que le impida aplicar de manera igual el caso nuevo, o que le imposibilite recurrir a las subreglas de la jurisprudencia”¹⁰⁶.

Tercero, el cambio de jurisprudencia. Así como los derechos, el principio de *stare decisis* no es absoluto, sino que puede irse modificando “con el fin de precisar, corregir o modificar una línea jurisprudencial”¹⁰⁷.

¹⁰³ Sergio Rodríguez Alzate, “Interpretación Constitucional y Judicial. Cómo leer sentencias judiciales, *Prolegómenos-Derechos y Valores, Colombia*, noviembre de 2010, 85, párr. 8, <https://www.researchgate.net/publication/277266491> Interpretacion Constitucional y Judicial Como leer sentencias judiciales

¹⁰⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 numeral 5.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 194, 195.

¹⁰⁶ Rodríguez Alzate, *Interpretación Constitucional y Judicial. Cómo leer sentencias judiciales*, 85, párr. 9.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 215.

Los cambios sociales, los precedentes injustos o inconstitucionales, etc., obligan al juez constitucional a apartarse en el afán de contribuir a la constitucionalización del Derecho; el requisito fundamental, como en los casos anteriores, es que medie una justificación sólida que demuestre la necesidad de adaptar el precedente a las nuevas circunstancias.

En consecuencia, todos los argumentos considerados legítimos son la excepción a la regla del *stare decisis*, bajo la condición que constituyan una verdadera justificación, suficiente y adecuada, caso contrario se trataría de arbitrariedad de las juezas y jueces.

Cuarto, la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum*. La Constitución de la República establece, de forma general, que las decisiones de la Corte Constitucional tienen carácter vinculante¹⁰⁸, no obstante, es necesario determinar cuál de sus partes posee fuerza gravitacional para resolver nuevos casos con características fácticas análogas.

Como quedó establecido al inicio del presente análisis, la connotación del *stare decisis* impone sobre la jueza o juez la obligación de obedecer lo anterior, vertical u horizontalmente decidido y, para hacerlo, se debe distinguir entre *decisium*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*.

El *decisium*, consiste en la parte resolutive del fallo, lo que concretamente el juez resolvió en el caso anterior¹⁰⁹ y, para graficar esta idea, tomaremos como ejemplo la parte resolutive de la sentencia No. 388-16-SEP-CC, caso No. 2006-16-EP dictada por la Corte Constitucional, que servirá como precedente base para el análisis de sentencias de acciones de protección en el segundo capítulo del presente trabajo, así:

Declarar vulnerado el derecho constitucional al debido proceso en la garantía de la motivación, el derecho al desarrollo integral del niño y el derecho a la protección familiar, consagrados en los artículos 76 numeral 7 literal 1, 44 y 69 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, respectivamente.; 2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada.; 3. Como medidas de reparación integral se dispone [...] ¹¹⁰

Debe tomarse en cuenta lo incomprensible que resulta establecer un sentido del párrafo que antecede, pues, intencionalmente se ha omitido un preámbulo explicativo de

¹⁰⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 436.1.

¹⁰⁹ López Medina, “Interpretación Constitucional”, 196.

¹¹⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 388-16-SEP-CC”, en *Caso n.º 2006-16-EP*, de 12 de diciembre de 2016, p. 33.

los hechos del caso y de la pretensión de la legitimada activa, con el propósito de graficar la naturaleza del *decisium*, que en primer lugar, tiene únicamente un efecto *inter partes* y, en segundo lugar, devenido de ello, no constituye el precedente al que los nuevos jueces le deben obediencia en casos nuevos con analogía fáctica.

Por su parte, la *ratio decidendi* de la sentencia presentada como ejemplo, es el propio precedente que debe ser observado por los jueces constitucionales, ya que constituye el fundamento normativo directo de la parte resolutive de la sentencia, así:

El artículo 28 del Reglamento para el Otorgamiento y la Devengación de Becas de Estudio de Pregrado y Postgrado será constitucional en el evento que se aplique a la luz de las normas y principios constitucionales. Concretamente, en casos en los que la asignación de una plaza para efectuar el período de devengación de una beca involucre la decisión sobre el domicilio de un niño, niña o adolescente dependiente del becario o becaria, se deberá tener especial consideración el principio de interés superior del niño en el ejercicio de su derecho al desarrollo integral. Por tanto, la decisión deberá justificarse de manera que se demuestre que, de todas las decisiones posibles, esta es la que más adecuadamente garantice sus derechos. Dicha justificación debe hacerse conocer al becario o becaria como parte de la motivación del acto administrativo en cuestión.¹¹¹

El fragmento transcrito permite entender el contexto sobre el que versó el juicio, lo cual se aclara, solo es relevante para efectos de comprensión, lo que importa es la interpretación normativa realizada por la Corte Constitucional que consta en el texto precedente que constituye la *ratio* del caso, es decir, la regla de obligatoria aplicación para resolver nuevos casos fácticamente análogos, pues, es la regla que tiene una consideración normativa, “razón necesaria para decidir el asunto”¹¹².

Finalmente, las sentencias constitucionales poseen basta argumentación sobre el asunto que resuelven, por esta razón, a más de la consideración normativa que resuelve el problema jurídico (*ratio*), también existen argumentos auxiliares de refuerzo, incidentales, llamados *obiter* o mero *dictum*, que “no pueden ser tenidas como obligatorias en casos futuros”¹¹³.

En la sentencia tomada como ejemplo se pueden encontrar varios argumentos de esta categoría, como el siguiente:

¹¹¹ *Ibid.*, p.34.

¹¹² López Medina, *El derecho de los jueces*, 2006, 221.

¹¹³ *Ibid.*, 220.

En consecuencia, cualquier decisión relativa a la separación del niño de su madre debe ser excepcional y estar justificada por el interés superior del niño. Por tanto, este derecho se vulnera cuando, sin haber sopesado debidamente los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión, en relación el resto de intereses o circunstancias que lo rodean y los efectos de la decisión en su desarrollo integral, este es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con su madre o padre.¹¹⁴

En consecuencia, cuando para la resolución de un nuevo caso se invoca un argumento mero *dictum*, le es legítimo al juez constitucional diferenciarlo de la verdadera *ratio* para así alejarse del precedente, pues, el primero no posee el efecto de fuerza gravitacional del segundo.

Como aproximación podemos concluir, que los parámetros de la doctrina del precedente expuesta por López Medina, es pertinente y aplicable al caso ecuatoriano, pues, al ser el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que la Constitución se encuentra revestida de eficacia directa, cuya consecuencia es que la jurisprudencia constitucional es fuente de Derecho, es ineludible otorgar al precedente la categoría de garante de la seguridad jurídica e igualdad.

3. El precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Con el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente de Derecho, el Ecuador resolvió, al menos en lo normativo, el histórico anhelo de otorgarle a la Constitución eficacia directa, dejando atrás el tradicional carácter programático propio de la herencia del modelo constitucional continental clásico, ampliando así el rol del juez constitucional, como condición *sine qua non* para desarrollar el contenido de los derechos.

En este sentido, lo que se busca en los apartados siguientes, es presentar desde el punto de vista normativo, un esquema de cómo se encuentra configurado el precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y así, entender la forma en que se encuentra al servicio del operador de justicia.

Así, el análisis del precedente constitucional, se lo hará en el siguiente orden: el precedente en la Constitución de la República; el precedente como principio establecido

¹¹⁴ Ecuador “Sentencia N° 388-16-SEP-CC”, p. 27.

en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y finalmente, el precedente desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

3.1. La obligatoriedad de las sentencias constitucionales: artículo 436 numeral 1 de la Constitución de la República

Como quedó establecido en el apartado anterior, es en la Constitución de 2008 donde se reconoce e incluye por primera vez al precedente dentro del sistema de fuentes ecuatoriano, así como también quedó establecido, que el precedente constitucional es en sí mismo, por antonomasia, el resultado de la eficacia directa del carácter normativo de la Constitución.

Esta afirmación conlleva una particular vinculación con el principio para el ejercicio de los derechos establecido en el Art. 11 numeral 8 de la Constitución, que proclama la progresividad con la que el contenido de los derechos debe desarrollarse a través de las normas, las políticas públicas y la jurisprudencia constitucional.

Este principio deja en claro dos cosas, por una parte, que los preceptos constitucionales son abiertos e inexactos, mandatos de optimización que requieren desarrollo e interpretación y, por otra parte, que tal responsabilidad le corresponde, respectivamente, al legislador al crear la ley, a la administración pública en el diseño y elaboración de políticas públicas y, especialmente y por exigencia del propio modelo de Estado, al juez constitucional mediante el desarrollo hermenéutico y la argumentación, en la resolución de casos concretos puestos en su conocimiento, es decir, a través de la jurisprudencia constitucional.

El precedente, como manifestación directa de esta última, se verifica en la producción emitida por la Corte Constitucional, que va desde los dictámenes de control abstracto de constitucionalidad, hasta los fallos de garantías jurisdiccionales que resuelven situaciones concretas, como es el caso de la jurisprudencia vinculante y las sentencias devenidas de acciones extraordinarias de protección¹¹⁵, que valga la aclaración, desde la práctica judicial, en términos generales, se ha evidenciado la presencia de un criterio

¹¹⁵ Agustín Grijalva Jiménez, “Constitucionalismo en Ecuador”, *Pensamiento jurídico contemporáneo*. (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 237.

recurrente respecto a la consideración de que solo la primera de las atribuciones antes señaladas [jurisprudencia vinculante] constituye precedente constitucional, mientras que los pronunciamientos devenidos de las segundas [acción extraordinaria de protección], no lo sean.

A criterio de Agustín Grijalva, aun siendo competencias plenamente “diferenciables son en verdad complementarias, en el sentido de que la acción extraordinaria de protección es el mecanismo procesal que termina asegurando la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte”¹¹⁶. En otras palabras, el control ejercido por la Corte Constitucional en el juzgamiento de acciones extraordinarias de protección, busca no solo el amparo contra “decisiones judiciales que violen los derechos constitucionales, sino también contra decisiones judiciales que violen la interpretación que de tales derechos haga la propia Corte”¹¹⁷.

Esta aseveración toma peso con el propio texto constitucional del artículo 436 en sus numerales 1 y 6, que reconocen sin excepción el carácter vinculante de todos los dictámenes y sentencias emitidos por la Corte Constitucional, de dos formas, (1) Respecto a sus pronunciamientos en procesos constitucionales de su competencia: “1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.”¹¹⁸; y (2) respecto a las sentencias emitidas por operadores de la justicia ordinaria en materia de garantías jurisdiccionales: “6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”¹¹⁹.

Las normas constitucionales transcritas evidencian el ánimo del constituyente de consolidar el precedente como fuente de derecho y, de otorgar a la Corte Constitucional la facultad para producirlo, es decir “una Corte para generar jurisprudencia obligatoria”¹²⁰.

¹¹⁶ *Ibid.*, 237.

¹¹⁷ *Ibid.*, 237.

¹¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, art. 436, numeral 1°.

¹¹⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, art. 436 numeral 6°.

¹²⁰ Agustín Grijalva Jiménez, “*Constitucionalismo en Ecuador, Pensamiento jurídico contemporáneo*”, p. 233.

Sin embargo, no constituyen las únicas atribuciones constitucionales otorgadas a la Corte en materia de precedentes, pues, de la misma manera ocurre con los dictámenes previos y vinculantes de constitucionalidad respecto a tratados internacionales ratificados por el Legislativo, convocatorias a consulta popular y objeciones de inconstitucionalidad motivadas por el Ejecutivo en el proceso de formación de leyes¹²¹.

Las diferentes competencias atribuidas por el constituyente a la Corte Constitucional, hacen que cada tipo de pronunciamiento contribuya al fortalecimiento del precedente y, por lo tanto, coadyuvan a hacer efectivo el carácter normativo de la Constitución. Así, respecto al control abstracto de constitucionalidad tenemos: el efecto *erga omnes* de los dictámenes, incluyendo los efectos ampliados en el caso de sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada, que exigen su cumplimiento obligatorio; la facultad de dictar jurisprudencia vinculante de entre las sentencias de garantías jurisdiccionales de conocimiento de la justicia ordinaria, seleccionadas y sometidas a la facultad de revisión¹²², mediante la creación de reglas positivas también de cumplimiento obligatorio; y, las interpretaciones que desarrollan el contenido de los derechos constitucionales y *ratios* emitidas en el conocimiento de acciones extraordinarias de protección, acciones por incumplimiento y acciones de incumplimiento de sentencias, como garantía de los derechos a la seguridad jurídica e igualdad en casos análogos.

En conclusión, la Constitución es clara en cuanto a los preceptos relativos a la obligatoriedad del precedente constitucional, así como respecto al rol que juega el juez constitucional en el Estado constitucional de derechos y justicia, quien, como quedó indicado, por una parte hace las veces de garante de los derechos constitucionales contribuyendo al desarrollo progresivo de los mismos mediante su jurisprudencia, señalando el camino para una mejor interpretación del ordenamiento jurídico, así como también, actuando en calidad de garante de la democracia, toda vez, que al ser los más altos intérpretes de la Constitución, convierten a esta en un elemento vivo.

Sin embargo, la única forma de que ambos ideales confluyan y se vuelvan reales es permitiendo que la Corte Constitucional se erija como una verdadera Corte de

¹²¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Art. 438.

¹²² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 2009, Arts. 25 y 38.

precedentes¹²³ y, que el carácter normativo de la Constitución pueda expresar una verdadera eficacia directa.

3.2. El precedente como principio de la justicia constitucional: artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Antes de abordar el análisis de los principios de la justicia constitucional, es necesario dejar sentado que las normas y principios sustantivos y procesales establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, alcanza una connotación especial frente a otras leyes orgánicas, puesto que desarrolla directamente una de las garantías constitucionales como es la jurisdiccional¹²⁴, viabiliza el cause de los procedimientos constitucionales, así como la regulación de su jurisdicción, garantizando su eficacia y supremacía¹²⁵.

En este esquema es necesario remitirnos nuevamente a la Constitución, dado que existen principios originales, a la luz de los cuales podemos entender de mejor manera los principios procesales establecidos para la justicia constitucional. Así, uno de ellos, relativo al ejercicio de los derechos constitucionales, es el establecido en la norma del artículo 11 numeral 2 de la Constitución, que tiene que ver con la igualdad y no discriminación de las personas, principio relacionado con la necesidad de armonizar la producción de resoluciones judiciales con un criterio de trato igualitario ante situaciones fácticas análogas [igualdad formal], lo que a su vez, permite una aproximación a lo que debe ser la *justicia* constitucional [igualdad material], ambas aristas constituyen la base del principio denominado de obligatoriedad del precedente constitucional¹²⁶.

En este orden de ideas, el principio de obligatoriedad del precedente constitucional parecería existir exclusivamente en función del derecho de igualdad formal, sin embargo, si tomamos en cuenta que el precedente constituye el motor que dota de eficacia directa a

¹²³ Núñez Santamaría, “*Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes*”, 55, 63.

¹²⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 2008, Arts. 84, 85, 86. Las garantías constitucionales, según lo establecen las normas de estos artículos, son: garantías normativas, políticas públicas y garantías jurisdiccionales, respectivamente.

¹²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 2009, Art. 1.

¹²⁶ Osvaldo Alfredo Gozáini, *Principios y elementos del Derecho Procesal Constitucional*, Art. 4 de la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (Quito: Cevallos editora jurídica, 2015), 10.

la Constitución y permite la existencia del modelo, su alcance trascendería a la igualdad material.

Como ha quedado sentado en los apartados anteriores, los principios constitucionales como mandatos de optimización no pueden ser aplicados a un caso concreto sin que medie interpretación y argumentación respecto a su contenido y relevancia, pues, constituyen preceptos abiertos e inexactos que necesitan auxilio hermenéutico, en este caso, de la Corte Constitucional como máximo órgano de justicia e interpretación constitucional.

Por esta razón, el principio de obligatoriedad del precedente constitucional exige que el alcance e interpretación al contenido de los derechos constitucionales, dictados en los casos sometidos a su conocimiento, deban ser respetados y aplicados en casos posteriores, mucho más todavía, cuando se trate de procesos de garantías jurisdiccionales cuyo conocimiento corresponda a operadores de justicia ordinaria.

En conexidad con el artículo 436 de la Constitución de la República, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional determina la obligatoriedad del precedente de la siguiente manera: “Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante”¹²⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la misma norma encierra la excepción por la cual es posible alejarse del precedente, así: “La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia”¹²⁸.

En conclusión, la observancia del precedente es un principio intrínseco de la justicia constitucional que busca la prevalencia de la igualdad material y formal, mediante la aplicación de criterios e interpretaciones de derechos y principios constitucionales, desarrollados por la Corte Constitucional en el juzgamiento de casos anteriores, y aplicados a los nuevos casos donde se verifique la existencia de analogía fáctica. A su vez, este principio reconoce la naturaleza dinámica del precedente del que es posible alejarse e

¹²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 2009, Art. 2 numeral 3.

¹²⁸ *Ibíd.*, Art. 2 numeral 3.

incluso permite su modificación, pues, como es propio de los derechos y principios constitucionales, se busca que prevalezca la dignidad humana, razón por la que en materia de derechos no existen interpretaciones inamovibles, por el contrario, el principio *pro-homine* exige siempre que esta tenga un carácter progresivo.

3.3. El precedente según la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador

Desde una perspectiva hermenéutica, la Constitución del 2008 significó el inicio del antiformalismo jurídico a través del precedente constitucional como fuente de Derecho, antítesis del sistema legal tradicional gobernado por el positivismo formalista, latente desde los inicios de la república. Sin embargo, esta puerta normativa al antiformalismo fue inutilizada por la propia Corte Constitucional para el Período de Transición, cuando tuvo que dar contenido al modelo durante sus tres primeros años de gestión¹²⁹, manteniendo casi intactos los efectos de sus pronunciamientos a los del modelo constitucional anterior, es decir, efectos *erga omnes* respecto al control abstracto de constitucionalidad y efecto exclusivamente inter partes en las sentencias de garantías jurisdiccionales¹³⁰.

Es así, que exclusivamente se consideró como decisiones vinculantes¹³¹, primero, a la sentencia 001-10-PJO-CC¹³², emitida con efecto *erga omnes* en relación a aspectos tales como, el impedimento de los jueces para calificar recursos de apelación en procesos de garantías jurisdiccionales, la obligación de subsanar omisiones en aplicación del principio de *iura novit curia*, entre otros. Posteriormente, el precedente jurisprudencial obligatorio signado como 001-12-PJO-CC, que constituyó jurisprudencia constitucional

¹²⁹ Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Nuevo derecho ecuatoriano n.º 2*. (Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012), 127.

¹³⁰ *Ibid.*, 20. Según Juan Montaña Pinto, el efecto *erga omnes* otorgado por la Corte Constitucional para el Período de Transición respecto de los dictámenes de control abstracto de constitucionalidad, tenían efectos ampliados en razón del tipo de sentencia constitucional, es decir, sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada y, por otra parte, en sentencias de garantías jurisdiccionales, siguiendo el ejemplo colombiano, tratándose de derechos constitucionales, el juez se encontraba obligado a seguir el precedente marcado por la Corte Constitucional, salvo que pueda justificar de manera adecuada y suficiente el trato diferenciado.

¹³¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 436 numeral 6.

¹³² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 001-10-PJO-CC”, en *Caso n.º: 0999-09-JP*, de 22 de diciembre de 2010.

vinculante y obligatoria, al ser “precedente constitucional de unificación y de fundación de línea jurisprudencial”¹³³ exclusivamente para casos que mantengan identidad objetiva.

Esta dinámica de la Corte Constitucional para el período de transición, hizo que cualquiera decisión que no constituya jurisprudencia vinculante en los términos del Art. 436 numeral 6 de la Constitución, se la considere tácitamente como jurisprudencia indicativa, es decir, sin fuerza obligatoria vertical u horizontal.

Fue hasta el año 2016, con la expedición de la sentencia 001-16-PJO-CC, que la Corte Constitucional del Ecuador expresamente ratificó la norma del Art. 436 numeral 1 de la Constitución, esto es, que todas las sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter vinculante, así:

24. Por su lado, el artículo 436 numeral 1 de la Constitución de la República determina el carácter vinculante de todas las decisiones que emita la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento, considerando que en sus sentencias el máximo órgano de la administración de justicia constitucional al ser el intérprete final y auténtico de la Constitución, desarrolla criterios interpretativos que deben ser observados por los operadores jurídicos. Esto, con el objeto de lograr la unificación en las decisiones constitucionales, evitando así la generación de criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, en atención al principio de igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley.¹³⁴

Esta declaración de la Corte Constitucional que parece obvia y redundante, durante los primeros años de vigencia de la Constitución del 2008, fue literalmente ignorada desde la propia Corte Constitucional hasta el último operador de justicia ordinaria, de tal manera que no es de extrañarse de la existencia de varios criterios vertidos sobre un mismo punto de derecho, verificándose así, que en el proceso de madurez en el tratamiento del precedente, no se cumplía con el objetivo de hacer prevalecer la seguridad jurídica y la

¹³³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 001-12-PJO-CC”, en *Caso n.º: 0893-09-EP ACUMULADOS*, de 05 de enero de 2012. “Esta sentencia constituirá jurisprudencia constitucional obligatoria y es un precedente constitucional de unificación y de fundación de línea jurisprudencial, pero únicamente para los casos que se ajusten a los hechos y pretensión analizados en esta sentencia (identidad objetiva), respecto de los casos en conocimiento de la Corte. La razón de esto radica en la naturaleza de la sentencia de unificación de jurisprudencia, cuyos efectos son "inter pares" (entre pares), es decir, su alcance es horizontal y busca vincular a los jueces de la propia Corte, a través de criterios unificados jurisprudencial y casuísticamente; mientras que los precedentes jurisprudenciales obligatorios pueden tener, además, efectos erga omnes, teniendo un alcance vertical respecto del sistema jurídico y los operadores jurídicos, sin perjuicio de que los criterios establecidos en esta sentencia de unificación pudieran guiar a la interpretación e integración del derecho en casos análogos y puestos a conocimiento de los jueces ordinarios.”

¹³⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-16-PJO -CC”, en *Caso n.º: 0530-10-JP*, 22 de marzo de 2016, p.7.

igualdad, que exige “que los jueces en materia constitucional acojan de manera obligatoria la decisión anteriormente adoptada por su homólogo o superior sobre un caso análogo”¹³⁵.

En el siguiente capítulo se analizará un universo de sentencias de acciones de protección a la luz de dos precedentes constitucionales previamente escogidos, para lo cual, se utilizarán todos los parámetros expuestos en este capítulo y que forman lo que hemos llamado aquí, doctrina del precedente.

¹³⁵ Pamela Juliana Aguirre Castro, *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2019), 193.

Capítulo segundo. Análisis del respeto al principio de obligatoriedad del precedente constitucional en acciones de protección

El presente capítulo pretende exponer el grado de respeto y obediencia al principio de obligatoriedad del precedente constitucional establecido en el Art. 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el juzgamiento de acciones de protección, mediante el análisis de la práctica judicial en el año 2018, dentro de las judicaturas del Distrito Metropolitano de Quito¹³⁶.

En cuanto al territorio (Quito D.M.) y la temporalidad (2018), fueron escogidos por dos razones. La primera, debido a que es el lugar donde resido y en el que desarrollo la mayor parte de mi ejercicio profesional como litigante; la segunda, devenida de la anterior, tuvo que ver con el momento en que establecí el estado la cuestión (2019) por lo que era pertinente realizar la investigación sobre la casuística del año inmediato anterior, además, existió una razón de orden personal, por cuanto participé como defensor técnico en uno de los casos aquí analizados.

Para el desarrollo, seguiremos lineamientos generales que se describen en el siguiente apartado y, con esa base, partiendo de dos precedentes dictados por la Corte Constitucional del Ecuador, aplicarlos en sentencias de acciones de protección de primera y segunda instancias, para establecer [una aproximación] el grado de respeto al precedente constitucional por parte de los jueces constitucionales.

1. Lineamientos generales para el análisis

El objetivo del presente capítulo, como quedó anteriormente indicado, es determinar el grado de observancia de los precedentes jurisprudenciales por parte de los jueces constitucionales al resolver acciones de protección, puestas en su conocimiento.

Para este fin, en primer término, se han escogido sentencias dictadas por el máximo organismo de interpretación y administración de justicia en materia constitucional, que han

¹³⁶ Como se menciona en la introducción, la temporalidad y el espacio fueron escogidos debido a que ejerzo la mayor parte de mi actividad profesional en la ciudad de Quito (D.M.) y, el 2018 fue el año inmediato anterior al establecer el estado de la cuestión de la presente investigación.

establecido importantes precedentes jurisprudenciales. En esta línea, encontramos por un lado la sentencia dictada por la Corte Constitucional, en el denominado “Caso Satya”¹³⁷ y por otro, el caso que denominaremos como “Becarios”¹³⁸.

Las *ratios* de ambas sentencias serán contrastadas con el universo de acciones de protección resueltas en el año 2018 en judicaturas del Distrito Metropolitano de Quito, donde tales precedentes han sido invocados sea por los legitimados activos o por los propios jueces constitucionales, en casos que, en apariencia, mantienen analogía fáctica con tales precedentes, de modo que se pueda establecer si aquellos fueron observados al momento de resolver cada caso en concreto.

Para este contraste, el análisis se basará, en primer término, en identificar los antecedentes fácticos de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional y compararlas con los hechos que originaron las acciones de protección objeto del presente examen, para determinar si se tratan de casos con analogía fáctica. Esto permitirá determinar si el precedente jurisprudencial identificado en la *ratio decidendi* de las sentencias, es aplicado por las y los jueces constitucionales en los nuevos casos, según su nivel de analogía, y así poder comprender de mejor manera las actuaciones de los órganos de justicia constitucional de primera y segunda instancia en cuanto a la aplicación de dichos precedentes; y, en caso de que esto no ocurra, determinar si los argumentos vertidos en las diferentes instancias, corresponden a justificaciones legítimas o ilegítimas para apartarse del precedente constitucional. En virtud de lo expuesto, el presente capítulo se estructurará de la siguiente manera:

- a) Análisis de los antecedentes fácticos que originaron las causas y a partir de ello, obtener los principales precedentes jurisprudenciales y sus razonamientos (*ratios*) que derivaron en la resolución de ambas causas (Satya y Becarios).
- b) A partir de haber determinado los antecedentes fácticos en las sentencias escogidas (precedentes), se efectuará un ejercicio comparativo con respecto a las acciones de protección presentadas y resueltas en el año 2018, con el objeto de determinar, caso por caso, si existe analogía entre ellas.

¹³⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (de mayoría) N° 184-18-SEP-CC”, en *Caso n.º: Caso N° 1692-12-EP*, de 29 de mayo de 2018.

¹³⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 388-16-SEP-CC”, en *Caso n.º 2006-16-EP*, de 12 de diciembre de 2016.

c) Este ejercicio permitirá a su vez, determinar la autoridad jurisprudencial que corresponda (analogía, analogía permisiva o abierta, conceptual, retórica).

d) Luego de ello, se determinarán las *ratio decidendi* de las sentencias de acción de protección de primer y segundo nivel con el objeto de verificar la observancia de los precedentes jurisprudenciales de las sentencias dictadas por parte de la Corte Constitucional.

2. Precedentes escogidos de sentencias de la Corte Constitucional

Conforme lo señalado en líneas superiores, se han escogido dos sentencias dictadas por la Corte Constitucional debido a la importancia de los precedentes jurisprudenciales emanados de ellas, estas sentencias son, los que denominaremos Caso “Satya” y Caso “Becarios”, individualizados en el apartado anterior. Cabe enfatizar que en estas sentencias la Corte analiza casos donde se involucran grupos de atención prioritaria – niños, niñas y adolescentes- a la luz de derechos constitucionales indispensables para salvaguardar su integridad psicológica, su pleno desarrollo y su identidad.

Así, en el Caso Satya, la Corte enfoca su análisis en determinar si la actuación de un ente estatal – en el presente caso, el Registro Civil- al negar el registro de Satya como hija de dos madres, bajo el argumento que “nuestra legislación secundaria no contempla la duplicidad de filiación materna”¹³⁹, ha inobservado expresas disposiciones constitucionales relativas al derecho a tener una identidad¹⁴⁰ a través de la obtención de la nacionalidad, el derecho a la igualdad y no discriminación¹⁴¹ y el derecho a reconocer a las familias en sus diversos tipos, conforme lo establecido en el artículo 67 de la Norma Suprema.

Por otro lado, en el caso al que denominaremos “Becarios”, la Corte Constitucional centra su análisis en la protección del derecho de un menor a la luz del principio del interés superior del niño, niña o adolescente y, a consecuencia de ello, los derechos al desarrollo

¹³⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (de mayoría) N° 184-18-SEP-CC”, 9.

¹⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 45 y 66 numeral 28.

¹⁴¹ *Ibíd.*, arts 11 numeral 2 y 66 numeral 4.

integral y la protección familiar del niño consagrados en los artículos 44 y 69 de la norma ibídem.

Cabe señalar que estos casos han sido escogidos por la relevancia jurisprudencial que revisten; por ejemplo, el caso Satya, en su momento, generó alta expectativa en la sociedad, pues a través de este se reconocería o no la posibilidad de proceder a la inscripción del nacimiento de una niña que tiene dos madres. Además, este caso fue invocado dentro de acciones de protección y los diferentes *amicus curiae*¹⁴² presentados para resolver las causas referentes al matrimonio igualitario en Ecuador, en relación a la aplicación directa de la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, el caso “Becarios” fue escogido por cuanto, durante mi ejercicio profesional se presentó la oportunidad de patrocinar una de estas causas, lo que a su vez permitió constatar una gran cantidad de acciones de protección que se presentaron para que se aplique el precedente jurisprudencial por parte del Ministerio de Salud Pública del Ecuador, en relación a la devengación de las becas en los lugares de residencia de los hijos de los becarios.

Además de la importancia de los precedentes jurisprudenciales identificados a partir de las *ratio decidendi* de ambas sentencias, los cuales serán establecidos en párrafos posteriores, éstas han dado lugar a que la Corte Constitucional, con base en las atribuciones contempladas en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución¹⁴³ de la República en el caso Satya; y 436 numeral 3 ibídem¹⁴⁴ en el caso “Becarios”, dicte una regla jurisprudencial y una interpretación conforme respectivamente. En el primer caso, la Corte dictó la siguiente regla jurisprudencial:

Los servidores administrativos encargados del registro de nacimiento no podrán alegar falta de ley que reconozca expresamente la doble filiación paterna o materna, para desconocer los derechos a la identidad, la igualdad y no discriminación y al reconocimiento de los diversos tipos de familia, por medio de la negativa de inscripción¹⁴⁵.

¹⁴² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 2009, Art. 12.

¹⁴³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 436 numerales 1 y 6. El carácter vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional y la facultad de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante, respectivamente.

¹⁴⁴ Ibíd., art. 436 numeral 3. Control abstracto de constitucionalidad de normas conexas.

¹⁴⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (de mayoría) N° 184-18-SEP-CC”, 92.

En el segundo caso, la Corte efectúa una interpretación conforme del artículo 28 del Reglamento para el Otorgamiento y la Devengación de Becas de Estudio de Pregrado y Postgrado señalando que:

Concretamente, en casos en los que la asignación de una plaza para efectuar el período de devengación de una beca involucre la decisión sobre el domicilio de un niño, niña o adolescente dependiente del becario o becaria, se deberá tener especial consideración el principio de interés superior del niño en el ejercicio de su derecho al desarrollo integral. Por tanto, la decisión deberá justificarse de manera que se demuestre que, de todas las decisiones posibles, esta es la que más adecuadamente garantice sus derechos. Dicha justificación debe hacerse conocer al becario o becaria como parte de la motivación del acto administrativo en cuestión.¹⁴⁶

Si bien los precedentes escogidos son en principio disímiles (pues, mientras “Satya” generó polémica nacional por el fondo del caso, especialmente en los sectores más conservadores, “Becarios” medianamente tuvo difusión entre profesionales médicos que se negaban a devengar sus becas separándose de sus cónyuges, hijos o hijas), mantienen el común de que son obligatorios y que, independientemente del nivel de polémica generada o calificación de “emblemático”, debían ser observados por las operadoras y operadores de justicia al momento de resolver las acciones de protección que conforman el universo escogido para el presente trabajo, lo que será posible establecer al concluir el presente capítulo.

3. Caso No. 1: Sentencia No. 184-18-SEP-CC, caso No. 1692-12-EP (Caso Satya)

“Satya” constituye el caso más polémico en el año 2018 en lo que respecta a vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación contemplado en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución, por parte de la administración pública, en concreto, del Registro Civil.

Como precedente, ha tenido importante trascendencia nacional y ha sido invocado en nuevos casos donde se acusan presuntos actos de discriminación de género, en particular, en aquellos que versan sobre peticiones de inscripción de matrimonio de personas del mismo sexo.

¹⁴⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 388-16-SEP-CC”, 34, 35.

3.1. Antecedentes fácticos y procesales

Las señoras Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell (pareja formalizada en Reino Unido en el 2010), una vez domiciliadas en Ecuador, registraron su unión de hecho el 24 de noviembre de 2011 ante la notaría Vigésimo Octava del cantón Quito. El 8 de diciembre de 2011, nació en el Ecuador la niña Satya Amani, hija de Nicola Susan Rothern y Helen Louise Bicknell, producto de un embarazo programado por inseminación artificial.

En virtud de ello, acudieron a las oficinas del Registro Civil a fin de obtener la inscripción de nacimiento de su hija, no obstante, la Dirección General de Registro Civil se negó a proceder con el registro de Satya como hija de dos madres, bajo el argumento que “nuestra legislación secundaria no contempla la duplicidad de filiación materna”¹⁴⁷.

Por cuanto el Registro Civil se negó a inscribir el nacimiento de la niña, con fecha 08 de marzo de 2012 la Defensoría del Pueblo presentó una acción de protección en contra del acto administrativo emanado por la Dirección General del Registro Civil, causa cuya competencia recayó en conocimiento del Juzgado Cuarto de Garantías Penales de Pichincha; judicatura que, mediante sentencia de 21 de mayo de 2012, resolvió inadmitir la acción presentada pues a su criterio el acto administrativo era susceptible de ser impugnado en la justicia ordinaria.

Luego de ello, el accionante presentó el respectivo recurso de apelación, causa que recayó a conocimiento de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Este órgano jurisdiccional, mediante sentencia de 09 de agosto de 2012 y notificada el día 13 del mismo mes y año, resolvió rechazar la apelación presentada por el Defensor del Pueblo, confirmando la sentencia del inferior.

Ante esta situación la Defensoría del Pueblo por medio de su primer adjunto, de la directora nacional de protección de derechos humanos y de la naturaleza y del coordinador nacional de protección prioritaria, presentaron ante la Corte Constitucional una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por los jueces de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, causa que fue signada con el número 1692-12-EP.

¹⁴⁷Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (de mayoría) N° 184-18-SEP-CC”, 9.

El Pleno de la Corte Constitucional mediante sentencia de mayoría n° 184-18-SEP-CC de fecha 29 de mayo de 2018, declaró la vulneración de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva; al debido proceso en la garantía de motivación; a la identidad personal en relación a la obtención de la nacionalidad; a la igualdad y no discriminación; a la familia en sus diversos tipos; así como al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Además de ello, y como medidas de reparación integral dejaron sin efecto tanto las sentencias dictadas en primera y segunda instancia, y ordenaron una serie de medidas para asegurar la debida reparación en los términos consagrados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁴⁸.

3.2. Identificación de *ratio* del caso “Satya”

De la lectura de la sentencia objeto de estudio, esto es, la n° 184-18-SEP-CC de fecha 29 de mayo de 2018, se observa que la Corte Constitucional ha efectuado una serie de razonamientos que son parte de la *ratio decidendi* que originaron la declaración de vulneración de los derechos antes señalados así como las medidas de reparación integral. Entre estas, se pueden identificar las siguientes:

La Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos. [...].¹⁴⁹

El no reconocimiento de la niña Satya Amani Bicknenell (sic.) Rotheron como ecuatoriana no solo desconoció su identidad sino que colocó a una nacional en situación de desprotección. [...].¹⁵⁰

En concreto, en los casos de registro de nacimiento de nacionales, cuando se trate de niños y niñas se ha de evitar la imposición de criterios y barreras que atenten contra el principio del interés superior, pues aquello, no solo limita el ejercicio eficaz de los derechos relativos

¹⁴⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 2009, Art. 18.

¹⁴⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia (de mayoría) N° 184-18-SEP-CC”, 58, 59.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 63.

a su edad, sino que impide el acceso al registro de inscripción de nacimiento y con ello obtener una nacionalidad. [...] ¹⁵¹

No es posible que el Registro Civil, por un aparente vacío formal (por no constar en la ley) impida a una niña de gozar de su derecho a la nacionalidad. Por tal razón, la Corte Constitucional considera que el interés superior del niño constituye un requisito sine qua non a tomarse en cuenta en la adopción de decisiones administrativas, legales o de cualquier otra índole en el que se determinen derechos y garantías de niños y niñas. [...] ¹⁵²

Las condiciones propias de los familiares no pueden bajo ninguna circunstancia invocarse como criterio que justifique la imposibilidad del registro de nacimiento y, consecuentemente, el no reconocimiento de la nacionalidad pues no constituye una argumentación constitucionalmente legítima, pues generan un grave sufrimiento a niños y niñas, afectando su interés superior y desarrollo presente y futuro. ¹⁵³ (Lo subrayado me pertenece)

Conforme se aprecia de las principales *ratios* extraídas en la sentencia dictada dentro del caso Satya, todas se originan a partir de la primera, esto es, la referente a la aplicación directa de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17 como parte del bloque de constitucionalidad, que dicho sea de paso, es la única que servirá como base para el análisis sobre las sentencias de acciones de protección referentes a matrimonio igualitario, propuesto en el presente capítulo. No así las demás, que son igual de importantes para el caso “Satya”, sobre todo respecto a los parámetros fijados en relación al principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pero que tienen relevancia secundaria para el presente trabajo.

Una vez que se han identificado los antecedentes fácticos de la causa, así como la principal *ratio* utilizada por los jueces de la Corte Constitucional para resolver el Caso Satya, que serán utilizadas a continuación para desarrollar el análisis sobre las sentencias de acción de protección del año 2018, en el Distrito Metropolitano Quito, cuya pretensión es el reconocimiento del matrimonio igualitario, el objetivo de este análisis es verificar si los jueces, *a quo* y de apelación, resolvieron las causas fácticamente análogas en virtud de la fuerza gravitacional de dicho precedente.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 64.

¹⁵² *Ibíd.*, 45.

¹⁵³ *Ibíd.*, 66.

3.3. Análisis de aplicación del precedente en acciones de protección

Para analizar la dinámica judicial respecto a la observancia del precedente jurisprudencial, como quedó sentado al inicio del presente capítulo, se tomará un universo de sentencias de acción de protección emitidas por las judicaturas de la ciudad de Quito en el año 2018, cuya pretensión fue que se declare la vulneración de derechos constitucionales de los legitimados activos, especialmente, el derecho a la identidad y el derecho a la igualdad y no discriminación, en las que incurrió el Registro Civil debido a la negativa de inscripción de matrimonios de personas del mismo sexo.

En algunos casos de este universo de sentencias, son los legitimados activos quienes invocan la aplicación de la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17, en otros casos, son las propias juezas y jueces quienes la mencionan para decidir aceptar o negar que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y, finalmente, casos sobre vulneraciones devenidas de la negativa de inscripción de cambios en la información respecto al nombre y el género de menores de edad, por parte del Registro Civil.

El análisis de las sentencias de acción de protección se realizará con la ayuda de tablas donde, caso por caso, conste la información sobre los siguientes puntos:

Tabla 1: Antecedentes generales y antecedentes fácticos que serán contrastados con los antecedentes fácticos del precedente escogido, análisis que permitirá establecer, como primer producto, si existe entre ellos analogía o disanalogía; y, como segundo producto, el tipo de autoridad jurisprudencial aplicable según cada caso (analogía, analogía permisiva o abierta, conceptual, retórica).

Tabla 2: Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias contrastado con la *ratio* de cada precedente escogido, su análisis permitirá establecer como tercer producto, si el juzgado o tribunal aplicó o inaplicó el principio constitucional de obligatoriedad del precedente constitucional; y, como cuarto y último producto, el tipo de argumento utilizado (legítimo o ilegítimo) para apartarse del precedente, de ser el caso.

Al finalizar el análisis de todas las sentencias de acción de protección, en una tabla general, se expondrá el resultado consolidado respecto al número de judicaturas que

aplicaron o se alejaron de cada precedente constitucional escogido y, en el segundo caso, el tipo de argumento utilizado para ello, si ilegítimo o legítimo.

a) Caso “Amada”: Acción de Protección N° 17986-2018-00604

Tabla 1. Antecedentes generales y fácticos del caso “Amada”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Amada Lorena Bonilla Ortiz y Mauricio Daniel Caviedes Sigcha, en representación de su hija menor de edad.	Legitimadas activas solicitaron al Registro Civil, el cambio de sexo y nombre de su hijo en la cédula, de José Miguel a Amada Estefanía Caviedes Bonilla. (Mediante oficio s/n de fecha 15 de enero del 2018)
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	Registro Civil negó la petición (Mediante oficio Nro. DIGERCIC-CGAJ.DNP.2018-0001-O Quito, DM, de 5 de febrero de 2018)
Pretensión	Se ordene al Registro Civil proceda el cambio de nombre de José Miguel por Amada Estefanía Caviedes Bonilla, por auto identificación. Además el cambio de sexo de hombre a mujer	Fundamento de negativa: Que el artículo 94 de la LOGIDAC, “faculta tal cambio únicamente a las personas que han cumplido la mayoría de edad”
Fuente: Sentencia de 06 de noviembre del 2018, las 08h17 dictada por la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de la parroquia de Calderón, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

De los hechos del caso “Amada” que aparecen en la tabla *supra*, se colige que son distintos a los hechos del caso Satya (la Dirección General de Registro Civil se negó a proceder con el registro de la menor Satya como hija de dos madres), no obstante, el juez de instancia y el tribunal de apelación fundamentan su sentencia en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17, como parte del bloque de constitucionalidad, *ratio* principal del precedente escogido.

Del análisis anterior se desprende como primer producto, que el caso “Amada” no mantiene analogía fáctica con el precedente escogido denominado caso “Satya”; sin embargo y, como segundo producto, al ser posible resolverlo con base en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17, la autoridad jurisprudencial aplicable correspondiente es, la denominada *analogía permisiva o abierta*. Los productos de análisis, para una mejor comprensión, se los grafica a continuación:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
---	--

Disanalogía fáctica entre: caso “Amada” y precedente escogido, caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta
---	------------------------------

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Amada”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
- Las normas provenientes de instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Opinión Consultiva No. 24-17, tienen rango constitucional y son de directa e inmediata aplicación por parte de cualquier autoridad pública, administrativa o judicial, así como por los particulares, en atención a los artículos 11 numerales 3 y 5; y 426 de la Constitución ¹⁵⁴ .	1.- Reconoce el rango constitucional de la OC-24/17. El párrafo 127 establece que este tipo de procesos (regulación e implementación) deben basarse en el consentimiento libre e informado de quien lo solicita. ¹⁵⁵ 2.- Según las normas de los arts. 78 y 94 de la LOGIDC, existen limitantes a esta facultad: 1) Cambiar nombre y sexo por una sola vez; 2) Que el cambio se lo realice una vez cumplidos los dieciocho años de edad. Por estas contradicciones se requiere reforma legislativa, una acción de protección.
<i>Decisium</i>	
1.- Aceptación parcial de la acción. 2.- Declara vulneración del derecho a la seguridad jurídica. 3.- Ordenó al Registro Civil marginar la inscripción de nacimiento y cédula del menor con el cambio de nombre (a Amada Estefanía Caviedes Bonilla) y género (de masculino a femenino). Informe de cumplimiento 30 días.	1.- Acepta recurso de apelación (legitimado pasivo) 2.- Revocatoria de sentencia de 1er nivel por no existir vulneración a los derechos a la identidad, a la igualdad y no discriminación, seguridad jurídica en cuanto a la aplicación directa de instrumentos internacionales de derechos humanos y al principio del interés superior del niño ¹⁵⁶ .
Fuente: 1) Sentencia de 06 de noviembre del 2018, las 08h17 dictada por la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de la parroquia de Calderón, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.	

Como se desprende del cuadro anterior, la judicatura de primera instancia resolvió la acción de protección *orbitando* en la fuerza gravitacional del precedente fijado por la Corte Constitucional en el caso “Satya”, esto es, observando la Opinión Consultiva No.

¹⁵⁴ En la especie, la judicatura de primera instancia analizó que la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, inobservó el contenido de la Opinión Consultiva No. 24 - 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los artículos 11 numerales 2, 3 y 5, 424 y 426 de la Constitución de la República, aun cuando su contenido es más favorable a la tutela de los derechos del legitimado activo. El argumento del Registro Civil fue que únicamente se faculta el cambio cuando la persona cumple la mayoría de edad, lo que a su criterio hacía a la Opinión Consultiva *supra* inaplicable.

¹⁵⁵ Según la Sala, el criterio de la Corte IDH citado por el juzgador A quo para resolver en primera instancia (Párrafo 127 de la OC-24/17), hizo que dicho operador valore un informe psicológico sobre el consentimiento del niño, cuando en su lugar debió valorar directamente su “consentimiento libre e informado”.

¹⁵⁶ Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Penal, “Sentencia” en *Juicio n.º: 17986-2018-00604*, de 11 de julio del 2019.

24-17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aplicándola directamente al caso concreto por analogía permisiva o abierta, ya que, como quedó demostrado, entre éste y el caso “Amada”, no existe analogía fáctica, pero sus problemas jurídicos son susceptibles de ser resueltos observando el mismo precedente.

No ocurrió lo mismo en el caso de la sentencia de segunda instancia, donde el tribunal *ad quem*, aun invocando el precedente jurisprudencial (Satya) y reconociendo a la Opinión Consultiva No. 24-17 como parte del bloque de constitucionalidad, no lo aplicó, alejándose bajo el argumento de que existen normas sustantivas y adjetivas internas que contravienen tal Opinión Consultiva, mismas que deben ser reformadas o derogadas por el legislativo y no por los jueces mediante una acción de protección. Para efectos de mejor comprensión se grafica el resultado de esta parte del análisis:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	SI Resuelve en virtud de la fuerza gravitacional del precedente (Aplica la Opinión Consultiva No. 24-17)	N/A
2da instancia	NO Aunque la invoca, no observa ni aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del “ <i>Ad quem</i> ”, pues, a su criterio, no cabe aplicación directa de la Opinión Consultiva No. 24-17
Fuente: 1) Sentencia de 06 de noviembre del 2018, las 08h17 dictada por la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de la parroquia de Calderón, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 11 de julio de 2019, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Por lo tanto, de las *ratios* y *decisium* extraídas de las sentencias de acción de protección, se puede determinar como tercer producto, que solo la judicatura de primera instancia observó el principio de obligatoriedad del precedente, mientras que, como producto de análisis 4, el *Ad quem* se alejó bajo el argumento ilegítimo de que no puede ser aplicada directamente por vigencia de normativa infraconstitucional sustantiva y

adjetiva contradictoria, contraviniendo norma constitucional expresa¹⁵⁷, además de negar a la acción de protección como garantía idónea de tutela de derechos vulnerados.

b) Caso “Zilka-Alejandra”: Acción de Protección N° 17159-2018-00006

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Zilka-Alejandra”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Zilka Ivonne Becerra García y María Alejandra Quintero Graterol	Legitimadas activas solicitaron al Registro Civil, que celebre e inscriba su matrimonio.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil y, el señor Procurador General del Estado	Registro Civil negó su pedido (mediante oficio DIGERCIC-CGAJ.DPN-2018-0007-O de 07 de mayo de 2018)
Pretensión	Que el Registro Civil celebre e inscriba el matrimonio de las accionantes	Fundamento de negativa: No existe norma que autorice el matrimonio entre parejas del mismo sexo y, que en Ecuador aún no se han realizado las reformas legales pertinentes.
Fuente: Sentencia de 26 de julio del 2018, las 12h41 dictada por la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de la parroquia Carapungo, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Del contenido anterior podemos establecer como producto de análisis 1, que el caso “Zilka-Alejandra” no mantiene analogía fáctica con los hechos del caso “Satya”, pues, el primer caso trata de una pareja del mismo sexo que busca celebrar su matrimonio, mientras que el segundo (precedente), versa sobre la solicitud de registro de la menor “Satya” como hija de dos madres.

Como producto de análisis 2, tenemos que el caso “Zilka-Alejandra” mantiene *analogía permisiva o abierta* con el precedente escogido, pues, su problema jurídico debía resolverse en virtud de la fuerza gravitacional del precedente constitucional “Satya”, en atención al tipo de autoridad jurisprudencial, esto es, mediante la aplicación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17, que dicho sea de paso, fue invocado por los operadores de justicia que resolvieron estas causas.

Si graficamos para mejor comprensión los productos de análisis 1 y 2, tenemos:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso “Zilka-Alejandra” y precedente escogido, caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

¹⁵⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 numeral 3. “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Zilka-Alejandra”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<p>1. Invocando el caso “Satya”: Los instrumentos internacionales de derechos humanos -como la Opinión Consultiva No. 24/17- se entienden incorporados al ordenamiento jurídico ecuatoriano y tienen rango de norma constitucional, son de directa e inmediata aplicación.</p> <p>2. Negar el acceso al matrimonio porque existe la figura de la unión de hecho, genera una categoría de exclusión de las legitimadas activas en función de su orientación sexual, colocándolas en una situación de desventaja en relación a parejas heterosexuales. No existe justificación razonable para esta diferenciación.</p> <p>3. Frente a un conflicto entre dos disposiciones de rango constitucional se debe priorizar la más favorable al ejercicio de los derechos. Correspondía al Registro Civil realizar un ejercicio de control de convencionalidad y aplicar la regla de la Opinión Consultiva 24/17, incorporada al ordenamiento jurídico sin necesidad de reforma constitucional.</p>	<p>1. Los artículos: 67 de la Constitución, 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles y 81 del Código Civil, determinan que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer.</p> <p>2. El Art. 3 numeral 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá a su tenor literal; y, que las normas analizadas son por demás claras¹⁵⁸.</p> <p>3. No se vulnera ningún derecho, no hay discriminación, pues, el matrimonio entre un hombre y una mujer tiene razones y finalidades diferentes a la unión de parejas del mismo sexo. Ambos tipos de parejas tienen derechos garantizados por la Constitución (unión de hecho).</p> <p>4. En sentido general, las opiniones consultivas no son vinculantes y, en el evento de querer considerar a la No. OC-24/17 como vinculante para el Ecuador, lo correcto sería realizar primero las reformas constitucionales y legales correspondientes. Por ello, no procede la acción de protección.</p>
<i>Decisium</i>	
<p>1. Aceptar la acción de protección.</p> <p>2. Declarar la vulneración de los derechos a la seguridad jurídica, igualdad y no discriminación.</p> <p>3. Ordenar al Registro Civil proceda con la celebración e inscripción del matrimonio.</p> <p>4. Ordenar al Registro Civil difunda el contenido de la Opinión Consultiva 24-17 de la Corte IDH entre sus funcionarios.</p>	<p>1. Aceptar el recurso de apelación interpuesto por el Registro Civil.</p> <p>2. Revocar la sentencia del inferior.</p>
<p>Fuente: 1) Sentencia de 26 de julio de 2018, las 12h41 dictada por la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Carapungo, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 16 de octubre de 2018, las 11h44, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.</p> <p>Elaboración: propia.</p>	

¹⁵⁸ Al respecto, el tribunal *Ad quem* señaló que el artículo 67 de la Constitución es claro respecto a las personas que pueden contraer matrimonio, razón por la que no podría vulnerarse el derecho a la igualdad y, además, que para otro tipo de parejas (mismo sexo) existe la institución jurídica de la unión de hecho que generan el mismo tipo de obligaciones y derechos que las constituidas por matrimonio.

Como se desprende de la *ratio* identificada en el cuadro *supra*, el juez de instancia falló en virtud de la fuerza gravitacional del precedente constitucional (caso “Satya”), aplicando directamente la Opinión Consultiva No. 24-17. Al igual que el caso anterior, la autoridad jurisprudencial es la *analogía permisiva o abierta*, pues, en ambos casos el problema jurídico se resolvió con el precedente escogido, aunque fácticamente no presenten hechos análogos.

En el caso de la sentencia de apelación, el tribunal incurre en expresa desobediencia del precedente constitucional, además, realiza dos aseveraciones que contradicen el texto constitucional, la primera, al declarar que no existe discriminación puesto que el matrimonio de parejas heterosexuales y el pretendido matrimonio de parejas del mismo sexo persiguen fines diferentes, razonamiento que de por sí es discriminatorio toda vez que realiza una diferenciación en función de la preferencia sexual, lo cual es prohibido por la norma constitucional del artículo 11.2¹⁵⁹; la segunda, cuando declara que las opiniones consultivas no son vinculantes para los Estados, contraviniendo el artículo 426 de la Constitución¹⁶⁰.

Para efectos de mejor comprensión se grafica el resultado de esta parte del análisis:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	SI Resuelve en virtud de la fuerza gravitacional del precedente (Aplica la Opinión Consultiva No. 24-17).	N/A
2da instancia	NO	ILEGÍTIMO

¹⁵⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 numeral 2. “*Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.*”

¹⁶⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 426. “*...Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.*”

	Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	Desobediencia y renuencia del precedente. Además, desconocimiento de la norma constitucional, pues, contraviene los Arts. 11.2; 11.3; y 426 de la Constitución.
Fuente: 1) Sentencia de 26 de julio de 2018, las 12h41 dictada por la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Carapungo, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 16 de octubre de 2018, las 11h44, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto 3 se establece que solo el juez *A quo* obedeció el precedente constitucional, siendo nuevamente el *Ad quem* quien lo inobserva. Así mismo, como producto 4 se identifica el tipo de argumento utilizado por el tribunal de apelación para alejarse del precedente, por un lado, la desobediencia y renuencia a observarlo y, por otro, el desconocimiento del texto y alcance de la norma constitucional, específicamente las que se refieren al derecho a la igualdad y no discriminación, así como el de la cláusula abierta, que reconoce otros derechos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos (bloque de constitucionalidad) en caso de ser más favorables a los establecidos en la Constitución, que deben ser obligatoria y directamente aplicados por las y los operadores de justicia, al resolver casusas sujetas a su conocimiento.

c) Caso “Luis-Jorge”: Acción de Protección N° 17230-2018-03949

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Luis-Jorge”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Luis Fernando Córdova Buenaño y Jorge Palma Manrique	Legitimados activos solicitaron al Registro Civil del Ecuador que reconozca su matrimonio, bajo la figura de unión de hecho, mediante petición formulada 01 de agosto de 2017.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	Con fecha 8 de agosto de 2017, el Registro Civil notificó su decisión a través de su memorando Nro. DIGERCIC-CGAJ.CAJ2017-0241-M en el que se estableció que no hay necesidad que dicha unión sea registrada e inscrita en el país. De esta decisión interpusieron un recurso de revisión para que el Registro Civil determine la vía jurídica apropiada para que una pareja del mismo sexo que ha contraído matrimonio válidamente en el extranjero pueda reconocer su unión bajo una figura jurídica que genere los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas en matrimonio. El Registro Civil, mediante Oficio DIGERCI-CGAJ.DPN-2017-

		0012-O, de 30 de octubre de 2017, determinó que el pedido es improcedente.
Pretensión	Que el Registro Civil, de Identificación y Cedulación del Ecuador inscriba la unión de hecho de los accionantes para que su matrimonio contraído en el extranjero sea reconocido en el Ecuador.	Fundamento de negativa: La inscripción de la unión de hecho es improcedente de acuerdo a la legislación ecuatoriana y que este organismo no es competente para establecer la vía apropiada para que el matrimonio contraído en el extranjero sea reconocido bajo el amparo de la legislación ecuatoriana.
Fuente: Sentencia de 9 de abril de 2018, las 13h53 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Del contenido de la tabla 1, podemos establecer como producto de análisis 1, que el caso “Luis-Jorge” no mantiene analogía fáctica con los hechos del caso “Satya”, pues, lo que se buscó fue el reconocimiento de su matrimonio contraído en el extranjero, no obstante y como producto de análisis 2, este caso se encasilla en la autoridad jurisprudencial denominada “analogía permisiva o abierta”, pues, como se verá más adelante, los juzgadores de primera y segunda instancia fundamentan sus decisiones en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17.

Para mejor comprensión se grafican los productos de análisis 1 y 2, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso “Luis-Jorge” y precedente escogido caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Luis-Jorge”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
1. La legislación ecuatoriana diferencia el matrimonio de la unión de hecho, otorgándoles derechos y obligaciones particulares a cada caso.	1. El matrimonio debe ser celebrado por un hombre y una mujer (requisito de procedibilidad). Se excluye a personas del mismo sexo.
2. La legislación ecuatoriana, reconoce para personas del mismo sexo únicamente la unión de hecho, no el matrimonio.	2. Por seguridad jurídica, no procede inscribir el acta de matrimonio (España) como unión de hecho.
3. Existe un matrimonio ya realizado entre los accionantes celebrado en el país de España, matrimonio que no puede ser homologado en el Ecuador por el no reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, y no puede ser inscrito como una unión de hecho, pues el Ecuador establece la procedencia del	3. Entre los legitimados activos ni siquiera procede la unión de hecho, pues, la ley exige que las partes se encuentren libres de vínculo matrimonial. El legitimado activo de

matrimonio y la de unión de hecho con diferentes parámetros legales.	nacionalidad española, en su documento de identidad consta como casado ¹⁶¹ . 4. Al negar la inscripción de unión de hecho a un matrimonio contraído en el extranjero en modo alguno significa menoscabar o vulnerar los derechos de los legitimados activos.
<i>Decisium</i>	
Rechazó la acción de protección por improcedente	Rechazó el recurso de apelación formulado y confirmó la sentencia subida en grado.
Fuente: 1) Sentencia de 9 de abril de 2018, las 13h53 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 04 de julio de 2018, las 14h19, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.	

De las *ratios* identificadas en las sentencias de primera y segunda instancia se puede establecer el alejamiento del precedente constitucional (caso “Satya”).

Respecto a los argumentos utilizados para alejarse del precedente todos son ilegítimos o al menos, son argumentos que no resuelven el problema jurídico del caso, pues, la pretensión de los legitimados activos iba dirigida a que su matrimonio en el extranjero sea reconocido por el Estado ecuatoriano, por eso solicitaron que se realice como unión de hecho y, aunque en un sentido estrictamente formal no era viable, se podía resolver el caso a la luz de la Opinión Consultiva No. OC 24/17 y el principio del *iura novit curia*¹⁶² para inscribir el matrimonio de esta pareja celebrado en el exterior, como el de cualquier otro matrimonio entre un hombre y una mujer.

Para efectos de mejor comprensión se grafica los productos de análisis 3 y 4:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
2da instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.

¹⁶¹ En el documento de identidad del legitimado activo de nacionalidad española aparecía el estado civil “Casado”, pues en el país extranjero sí estaba reconocido su matrimonio con el otro legitimado activo ecuatoriano. Este hecho es considerado por el Registro Civil ecuatoriano como causal de impedimento de la unión de hecho, dado que en Ecuador se exige “estar libre de vínculo matrimonial”.

¹⁶² Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, 2009, Art. 4 numeral 13.

Fuente: 1) Sentencia de 9 de abril de 2018, las 13h53 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 04 de julio de 2018, las 14h19, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.
--

Como producto 3, se establece que ambas judicaturas se alejaron del precedente “Satya”. Como producto 4, se identifica que los argumentos utilizados son del tipo *ilegítimo*.

Las *ratios* extraídas de las sentencias analizadas, denotan una estricta y excesiva formalidad al momento de resolver, aun cuando por principio constitucional ésta debe ser condicionada, pues las y los jueces deben adecuarlas “*al logro de los fines de los procesos constitucionales*”¹⁶³, que en el caso de la acción de protección tiene como objetivo último la tutela directa y eficaz de los derechos establecidos en la Constitución y demás instrumentos de derechos humanos, que en concreto, tenía que ver con el registro del matrimonio de los legitimados activos celebrado en el exterior. Sin contar el argumento expuesto en la sentencia del *Ad quem*, que, a más de negar el registro del matrimonio celebrado en el exterior a los legitimados activos, negó la posibilidad de acceder incluso al reconocimiento de la unión de hecho por encontrarse casados entre sí.

d) Caso “Ricardo-Efraín”: Acción de Protección N° 17460-2018-00921

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Ricardo-Efraín”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Ricardo Javier Benalcázar Tello y Efraín Enrique Soria Alba	Los legitimados activos solicitaron el 13 de abril del 2018 la celebración e inscripción de su matrimonio al Registro Civil.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	Esta entidad negó el pedido mediante oficio No. DIGERCIC-CGAJ.DPN-2018-0005-O de 07 de mayo del 2018.
Pretensión	Que el Registro Civil proceda con la celebración e inscripción del matrimonio de los accionantes en aplicación directa de la Opinión Consultiva OC-24/17.	Fundamento de negativa: Que si bien es cierto que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, en Ecuador no se han hecho las reformas legales pertinentes.
Fuente: Sentencia de 14 de agosto de 2018, las 12h51 dictada por la Unidad Judicial de Tránsito con Sede en DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

¹⁶³ *Ibíd.*, Art. 4 numeral 7.

Del contenido de la tabla 1, se puede identificar como producto de análisis 1, la disanalogía entre los hechos del caso “Ricardo-Efraín” con los del caso “Satya”, pues, la pretensión de los legitimados activos fue la celebración e inscripción de su matrimonio en aplicación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17.

De manera que la resolución del problema jurídico estaba sujeto a la observancia del precedente constitucional (caso “Satya”) en cuanto a la aplicación directa de la opinión consultiva, razón por la cual, como producto de análisis 2 se identifica que la autoridad jurisprudencial para resolver la causa debía ser la *analogía permisiva o abierta*.

Para mejor comprensión se grafican los productos de análisis 1 y 2, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso “Ricardo-Efraín” y precedente escogido caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Ricardo- Efraín”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> 1. La legislación ecuatoriana diferencia el matrimonio de la unión de hecho. 2. El principio de aplicación directa de la Constitución se emplea a falta de norma secundaria y no cuando esta existe y es inconstitucional. De ninguna manera se puede confundir la aplicación directa de preceptos constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, con hacer un control de constitucionalidad y mucho menos inaplicar una norma constitucional. 3. El Ecuador debe realizar las reformas del caso para hacer aplicable la opinión consultiva OC-24/17. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El contenido de la sentencia número 184-18-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional, decidió que la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, es vinculante, por lo tanto de aplicación directa, inmediata y preferente. 2. Existe contradicción entre la Constitución (Art. 67) y la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, lo cual lleva a la necesidad de solicitar a la Corte Constitucional a que realice el control concreto de constitucionalidad, establecido en la Constitución¹⁶⁴. 3. De aplicarse el principio <i>pro homine</i>, se podría aplicar la Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH, conforme a la sentencia 184-18-SEP-CC por sobre la Constitución, vulnerando así su Art. 67.
Decisium	

¹⁶⁴ En efecto, el juez mediante auto de 03 de octubre de 2018, suspendió el proceso y envió el expediente a la Corte Constitucional a efectos de que realice el control concreto de constitucionalidad establecido en el artículo 428.

Rechazó la acción de protección por improcedente	Acepta parcialmente la acción y ordena al Registro Civil celebrar e inscribir el matrimonio de los legitimados activos.
Fuente: 1) Sentencia de 14 de agosto de 2018, las 12h51 dictada por la Unidad Judicial de Tránsito con Sede en DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 10 de julio de 2019, las 16h22, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.	

De las *ratios* identificadas en la sentencia de primera instancia se verifica el alejamiento del precedente constitucional (caso “Satya”).

Respecto a los argumentos utilizados para alejarse del precedente todos son ilegítimos, pues, el juez *A quo* niega la aplicación directa de la Opinión Consultiva porque en su criterio aquello correspondería a un control abstracto de constitucionalidad y que lo correcto sería que el Estado ecuatoriano adapte la legislación a estos nuevos parámetros.

La Corte Provincial, por su parte, suspendió la tramitación de la causa y envió el expediente a la Corte Constitucional consultando la constitucionalidad de la aplicación de la Opinión Consultiva No. OC 24/17 y, una vez absuelta la consulta, procedió a aceptar el recurso de apelación y a aceptar parcialmente la acción de protección.

Para efectos de mejor comprensión se grafica los productos de análisis 3 y 4:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
2da instancia	SI Resuelve en aplicación de la Opinión Consultiva No. 24-17, luego de consultar a la Corte Constitucional.	N/A
Fuente: 1) Sentencia de 14 de agosto de 2018, las 12h51 dictada por la Unidad Judicial de Tránsito con Sede en DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 10 de julio de 2019, las 16h22, dictada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto 3, se establece que el juzgador de primera instancia se alejó del precedente “Satya”, mientras que el *Ad quem*, luego de realizar una consulta a la Corte

Constitucional¹⁶⁵, aceptó la acción de protección ordenando al Registro Civil proceda a celebrar e inscribir el matrimonio de los legitimados activos.

Como producto 4, se identifica que los argumentos utilizados por el juzgador de primer nivel son del tipo *ilegítimo*, pues, según el juez *A quo*, la aplicación directa de instrumentos internacionales de derechos humanos que contengan derechos más favorables que la Constitución depende de la existencia de normativa legal o reglamentaria.

e) Caso “Diana-Cristina”: Acción de Protección N° 17230-2018-10289

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Diana-Cristina”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Diana Maritza Amores Moreno y Cristina Elizabeth Carvajal Calle	Legitimadas activas realizaron una petición a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación referente a la inscripción y celebración de su matrimonio.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	El Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación negó la petición (mediante oficio número DIGERCIC CGAJ-2018-0001-O de 15 de junio de 2018).
Pretensión	Se ordene al registro civil proceda a la celebración e inscripción del matrimonio de las accionantes. Además, medidas de reparación integral como: no repetición, reforma de reglamentos del R. Civil respecto al matrimonio; capacitación a sus funcionarios en temas de derechos humanos; disculpas públicas, etc.	Fundamento de negativa: de acuerdo a la Constitución y Legislación ecuatoriana, el matrimonio civil corresponde exclusivamente para personas de distinto sexo.
Fuente: Sentencia de 25 de julio de 2018, las 15h47 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la parroquia Ñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 1 de la tabla precedente se establece la disanalogía entre los hechos del caso “Diana-Cristina” con los del caso “Satya”, pues, la pretensión de las

¹⁶⁵ La Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en primer momento, evitó realizar un pronunciamiento de fondo y remitió el caso a la Corte Constitucional para que este organismo se pronuncie sobre si la Opinión Consultiva OC 24/17 podía ser aplicada directamente sin que medie reforma constitucional, legal y reglamentaria. Bajo esta premisa, el juzgado de apelación decide alejarse del precedente emanado del caso Satya mediante un argumento ilegítimo, que podría caber tanto en ignorancia o desconocimiento de precedente jurisprudencial preexistente, además del parámetro de desobediencia, pues es evidente que la Corte ya resolvió sobre el asunto que la Sala decidió enviar a consulta. Sin embargo, mediante sentencia de 10 de julio de 2019 resolvió aceptar parcialmente la demanda.

legitimadas activas fue la celebración e inscripción de su matrimonio en aplicación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17.

La resolución del problema jurídico en el presente caso, también estaba sujeta a la observancia del precedente constitucional (caso “Satya”) en cuanto a la aplicación directa de la opinión consultiva OC 24/17. Como producto de análisis 2, también se identifica a la autoridad jurisprudencial para resolver la causa a la de *analogía permisiva o abierta*.

Para mejor comprensión se grafican los productos de análisis 1 y 2, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso “Diana-Cristina” y precedente escogido caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Diana-Cristina”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
1. La Unión de Hecho por mandato constitucional les garantiza los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. 2. El Registro Civil no ha vulnerado el derecho al matrimonio, puesto que según la Constitución del Ecuador, el matrimonio es la unión entre hombre y mujer, no entre personas del mismo sexo. 3. La Opinión Consultiva 24/17 insta a los Estados a adecuar su ordenamiento jurídico. Corresponde a la Asamblea Nacional. ¹⁶⁶ 4. Hasta que no se encuentre legislado, el Ecuador garantiza los derechos de las parejas del mismo sexo mediante la unión de hecho, en observancia a la Opinión Consultiva No. OC24/17.	1. La Constitución de la República, en su Art. 68 (unión de hecho) garantiza los mismos derechos de las parejas unidas en matrimonio. 2. Nuestra legislación (en atención a la opinión consultiva 24/17) ya ha reformado su ordenamiento jurídico para amparar a parejas del mismo sexo a través de la Unión de Hecho. No hay discriminación. 3. La negativa del Registro Civil se fundamenta en lo dispuesto en la Constitución y la Ley (seguridad jurídica). Tampoco existe vulneración el derecho a la protección de la familia.
<i>Decisium</i>	
Negar la acción de protección.	Negar el recurso de apelación.
Fuente: 1) Sentencia de 25 de julio de 2018, las 15h47 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 21 de septiembre de 2018, las 10h34, dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.	

¹⁶⁶ Al respecto, el juez a quo manifiesta que la Opinión Consultiva en referencia requiere a los Estados partes a adecuar su ordenamiento jurídico. En este punto cabe anotar que es la Asamblea Nacional la encargada de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

De las *ratio* expuestas se han identificado los siguientes productos de análisis 3 y 4:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
2da instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.

Fuente: 1) Sentencia de 25 de julio de 2018, las 15h47 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 21 de septiembre de 2018, las 10h34, dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.
Elaboración: propia.

Como producto de análisis 3, de las *ratio* identificadas en los fallos de primera y segunda instancias se verifica el alejamiento del precedente constitucional (caso “Satya”).

Como producto de análisis 4, en cuanto a los argumentos utilizados, son recurrentes los que aseveran que no se puede aplicar directamente la Opinión Consultiva OC 24/17 debido a que es necesario que el legislativo emita normativa secundaria.

f) Caso “Rubén-Carlos”: Acción de Protección N° 17230-2018-11800

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Rubén-Carlos”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez.	Legitimados activos realizaron una petición a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación referente a la inscripción y celebración del matrimonio entre los legitimados activos.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	Esta entidad mediante oficio No. DIGERCIC-CGAJ-2018-0009-O de fecha 27 de julio del 2018, negó dicha solicitud.
Pretensión	Que el Registro Civil celebre e inscriba su matrimonio.	Fundamento de negativa del R. Civil: En Ecuador solo pueden contraer matrimonio entre hombre y mujer. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero primero es necesario la reforma normativa.

Fuente: Sentencia de 27 de marzo de 2019, las 16h27 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha.
Elaboración: propia.

Como producto de análisis 1 de la tabla precedente se establece la disanalogía entre los hechos del caso “Rubén-Carlos” con los del caso “Satya”, pues, los legitimados activos buscaban que el Registro Civil proceda con su pedido de celebración e inscripción de su matrimonio en aplicación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17.

La resolución del problema jurídico del presente caso ameritaba la observancia del precedente constitucional (caso “Satya”) en cuanto a la aplicación directa de la opinión consultiva OC 24/17. Como producto de análisis 2, se identifica a la autoridad jurisprudencial para resolver la causa a la de *analogía permisiva o abierta*.

Para mejor comprensión se grafican los productos de análisis 1 y 2, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso “Rubén-Carlos” y precedente escogido caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Rubén-Carlos”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> 1. El Estado ecuatoriano reconoce la Competencia Consultiva de la Corte Interamericana por el acto de ratificación. Además de reconocer cualquier interpretación que realice la Corte respecto a la Convención. 2. Los diversos órganos del Estado tienen la obligación de realizar control de convencionalidad, no solo de los criterios vertidos en la facultad contenciosa de la Corte IDH, sino también de los criterios consultivos. 3. Las opiniones consultivas son vinculantes y directamente aplicables. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La Corte Constitucional ha establecido con efecto <i>erga omnes</i> la inconstitucionalidad sustitutiva y sustractiva de las normas de los Arts. 81 del Código Civil define que el matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente y del Art. 52 de la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, en el primer caso, se eliminará la palabra “procrear” y en el segundo “entre un hombre y una mujer”, dando paso a que dos personas (cualquiera sea su sexo) pueda contraer matrimonio.
Decisium	
Acepta parcialmente la demanda. Declara la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.	Negar el recurso de apelación interpuesto por el Registro Civil y confirma la sentencia de primera instancia.

Ordena la celebración e inscripción del matrimonio.	
Fuente: 1) Sentencia de Sentencia de 27 de marzo de 2019, las 16h27 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 31 de julio de 2019, las 11h26, dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.	

De las *ratio* expuestas se han identificado los productos de análisis 3 y 4:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	SI Se ajusta al precedente aplicando la Opinión Consultiva No. 24-17.	N/A
2da instancia	SI Se ajusta al precedente aplicando la Opinión Consultiva No. 24-17.	N/A
Fuente: 1) Sentencia de 27 de marzo de 2019, las 16h27 dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 31 de julio de 2019, las 11h26, dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 3, de las *ratio* identificadas en los fallos de primera y segunda instancias se verifica la obediencia y respeto al precedente constitucional (caso “Satya”). Producto de análisis 4 no aplica.

g) Caso “María Eugenia-Kael”: Acción de Protección N° 17981-2018-03330

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “María Eugenia-Kael”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	María Eugenia Trujillo Baquero y Kael Sebastián Moreira González	Legitimados activos realizaron una petición a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación referente a la inscripción y celebración del matrimonio entre los legitimados activos.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	Mediante oficio número DIGERCIC-CGAJ-2018-0006-O de 20 de Julio de 2018, suscrito por el Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, el pedido fue negado.

Pretensión	Que el Registro Civil celebre e inscriba su matrimonio.	Fundamento de negativa: la legislación ecuatoriana no ampara el matrimonio entre parejas del mismo sexo y que el Ecuador aún no ha adecuado la normativa interna para habilitar el matrimonio
Fuente: Sentencia de 31 de agosto de 2018, las 14h34 dictada por la Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia, Adolescentes Infractores con Sede en la parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

De los antecedentes fácticos del caso, se colige que, en relación al caso Satya, no son casos análogos; no obstante, y como se verá más adelante, el juez de instancia y el tribunal de apelación fundamentan su sentencia en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17, por lo que este caso se encasilla en la autoridad jurisprudencial denominada *analogía permisiva o abierta*.

Para mejor comprensión se grafican los productos de análisis 1 y 2, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso ““María Eugenia-Kael” y precedente escogido caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso ““María Eugenia-Kael””

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> 1. La Convención Americana de Derechos Humanos CADH y las sentencias de la Corte IDH, forman parte del bloque de constitucionalidad. 2. La Corte Constitucional del Ecuador en sentencia número 184-18-SEP-CC de 29 de mayo de 2018, dispuso que las Opiniones Consultivas de la Corte IDH (OC 24/17) se entienden adheridas al texto constitucional, son de aplicación directa, inmediata y preferente, en tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos. 3. La Opinión Consultiva OC 24/17 insta a los Estados Partes a reformar sus legislaciones para ajustar su normativa para asegurar la protección de derechos de parejas del mismo 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La Constitución de la República del 2008 no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, únicamente a la unión de hecho. Cosa igual sucede con la legislación interna como el caso del Código Civil. 2. Las opiniones consultivas, como la No. OCT-24/17, son criterios y opiniones que de ninguna manera son obligatorias, ni vinculantes, pues no son sentencias. Son guías para que los estados adecuen su legislación interna. 3. Al no haberse reformado la Constitución ni la legislación ecuatoriana interna, no existen vulneraciones a derecho alguno. “<i>Las meras expectativas no constituyen derecho</i>”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Ecuador, *Código Civil*, Art. 7 numeral 6.

sexo. No se puede aplicar directamente sin reformas, especialmente de los Arts. 67 y 68 de la Constitución, respecto a las formas de matrimonio reconocidas en el Ecuador. No hay vulneración de norma constitucional. La vía para ello es la acción de inconstitucionalidad.	
Decisium	
Se desecha la acción constitucional presentada	Desechar el Recurso de Apelación interpuesto por los accionantes y en los términos de esta sentencia se confirma la subida en grado que desecha la Acción de Protección propuesta.
Fuente: 1) Sentencia de 31 de agosto de 2018, las 14h34 dictada por la Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia, Adolescentes Infractores con Sede en la parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 05 de octubre de 2018, las 08h42, dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.	

De las *ratio* expuestas se han identificado los siguientes productos de análisis 3 y 4:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
2da instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
Fuente: 1) Sentencia de 31 de agosto de 2018, las 14h34 dictada por la Unidad Judicial Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia, Adolescentes Infractores con Sede en la parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 05 de octubre de 2018, las 08h42, dictada por la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 3, de las *ratio* identificadas en los fallos de primera y segunda instancias se verifica el alejamiento del precedente constitucional. Tanto el juez *A quo* como el de apelación se alejan del precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en el Caso Satya, siendo su fundamento principal que hasta que no se adecúen las leyes y reglamentos internos del Ecuador, no es posible acceder al matrimonio civil igualitario. Incluso, el tribunal *Ad quem* manifiesta que la Opinión Consultiva no es un instrumento vinculante hasta que se produzca dicha adecuación.

Como producto de análisis 4, los argumentos utilizados son ilegítimos, pues, en ambas sentencias si bien se reconoce a la opinión consultiva OC24/17 como parte del bloque de constitucionalidad, también se asevera que no existe la posibilidad de una aplicación directa sino que se necesita adecuar la legislación interna para que sea procedente el matrimonio de parejas del mismo sexo, alejándose del precedente constitucional dictado por la Corte Constitucional del Ecuador, sobre la aplicabilidad directa de la Opinión Consultiva 24/17.

h) Caso “Francisco-Carlos”: Acción de Protección N° 17203-2018-08123

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Francisco-Carlos”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Francisco Nicanor Benítez Telles y Carlos David Echeverría Muñoz	Legitimados activos realizaron una petición el 03 de agosto de 2018 a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación referente a la inscripción y celebración del matrimonio entre los legitimados activos.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	Mediante oficio número DIGERCIC-CGAJ-2018-0015-0 de 9 de agosto de 2018, suscrito por el señor Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, se negó el pedido efectuado por los accionantes.
Pretensión	Que el Registro Civil celebre e inscriba su matrimonio, y que se aplique de manera directa la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	Fundamento de negativa: Por mandato de la Constitución y la Ley, el matrimonio solo pueden contraerlo personas de distinto sexo. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, el Ecuador no ha adecuado su normativa interna.
Fuente: Sentencia de 12 de septiembre de 2018, las 15h57 dictada por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con Sede en la parroquia Mariscal Sucre, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 1 de la tabla supra, se establece la disanalogía entre los hechos del caso “Francisco-Carlos” con los del caso “Satya”, pues, la pretensión de los legitimados activos fue la celebración e inscripción de su matrimonio en aplicación de la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17.

Como producto de análisis 2, se identifica a la autoridad jurisprudencial para resolver la causa a la de *analogía permisiva o abierta*, pues, el problema jurídico debía ser

resuelto a la luz del precedente constitucional (caso “Satya”) en cuanto a la aplicación directa de la opinión consultiva OC 24/17.

Para mejor comprensión se grafican los productos de análisis 1 y 2, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso “Francisco-Carlos” y precedente escogido caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Francisco-Carlos”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
1. La Opiniones Consultivas, para el caso, la OC-24/17 de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, son vinculantes para los Estados en cuanto obligan e instan a reformar su legislación interna. 2. La Constitución y la Ley reconocen el matrimonio exclusivamente para parejas de diferente sexo. 3. La resolución del problema no corresponde a acción de protección sino a acción de inconstitucionalidad. 4. Al existir norma expresa constitucional que permite únicamente el matrimonio entre hombre y mujer, no existe vulneración a derecho alguno.	1. El matrimonio entre personas del mismo sexo no se encuentra normado en la Constitución de la República, por lo tanto no es un derecho, por lo tanto no es exigible. 2. El Registro Civil no ha vulnerado ningún derecho constitucional, no discriminó ni impidió el libre desarrollo de la personalidad de legitimados activos, al contrario actuó con base a sus competencias.
<i>Decisium</i>	
Negar la acción de protección.	Negar el recurso de apelación y confirma la sentencia subida en grado.
Fuente: 1) Sentencia de 12 de septiembre de 2018, las 15h57 dictada por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con Sede en la parroquia Mariscal Sucre, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 11 de diciembre de 2018, las 14h28, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.	

De las *ratio* expuestas se han identificado los siguientes productos de análisis 3 y 4:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Satya”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
-------------------	--	--

1era instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
2da instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
Fuente: 1) Sentencia de 12 de septiembre de 2018, las 15h57 dictada por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con Sede en la parroquia Mariscal Sucre, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sentencia de 11 de diciembre de 2018, las 14h28, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 3, de las *ratio* identificadas en los fallos de primera y segunda instancias se verifica que ambas se alejan del precedente constitucional (caso “Satya”), por cuanto a su criterio para poder aplicar la Opinión Consultiva 24/17 se requieren cambios a la normativa legal y reglamentaria, por lo que el Registro Civil, actuó apegado a las normas vigentes que rigen la posibilidad de contraer matrimonio para parejas de distinto sexo únicamente; habiendo la posibilidad de conformar uniones de hecho para parejas homosexuales garantizando a su criterio los mismos derechos y obligaciones como si se tratase de un matrimonio civil.

Como producto de análisis 4, en cuanto a los argumentos utilizados son todos del tipo ilegítimo, pues, pese a invocar la Opinión Consultiva OC 24/17, no lo aplican bajo el argumento de que es necesaria la reforma normativa constitucional y legal.

i) Caso “Andrés-José”: Acción de Protección N° 17460-2018-01107

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Andrés-José”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Andrés Vicente Domínguez Ojeda y José Emilio Herrera Flores	Legitimados activos realizaron una petición el 03 de agosto de 2018 a la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación referente a la inscripción y celebración del matrimonio entre los legitimados activos.
Legitimado pasivo	Director del Registro Civil de Identificación y Cedulación del Ecuador y, el señor Procurador General del Estado	Mediante oficio número DIGERCIC-CGAJ-2018-0015-0 de 9 de agosto de 2018, suscrito por el señor Coordinador General de Asesoría Jurídica de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, se negó el pedido.
Pretensión	Que el Registro Civil celebre e inscriba su matrimonio, y que se	Fundamento de negativa: de acuerdo a la Constitución y Legislación ecuatoriana, el

	aplique de manera directa la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	“matrimonio civil corresponde exclusivamente para personas de distinto sexo, es decir entre un hombre y una mujer”, y que, “si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo y ha instado a los países de la región a “adecuar sus legislaciones para dar libre vía a ese derecho” (...) en el Ecuador aún no se han realizado las reformas legales pertinentes en ese sentido.
Fuente: Sentencia de 20 de septiembre de 2018, las 15h26 dictada por la Unidad Judicial de Tránsito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 1 de la tabla supra, en relación al caso Satya, no son casos análogos; no obstante, y como se verá más adelante, el juez de instancia fundamenta su sentencia en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC 24/17¹⁶⁸.

Como producto de análisis 2, al igual que los casos anteriores, se identifica a la autoridad jurisprudencial para resolver la causa a la de *analogía permisiva o abierta*, pues, el problema jurídico debía ser resuelto a la luz del precedente constitucional (caso “Satya”) en cuanto a la aplicación directa de la opinión consultiva OC 24/17.

Para mejor comprensión se grafican los productos de análisis 1 y 2, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Disanalogía fáctica entre: caso “Andrés-José” y precedente escogido caso “Satya”	Analogía permisiva o abierta

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencia de primera instancia del caso “Andrés-José”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
1. Los jueces no pueden bajo ningún concepto inaplicar conceptos por considerarlos inconstitucionales. 2. El Ecuador garantiza el derecho de las parejas del mismo sexo mediante la unión de hecho, que otorga los mismos derechos que a las parejas que se unen en matrimonio. El Registro Civil no vulneró ningún derecho.	N/A A la presente fecha no hay resolución.

¹⁶⁸ Hasta la fecha de elaboración del presente trabajo no se encontraba resuelta la segunda instancia.

Decisium	
Negar la acción de protección.	N/A
Fuente: 1) Sentencia de 20 de septiembre de 2018, las 15h26 dictada por la Unidad Judicial de Tránsito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.	

De las *ratio* expuestas se han identificado los siguientes productos de análisis 3 y 4:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso "Satya")	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	NO Se aleja del precedente, no aplica la Opinión Consultiva No. 24-17.	ILEGÍTIMO Desobediencia y renuencia del precedente.
2da instancia	N/A (No hay resolución)	N/A
Fuente: 1) Sentencia de 20 de septiembre de 2018, las 15h26 dictada por la Unidad Judicial de Tránsito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 3, de las *ratio* identificadas en el fallo de primera instancia, se puede establecer que se aleja del precedente al igual que casos anteriores analizados. Como producto 4, se identifica al argumento como ilegítimo, agotándose en que no pueden aplicar directamente la Opinión Consultiva 24/17, porque existe norma constitucional expresa, que permite únicamente el matrimonio de parejas de diferente sexo.

Consolidado del análisis de casos ("SATYA")

		AUTORIDAD JURISPRUDENCIAL	OBEDECE PRECEDENTE	TIPO ARGUMENTO
AMADA	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	SI	N/A
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)

ZILKA - ALEJANDRA	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	SI	N/A
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
LUIS - JORGE	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
RICARDO - EFRAIN	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	SI	N/A
DIANA - CRISTINA	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
RUBEN - CARLOS	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	SI	N/A
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	SI	N/A
EUGENIA - KAEL	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)

FRANCISCO - CARLOS	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
ANDRÉS - JOSE	1ra Instancia	Analogía permisiva o abierta	NO	Ilegítimo (desobediencia)
	2da Instancia	Analogía permisiva o abierta	N/A	N/A

Este consolidado ayudará a exponer el resultado global del análisis, lo cual nos permitirá a su vez, determinar e identificar la dinámica judicial en cuanto a la aplicación del principio de obligatoriedad del precedente “Satya”.

De la lectura de la tabla se verifica que del universo analizado, esto es, 9 causas de acciones de protección resueltas a la luz del precedente “Satya”, solo en el caso “Rubén-Carlos” los juzgadores de ambas instancias aplicaron el principio de obligatoriedad del precedente después de enviar a consulta a la Corte Constitucional, adicionalmente, también los juzgadores de primer nivel de los casos “Amada” y “Zilka-Alejandra” y el tribunal de apelación del caso “Ricardo-Efraín” lo aplicaron, sin embargo los dos primeros fueron revocados por su respectivo *Ad quem*.

Entonces, de las diecisiete judicaturas que conocieron estos casos¹⁶⁹, doce se alejaron del precedente mientras que cinco lo aplicaron, esto demuestra que más del 70% de las y los jueces se alejaron del precedente con base en un argumento de orden *ilegítimo*.

4. Caso No. 2: Sentencia No. 388-16-SEP-CC, caso No. 2006-16-EP (Caso Becarios)

¹⁶⁹ Contando las judicaturas de primera y segunda instancias, excluyendo la segunda instancia del caso “Andrés-José” que no existe sentencia hasta la actualidad.

El caso que para efectos del presente trabajo he denominado “Becarios”, desde su resolución por la Corte Constitucional del Ecuador en el año 2016 hasta la actualidad, ha sido invocado en varias acciones de protección por los profesionales médicos que, buscando alternativas para devengar sus becas sin separarse de sus familias, han recibido respuestas negativas por parte del Ministerio de Salud, considerando vulnerados sus derechos y los de sus familias, específicamente el derecho al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y el derecho a la protección familiar, establecidos en los artículos 44 y 69 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, respectivamente.

4.1. Antecedentes fácticos y procesales

En ocasión de las políticas públicas del gobierno central, el Ministerio de Salud del Ecuador facilitó a los profesionales médicos el acceso a becas dentro y fuera del país, a fin de que realicen estudios de cuarto nivel y, una vez culminados, los profesionales presten sus servicios por un tiempo específico dentro de hospitales y centros de salud, con el objetivo de devengar la inversión realizada por esta cartera de Estado.

La doctora Gianna Elena Cabezas Bowen, profesional médica con domicilio en la ciudad de Guayaquil, fue una de las personas que se benefició de una de las becas referidas en el párrafo anterior, por lo que se encontraba obligada a devengarla en la especialidad de pediatría y fue asignada a la unidad operativa del Hospital Alberto Buffoni, ubicado en el cantón Quinindé, provincia de Esmeraldas, desde el 1 de julio de 2016 hasta el 30 de junio de 2022¹⁷⁰; debido a esto, solicitó al Ministerio de Salud la reasignación de la plaza a su domicilio (Guayaquil), pues, era madre de un niño de ocho años quien se encontraba bajo su exclusivo cuidado y, esta medida, generaba daño grave en su cuidado, crianza, educación etc., vulnerando así sus derechos y los de su hijo al desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y a la protección familiar. Su pedido le fue negado.

Frente a lo resuelto por la Administración, la doctora Cabezas presentó acción de protección en contra del acto administrativo emitido por el señor director Nacional de

¹⁷⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia No. 388-16-SEP-CC” en *Juicio n.º: 2006--16-EP*, de 12 de diciembre de 2016, 3.

Normalización del Talento Humano en Salud y presidente del Comité Académico y de Becas del Ministerio de Salud Pública y la Directora Nacional de Talento Humano y Secretaria Técnica del Comité Académico y de Becas del Ministerio de Salud Pública.

En primera instancia, esta acción fue conocida y juzgada por la Unidad Judicial Contra la Violencia a la Mujer o Miembro del Núcleo Familiar GYE-NORTE, judicatura que mediante sentencia de 04 de julio de 2016, la declaró improcedente¹⁷¹, pues la competencia correspondía a un centro de mediación y arbitraje devenida de obligación contractual (contrato de beca); en segunda instancia, el recurso de apelación interpuesto por la legitimada activa fue desechado y ratificada la sentencia del inferior, mediante resolución de 12 de septiembre de 2016 emitida por la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas¹⁷².

En la mencionada acción de protección, la accionante argumentó que es divorciada y madre responsable de los cuidados de su hijo menor de edad Carlos Zaid González Cabezas; y que el Comité Académico y de Becas del Ministerio de Salud Pública, no consideró que para dar cumplimiento la devengación de beca, tendría que separarse de su hijo menor de edad, del entorno familiar y social con todas las consecuencias negativas que esto conlleva para la psiquis y salud emocional del niño.

De la negativa a la demanda planteada, la doctora Gianna Elena Cabezas Bowen presentó una acción extraordinaria de protección (N° 2006-16-EP) ante la Corte Constitucional, de la cual se dictó el segundo precedente escogido para el análisis de las acciones de protección, mismo que ordenó que el Ministerio de Salud designe una nueva plaza en el domicilio del núcleo familiar de la legitimada activa (Guayaquil), a más de dictar una regla jurisprudencial que, en lo principal, obliga a esta cartera de Estado a emitir actos administrativos motivados, que tomen en cuenta el interés superior del niño.

4.2. Identificación de *ratio* del caso “Becarios”

¹⁷¹ Ecuador Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer o Miembro del Núcleo Familiar de GYE Norte, “Sentencia” en Juicio n.o: 09571201603954, de 04 de julio del 2016.

¹⁷² Ecuador Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del, “Sentencia” en Juicio n.o: 09571201603954, de 12 de septiembre de 2016.

Como *ratio decidendi* del caso “Becarios”, esto es, de la sentencia n° 388-16-SEP-CC, dentro del juicio No. 2006-16-EP, de fecha 12 de diciembre de 2016, se han identificado las siguientes:

El derecho del niño a no ser separado de su familia es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en la dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocido en los artículos 45 y 46 de la Constitución de la República [...]¹⁷³

Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su madre debe ser excepcional y estar justificada por el interés superior del niño. Este derecho se vulnera cuando, sin haber sopesado debidamente los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión, en relación el resto de intereses o circunstancias que lo rodean y los efectos de la decisión en su desarrollo integral, este es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo con su madre o padre [...]¹⁷⁴

Toda decisión que tenga un efecto en los derechos de niños, niñas y adolescentes debe tener en consideración su condición de sujetos de derechos y de individuos en etapa de formación de su personalidad y exploración de sus potencialidades. La emisión de cualquier acto que pueda afectar el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes debe necesariamente estar precedido por una fundamentación sólida, en la que se exponga el por qué constituye la decisión que mejor protege sus derechos, tomando en consideración todas las circunstancias que rodean la decisión [...]¹⁷⁵

En efecto, existen varias condiciones que pueden determinar que la decisión "ideal" para salvaguardar el interés superior de niños, niñas y adolescentes no sea factible. No obstante, la obligación del decisor es mostrar por qué, de entre todas las decisiones posibles, la escogida es la más beneficiosa; o al menos, la menos lesiva [...]¹⁷⁶

La falta de justificación de la medida en función de la salvaguarda del interés superior del niño, por sí sola, constituye una vulneración de los derechos constitucionales del hijo de la accionante [...]¹⁷⁷

Con base en las *ratios* que anteceden, la Corte Constitucional realizó una interpretación conforme del artículo 28 del Reglamento para el Otorgamiento y la Devengación de Becas de Estudio de Pregrado y Postgrado, promulgado mediante Acuerdo Ministerial N.º 2870 y publicado en el Registro Oficial N.º 888 del 7 de febrero de 2013:

¹⁷³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 388-16-SEP-CC”, 27.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, 27.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 28.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, 30.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 32.

Concretamente, en casos en los que la asignación de una plaza para efectuar el período de devengación de una beca involucre la decisión sobre el domicilio de un niño, niña o adolescente dependiente del becario o becaria, se deberá tener especial consideración el principio de interés superior del niño en el ejercicio de su derecho al desarrollo integral. Por tanto, la decisión deberá justificarse de manera que se demuestre que, de todas las decisiones posibles, esta es la que más adecuadamente garantice sus derechos. Dicha justificación debe hacerse conocer al becario o becaria como parte de la motivación del acto administrativo en cuestión [...]¹⁷⁸

De lo expuesto se colige entonces que para los casos de asignación de una plaza para realizar el período de devengación de beca, donde se vea comprometido el domicilio de un niño, niña o adolescente, tal asignación se la deberá realizar en estricta observancia del interés superior y deberá contener una argumentación suficiente que permita determinar que la decisión adoptada es la más beneficiosa o la menos lesiva, cuando es separado del becario para cumplir la devengación.

Una vez que se han identificado los antecedentes fácticos de la causa, así como la principal *ratio* utilizada por los jueces de la Corte Constitucional para resolver el Caso “Becarios”, a continuación se procederá con el análisis de acciones de protección resueltas en el año 2018 en las que haya sido invocado el precedente escogido, con el objeto de verificar si los jueces *A quo* y de apelación, respetan el principio de su aplicación obligatoria.

4.3. Análisis de aplicación del precedente en acciones de protección

Igual que en el caso anterior, para establecer los productos del análisis se tomará un universo de sentencias de acción de protección emitidas por las judicaturas de la ciudad de Quito en el año 2018, donde fue invocado el precedente del caso “Becarios” o donde las y los jueces debían resolverlo en virtud de su fuerza gravitacional debido a su grado de analogía fáctica.

Los casos aquí analizados versan sobre profesionales médicos que exigieron en su momento un cambio en la asignación de plaza para devengar sus becas, todo en función de no separarse de sus familias, no obstante, no en todos los casos el o los legitimados activos son padres o madres solteros o divorciados a cargo del cuidado exclusivo de sus hijos como

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 34 y 35.

en los antecedentes fácticos del precedente escogido, aclaración necesaria en función de establecer, luego del análisis, por un lado, la analogía fáctica; y por otro, si esta similitud o diferencia permitía a las y los jueces inobservar el precedente escogido.

En este orden de ideas, es necesario dejar sentado que al momento de escoger las sentencias para análisis, me he planteado como hipótesis (sujeta a demostración) que la variante *madre soltera* o *padre soltero* pudo influir de forma determinante en la decisión de varios de los casos en función de la observancia del precedente, por lo que he considerado pertinente, para identificar si existe analogía fáctica, tomar de la doctrina colombiana el test de igualdad, respecto al trato igual que debe darse a destinatarios de situaciones que presenten similitudes y diferencias, pero que las primeras sean más relevantes que las segundas¹⁷⁹, criterio que en su momento, incluso, fue incorporado además a la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, por la Corte Constitucional, organismo que señaló que “si existiesen categorías paritarias o similares, se debe tratar de incorporar a los sujetos en idénticas condiciones o igualitarias, pero si se tratase de categorías diferentes se justificaría un trato desigual.”¹⁸⁰

Con esta aclaración, se procederá bajo la misma metodología realizada en el apartado 3.3 del presente trabajo, es decir, mediante tablas que permitirán establecer lo siguiente:

Tabla 1: Antecedentes generales y antecedentes fácticos que serán contrastados con los antecedentes fácticos del precedente escogido, análisis que permitirá establecer, como primer producto, si existe entre ellos analogía o disanalogía; y, como segundo producto, el tipo de autoridad jurisprudencial aplicable según cada caso (analogía, analogía permisiva o abierta, conceptual, retórica).

¹⁷⁹ Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Ira ed., 2005, 4ta., reimpresión, p. 257. “El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)”

¹⁸⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia N° 019-16-SIN-CC”, 21.

Tabla 2: Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias contrastado con la *ratio* de cada precedente escogido, su análisis permitirá establecer como tercer producto, si el juzgado o tribunal aplicó o inaplicó el principio constitucional de obligatoriedad del precedente constitucional; y, como cuarto y último producto, el tipo de argumento utilizado (legítimo o ilegítimo) para apartarse del precedente, de ser el caso.

De igual manera, al finalizar el análisis de todas las sentencias de acción de protección, en una tabla general, se expondrá el resultado consolidado respecto al número de judicaturas que aplicaron o se alejaron de cada precedente constitucional escogido y, en el segundo caso, el tipo de argumento utilizado para ello, si ilegítimo o legítimo.

a) Caso “Aracely”: Acción de Protección N° 17159-2018-00005

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Aracely”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Aracely del Pilar Jácome Clavijo	Con fecha 23 de febrero de 2017, se realizó el sorteo de plazas para que la legitimada activa devengue su beca, correspondiéndole el Hospital Sagrado Corazón de Jesús de la ciudad de Quevedo. La accionante tiene una hija de tres años diez meses quien padece Dermatitis Atópica y Prurigo de Bisnier (patología de piel de naturaleza hereditaria crónica autoinmune) Además, se encontraba en estado de gestación de 26 semanas, lo cual complicó su salud.
Legitimado pasivo	Ministerio de Salud Pública y Procuraduría General del Estado	La legitimada activa solicitó al Comité Académico de Becas el cambio de plaza y fue negado mediante memorando Nro. MSP-DNNTHS-2018-0209-M, de 06 de febrero de 2018, suscrito por el Director Nacional de Normatización del Talento Humano en Salud. De esta negativa interpuso un recurso de revisión que también fue negado.
Pretensión	Que el Ministerio de Salud Pública, la reubique en la ciudad de Quito o sus alrededores, o en Latacunga, a fin de realizar el proceso de devengación de la beca.	Fundamento de negativa del Comité: la accionante era la única especialista en Dermatología para el hospital de Quevedo.
Fuente: Sentencia de 22 de junio del 2018, las 10h52, dictada por la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Carapungo, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Del contenido de la tabla 1, podemos establecer como producto de análisis 1, que el caso “Aracely” tiene analogía fáctica con los hechos del caso “Becarios”, pues, si bien

no se trata de una profesional quien tenga bajo su cuidado exclusivo a un menor, podemos decir que en lo fáctico, las situaciones son más similares que diferentes, por lo que aplicando el test de igualdad, deberemos considerarlo un caso análogo y darle un trato igualitario (dado que la asignación del lugar para proceder con la devengación de la beca, involucra derechos de niños, niñas y adolescentes) lo cual se identifica como el producto de análisis 1.

Como producto de análisis 2, al considerar al caso “Aracely” como análogo al caso “Becarios”, se deberá tomar en cuenta que la jueza o el juez debía utilizar la *fuerza gravitacional* del precedente, como autoridad jurisprudencial para resolverlo, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Analogía fáctica entre: caso “Aracely” y precedente escogido, caso “Becarios”	Analogía Fuerza gravitacional del precedente

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Aracely”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> La defensa de la accionante invocó expresamente el precedente de la Sentencia No. 388-16-Sep-CC, Caso No. 2006-16-EP, de la Corte Constitucional. De la revisión del caso se verifica que no existió consideración alguna de la situación de la becaria y sus hijos por las autoridades correspondientes del Ministerio de Salud Pública.¹⁸¹ Los niños pertenecen a un grupo de atención prioritaria y las mujeres embarazadas están protegidas por el Estado¹⁸², lo cual debía considerar el Ministerio al momento de asignarle una plaza. Le correspondía al Ministerio analizar las condiciones particulares y especiales de salud de la niña Paula del Rosario, así como analizar el entorno familiar de cada becario. 	<ol style="list-style-type: none"> El memorando No. MSP-DNNTHS-2018-0209-M, de 06 de febrero de 2018, no se encuentra debidamente motivado, pues, no explica la negativa al pedido de cambio de plaza para la devengación, no se considera el interés superior del niño, carece de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. El Ministerio de Salud Pública, no analizó las circunstancias particulares de la accionante, su entorno familiar y, principalmente los derechos de los niños como su estado de salud física y psicológica (que prevalecen sobre los demás), al momento de negar el cambio de plaza para la devengación de beca, vulnerando sus derechos.
Decisium	

¹⁸¹ Al respecto, el juez *A quo* señala sobre la falta de análisis de la situación personal de la accionante respecto a la patología de dermatitis atópica severa que presenta la menor y que le impide vivir en un lugar caliente y con polvo, tampoco se analiza la afectación psicológica por el abandono de la madre.

¹⁸² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Art. 35, 43 numeral 3.

<p>1. Aceptar la acción de protección. 2. Declara la vulneración al derecho a la protección de la familia, con énfasis en el desarrollo integral de los niños; a la igualdad formal y material y a la defensa en la garantía de la motivación, consagrados en los artículos 11 numeral 2, 35, 66, numeral 4, 67, 69 numeral 4 y 76 numeral 7, literal l) de la Constitución de la República del Ecuador. 3. Medidas de reparación integral: El Ministerio de Salud Pública, debe reubicar a legitimada activa y deja sin efecto el acto administrativo que negó su pedido.</p>	<p>Rechaza el recurso de apelación interpuesto por MSP y, en lo principal se confirma la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Carapungo.</p>
<p>Fuente: 1) Sentencia de 22 de junio del 2018, las 10h52, dictada por la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Carapungo, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala de la Familia, Mujer, niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, sentencia de 19 de julio de 2018, las 14h22. Elaboración: Propia.</p>	

Conforme se advierte de las *ratios* de las sentencias resueltas por el juez *A quo* y el Tribunal de alzada, ambas observan claramente el precedente jurisprudencial dictado en el caso Becarios, incluso llegando a citarlos expresamente en sus decisiones, resolviendo el caso en virtud de su *fuerza gravitacional*; concluyendo que el Ministerio de Salud Pública no efectuó un análisis conforme lo establecido por la Corte Constitucional al requerir el análisis a la luz del principio de interés superior del niño, al momento de establecer una plaza para la devengación de la beca. Por tal virtud ambas sentencias concluyen que el acto administrativo por el cual se negó el pedido de cambio de lugar de asignación, no tomó en consideración los factores alrededor de los hijos de la becaria, así:

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Becarios”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	SI Resuelve en virtud de la fuerza gravitacional del precedente	N/A
2da instancia	SI Resuelve en virtud de la fuerza gravitacional del precedente	N/A
<p>Fuente: 1) Sentencia de 22 de junio del 2018, las 10h52, dictada por la Unidad Judicial de Contravenciones de Tránsito de Carapungo, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala de la Familia, Mujer, niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Pichincha, sentencia de 19 de julio de 2018, las 14h22. Elaboración: Propia.</p>		

En conclusión, como producto de análisis 3 se establece que ambas judicaturas observaron el principio de obligatoriedad del precedente y, al ser así resueltas, no existe producto de análisis 4. Es importante dejar sentado que ambas judicaturas parten de las *ratio* del caso “Becarios” para resolver la causa.

b) Caso “María Fernanda”: Acción de Protección N° 17233-2018-00409

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “María Fernanda”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	María Fernanda Luzuriaga Castillo por sus propios derechos y por los que representa en calidad de madre y representante legal de sus hijos menores de edad Camila Anahí Naranjo Luzuriaga y David Leonardo Naranjo Luzuriaga.	El 28 de agosto de 2015 la accionante solicitó a la Directora Nacional de Normatización del Talento Humano en Salud que se le asigne la devengación de la beca en la ciudad de Quito, debido a que su hija Camila Anahí Naranjo Luzuriaga de 15 años de edad, fue diagnosticada con CRISIS PARCIALES SIMPLES COMPLEJAS (convulsiones), por lo que necesita cuidado constante.
Legitimado pasivo	Ministerio de Salud Pública y Procuraduría General del Estado	Con base a la enfermedad de su hija, solicita cambio de plaza para devengar su beca y recibe respuesta negativa del Director Nacional de Normatización del Talento Humano en Salud del Ministerio de Salud Pública. Adicional resuelve iniciar el cobro inmediato por el incumplimiento del contrato de beca y ordena el pago de valores.
Pretensión	Que las autoridades del Comité Académico y de Becas del Ministerio de Salud Pública del Ecuador se le asigne una plaza para el cumplimiento de la devengación de beca a la accionante en una unidad operativa dentro de la ciudad de Quito.	Fundamento de negativa: la profesional incumplió con el objeto del contrato de financiamiento de beca para estudiantes de postgrado.
Fuente: Sentencia de 09 de febrero del 2018, las 16h32, dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Al igual que el caso anterior, como producto de análisis 1, se puede identificar la analogía “María Fernanda” con “Becarios”, misma que se puede establecer también, en función del parámetro de que sus situaciones son más similares que diferentes, pues el fondo del caso es la solicitud de cambio de plaza al lugar de domicilio de los hijos, contando además con la condición de salud de la hija menor de edad de la devengante.

Aquí se verifica algo adicional y es que comparecen como legitimados activos todos los miembros de la familia.

Como producto de análisis 2, al considerar al caso “María Fernanda” como análogo al caso “Becarios”, se deberá tomar en cuenta que la jueza o el juez debía utilizar la *fuerza gravitacional* del precedente, como autoridad jurisprudencial para resolverlo, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Analogía fáctica entre: caso “María Fernanda” y precedente escogido, caso “Becarios”	Analogía Fuerza gravitacional del precedente

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “María Fernanda”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> 1. El acto administrativo (oficio Memorando N° MSP-TH-2016-4161-M de 04/05/2016) no contiene la mínima explicación o sustentación con base en la cual se tomó la decisión de negativa. No existe ninguna norma o principio jurídico tampoco constancia que se haya discutido la situación familiar de la peticionaria de plaza o la enfermedad de su hija menor de edad. 2. La entidad accionada, no toma en cuenta que la ex becaria es madre de familia de dos hijos menores de edad y principalmente, que uno de los hijos tiene una enfermedad crónica que requiere atención prioritaria por encontrarse en condición de doble vulnerabilidad. 3. El ministerio inobservó lo resuelto en Sentencia No. 388-16-SEP-CC (fs. 82 a 99) que ya estaba vigente desde antes del acto administrativo vulneratorio. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La resolución no contiene ningún criterio valorativo de la situación de la menor a la que recurre la accionante para justificar su incumplimiento de presentarse para devengar la beca. No fundamenta las razones para la negativa. 2. El texto de la demanda proporciona elementos que dan cuenta de que la actora trata de ubicar su caso dentro del marco en el que se desarrollaron los criterios de la Corte Constitucional en la sentencia No 388-16 SEP-CC. El caso inicia por un incumplimiento de devengación de beca y de la solicitud de la asignación de una plaza para el efecto, fuera de los 20 días que requiere el respectivo Reglamento; por tanto, el contexto de los hechos en los que se aduce la vulneración de los derechos de niños y adolescentes varían en la causa que se juzga en este proceso.
Decisium	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Aceptar la acción de protección. 2. Declarar vulnerado el derecho a la motivación y al interés superior del niño. 3. Dejar sin efecto el Memorando No. MSP-TH-2016-4161-M, de 4 de mayo del 2016. 4. Se asigne una plaza en Quito 	Acepta el recuso de apelación interpuesto por el delegado del Procuraduría General del Estado, declarando únicamente la vulneración del derecho a la motivación, ordenando dictar nuevo acto administrativo.
<p>Fuente: 1) Sentencia de 09 de febrero del 2018, las 16h32, dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala Laboral de la Corte Provincial de Pichincha, sentencia de 27 de abril de 2018, las 12h50. Elaboración: propia.</p>	

En virtud de lo señalado se observa que el juez *A quo* aplica el precedente jurisprudencial dictado en el caso Becarios, pues determina que la motivación del acto administrativo por el cual se niega la reubicación de plaza de la becaria no contiene razonamientos respecto a las condiciones de los menores de edad, en especial de la niña que padece una enfermedad crónica, en plena concordancia con lo señalado con el fallo de la Corte Constitucional en relación a las decisiones que se deben adoptar tomando en consideración al interés superior del niño.

Por su parte, la sentencia de apelación, si bien determina que no hay motivación suficiente en el acto administrativo, no concluye que se vulneró el principio de interés superior de los niños, uno de los temas centrales que constituye la *ratio* del caso Becarios. En ese sentido, por el argumento vertido se colige que el Tribunal de alzada se aleja de dicho precedente bajo un argumento ilegítimo, basado en desobediencia de la *ratio* central del fallo dictado por la Corte Constitucional, aunque se deje sin efecto el acto administrativo por inmotivado.

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Becarios”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	SI Resuelve en virtud de la fuerza gravitacional del precedente.	N/A
2da instancia	NO Se aleja del precedente al momento que no resuelve en función al principio del interés superior, que es la esencia del precedente “Becarios”	ILEGÍTIMO Para el tribunal de apelación, el problema jurídico se agota en la falta de motivación del acto administrativo, sin tomar en cuenta el principio del interés superior del niño.
Fuente: 1) Sentencia de 09 de febrero del 2018, las 16h32, dictada por la Unidad Judicial Civil con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala Laboral de la Corte Provincial de Pichincha, sentencia de 27 de abril de 2018, las 12h50. Elaboración: propia.		

En conclusión, como producto de análisis 3 se establece que el juez *A quo* observó el precedente del caso Becarios para resolver la causa; por el contrario, el tribunal de apelación únicamente analizó el caso a la luz del derecho al debido proceso en la garantía de motivación, dejando de lado el verdadero sentido de las *ratios* del caso, esto es, que el Ministerio de Salud resuelva sobre un pedido de plaza en virtud de la situación de los menores involucrados. Aunque el *Ad quem* acepta el recurso de apelación su decisión se aleja del precedente con un argumento *ilegítimo*.

c) Caso “Galarza-Coello”: Acción de Protección N° 17250-2018-00067

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Galarza-Coello”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Byron Alejandro Galarza Romero, y por la señora Andrea del Rocío Coello Vaca, por sus propios derechos y por los que representan de sus hijos Paula Emilia Galarza Coello y de Martín Alejandro Galarza Coello.	Con fecha 30 de junio de 2014 el doctor Byron Alejandro Galarza Romero, suscribió el contrato de financiamiento y devengación de beca con el Instituto Ecuatoriano de Crédito Educativo y Becas, ahora Instituto de Fomento de Talento Humano y dicha devengación fue asignada para que labore en el Hospital Marco Vinicio Iza, en Lago Agrio.
Legitimado pasivo	Comité Académico y de Becas y la Dirección Nacional de Normalización de Talento Humano del Ministerio de Salud Pública y Procuraduría	El accionante presentó una solicitud para que la plaza asignada sea cambiada a la ciudad de Quito, lugar de residencia de la familia. Sin embargo, mediante Memorando No. MSP-DNNTHS-2018-1233-M, de 13 de julio de 2018, emitido por la Dirección Nacional de Normalización de Talento Humano de Salud, se negó dicha solicitud.
Pretensión	Que se proceda a reubicar a los accionantes para la devengación de la beca a la ciudad de Quito.	Fundamento de negativa: necesidad institucional.
Fuente: Sentencia de 14 de septiembre de 2018, las 14h23, dictada por el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 1, se puede identificar la analogía “Galarza-Coello” con “Becarios”, pues, las situaciones son más similares que diferentes. Como producto de análisis 2, al considerar al caso “Galarza-Coello” como análogo al caso “Becarios”, se deberá tomar en cuenta que la jueza o el juez debía utilizar la *fuerza gravitacional* del precedente, como autoridad jurisprudencial para resolverlo, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
---	--

Analogía fáctica entre: caso “Galarza-Coello” y precedente escogido, caso “Becarios”	Analogía Fuerza gravitacional del precedente
--	---

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Galarza-Coello”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> 1. El Memorandum No. MSP-DNNTHS-2018-1233-M, de 13 de julio de 2018, emitido por la Dirección Nacional de Normatización de Talento Humano del Ministerio de Salud, es un acto administrativo que debe ser impugnado por la vía contencioso administrativo. 2. No evidencia vulneración a derechos de grupos vulnerables, ya que el actor únicamente enuncia normas sin precisar cómo se vulneraron sus derechos. Que sus hijos y cónyuge viven en Quito y los menores se encuentran estudiando, con lo que se establece que al contrario, los menores se encuentran ejerciendo sus derechos. 3. El caso No. 388-2016 SEP-CC, de 12 de diciembre del 2016 (caso “Becarios”) no tiene similitud con este caso, pues, ambos padres e incluso los abuelos, velan por el cuidado de los niños. No se vulneran derechos. 4. Se verifica vulneración por falta de motivación, por cuanto, no se hace un análisis de la situación personal y particular de la parte accionada. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El Dr. Byron Galarza reconoce su obligación contractual para devengar su beca. 2. No se ha vulnerado el derecho de los menores, pues, el propio padre ha reconocido que se encuentran desarrollando sus actividades con normalidad. 3. Los legitimados activos intentan ubicar el caso dentro del marco del caso No 388-16 SEP-CC de Corte Constitucional, cuando no mantienen similitud.
Decisium	
Aceptar parcialmente la acción de protección y declara la vulneración del derecho a la motivación. Deja sin efecto el Memorandum No. MSP-DNNTHS-2018-1233-M, de 13 de julio de 2018. Deja a salvo el derecho de las partes a demandar por la vía adecuada una vez sea emitido el acto motivado.	Rechazar el recurso de apelación y confirma en todas sus partes la sentencia del Tribunal A-quo.
Fuente: 1) Sentencia de 14 de septiembre de 2018, las 14h23, dictada por el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, sentencia de 09 de mayo de 2019, las 09h36. Elaboración: propia.	

Conforme se advierte de las ratios extraídas de la sentencia de primera instancia, el tribunal *A quo* determina que sí hubo una vulneración del derecho a la motivación, pues el acto administrativo impugnado no hace un análisis de la situación de los menores y de la

parte accionante y que se limita a enunciar una serie de normas legales y reglamentarias que faculta al Ministerio de Salud Pública a asignar una plaza para la devengación de la beca. No obstante, el tribunal *A quo* determina que la sentencia No. 388-2016 SEP-CC dictada por la Corte Constitucional dentro del caso Becarios, no se adecúa a los hechos fácticos del caso bajo estudio, por lo que a su criterio no se ha violentado el principio al interés superior del niño.

Sin embargo, esto deviene en una contradicción, pues si declaró que hay falta de motivación porque en el acto administrativo no consta reflexión alguna sobre la situación personal y de los menores y la razón de que la medida tomada es la menos gravosa para sus intereses, efectivamente estaría aplicando el precedente jurisprudencial. Dicho en otras palabras, el juez a quo se contraría en su propia sentencia porque sí aplica el precedente jurisprudencial para señalar que hubo falta de motivación del acto administrativo por no analizar la situación de los menores, pero determina que no existió vulneración del principio de interés superior del niño, niña o adolescente. Esto deviene entonces en un argumento ilegítimo para alejarse del precedente jurisprudencial dictado en el caso Becarios basado en la desobediencia.

El mismo error incurre el Tribunal de Alzada pues al determinar una falta de motivación del acto administrativo por cuanto no se ha analizado la situación de los menores, determina a su vez que no ha existido vulneración al interés superior de éstos. De esta manera, el juzgado de apelación utiliza un argumento ilegítimo, desobedeciendo el precedente constitucional bajo estudio.

Sin perjuicio de todo lo anterior, es importante dejar sentado que ninguno de los juzgadores analiza el caso desde la perspectiva de los derechos de los menores y la familia, sino en función de si el profesional médico estuvo al tanto de las obligaciones impuestas por el contrato de otorgamiento y devengación de becas. Adicional a esto, es curioso que se siga utilizando el argumento de que la vía idónea es la contencioso administrativa, aun cuando el argumento de que la acción de protección es residual se encuentra ampliamente superado¹⁸³.

¹⁸³ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social*. (Quito: Corte Constitucional del Ecuador 2013), p. 99. “Una lectura simple y literal de la norma constitucional señala la evidencia de que el objeto esencial de la acción de protección, desde un punto de vista estrictamente constitucional, es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Becarios”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	NO Se aleja del precedente al momento que no resuelve en función al principio del interés superior, que es de lo que trata el precedente “Becarios”	ILEGÍTIMO El argumento es que la acción de protección es residual y que la decisión está inmotivada, pero sostiene que no se vulnera derechos de los menores.
2da instancia	NO Se aleja del precedente al momento que no resuelve en función al principio del interés superior, que es de lo que trata el precedente “Becarios”	ILEGÍTIMO Para el tribunal de apelación, el problema jurídico se agota en la falta de motivación del acto administrativo, sin tomar en cuenta el principio del interés superior del niño.
Fuente: Fuente: 1) Sentencia de 14 de septiembre de 2018, las 14h23, dictada por el Tribunal de Garantías Penales con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, sentencia de 09 de mayo de 2019, las 09h36. Elaboración: propia.		

En conclusión, como producto de análisis 3, ambas judicaturas inobservan el precedente del caso “Becarios”, pues, ninguna de ellas resuelve el problema jurídico desde el principio del interés superior del niño sino a partir de la suscripción de un contrato de otorgamiento y devengación de becas. Así mismo, como producto de análisis 4, se identifican algunos argumentos de orden *ilegítimo*, desde el carácter residual de la acción de protección hasta el de que no existe vulneración de derechos de los menores porque se encuentran acudiendo a la escuela.

d) Caso “Nelly”: Acción de Protección N° 17297-2018-00944

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Nelly”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Nelly Margoth Vaca Borja, por sus propios derechos.	La accionante alega que suscribió un contrato de Beca de estudios para formarse como Especialista en Radio diagnóstico e Imagen en la Universidad Central con el Ministerio de Salud Pública. Aduce que el 22 de febrero del 2018 se realizó la asignación de plazas para el postgrado

Constitución; en consecuencia y de inicio nos queda absolutamente claro que no se trata de una garantía excepcional en el sentido de residual, subsidiaria.”

		de Radiodiagnóstico e Imagen e Imagen de la Universidad Central del Ecuador y le correspondió devengar la beca en Esmeraldas en el Hospital General Delfina Torres de Concha.
Legitimado pasivo	Ministerio de Salud Pública	Por encontrarse en estado de gravidez o embarazo solicitó al Ministerio de Salud Pública, el cambio del lugar de asignación para la devengación de la beca otorgada a la ciudad de Quito, pedido que fue negado por esta entidad, pero se le permitió acogerse a una prórroga para proceder a devengar la beca en el lugar asignado. Frente a esta decisión, la accionante presentó un recurso de revisión, el mismo que también fue negado.
Pretensión	Que se proceda a reubicar a la accionante para la devengación de la beca a la ciudad de Quito.	Fundamento de negativa: necesidad institucional
Fuente: Sentencia de 27 de septiembre de 2018, las 14h53, dictada por la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Al igual que el caso anterior, como producto de análisis 1, se puede identificar la analogía “Nelly” con “Becarios”, misma que se puede establecer también, en función del parámetro de que sus situaciones son más similares que diferentes, pues el fondo del caso, es la afectación en el ejercicio de los derechos de los niños involucrados, como consecuencia de una actuación administrativa que implica el cambio de plaza de alguno de sus progenitores para la devengación de su beca. Como producto de análisis 2, el caso debe ser resuelto en virtud de la fuerza gravitacional del precedente escogido, pues, obedece a la autoridad jurisprudencial *analogía fáctica*, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Analogía fáctica entre: caso “Nelly” y precedente escogido, caso “Becarios”	Analogía Fuerza gravitacional del precedente

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Nelly”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
1. Legitimada activa pide ser tratada con igualdad respecto a su petición de cambio de plaza. El juzgador concluye que no se encuentra en la	1. Sube en apelación en razón de un recurso de hecho, por cuanto el recurso se presentó de manera extemporánea. El tribunal lo niega porque el recurso de hecho no se encuentra contemplado en materia constitucional. 2. El caso no se ajusta a los criterios de la Corte Constitucional en la sentencia No 388-16 SEP-

<p>misma situación especial de los otros casos. Afirma que no se verifica discriminación.¹⁸⁴.</p> <p>2. El contrato para devengar la beca otorgada fue suscrita por la legitimada activa y es una obligación que no se puede eludir, además, el bien común se antepone al interés particular.</p> <p>3. El Ministerio de Salud le otorgó una prórroga para que una vez superado el motivo que le impida devengar cumpla con su obligación. No se vulneró derecho alguno.</p> <p>4. La decisión del ministerio de Salud no se contrapone a la sentencia No. 388-16-SEP-CC, caso No. 2006-16-EP de la Corte Constitucional, pues, se verifica que la accionante no es la única progenitora a cargo de los menores, tampoco que exista algún problema de salud o que la madre esté en riesgo.</p> <p>5. La accionante no ha demostrado indicios de disminución en el goce de sus derechos constitucionales¹⁸⁵.</p>	<p>CC, pues, empieza por el incumplimiento de devengación de beca y de la solicitud de la asignación de una plaza para el efecto.</p>
Decisium	
<p>Negar la Acción de Protección presentada por la Dra. Vaca Borja Nelly Margoth, ya que de los hechos mencionados no se desprende que exista una vulneración o conculcación de derechos constitucionales.</p>	<p>Rechazar el recurso de hecho y por ende el de apelación por indebidamente interpuesto e ilegalmente concedido.</p>
<p>Fuente: 1) Sentencia de 27 de septiembre de 2018, las 14h53, dictada por la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes infractores de la Corte Provincial de Pichincha, sentencia de 12 de noviembre de 2018, las 09h59. Elaboración: propia.</p>	

Del análisis de las *ratios* expuestas en cuadro *supra* se verifica un argumento recurrente para alejarse del precedente, mismo que tiene que ver con la percepción del juzgador de que el legitimado activo se niega a cumplir una obligación contractual, aún cuando consta expresamente del mismo fallo que la pretensión es devengar en el mismo lugar del domicilio de los hijos. Este argumento es ilegítimo por cuanto la premisa sobre un supuesto incumplimiento de obligación contractual no es el problema jurídico planteado

¹⁸⁴ Según el análisis realizado por el *A quo*, se trata de situaciones distintas puesto que en dos casos la salud de una madre y un menor estaban en riesgo, por lo que no hay trato discriminatorio.

¹⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 16. “Pruebas.- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba [...] Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario [...]”.

en la acción de protección. Algo parecido sucede con la sentencia de apelación, donde se asevera que la disanalogía se verifica en que no existe riesgo en la salud del menor o de la madre, lo cual es un yerro y nada tiene que ver con la *ratio* del precedente escogido.

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Becarios”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	NO Se aleja del precedente.	ILEGÍTIMO Desobediencia al precedente. Parte de una premisa falsa: que el legitimado activo se niega a cumplir con una obligación contractual.
2da instancia	NO Se aleja del precedente al momento que no resuelve en función al principio del interés superior, que es de lo que trata el precedente “Becarios”.	ILEGÍTIMO Desobediencia al precedente. Para el tribunal de apelación, no son casos análogos puesto que no existe riesgo en la salud de la madre o de los hijos.
Fuente: 1) Sentencia de 27 de septiembre de 2018, las 14h53, dictada por la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes infractores de la Corte Provincial de Pichincha, sentencia de 12 de noviembre de 2018, las 09h59. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 3 se identifica que ambos fallos se alejan del precedente “Becarios” y, como producto de análisis 4, que el argumento es ilegítimo por contener una premisa falsa.

e) Caso “Mayra”: Acción de Protección N° 17294-2018-00019¹⁸⁶

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Mayra”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Mayra Liliana Herrera Espín.	La accionante es madre soltera, su domicilio es Quito y fue asignada a devengar en Arenillas. Vive sola con su hijo menor de edad quien presenta una enfermedad de dermatitis atópica que se agudiza en climas cálidos y es cuidado por una niñera. Ante esta situación solicitó el cambio del lugar para la devengación de la beca.

¹⁸⁶ En el presente caso hubo únicamente sentencia de primera instancia al haber sido ejecutoriada por el Ministerio de la Ley conforme razón sentada el 01 de febrero del 2018.

Legitimado pasivo	Ministerio de Salud Pública y la Dirección Nacional de Normalización y Talento Humano en Salud del Ministerio de Salud Pública	Su pedido no es atendido por el Comité Académico y de Becas porque su título de Cuarto nivel en la SENESCYT. La Coordinación Zonal 9-Salud, decidió realizar una visita domiciliada y elaborar un informe socio-familiar respecto a la solicitud de cambio de plaza, mientras tanto, la legitimada activa deberá devengar su beca hasta que exista informe final.
Pretensión	Que se proceda a reubicar a la accionante para la devengación de la beca en la ciudad de Latacunga o el Puyo. Luego de ello solicitó que se devengue la beca en la ciudad de Quito.	Fundamento de negativa: necesidad institucional
Fuente: Sentencia de 22 de enero de 2018, las 17h00, dictada por la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 1, se puede identificar la analogía entre caso “Mayra” con “Becarios”, debido a que lo que solicita es el cambio de plaza al lugar de domicilio de su hijo y que es madre soltera. Como producto de análisis 2, el caso debe ser resuelto en virtud de la fuerza gravitacional del precedente escogido, pues, obedece a la autoridad jurisprudencial *analogía fáctica*, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Analogía fáctica entre: caso “Mayra” y precedente escogido, caso “Becarios”	Analogía Fuerza gravitacional del precedente

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “Mayra”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> 1. El Ministerio de Salud ha dado largas a la solicitud de cambio de plaza para devengar beca, mediante la orden de una visita domiciliada y la elaboración de un informe socio-familiar, pese a que el menor se encuentra al cuidado de una niñera y no de su madre, así mismo, se ha indicado y justificado su situación de salud. 2. Se han vulnerado los derechos del menor, quien no puede ser trasladado a un lugar de 	No se interpuso recurso de apelación

clima tropical, lo que lo obliga a mantenerse lejos de su madre.	
3. La legitimada activa ha expresado su intención de devengar la beca, pero ha solicitado hacerlo en la ciudad de Quito, en el domicilio de su hijo.	
Decisium	
1. Admitir la acción de protección. 2. Disponer que la señora devengue su beca en esta ciudad de Quito, cerca al Hospital Baca Ortiz por la necesidad de atención de su hijo en este centro hospitalario.	N/A
Fuente: 1) Sentencia de 22 de enero de 2018, las 17h00, dictada por la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.	

De la sentencia esgrimida en primera instancia se puede advertir que la jueza *A quo*, aplicó el precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en el caso 388-16-SEP-CC, llegando a determinar que el Ministerio de Salud Pública debía analizar la situación del menor antes de proceder con la firma del contrato de devengación y con base a ello dar una contestación oportuna al pedido efectuado por la accionante. En virtud de ello, se observa que la jueza de primera instancia resolvió en virtud de la fuerza gravitacional del precedente dictado por la Corte Constitucional.

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Becarios”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
1era instancia	SI Obedece al precedente	N/A
2da instancia	N/A	N/A
Fuente: 1) Sentencia de 22 de enero de 2018, las 17h00, dictada por la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Iñaquito, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: propia.		

Como producto de análisis 3 se identifica que la sentencia de instancia obedece al precedente y se ejecutorió por el ministerio de la Ley, por lo que no hubo segunda instancia, razón por la que tampoco hay un producto de análisis 4.

f) Caso “Ocampo-Moyon”: Acción de Protección N° 17981-2018-02554

Tabla 1. Antecedentes Generales y Fácticos del caso “Ocampo-Moyon”

Antecedentes Generales		Antecedentes Fácticos
Legitimados activos:	Juan Francisco Ocampo Rivadeneira, Natali Estefanía Moyon Constante y ambos por los derechos que representan de sus hijos los menores Francisco Nicolás y Lucas Damián Ocampo Moyon.	El accionante, doctor Juan Francisco Ocampo suscribió con el Ministerio de Salud Pública un contrato de "Beca de Estudios de Especialización" a nivel de Posgrado, en la especialidad de "Radiodiagnóstico e Imagen". Su cónyuge, también profesional médico trabaja en el Hospital Carlos Andrade Marín de la ciudad de Quito, como servidora pública de carrera. El matrimonio Ocampo-Moyon ha procreado dos hijos menores de 9 años y 11 meses de edad respectivamente, encontrándose la accionante en período de lactancia.
Legitimado pasivo	Ministerio de Salud Pública y la Dirección Nacional de Normalización y Talento Humano en Salud del Ministerio de Salud Pública.	Debido a que ejercen conjuntamente el cuidado de sus hijos, el doctor Ocampo ha solicitado por varias ocasiones el cambio de plaza para devengar su beca, que por dos ocasiones ha sido fijado en lugares lejanos al domicilio de su esposa e hijos (Portoviejo y Chone), más todavía cuando conoce que existen plazas disponibles en la ciudad de Quito. Finalmente, el Ministerio de Salud ordena devengar la beca –con carácter de definitivo- en la ciudad de Riobamba, lo cual sigue siendo distante a Quito, sugiriendo incluso a su cónyuge que cambie su lugar de trabajo (IESS) a la ciudad de Riobamba a fin de seguir a su esposo, razón por la que demandó medidas cautelares para no tener que trasladarse a Riobamba bajo la amenaza de ejecutarse el monto completo de la beca otorgada. La acción fue negada.
Pretensión	Que se proceda a reubicar a la accionante para la devengación de la beca en la ciudad de Quito.	Fundamento de negativa: El lugar asignado responde a la necesidad institucional del Ministerio de Salud, además que el contrato suscrito claramente especificaba la imposibilidad de devengar en la ciudad de Quito.
Fuente: Sentencia de 13 de julio de 2018, las 16h50, dictada por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha. Elaboración: Propia.		

Como producto de análisis 1, se puede identificar la analogía entre el caso “Ocampo-Moyon” con “Becarios”, pues, las situaciones son más similares que diferentes. Como producto de análisis 2, al considerar ambos casos como análogos, se deberá tomar en cuenta que la jueza o el juez debía utilizar la *fuerza gravitacional* del precedente, como autoridad jurisprudencial para resolverlo, así:

Producto de análisis 1: Analogía o disanalogía	Producto de análisis 2: Autoridad jurisprudencial aplicable
Analogía fáctica entre: caso “Ocampo-Moyón” y precedente escogido, caso “Becarios”	Analogía Fuerza gravitacional del precedente

Tabla 2. Extracción de *ratio decidendi* de sentencias de primera y segunda instancias del caso “ Ocampo-Moyon”

<i>Ratio decidendi</i>	
Sentencia 1era instancia	Sentencia 2da instancia
<ol style="list-style-type: none"> 1. El Memorando Nro. MSP-DNNTHS-2018-0918-M, de fecha 22 de mayo de 2018 (acto impugnado por vulneratorio) cumple con el requisito de razonabilidad, pues, se fundamenta en el Art. 32 de la Constitución (acceso universal a la salud). 2. La plaza fue asignada en virtud del contrato suscrito por el accionante con base en el Reglamento para el Otorgamiento y la Devengación de Becas de Estudio de Pregrado y Posgrado, concedidas por el Ministerio de Salud y el contrato según. El Código Civil es ley para las partes. Por lo tanto la decisión es lógica y comprensible, por tanto motivada. 3. Respeta la seguridad jurídica, pues existen reglamentos claros, previos y públicos. 4. Los efectos del precedente establecido en sentencia N° 388-16-SEP-CC de la Corte Constitucional no tiene efecto <i>erga omnes</i>, además de que es diferente en lo fáctico, pues, los menores continúan viviendo en la ciudad de Quito bajo el cuidado y protección de su madre y su familia ampliada, es decir, no se vulnera ningún derecho. 5. El accionante no demostró que hayan existido vicios del consentimiento en la elaboración y firma del contrato mencionado, además de existir las vías adecuadas (civil). El accionante incurrió en abuso del derecho por haber presentado además una acción de medidas cautelares. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. El acto se encuentra motivado, además de que el Ministerio ha respondido a todos sus requerimientos, aunque el accionante renunció a devengar su beca solicitando la liquidación de valores. 2. No se vulneró seguridad jurídica, puesto que las condiciones de la devengación se encontraban estipuladas en el contrato suscrito por el legitimado activo y el Ministerio de Salud. 3. El caso analizado ni se trata de un padre o madre solo, ni el cambio de domicilio del padre implicaría cambio de domicilio de los hijos, por lo que no es igual al caso del precedente establecido en sentencia N° 388-16-SEP-CC de la Corte Constitucional. 4. Los médicos hacen turnos y guardias lo que de por sí hace que se vea disminuida la temporalidad de reunión de la familia, entonces su actividad cotidiana y familiar no resulta afectada. No se observa discriminación alguna. 5. Se verifica la aceptación del accionante en virtud del contrato suscrito.
Decisium	
Negar la Acción de Protección presentada por los accionantes.	Rechazar de apelación por indebidamente interpuesto.
Fuente: 1) Sentencia de 13 de julio de 2018, las 16h50, dictada por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sentencia de 27 de agosto de 2018, las 15h52.	
Elaboración: propia.	

Del análisis de las *ratios* expuestas en cuadro *supra* se verifican varios argumentos para alejarse del precedente y que constituyen el producto de análisis 3. Primero, la aseveración de que no existe vulneración de derechos constitucionales debido a que el contrato es ley para las partes, argumento imposible de ser utilizado al analizar una garantía jurisdiccional, pues constituye un argumento de legalidad que desnaturaliza la acción de protección. Segundo, respecto a que el precedente no tiene efecto *erga omnes*, argumento que evidencia la confusión de la juzgadora respecto al efecto *erga omnes* de una regla jurisprudencial con el carácter vinculante de toda sentencia dictada por la Corte Constitucional. En tercer lugar, el argumento por el cual asevera que debido a los turnos rotativos nocturnos de por sí disminuye la temporalidad de reunión familiar pretendiendo con ello restringir el alcance del derecho a la protección familiar.

Como producto de análisis 4, se ha podido identificar que estos argumentos se encasillan en la categoría de *ilegítimos*, puesto que ninguno de ellos guarda relación a las *ratio* identificadas en el caso “Becarios”, esto es, analizar si el acto administrativo que ordena devengar la beca en un sitio lejano al domicilio familiar se encuentra motivado, justificando ser la medida menos gravosa para los menores que puedan ver afectado el ejercicio de sus derechos.

La importancia de identificar las *ratio* del caso “Becarios” consiste justamente en tener claro que no es estrictamente necesario que los menores vivan con uno solo de sus padres o que se encuentre comprometida la salud de padre, madre o hijos¹⁸⁷ para poder considerarse como caso análogo, sino establecer la similitud por la presencia de un acto administrativo inmotivado que ponga en riesgo la unidad familiar o el desarrollo integral de un menor. Es decir, el análisis debe partir desde el principio del interés superior de los menores involucrados y no desde la “necesidad institucional”, como se verifica en los fallos analizados.

Sentencias	Producto de análisis 3: Obediencia al precedente (Caso “Becarios”)	Producto del análisis 4: Tipo de argumento para alejarse del precedente
------------	--	---

¹⁸⁷ La presencia de estos factores agravarían la situación de los menores, pero *per se* no son lo estructural de la *ratio* del caso “Becarios”.

1era instancia	NO Se aleja del precedente	ILEGÍTIMO Desobediencia al precedente.
2da instancia	NO Se aleja del precedente	ILEGÍTIMO Desobediencia al precedente.
Fuente: 1) Sentencia de 13 de julio de 2018, las 16h50, dictada por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores con Sede en la Parroquia Quitumbe, DMQ, Provincia de Pichincha; y, 2) Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, sentencia de 27 de agosto de 2018, las 15h52. Elaboración: propia.		

De las ratios extraídas en la sentencia de primera y segunda instancia se observan que ambas se alejan del precedente jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional en su sentencia 388-16-SEP-CC, básicamente argumentando que el acto administrativo impugnado se encuentra debidamente motivado, y que no existe vulneración de la seguridad jurídica, pues el accionante concretamente había firmado un contrato con el Ministerio de Salud donde se establecía la imposibilidad de devengar la beca en la ciudad de Quito; siendo este último un análisis ajeno a una acción de protección. Además indican que, al ser hechos fácticos distintos, no es aplicable el criterio esgrimido por la Corte en la citada sentencia.

No obstante, en ningún momento los jueces *A quo* y *Ad quem* verifican que el acto administrativo se encuentre suficientemente argumentado respecto a que la medida tomada es la menos lesiva para el interés superior de los menores, más el examen de motivación del mismo se basó en las normas jurídicas empleadas y la congruencia de estas con la decisión adoptada. De esta forma, ambas sentencia no aplican la *ratio* de la sentencia del caso Becarios, por tanto nos encontramos frente a un argumento ilegítimo basado en la desobediencia del precedente jurisprudencial del caso Becarios.

Consolidado del análisis de casos (“Becarios”)

AUTORIDAD JURISPRUDENCIAL	OBEDECE PRECEDENTE	TIPO ARGUMENTO
------------------------------	-----------------------	----------------

ARACELY	1ra Instancia	Analogía	SI	N/A
	2da Instancia	Analogía	SI	N/A
MARIA FERNANDA	1ra Instancia	Analogía	SI	N/A
	2da Instancia	Analogía	NO	Ilegítimo (Desobediencia)
GALARZA - COELLO	1ra Instancia	Analogía	NO	Ilegítimo (Desobediencia)
	2da Instancia	Analogía	NO	Ilegítimo (Desobediencia)
NELLY	1ra Instancia	Analogía	NO	Ilegítimo (Desobediencia)
	2da Instancia	Analogía	NO	Ilegítimo (Desobediencia)
MAYRA	1ra Instancia	Analogía	SI	N/A
	2da Instancia	Analogía	N/A	N/A
OCAMPO MOYON	1ra Instancia	Analogía	NO	Ilegítimo (Desobediencia)
	2da Instancia	Analogía	NO	Ilegítimo (Desobediencia)

Este consolidado ayudará a exponer el resultado global del análisis, lo cual nos permitirá a su vez, determinar e identificar la dinámica judicial en cuanto a la aplicación del principio de obligatoriedad del precedente “Becarios”.

De la lectura de la tabla se verifica que del universo analizado, esto es, 6 causas de acciones de protección resueltas a la luz del precedente “Becarios”, solo en el caso “Aracely” los juzgadores de ambas instancias aplicaron el principio de obligatoriedad del precedente, adicionalmente, también los juzgadores de primer nivel de los casos “María Fernanda” y “Mayra” lo aplicaron, sin embargo dichos fallos fueron revocados por el *Ad quem*. Entonces, de las once judicaturas que conocieron estos casos¹⁸⁸, siete se alejaron del precedente mientras que cuatro lo aplicaron, esto demuestra que aproximadamente el 70% de las y los jueces desobedecieron el precedente con base en un argumento de orden *ilegítimo*.

Con el consolidado del análisis de sentencias realizado, se cierra la parte práctica del presente trabajo, dando paso a las conclusiones, tanto general como específicas.

¹⁸⁸ Contando las judicaturas de primera y segunda instancias, excluyendo la segunda instancia del caso “Mayra” que no se sustanció.

Conclusiones

Desde una perspectiva histórica, el Ecuador ha tenido que pasar casi dos siglos y veinte procesos constituyentes para alcanzar una Constitución dotada de eficacia directa (al menos en lo normativo), donde se incluye en el sistema de fuentes a la jurisprudencia constitucional, rompiendo la concepción tradicional de que el legislador es el productor exclusivo de Derecho.

Por ello, el desarrollo aquí expuesto nos permite concluir, como respuesta a la pregunta central objeto de la presente investigación: ¿Cuál ha sido la práctica de las y los jueces que conocen acciones de protección con relación a la observancia del principio de obligatoriedad del precedente constitucional?, lo siguiente:

Conclusión 1: Con base en la metodología tomada de las líneas generales de la doctrina del precedente, se observó que del universo de sentencias analizadas, en más de su 70 %, los operadores de justicia inobservaron el principio de obligatoriedad del precedente constitucional al momento de resolver las acciones de protección.

Así, se observó que los juzgadores no pudieron identificar las *ratio decidendi* de los casos escogidos como precedentes (caso “Satya” y caso “Becarios”), lo que ocasionó la imposibilidad de establecer la autoridad jurisprudencial a aplicarse (analogía, analogía abierta o permisiva y conceptual) entre caso anterior y caso nuevo, observando la regla de la fuerza gravitacional.

Como resultado de lo anterior, al analizar las *ratio* de las sentencias de acción de protección, se evidenció que las y los juzgadores incurrieron en falta de debate y discusión de la jurisprudencia como *mínimo necesario* para apartarse del precedente invocado, siendo por consiguiente de orden ilegítimo todos los argumentos allí expuestos, lo que arrojó como producto de análisis que todas ellas fueran resoluciones inmotivadas.

Así, el argumento común de las y los operadores de justicia al dictar las sentencias analizadas a la luz del caso “Satya” fue hacer prevalecer el derecho a la seguridad jurídica, resolviendo las causas en aplicación exclusiva del método de interpretación literal de la norma constitucional (Art. 67. Matrimonio como unión entre hombre y mujer), dejando de lado otros métodos como los de interpretación evolutiva, sistemática o teleológica (Opinión Consultiva OC24/17), sin tomar en cuenta incluso, la existencia de una regla

jurisprudencial dictada por la Corte Constitucional dentro del precedente “Satya”, con base en las atribuciones contempladas en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución.

En cuanto al argumento común en las sentencias del caso “Becarios”, este se agotó en que los casos no son iguales porque el niño no estuviera enfermo o porque la madre no es soltera, cuando la *ratio* se refiere a la motivación que debe cumplir un acto administrativo que va a afectar derechos de un niño, niña o adolescente, en el sentido de justificar el porqué negar el cambio de plaza para devengar una beca es la medida menos gravosa para el menor, criterio emitido por la Corte Constitucional, mediante la facultad establecida en el art. 436 numeral 3 de la Constitución, esto es, la interpretación conforme del artículo 28 del Reglamento para el Otorgamiento y la Devengación de Becas de Estudio de Pregrado y Postgrado, emitido por el Ministerio de Salud Pública.

En este contexto, al analizar las sentencias objeto de estudio desde la obediencia al principio de obligatoriedad del precedente constitucional, bajo los parámetro objetivos planteados en esta investigación, fue posible medir si la acción de protección, como garantía jurisdiccional, cumple o no con su fin último como mecanismo idóneo para tutelar eficaz y directamente los derechos constitucionales, siendo la conclusión, de los datos obtenidos, que sin respeto al precedente la acción de protección no puede cumplir su fin constitucional.

Respecto a las conclusiones que se derivan de los objetivos específicos de la investigación, tenemos:

Conclusión 2: Frente al primer objetivo específico, esto es, establecer cuáles son los lineamientos para la aplicación del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el análisis expuesto nos permite concluir que la problemática del precedente trasciende el ámbito normativo, pues, la Constitución del 2008 en su artículo 436 numeral 1 reconoce el carácter vinculante del precedente constitucional y lo incorpora en el sistema de fuentes del Derecho, así mismo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 2 numeral 3, lo incorpora como principio de la justicia constitucional, estableciendo la obligatoriedad de su aplicación por parte de los operadores de justicia al resolver nuevas causas; luego, aunque de forma tardía (Sentencia No. 001-16-PJO-CC), la Corte Constitucional reconoció el carácter vinculante de todas sus decisiones, lo que deja sentado que existen lineamientos claros, previos y

públicos que lo dotan de carácter imperativo, no obstante, la inobservancia de ciertos juzgadores, evidencia que su irrespeto es un fenómeno subsanable mediante un proceso de aceptación y adaptación al modelo (Estado constitucional de derechos y justicia), que exige un cambio de cultura jurídica.

Conclusión 3: Respondiendo al segundo objetivo específico, en relación a verificar, a partir del análisis de sentencias de acciones de protección, si los jueces aplican el precedente y en qué forma, se concluye que en un porcentaje del 70% los operadores de justicia inobservan su carácter vinculante y lo hacen de forma ilegítima.

Si bien se logró detectar que el argumento más recurrente para apartarse del precedente es la desobediencia o renuencia, también es necesario dejar sentado que el Ecuador no cuenta con el equivalente a lo que en países como Colombia se ha desarrollado como doctrina del precedente, pues, contrario a lo que normativamente parece claro y suficiente, en la práctica, desde la Corte Constitucional, se verifica un desarrollo lento que no refleja la intención del constituyente. A ello se suma la escasa producción de líneas jurisprudenciales sistematizadas por parte de la Corte Constitucional, que durante el período de transición desarrolló dos jurisprudencias vinculantes, una con efecto *erga omnes* para absolver ciertos nudos procesales recurrentes en el juzgamiento de garantías jurisdiccionales (001-10-PJO-CC) y, otra con efectos *inter pares* que constituyen criterios de unificación y fundación de línea jurisprudencial (001-12-PJO-CC); por otro lado, pese al carácter vinculante otorgado por el artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional en sus primeros años de existencia, dio el carácter de indicativo al resto de su producción, hasta el año 2016, cuando la segunda Corte Constitucional estableció que todas sus resoluciones tenían fuerza vinculante (001-16-PJO-CC).

Conclusión 4: Finalmente, una última conclusión que deviene de la presente investigación, tuvo como punto de partida lo más relevante del Derecho comparado y la doctrina (principalmente colombiana) y se propuso establecer lineamientos simples y básicos que facilitaran el estudio del precedente constitucional, su aplicación, configuración jurídica y sobre todo su análisis en la práctica judicial.

Tales líneas de análisis han sido aplicadas a sentencias de acciones de protección de las judicaturas de Quito, en el año 2018, que versan sobre los precedentes previamente

escogidos (Satya y Becarios), mismas que parten de la identificación de la *ratio* o sub regla que constituye el precedente, para de allí establecer si existe o no analogía fáctica, analogía permisiva o abierta o disanalogía entre esta y el caso nuevo, para determinar si en el nuevo caso la o el juez aplicó el principio de obligatoriedad del precedente, es decir, si resolvió en virtud de su fuerza gravitacional y, caso contrario, lograr establecer con qué tipo de argumento, si ilegítimo o legítimo, se alejó del precedente.

Bibliografía

- Aguirre Castro, Pamela. “El valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano ¿cambio de paradigma?”. *Revista Umbral*, n.º 3 (enero – junio 2013): 69-102. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2013.
- Aguirre Castro, Pamela Juliana. *El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2019.
- Alarcón Peña, Pablo. “Estudio introductorio. Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado”, en Luis Ávila Linzán, ed., *Repertorio Constitucional 2008-2011*, Serie Jurisprudencia Constitucional. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Álvarez Guerra, Aynel. “El sistema judicial de los Estados Unidos: un acercamiento inicial”, 2014, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/cgi-bin/library.cgi?e=d-11000-00---off-0cu%2FcuZz-017--00-1----0-10-0---0---0direct-10---4-----0-0l--11-es-Zz-1---20-about---00-3-1-00-0--4----0-0-01-00-0utfZz-8-00&a=d&c=cu/cu-017&cl=CL1.1&d=HASH92fdcf6d95756e1b3284b4.6>
- Archives, National. “La Constitución de los estados Unidos de América de 1787”. Accedido el 29 de marzo de 2020. <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>
- Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual, 1997*. Buenos Aires, 1997.
- Cato.org, El. “La Declaración de Independencia”, 22 de diciembre de 2010. <https://www.elcato.org/la-declaracion-de-independencia>
- Corte Nacional de Justicia, “Precedentes Jurisprudenciales Obligatorios”, 29 de marzo de 2020. <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/services/205-16-fallos-triple-reiteracion>
- Ecuador, Código Civil de la República del Ecuador. Decreto Legislativo, Cuarta Edición, 30 de septiembre de 1912.

Ecuador, Codificación del Código Civil. Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n.º 001-16-PJO-CC”. En *Caso n.º: 0530-10-JP*. 22 de marzo de 2016.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n.º 001-10-PJO-CC”. En *Caso n.º: 0999-09-JP*. 22 de diciembre de 2010.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n.º 001-12-PJO-CC”. En *Caso n.º: 0893-09-EP ACUMULADOS*. 05 de enero de 2012.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n.º 184-18-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1692-12-EP*. 29 de mayo de 2018.

Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia n.º 388-16-SEP-CC”. En *Caso n.º: 2006-16-EP*. 12 de diciembre de 2016.

Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 229-16-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1906-16-EP*, 20 de julio de 2016.

Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia N° 019-16-SIN-CC”. En *Caso n.º: 0090-15-IN*, 22 de marzo de 2016.

Ecuador Corte Provincial de Justicia de Pichincha Sala Penal, “Sentencia”. En *Juicio n.º: 17986-2018-00604*, de 11 de julio del 2019.

Ecuador Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, “Sentencia”. En *Juicio n.º: 09571201603954*, de 12 de septiembre de 2016.

Ecuador Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer o Miembro del Núcleo Familiar de GYE Norte, “Sentencia”. En *Juicio n.º: 09571201603954*, de 04 de julio del 2016.

Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.

- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno, Pensamiento jurídico contemporáneo No. 3*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Geografic, National. “El fin del Imperio Romano”, *Historia*, 04 de noviembre de 2016. https://historia.nationalgeographic.com.es/a/fin-imperio-romano_6821.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Principios y elementos del derecho procesal constitucional. Art. 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015.
- Grijalva Jiménez Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador, Pensamiento Jurídico Contemporáneo n.º5*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Landa, César. “Los precedentes constitucionales. El caso del Perú”, en Claudia Escobar, ed., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Serie Neoconstitucionalismo y Sociedad. Quito: Ministerio de Justicia del Ecuador, 2010.
- López Cadena, Carlos Alberto. “Mutaciones Constitucionales: nuevo rol de la interpretación constitucional”, en *El nuevo Constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2010.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis, 2013.
- López Medina, Diego. “La jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada”, *Revista Umbral*, n.º 1 (enero - junio 2011): 21-54. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2011.
- López Medina, Diego Eduardo, “Interpretación Constitucional 2da Edición”, 192 (Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, marzo de 2016).
- Masapanta, Christian. *Jueces y control difuso de constitucionalidad: Análisis de la realidad ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional/Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2012.
- Mifflin Harcourt, Houghton, “Webster’s New World College Dictionary, 4th Edition”, 02 de julio de 2019. <https://www.collinsdictionary.com/es/diccionario/ingles/case/law>
- Miranda Camarena, Adrián Joaquín / Navarro Rodríguez, Pedro, “El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano”. *Universidad de*

- Medellín, 05 de abril de 2019.
<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a05.pdf>.
- Montalvo, Juan. *Clásicos de la Literatura Universal: Los Siete Tratados*. Bogotá: Ediciones Nacionales Círculo de Lectores, Ltda.).
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*, Nuevo Derecho Ecuatoriano n.º 2. Quito: Corte Constitucional para el período de transición, 2012.
- Montesquieu, Carlos Luis de Secondat. *El espíritu de las leyes*. Bogotá: Ediciones Universales, 1989.
- Núñez Santamaría, Diego. “Estatus de una Corte Constitucional: Corte de precedentes”, en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, ed., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Oyarte Martínez, Rafael. “El caso Marbury vs. Madison”, *Derechoecuador.com*, 24 de noviembre de 2005. <https://www.derechoecuador.com/el-caso-marbury-vs-madison>
- Pascual López, Silvia. “El derecho germánico y la paz de la casa”. Accedido 26 de marzo de 2020. <file:///Users/alejandro/Downloads/Dialnet-ElDerechoGermanicoYLaPazDeLaCasa-2165562.pdf>
- Rodríguez Alzate, Sergio, “Interpretación Constitucional y Judicial. Cómo leer sentencias judiciales”, *Prolegómenos-Derechos y Valores*, noviembre 2010, <https://www.researchgate.net/publication/277266491> Interpretacion Constitucion al y Judicial Como leer sentencias judiciales
- Sancho Durán, Javier, “La doctrina del precedente y la Declaración práctica de 1966”, 1 de junio de 2019. <http://javiersancho.es/2017/05/16/la-doctrina-del-precedente-y-la-declaracion-practica-de-1966/>
- Storini, Claudia/ Navas Alvear, Marco. “La acción de protección en Ecuador, Realidad jurídica y social”. Quito: Corte Constitucional del Ecuador 2013.
- Vigo, Rodolfo Luis. “Exigencias actuales para el mejor juez”, en *Ética Judicial 2*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2014.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta. 2009.

Zambrano Álvarez, Diego. “Jurisprudencia vinculante y precedente constitucional”, en Juan Montaña Pinto, ed., *Apuntes de derecho procesal constitucional*, Cuadernos de Trabajo n.º 1. Quito: Corte Constitucional para el periodo de transición, 2012.

Hipervínculo

1.- Caso Satya:

https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/Sentencia_CC_2018.pdf

Acciones de protección (Caso Satya):

<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Caso “Amada”: Acción de Protección N° 17986-2018-00604

Caso “Zilka-Alejandra”: Acción de Protección N° 17159-2018-00006

Caso “Luis-Jorge”: Acción de Protección N° 17230-2018-03949

Caso “Ricardo-Efraín”: Acción de Protección N° 17460-2018-00921

Caso “Diana-Cristina”: Acción de Protección N° 17230-2018-10289

Caso “Rubén-Carlos”: Acción de Protección N° 17230-2018-11800

Caso “María Eugenia-Kael”: Acción de Protección N° 17981-2018-03330

Caso “Francisco-Carlos”: Acción de Protección N° 17203-2018-08123

Caso “Andrés-José”: Acción de Protección N° 17460-2018-01107

2.- Caso Becarios:

<http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a63bf893-dd3c-4071-9d0d-f683cd194d4e/2006-16-ep-sent.pdf?guest=true>

Acciones de protección (Caso Becarios):

<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Caso “Aracely”: Acción de Protección N° 17159-2018-00005

Caso “María Fernanda”: Acción de Protección N° 17233-2018-00409

Caso “Galarza-Coello”: Acción de Protección N° 17250-2018-00067

Caso “Nelly”: Acción de Protección N° 17297-2018-00944

Caso “Mayra”: Acción de Protección N° 17294-2018-00019

Caso “Ocampo-Moyon”: Acción de Protección N° 17981-2018-02554