

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

El precedente en el ordenamiento jurídico del Ecuador

Especial referencia a la materia laboral

Jannet Estelita Coronel Barrezueta

Tutora: Claudia Storini

Quito, 2020



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Jannet Coronel Barrezueta, autora del trabajo intitulado “El precedente en el ordenamiento jurídico del Ecuador”, mediante el presente documento de 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 mención Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos 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 septiembre de 2020

Firma: _____

Resumen

Esta obra analiza el concepto del *precedente jurisprudencial*, su importancia histórica en los sistemas judiciales en el mundo y su trascendencia en el proceso jurídico y constitucional del ordenamiento ecuatoriano. Es elemental conocer que el precedente jurisprudencial es una institución o instrumento originario del *common law*, que debe ser definido a partir de la doctrina del *stare decisis*, pues su finalidad es condicionar una decisión futura en casos semejantes que le preceden. El primer capítulo se enfoca en la distinción de conceptos claves para comprender el uso del precedente como aparato/herramienta jurisprudencial. Se establece la distinción de la naturaleza formal y material del precedente; la seguridad y certeza jurídica; y el valor de la arbitrariedad en el proceso jurídico.

En el segundo capítulo se examina el precedente en el sistema judicial ecuatoriano, analizando las consecuencias de una doctrina jurídica determinada y desarrollada sobre la supremacía de la Constitución, la limitación del poder político y legislativo y la constitucionalización del derecho y su influencia en la certeza como valor constitucional.

El tercer capítulo se embarca en la exploración del principio de predictibilidad como un derecho de toda persona a conocer de forma previa las consecuencias de sus actos u omisiones; a prever el éxito o el fracaso de sus acciones.

El objetivo de este trabajo se orienta a enriquecer la comprensión jurídica que se requiere en un sistema donde existen dos cortes de cierre y de precedentes jurisprudenciales. De lo contrario, el cambio constante de los criterios de la Corte de Casación por la Corte Constitucional provocaría la deslegitimación de una de ellas y agravaría aún más la desconfianza y la falta de credibilidad de la jurisprudencia como fuente del derecho y como garantía y desarrollo de los derechos.

Palabras clave: constitucionalismo, *common law*, *stare decisis*, *ratio decidendi*, precedente, jurisprudencia, seguridad jurídica, certeza, predictibilidad

Este trabajo lo dedico a mi hijo.
Que tenga la certeza de que nunca es tarde para terminar lo que se empieza.

Agradecimientos

Agradezco a los doctores Marco Navas Alvear y Claudia Storini por darme la oportunidad de concluir con éxito este objetivo universitario. A Miguel Romero de Casa Andina, por su guía profesional.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Precedente y jurisprudencia	17
1. Jurisprudencia y precedente: conceptos	17
1.1.3. 1. Características	23
Capítulo segundo El precedente en el ordenamiento ecuatoriano	32
2. Precedente jurisprudencial	34
2.1. Jurisprudencia obligatoria en el ámbito ordinario - Recurso de casación.....	36
2.2. Acción extraordinaria de protección.....	45
2.3. Conflictos que se derivan del recurso de casación y la acción extraordinaria de protección	49
Capítulo tercero	63
La seguridad jurídica y la predictibilidad como principios de las resoluciones judiciales y fuente del derecho	63
1.1.4.1. Certeza	64
1.1.4.2. Seguridad	65
1.1.4.2.1. Seguridad jurídica	66
1.1.4.2.2. Arbitrariedad	70
1. Predictibilidad	72
2. El principio de la predictibilidad y las resoluciones judiciales.....	76
3. La predictibilidad como una dimensión del principio de seguridad jurídica	78
4. La predictibilidad como exigencia funcional del Estado	81
5. La argumentación judicial	85
6. El precedente y la predictibilidad	87
Conclusiones.....	93
Bibliografía.....	95

Introducción

El precedente en el ordenamiento jurídico del Ecuador es un tema de trascendencia constitucional en estos momentos en que la doctrina constitucionalista ha encontrado asidero en nuestro sistema de organización política es por ello que encuentro justificado este trabajo.

La Constitución de la República dictada por la Asamblea Constituyente de Montecristi, instituye la Corte Constitucional y le otorga la facultad de crear *jurisprudencia vinculante* en esta materia, con las decisiones que tome al conocer demandas dentro de las *garantías jurisdiccionales* que crea como instrumentos o cauces para su ejercicio de control constitucional sobre actos y normas infraconstitucionales.

Ha sido necesario hacer un repaso a través de pensamientos doctrinarios y jurisprudenciales de lo que se entiende por jurisprudencia y precedente jurisprudencial, sus orígenes, desarrollo y transformación en el transcurso del tiempo, en los distintos sistemas jurídicos, tomando en cuenta que la eficacia de esta institución en un sistema en el que prolifera la legislación y los legisladores, tiene que considerar y conjugar con las características de esta cultura jurídica.

La Asamblea Nacional no es la única que emite leyes. Se ha dotado de esta facultad a muchas entidades públicas que dictan normas de rango reglamentario de poca estabilidad y que la ciudadanía está obligada a cumplir, lo que demuestra la dificultad de la vincularidad al precedente jurisprudencial. Adicionando a aquello, la falta de reflexión y sensatez de quienes la han venido integrando la Corte Constitucional.

De otra parte, esta competencia que responde y corresponde al dominio constitucional, en muchos momentos y casos viene entrando en pugna con la conferida por la ley a la Corte Nacional de Justicia, con anterioridad, como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria y actualmente, por la misma Constitución.

Existen entonces en nuestro ordenamiento jurídico, dos órganos que expiden jurisprudencia vinculante, lo que exige que cada una no exceda el espacio o el área de su incumbencia y capacidad jurisdiccional.

El objetivo de este estudio es determinar, en primer lugar, si estos organismos que administran justicia, lo hacen dentro de estos límites jurisdiccionales. Para ello se ha recurrido a métodos de muestreo. Se seleccionó sentencias dictadas por la Corte Constitucional en las que conocen y resuelven sobre conflictos o controversias laborales y dentro de sus consideraciones realizan análisis sobre hechos que competen de forma privativa al Juez del Trabajo: revisan actas de finiquito, acuerdos transaccionales, contratación colectiva, a efectos de establecer si se produjo o no el despido intempestivo y si a los demandantes, les corresponde o no indemnizaciones por este concepto.

En otros casos debidamente documentados, se escogió sentencias en las que desconociendo Resoluciones con fuerza de ley, dictadas por el Pleno de la ex Corte Suprema de Justicia, vigentes al momento de resolver la acción extraordinaria de protección, medio por el cual accede el proceso judicial ante la Corte Constitucional, resuelve en contrario, desconociendo una competencia propia y legal de la Corte Nacional de Justicia.

Lo importante y destacable es que la misma jurisprudencia constitucional, en su línea de pensamiento seguida a través de sus sentencias, deja claro tanto para el ciudadano común como para los abogados y juzgadores, que su competencia en el conocimiento de las garantías jurisdiccionales es específica respecto a la afectación al núcleo esencial del derecho, ya que todos los derechos reconocidos en la Constitución, su ejercicio, está desarrollado en normas de rangos inferiores, en base a la *reserva de ley* o simplemente a la necesidad de regular su efectivo goce; y, sin embargo, en muchas de sus sentencias contradice este argumento como lo hace también frente a aquellas en las que señala que la acción extraordinaria de protección no es un mecanismo de sustitución de las acciones y procedimientos legalmente previstos y constituidos como garantías legales para la protección de derechos.

El análisis de estas sentencias ha llevado a concluir que la falta de medida de los Jueces de la Corte Constitucional ha conducido a fomentar inseguridad jurídica. Ni el mismo juzgador de la jurisdicción ordinaria tiene certeza de la real vigencia de la ley que aplica, en razón de que una vez que la causa ingresa a conocimiento y

decisión del Juez constitucional, podría ser aplicado al caso concreto en forma distinta a la interpretación con efecto erga omnes que con anterioridad lo ha hecho la Corte Nacional o la ex Corte Suprema, dado que el origen interpretativo deviene en vinculante aun para este organismo de cierre de control de legalidad.

Otro hecho observado es que la Corte Constitucional ha utilizado al precedente vinculante, en ciertos casos, de forma inadecuada e indebida. Esto se puede determinar precisamente tomando en cuenta muchas de sus sentencias en las que expresamente señala cual es la interpretación de la norma constitucional o legal que debe ser aplicada en los casos concretos similares o análogos, haciendo presente que el precedente se circunscribe a la interpretación de la norma y no a la decisión de la causa como equivocadamente lo ha hecho en las sentencias que se analizan en este trabajo.

Este estudio ha servido además para arribar a la conclusión de que sin el respeto a los espacios competenciales que les confiere tanto la Constitución como la ley a estas altas cortes, a través del recurso de casación y en el caso de la Corte Constitucional, de la acción extraordinaria de protección, el menoscabo a la seguridad jurídica ira en aumento, ya que la Corte Constitucional, a través de esta acción, se ha convertido en una instancia judicial de impugnación o como lo llaman los abogados “cuarta instancia”.

Lo más preocupante es que éste organismo, en razón de su facultad de control concreto de constitucionalidad, se ha convencido que tiene competencias de control de legalidad en el caso concreto, incurriendo este rebase, en interferencia en un ámbito que no le corresponde. Ensimismamiento o abstracción de la realidad jurídica que generará la necesidad de la intervención del legislador para delimitar el entorno de su competencia, a través de la ley.

Capítulo primero

Precedente y jurisprudencia

1. Jurisprudencia y precedente: conceptos

Jurisprudencia es un término que proviene del latín *iuris prudentia* que traducido al español es *derecho y prudencia*. La Real Academia Española la define como la ciencia de derecho; conjunto de sentencias de los tribunales y doctrina que contienen; criterio sobre un problema jurídico establecidos por una pluralidad de sentencias acordes.¹

En la teoría general del derecho y del estado, Kelsen haciendo relación a la norma jurídica individualizada, dijo: “Desde un punto de vista dinámico el actor desempeña un papel esencial en la creación de la norma individualizada que llamamos fallo del tribunal. Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma específica, la que impone la sanción al individuo que —de acuerdo con la misma resolución— ha cometido el acto jurídico o violado su deber.”²

Es importante partir de sus raíces, para no perder el horizonte, porque en tiempos modernos el concepto de jurisprudencia ofrece varias concepciones y podemos encontrar conceptos de los más amplios a los más restrictivos.

En esta complejidad de discreciones y aproximaciones puede decirse que es criterio mayoritario que la jurisprudencia constituye la doctrina que desarrolla el más alto Tribunal sobre un derecho o una norma, reflejada en su línea de pensamiento, bajo los pronunciamientos judiciales en casos concretos, al amparo de la atribución constitucional y legal que tienen los Tribunales superiores de velar por la correcta interpretación y aplicación de la Constitución y las leyes y de uniformar sus decisiones, lo que de hecho y de derecho confiere el carácter vinculante. En tiempos modernos, sin perjuicio del sistema jurídico en el que se desarrolle, se

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, accedido 20 de agosto de 2015, <http://www.rae.es/rae.html>.

² Norberto Bobbio, *Kelsen y el problema del poder en crítica jurídica* (México D.F., Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 1988), 20.

instituye además como fuente del derecho y como una herramienta de la seguridad jurídica.

Lo que está claro, desde mi punto de vista, es que en nuestros sistemas jurídicos, la jurisprudencia por sí sola no ha logrado la importancia necesaria y ha sido necesario, aun promovida desde su interior, en base a sus criterios reiterados, positivizar su carácter vinculante, requiriendo al órgano generador a fijar normas y reglas de carácter obligatorio, apareciendo su vincularidad a través de una norma sea esta constitucional o legal.

El Tribunal Constitucional de Perú, con el objeto de expresar y regular su atribución de máximo órgano de interpretación e imponer la calidad de fuente de derecho de la jurisprudencia que produce, en una de sus sentencias hace una diferencia entre lo que entiende como jurisprudencia y precedente, realizando asimismo una diferencia entre la finalidad de uno y otro concepto:

Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.O 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)". De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, trayendo una norma a partir de un caso concreto (sentencia N.O 3741-2004-AAITC).

Diferencia importante, en razón de que, aun teniendo características similares; uno y otro tienen objetivos específicos. Siendo de vital importancia para la jurisprudencia como fuente de derecho, crear el precedente.

A fin de tener clara la diferencia entre jurisprudencia y precedente, debe decirse que la jurisprudencia se genera o constituye con el criterio reiterado de un contenido interpretativo de la norma, en el caso del sistema jurídico civilista, o de una forma de solución de un conflicto en el *common law*. Es la constancia y la estabilidad del argumento resolutorio lo que configura la jurisprudencia. El precedente, si bien es la fuente de la jurisprudencia, se refiere a un caso específico.

En todo caso, esta institución originaria del *common law*, debe ser comprendida desde la tradición jurídica que corresponda; puesto que en la familia del “common law”, el estar a lo decidido por los jueces, es la parte esencial de su orden jurídico, a diferencia de la tradición o familia romano – germánica, que se ha formado sobre la base del derecho romano, en el llamado “corpus iuris civile” o sistema romano civilista, en donde ha imperado el derecho escrito y no el derecho común o el derecho práctico que le ha dado el nombre al *common law*. Derecho hecho por los jueces a través de los casos que se resuelven y acumulan en el tiempo, por ello debe ser definida a partir de la doctrina del *stare decisis*, ya que su finalidad es condicionar una decisión futura en casos semejantes que le preceden.

Se podría definir, siguiendo a Kokourek y Koven, de la siguiente forma:

Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de Derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión.³

Para el profesor Santofimio:

el precedente —precedent—, entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico con influencia anglosajona —*common law*—, o sistema del derecho de los

³ A Kokourek, & H. Koven, *The Common Law: Judge Impartiality and Judge Made law* [El Derecho Común: La imparcialidad de un juez y la ley hecha por jueces], *The Law Quarterly Review* 29, n.º 8 (1935): 985.

jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos —*case law*—, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho.⁴

Son dos pensamientos que contienen nociones básicas para entender lo que en la práctica constituye el precedente sea éste judicial o constitucional, sin descartar que las definiciones varíen de acuerdo al enfoque que se le dé en razón de la funcionalidad en el sistema jurídico al que se refiera.

Por una parte está el amplio concepto del *stare decisis* y de forma complementaria la posición interpretativa sobre las circunstancias fácticas y jurídicas del caso y que es otro de los grandes temas que ha puesto a discutir a los teóricos y a los mismos jueces.

Al igual que el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Constitucional de Colombia, ha definido que a su criterio constituye el precedente jurisprudencial:

Por precedente se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (o patrones fácticos y problemas jurídicos), y en las que en su *ratio decidendi* se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.⁵

Bidart Campos explica:

La conducta de reparto cumplida al sentenciar una causa puede actuar como modelo, provocar seguimiento, ejemplarizarse, y servir de precedente para resolver en el futuro casos semejantes en igual sentido. Con ello, la sentencia se proyecta más allá del caso y se generaliza espontáneamente por imitación. La norma individual se generaliza.⁶

Entendiendo que este condicionamiento se explica en la falta de cultura de precedentes en Estados de tradición distinta, que si la hay en la cultura del *common*

⁴ Jaime Santofimio Gamboa, *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo Colombiano*, Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo 1, (2010): 1.

⁵ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia T-360/18”, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-360-18.htm>, acceso, 16 de enero de 2019.

⁶ Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, nueva edición ampliada y actualizada (Buenos Aires: Ed. Ediar, 1993), 474.

law, donde la legislación es escasa y estable, por ende, la interpretación que dan los jueces al derecho y a las leyes es la mayor fuente creadora de normas y principios jurídicos, que por cierto ha ido perdiendo tal fuerza por el crecimiento de la actividad legislativa o parlamentaria que en los últimos tiempos ha asumido un papel importante, determinando a la ley un rango jerárquico de legitimación superior al creado por los jueces, al igual que la cultura greco-romana, ha ido asumiendo y adaptando a su sistema jurídico el valor ordenamiento de la jurisprudencia y del precedente.

Estados como el nuestro, donde han imperado históricamente los principios del derecho positivista, aparece la necesidad de crear positivamente el “precedente”, formalizando esta característica propia del precedente para asignarle en el derecho un valor objetivo y situarlo en el orden de fuente de derecho obligatoria. A más de que no hay que perder de vista que, el *common law* es, a más de un sistema jurídico tradicional, es una manera de argumentar y una forma de tratamiento de problemas legales, sin que para ello requiera de un cuerpo de reglas definidas, constituyéndose, en este sistema, en el método de creación de normas.

1.1.3. Vincularidad del precedente

La doctrina o el concepto de “precedente vinculante” nacieron en la misma Inglaterra por la creciente crítica a la falta de certidumbre que representa la jurisprudencia sin la obligatoriedad que sí es una característica del positivismo jurídico. Mientras que las decisiones fuesen simples evidencias de los principios de justicia y las costumbres de la sociedad, ignorar las decisiones no constituía desconocer el derecho vigente. Por ello es necesario entender el alcance de esta doctrina que hace alusión a una particular fase de producción normativa y que es posterior a la configuración dispositiva, entendiéndose como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico a partir de un enunciado constitucional, legislativo, reglamentario, etc. que sirve de factor principal, ya que el órgano competente para llevar a cabo la configuración dispositiva (norma constitucional, ley, reglamento...) será siempre el poder constituyente, el legislativo, el ejecutivo y

todos los organismos con esta facultad y dependiendo del alcance de esta capacidad.

La naturaleza del ordenamiento dispositivo es determinar una regla de conducta general que se concreta o se hace práctico y objetivo en un caso particular que es lo que lleva a asegurar que la producción normativa no se agota en su configuración sino en su aplicación, es en este momento que se asigna un significado a la disposición, atribuyéndole a la norma dispositiva, una regla que la complementa para resolver el caso concreto, adscribiéndose a la norma general una regla interpretativa en relación a las características propias de los hechos del caso. De este modo, la regla jurídica que se crea vía interpretación de la norma dispositiva, es la que se constituye en precedente y que sirve para resolver un caso futuro de iguales características.

Ahora bien, el adjetivo vinculante tiene relación con la fuerza con la que se proyecta, ya que al ser vinculante, impone una obligatoriedad de sujeción ineludible para quienes está dirigida, adquiriendo la misma vigorosidad que la norma interpretada.

Esta noción es la que ubica al precedente como fuente de derecho; puesto que la regla producida por la interpretación de la norma, pasa a constituir parte del ordenamiento jurídico, adquiriendo la significación de norma jurídica, por estar adscrita a una norma positiva y por tener el carácter de vinculante. Es evidente que no toda regla interpretativa tendrá el carácter erga omnes, ya que algunas referirán a casos muy específicos que no requerirán el que se dicte una regla vinculante, pero, en definitiva el alcance general del precedente dependerá de la norma jurídica interpretada.

Sobre lo dicho, la característica del precedente vinculante está representada por su consecuente obligatoriedad, incorporada al derecho objetivo y constituido en fuente de derecho. Así y todo, no es cualquier interpretación la que adquiere este carácter. Dada la organización jerarquizada de la administración de justicia, quienes están facultados jurídicamente para crear precedentes vinculantes son las altas cortes o cortes de cierre. Empero esto tampoco es absoluto, ya que el precedente se proyecta también de dos formas: una horizontal y otra vertical. Entendiéndose que

su forma vertical de proyección es la que está en relación con la interpretación y aplicación de la regla de derecho que dictamine, por decirlo de alguna forma, el tribunal o corte de cierre. En el caso de su influencia horizontal, tiene que ver con lo que respecto a un caso particular ha determinado el mismo juez, sala o corte, que por su efecto es tan importante como su dimensión jerárquica.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos ha optado por hacer de la jurisprudencia y del precedente una fuente importante de derecho, por lo que reviste de gran importancia entender a este fenómeno en sus dos dimensiones: teórica y práctica, ya que toda decisión sea en el ámbito constitucional o judicial tiene una estructura argumentativa sobre la interpretación de la regla de derecho y la finalidad de resolver un caso concreto. De manera que la significación de la regla o norma usada en la decisión, concretiza el alcance dado en la solución del caso particular y es el que se proyecta al caso similar futuro y es lo que en definitiva vincula al precedente el caso posterior.

En conclusión, el nivel de vincularidad del precedente depende tanto de la procedencia como de la claridad de la regla que permite su aplicación, aunque para muchos tratadistas este carácter refiere de su propia naturaleza en razón de que sin esta cualidad pierde toda validez. Se justifica en la necesidad de dar igual trato para casos posteriores de similares características; es decir, para garantizar el derecho de igualdad ante la ley. Vale decir por ello que ha pasado del valor persuasivo al obligatorio.

1.1.3. 1. Características

1.1.3.1.1 Stare Decisis

La doctrina del stare de decisis constituye la esencia del sistema jurídico del common law, que contiene como principio básico el respecto a las decisiones judiciales. La idea que subyace en esta doctrina es el *estar a lo decidido o no perturbar lo establecido*, no obstante, este no es la esencia del sistema jurídico que nuestro país ha tenido como tradición, aunque la legislación, en los últimos tiempos ha tenido como intención el converger estos sistemas, siguiendo una tendencia global y definitivamente ha sido el constitucionalismo del orden legal, el que ha

logrado establecer que esta doctrina comience a imperar en nuestro orden constituido.

Según la doctrina de los precedentes y del “stare decisis”, es un principio fundamental de la administración de la justicia norteamericana que una decisión tomada por la suprema corte o de cortes superiores, constituye un precedente obligatorio para las cortes inferiores, que manda y ordena a los jueces que dadas ciertas condiciones, sigan las reglas de derecho que han sido elaboradas por otros jueces para resolver casos similares. La frase “stare decisis” es una abreviación de la expresión latina “stare decisis et non quieta muovere”, que significa “mantener lo decidido y no cambiar las cuestiones establecidas”. Esencialmente, esas “cuestiones establecidas” o “decisiones tomadas”, configuran precedentes, que deben servir de guía normativa para resolver casos similares posteriores.

De acuerdo con esta doctrina, se requiere que un juez, al resolver un caso en concreto, siga las decisiones de uno o varios casos previos en los que las situaciones son parecidas a las que caracterizan al asunto que conoce; es decir, el Juez para tomar una decisión debe revisar lo resultado anteriormente sobre el hecho y el derecho que motiva la demanda; sin embargo, como no todas las situaciones de hecho son idénticas, el juez está obligado a distinguir los hechos del caso bajo su jurisdicción y encontrar la similitud con el que pretende aplicar. Constituyendo de esta forma el precedente una verdadera fuente de derecho dentro del sistema norteamericano por la fuerza vinculante que tiene dentro de la funcionalidad y eficacia del sistema jurisdiccional.⁷

Alexander Hamilton al pueblo de Nueva York, manifestó:

Hay una razón más y de mayor peso a favor de la permanencia de los oficios judiciales, que puede deducirse de las condiciones que necesitan reunir. Se ha observado a menudo, y muy oportunamente, que un voluminoso conjunto de leyes constituye un inconveniente que va necesariamente unido a las ventajas de un gobierno libre.

Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten; y se

⁷ Michel Tarufo, *Precedente y jurisprudencia*, Trad. Claudia Martínez y Fernando Gandini, *Anuario Jurídico, Precedente*, Universidad ICESI/Biblioteca Universidad de Pavia, (Cali, 2016): 91-8.

comprende fácilmente que, debido a la variedad de controversias que surgen de los extravíos y de la maldad humana, la compilación de dichos precedentes crecerá inevitablemente hasta alcanzar un volumen considerable, y que para conocerlos adecuadamente será preciso un estudio laborioso y dilatado.⁸

La regla de derecho norteamericana introduce un elemento nuevo en función de la estructura federal de los Estados Unidos de América. Es deseable desde luego que el derecho procure resguardar la seguridad de las relaciones jurídicas, y que por consecuencia el rigor en la regla de derecho del precedente sea respetado.

Sin embargo, las sentencias ofrecen una gama de respuestas que van desde el sometimiento a las reglas sin cuestionamientos hasta la afirmación contraria, según la cual un precedente sólo tiene fuerza y validez por el peso de su razón, por lo adecuada de su reflexión, por respetar el Derecho, para la cual el juez tiene el deber de hacer prevalecer su argumento.

El sistema norteamericano ofrece diversas posibilidades bajo esta doctrina; pues, un juez debe atender los precedentes de la Suprema Corte de su misma jurisdicción, aun cuando pueda, en cambio, apartarse de los criterios de otras cortes ajenas a su ámbito jurisdiccional o, apartarse del criterio de la Corte de su jurisdicción para acoger el criterio de otras Cortes por entender que estos se adecuan mejor al caso que conoce.

La misma Suprema Corte no necesariamente respeta el principio fundamental del “stare decisis”, particularmente en cuestiones de constitucionalidad; pues, en los sistemas del *common law*, la fuerza obligatoria de los precedentes depende de varios factores que no están fijados en reglas de derecho, donde aparezca expresa la obligatoriedad y la aplicabilidad de una norma del precedente para las altas Cortes. La obligatoriedad se da por la jerarquía del criterio y por la tradición de la vincularidad del precedente.

Entonces, desde el mismo sistema del *common law* ya tenemos que los precedentes jurisprudenciales se dividen en obligatorios y persuasivos. Los obligatorios son los dictados por los tribunales superiores y vinculan a los inferiores

⁸ C. Molinas, M. Alvarez, F. Pelaez y L. Botero, *Derecho constitucional general* (Medellín: Universidad de Medellín, 2006), 510.

mientras que lo persuasivos consisten en que la jurisprudencia establecida por un tribunal superior de un estado no será obligatoria para los tribunales de otra entidad federativa pero podrían utilizar el respectivo precedente cuando no hay jurisprudencia obligatoria al respecto, sólo sería persuasivo. Hay que referir que dichas sentencias persuasivas son también las que contienen divergencias en la votación de los jueces que ocupan la corte o el tribunal respectivo, es decir, hay consideraciones contrarias o diferentes a la decisión principal, ya sea por una mayoría o por una minoría.

No obstante, cabe señalar que existe la posibilidad de revertir los precedentes, así la Suprema Corte de los Estados Unidos y las Supremas Cortes de Justicia de los Estados no se encuentran vinculadas por sus propias decisiones, ya que están facultadas para revertir su propia jurisprudencia. Estas reversiones se explican fundamentalmente, por la forma tan flexible en que la Corte concibe la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos. Al respecto, Díaz Revorio señala que:

Las tesis no interpretativas defienden que la constitución contiene una serie de preceptos vagos e imprecisos en lo que no puede encontrársela solución a determinados problemas constitucionales, por lo que los tribunales deben de ir más allá de las referencias literales, y ejecutar normas que no pueden ser descubiertas within the four corners of the document, lo que conlleva la necesidad de buscar la fuente de esta interpretación fuera de la constitucional.⁹

Podría decirse entonces que las decisiones de las altas cortes obedecen a muchos factores que no necesariamente están fundados en el derecho. Por eso, aun siendo la mayor parte de las sentencias de fondo, motivadas, principalmente las que hayan tenido alguna dificultad, en algunos casos la Corte Suprema se limita a anunciar su decisión sin justificación suficiente.

Por otra parte, si bien las decisiones de los tribunales federales son casi siempre motivadas, las decisiones en primera instancia no siempre explican las razones de su decisión, lo que dificulta saber porque aplicó el precedente o qué precedente le sirvió de fundamento.

⁹ Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional* (Valladolid, Editorial Lex Nova, 2001), 27.

Entonces debe entenderse que la *ratio decidendi* será vinculante, siempre que provenga del más alto Tribunal y de las otras Cortes, que se encuentre apegado a los principios jurídicos y con suficiente razón.

Según lo entiende André Tunc, el alcance del precedente es que la decisión adoptada sobre el punto de derecho en litigio se convierte en una regla jurídica que los jueces deben aplicar en los casos semejantes, aunque precisa que no es fácil determinar la noción de “casos semejantes”, ya que hay que tomar en consideración que dos casos nunca son idénticos. Lo que trae como consecuencia que los jueces, al decidir discrecionalmente, deben observar los hechos y no sólo las normas contenidos en los precedentes, lo que hace compleja dicha tarea al existir una cantidad enorme de precedentes que pudieran usarse para sustentar una decisión. (cita) Andre Tunc “El Derecho en Los Estados Unidos” 1971, Traducido por Lluís Flaquez, (Barcelona, Editorial Oikros Tun S.A. Ediciones.)

El citado autor sostiene que la fuerza de la regla jurídica sujeta la opinión de los Jueces en casos semejantes, a menos que se pruebe que procede de una mala inteligencia o de una mala aplicación de lo que realmente era derecho. Sin embargo no todas las decisiones judiciales constituyen en sí mismas precedentes de obligatoria observancia para los casos futuros, toda vez que las autoridades judiciales pueden ser discrecionales a la hora de aplicar un precedente, como ha quedado claro con anterioridad y en virtud de una figura llamada *overrule* que se verifica cuando una Corte varía un precedente en su interpretación, aplicación y alcance en una decisión posterior o lo desconoce totalmente para establecer uno totalmente nuevo. En este caso no tiene efecto alguno sobre los casos anteriores decididos de acuerdo con el antiguo precedente, sin embargo, no pueden cambiar un precedente sin que exista una razón fuerte para ello como ha quedado reseñado.¹⁰

Sin perjuicio de la complejidad que enmaraña la autoridad del precedente y aún con la debilidad que se puede advertir dentro del mismo sistema jurídico del

¹⁰ *Ibíd.*

common law, dada la gran cantidad de sentencias y la modificación constante de sus criterios; pues, el mismo dinamismo que impone el sistema no permite que los argumentos se mantengan y que todos los Jueces de los altos Tribunales opinen de la misma manera, se puede afirmar que el precedente tiene un papel muy importante en el derecho común de los Estados Unidos y que viene a garantizar la seguridad, la coherencia, la progresión lógica y el desarrollo de un derecho o del Derecho en su gama.

1.1.3.1.1. Ratio Decidendi

Bernal Pulido, por medio de sus estudios sobre el tema y criticando los criterios de la Corte Constitucional, concluye que: “No todo el texto de una sentencia constituye precedente”,¹¹ que “Este carácter sólo se predica de la *ratio decidendi*, que se define como “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”, que “La *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Ella explicita qué es aquello que el derecho prohíbe, permite, ordena o habilita para cierto tipo de casos.”¹² Criterio que comparto; pues, la decisión no vincula ni obliga sino a las partes destinatarias de la misma. La parte de la sentencia que vincula a los jueces en sus decisiones es, sin duda, el fundamento de la decisión, la *ratio decidendi*, que en español literalmente significa “razón para decidir” o “razón suficiente”, que no es otra, que los argumentos contenidos en la parte considerativa de la sentencia y base de la decisión.

La misma Corte Constitucional de Colombia en su jurisprudencia trata de enseñar al colectivo jurídico y judicial lo que debe entenderse por precedente y que parte de la sentencia vincula a casos futuros:

Puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la *ratio* de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la

⁷ Carlos Bernal Pulido, *El precedente en Colombia*, Revista de Derecho del Estado 21 (Bogotá, 2008): 23.

¹² *Ibíd.*

Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurídico puede consolidarse “en una oportunidad posterior”, esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la ratio de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha ratio; de manera tal que le permiten al juez o quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada. (...)” (Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-292/06)

Como se ha dicho en varios momentos, las directrices de la doctrina del precedente, tienen como cuestión esencial la obligación y el respeto a las decisiones judiciales dictadas en casos anteriores tanto por el propio tribunal como por los superiores jerárquico. Y, también como ya se ha señalado, no toda la sentencia tiene la fuerza vinculante, sino únicamente los fundamentos jurídicos en los que el tribunal basa su decisión. Una sentencia además de estas razones contiene comentarios secundarios, que si bien no son la ratio decidendi, ayudan a comprender la razón de la decisión.

En conclusión, existen rasgos generales y característicos del precedente vinculante que son:

- 1.- Responde en esencia a un Derecho consuetudinario;
- 2.- impone un orden jerárquico;
- 3.- Rigidez
- 4.- Corresponde a una competencia concentrada (altas cortes).
- 5- Carga su vinculación a casos posteriores, obligando a estar a lo decidido.
- 6.- Exige una razón suficiente; y otras.

Estas características deben ser lo suficientemente consideradas en nuestro ordenamiento jurídico; puesto que, no son simples rasgos del precedente sino la esencia de su creación; responde a una concepción de experiencia histórica y tradicional, que ha venido desarrollándose a partir de la experiencia y adaptándose a la realidad de cada Estado que tienen como su formación jurídica al common law. Imponer a través de la ley o la constitución un sistema sobre otro y remendar con

una que otra norma para incidir en el comportamiento de una sociedad cuya historia jurídica, si bien no es tan antigua, como las desarrolladas en el common law y el civil law, se acostumbró y se educó haciendo suya la tradición del respeto a la ley y a la jurisprudencia, pero sumisa a la ley.

Capítulo segundo

El precedente en el ordenamiento ecuatoriano

Es importante dentro de este estudio conocer que, conforme a la doctrina desarrollada sobre la supremacía de la Constitución, ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y como consecuencia de ello, la validez de todos los actos y normas que los poderes públicos emiten, se encuentran sometidos a los principios y valores que esta consagra. En este grado de constitucionalización del Derecho y de los derechos, no está en discusión que la Constitución contiene los derechos, principios y valores que dotan de legitimidad a toda regulación jurídica, y señala los límites de su interpretación (mandatos y prohibiciones). En esta medida, la consecuencia de la constitucionalización del sistema jurídico es el que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”¹³. Se sostiene, asimismo, que la actual relevancia de los derechos fundamentales “es el factor que mayor peso ha jugado en el proceso de transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional”¹⁴. Esto hace que los derechos fundamentales se conviertan en un concepto prioritario, transversal y envolvente en la interpretación y aplicación de cualquier norma y regla.

En atención a lo expuesto, se observa que la Constitución busca la limitación del poder político y la garantía de los derechos fundamentales. El propio legislador ve reducido su ámbito de discrecionalidad frente a los límites máximos o mínimos que la Constitución establece, pues debe respetar las garantías materiales y formales propias de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Democrático, Pluricultural, Plurinacional. Las reglas, normas, valores y principios fundamentales que constituyen el sistema jurídico que actúan como parámetros de validez del resto de las normas.

¹³ Perú, Tribunal Constitucional, *Sentencia No. 1124-2002- AA/TC*, 11 de junio del 2002).

¹⁴ *Ibíd.*

Nuestra Constitución recoge expresamente esta visión y la perspectiva piramidal del sistema jurídico de Kelsen, en sus arts. 424 y 415:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.¹⁵

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerara, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.¹⁶

Reglando claramente que es la fuente de fuentes y que toda la normativa que forme parte de este ordenamiento debe guardar conformidad, observando la jerarquía que establece y resolviendo de una u otra forma, el conflicto entre normas en base al rango que impone.

En torno a esta supremacía, para que sea efectiva, acompaña mecanismos de control suficientes: a más de la normativa y rigidez, aumenta las garantías, las amplia y crea a la Corte Constitucional como la institución de control y garantía de que esta supremacía se imponga, pues, a criterio del Constituyente y siendo obvia, la influencia de las corrientes constitucionalistas y de pensamientos de algunos tratadistas que incidieron en su elaboración, la ausencia de estos mecanismos de control, restaría a la Constitución el poderío que pretende imponer el legislador constituyente a través de su normativa.

La supremacía cuanto el control de constitucionalidad tienen un estrecho vínculo, ya que, mientras la supremacía constitucional se encarga de ser el

¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre del 2008.

¹⁶ *Ibíd.*

parámetro de cumplimiento de todo acto de autoridad, ley o tratado, el control o la jurisdicción constitucional se encarga de hacer efectivo dicho principio, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizar su supremacía.

En concreto, para que esta pueda existir requiere la presencia de procesos constitucionales destinados a fortalecer las instituciones aseguradas y organizadas en el texto constitucional. Se cree que ante la ausencia de procesos efectivos, las instituciones establecidas constitucionalmente corren el riesgo de verse disminuidas, vaciadas o simplemente desconocidas por leyes o actos de los poderes del Estado y que en efecto ha sucedido.

Cabe considerar además, que la Constitución no es suprema únicamente por su carácter de norma fundante, sino en la medida que cobija elementos axiológicos que inciden en la vigencia y protección de los derechos humanos, armonizados con los criterios internacionales en dicha materia y en su calidad de garante del cumplimiento de estos derechos.

2. Precedente jurisprudencial

Entrando ya en materia, en el Ecuador el precedente judicial obligatorio o vinculante, como concepto legal, existe desde 1993. La Corte Suprema de Justicia ahora Corte Nacional de Justicia ha venido desarrollando a partir de la vigencia de la Ley de Casación que señalaba: “La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema”.

En el 2008, la Constitución de la República del Ecuador cambió el enfoque y la cultura del Derecho y respecto al tema de precedentes, establece expresamente como una de las competencias de la Corte Constitucional:

Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, habeas corpus, habeas data, acceso a la

información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.¹⁷

La Corte Constitucional es 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 y sus decisiones tienen carácter vinculante. Encarga el control de constitucionalidad de actos administrativos y normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado a través de las acciones de inconstitucionalidad, protección, incumplimiento y otras, atribuyéndole además un control de oficio.¹⁸

Existe entonces en nuestro País dos entes que dictan jurisprudencia vinculante. La Corte Nacional para la interpretación y aplicación de las leyes y la Corte Constitucional, respecto de la interpretación y aplicación de la Constitución o, por lo menos, es lo que se podría entender a partir de la coexistencia de la facultad de dictar precedentes jurisprudenciales vinculantes de las dos Cortes de cierre, de otro modo su coexistencia resulta imposible.

Por lo que en el caso de nuestro orden jurídico no hay discusión alguna desde la publicación de la Ley de Casación y más aun con la vigencia de la Constitución del 2008, que la jurisprudencia es fuente de derecho por su obligatoriedad y persuasión sobre la inteligencia de la Constitución y de la ley.

Ahora bien, tampoco es que esté cerrada la discusión respecto de la categoría de fuente; pues, la sentencia, según muchos tratadistas, no es más que un juicio razonable que determina cual es el derecho aplicable a un caso concreto que ha llegado a su conocimiento y por ello su declaración no es abstracta, sino concreta para el caso que resuelve, siendo entonces una fuente de derechos subjetivos y no objetivo.

Con esta Facultad, la Corte Constitucional ha estructurado su competencia desarrollando un sistema de precedentes vinculantes y obligatorios por medio de los cuales dicta reglas con efecto erga omnes al conocer las acciones extraordinarias de protección o en su facultad de revisión de sentencias en garantías jurisdiccionales.

La cuestión es que en gran parte, la jurisprudencia producida ha sido a través de la acción extraordinaria de protección que es una de las garantías previstas en el artículo 437 de la Constitución Política:

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.¹⁹

Y no como debería, de la selección y revisión de las sentencias dictadas en garantías jurisdiccionales.

Mediante esta acción acceden a la Corte Constitucional los procesos iniciados por habeas data, habeas corpus, acceso a la información pública y acción de protección, garantías constitucionales prevista para proteger derechos constitucionales, en razón de que la Corte Constitucional interpretando la norma transcrita, señaló que estas acciones, una vez resueltas en segunda instancia, cumplen los parámetros que la norma constitucional requiere para la procedencia de la acción extraordinaria de protección; es decir, con su criterio, sobrepuso una garantía sobre otras, restando eficacia a su facultad de selección y revisión de sentencias remitidas por los Jueces, dictadas en garantías constitucionales.

El caso es que la Corte Constitucional como órgano de cierre de la interpretación constitucional dicta sentencias con carácter obligatorio en materias ordinarias, ejerciendo un control de constitucionalidad en la normativa inferior: leyes, reglamentos, resoluciones, contratos colectivos de trabajo y en algunos casos, cuando de ninguna manera la causa es sobre derechos constitucionales, desconociendo la competencia de la Corte Nacional de Justicia que también dicta precedentes vinculantes en el ámbito de su control de legalidad a través del recurso de casación.

2.1. Jurisprudencia obligatoria en el ámbito ordinario - Recurso de casación

La Función Judicial tiene una estructura jerarquizada y en su cúspide se encuentra la Corte Nacional de Justicia, organismo al que la Constitución y la Ley

¹⁹ *Ibíd.*

le confieren la potestad de crear jurisprudencia obligatoria a partir de la técnica de vinculación al precedente después de que el criterio haya sido reiterado en fallos futuros (3); es decir, en fundamento de la “doctrina probable” (**Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-537-2010**) se crea un precedente obligatorio con fuerza normativa.

La atribución que la Constitución otorga a la Corte Nacional de Justicia es suficientemente explicada. Confiere la competencia a las salas especializadas de formular un criterio interpretativo de la disposición normativa y si ese criterio es reiterado por la misma sala, debe ser remitido al pleno de la Corte a fin de que sea este órgano jurisdiccional el que cree el precedente vinculante en función de la opinión reiterada y siempre que se la ratifique.

Hay que hacer hincapié en el tema de la especialidad; pues, a diferencia de los jueces de la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia, en función del principio de especialidad, cuenta con salas para cada materia: civil, penal y menores infractores, laboral, contencioso administrativo, contencioso tributario, familia, niñez y adolescencia y son cada una de estas salas las que dentro de sus facultades y competencias y bajo los argumentos y razones que exponen en sus sentencias, las que promueven, con sus criterios ratificados en casos futuros y análogos, la creación de jurisprudencia vinculante, jurisprudencia que en algunos casos ha quedado vaciada por criterios de la Corte Constitucional que no necesariamente sean valederos.

Por otra parte, y no obstante todo el proceso de estructuración del precedente, la misma Constitución faculta al juez ponente a apartarse del precedente, siempre que justifique las razones de su cambio y que tenga la adhesión de todos quienes toman la decisión, opción que dista del carácter obligatorio que tiene la ley, inclusive para quienes la dictaron. Empero, mantiene este carácter para los demás; puesto que, hasta que el criterio nuevo sea aceptado y cambiado por el pleno de la Corte, el fijado con anterioridad, sigue manteniendo el carácter obligatorio.

En artículo 184 de la Constitución de la República respecto de estas competencias y facultades referidas, prescribe:

Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”.²⁰

Entretanto, el artículo 185 señala:

Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligaran a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentara en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.²¹

Es entonces una norma de rango constitucional que impone una competencia también exclusiva de generar jurisprudencia vinculante en la materia que corresponde al recurso de casación. De modo que, legal y doctrinariamente, la casación es un recurso extraordinario y excepcional al que se le atribuyen dos funciones primordiales: 1) la de unificar la jurisprudencia nacional, esto es, otorgar uniformidad en la interpretación de las leyes por los operadores judiciales y 2) la de proveer la realización del derecho objetivo, función ésta que se ha denominado nomofiláctica onomofilaquia o, de protección de la ley.

No es por tanto un recurso para resolver controversias judiciales o para enmendar los eventuales errores en que hayan podido incurrir los jueces al momento de decidir los procesos en razón del interés de las partes. El Juez que conoce el recurso de casación no es Juez de la causa sino de la sentencia, por consiguiente el recurso es un juicio de legalidad contra la sentencia, en razón de los errores en que incurra el sentenciador en la aplicación de la norma de derecho sustancial o de las reglas de procedimiento. Es como el guardián de la ley, así ha sido concebido

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

El carácter extraordinario le atribuye una función sistémica que protege en la jurisprudencia como fuente del derecho, su sujeción a los principios de la ley, seguridad jurídica, igualdad y coherencia.

Su representación excepcional conlleva que solo puede ser utilizada para impugnar determinadas sentencias judiciales, cuando se han violado las normas sustanciales, o porque se han quebrantado las normas que consagran requisitos esenciales de procedimiento y como resultado de ello se han vulnerado aquellas.

La segunda característica deviene de la primera. La unificación de la jurisprudencia busca garantizar una interpretación uniforme de la ley, ante situaciones de hecho y derecho similares, y con ello se tiende a hacer efectivo el derecho a la igualdad; ejercer un control para asegurar la aplicación justa de la ley en cada caso concreto; restablecer los derechos que le han sido conculcados a las partes, mediante la anulación de la sentencia por el tribunal de casación y la expedición de una nueva decisión que favorezca los derechos del recurrente agraviado con dicha sentencia. Su carácter extraordinario justifica que el legislador imponga ciertas restricciones con respecto a su procedencia y a su ejercicio. Ocupa un lugar central en los ordenamientos procesales clásicos porque culmina el sistema; es decir, se convierte en el instrumento de cierre dentro del proceso impugnativo.

En el conocimiento de este recurso la Corte Suprema hoy Corte Nacional solamente se limita a decidir exclusivamente si la ley ha sido bien o mal aplicada en las sentencias dictadas en última instancia acogiendo o rechazando el recurso sin tocar o conocer el fondo del litigio. Por lo menos esto es en doctrina o el ideal del recurso, en la práctica aun conociendo este recurso por más de 26 años, siempre se lo ha confundido con el recurso de tercera instancia, que permitía el conocimiento de la causa y su segunda revisión por el Juez de Corte Suprema.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia ha delimitado el actuar y las competencias de la Corte Nacional, sometiendo a los métodos epistemológicos de su creación como garantía de la vigencia y cumplimiento de la ley. Son muchas las sentencias que sobre el tema se ha pronunciado.

En la sentencia No. 167-14-SEP-CC, por citar un ejemplo, señaló:

conforme lo determinado en la Constitución de la República, uno de los principios que lo sustenta es el dispositivo, el cual se remite a lo señalado por las partes, sin que se pueda ir más allá de lo que las mismas proponen, a diferencia de la justicia constitucional, en la que en virtud del principio de supremacía de la Constitución y favorabilidad de los derechos constitucionales, el principio del "juez conoce derecho" es plenamente aplicable"; o, en la sentencia No. 003-09-SEP-CC: "la casación, por su naturaleza, revisa la posible violación de ley en la sentencia mas no la constitucionalidad."²²

En la sentencia n.º 001-13-SEP-CC, se señaló:

De esta forma, no debe concebirse al recurso de casación como un recurso ordinario más, sino al contrario los usuarios y operadores de justicia deben tener presente que la casación es aquel recurso de carácter extraordinario que únicamente procede respecto de una sentencia, mas no una instancia adicional en la cual se puedan analizar temas de legalidad que ya fueron resueltos por jueces inferiores. [...] los jueces de casación únicamente podrían valorar la contravención a la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la misma para la valoración de la prueba, mas no valorar la prueba en sí [...].²³

Sin que los criterios de la Corte Constitucional incidan en su actuación, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en su afán de adaptar al recurso de casación al sistema constitucional del derecho, dicta la Resolución N° 07-2017 y publicada en el Registro Oficial Suplemento n.º 21 del 23 de junio de 2017, en la que menciona:

Si bien en sus orígenes el recurso de casación tenía como únicos propósitos la anulación de las sentencias proferidas con violación a las reglas de! derecho objetivo y la garantía de la obediencia a la ley, (función nomofiláctica), así como la unificación de la jurisprudencia (función uniformadora), con el transcurrir de! tiempo y debido a las mutaciones sufridas por el Estado de derecho al transformarse en Estado constitucional, estos propósitos han ido variando progresivamente, incorporando nuevas realidades jurídicas; Que en el caso ecuatoriano, con el nuevo sistema constitucional vigente, además de la función de defensa de la legalidad, con el principio de la supremacía constitucional impone al juzgador a través del recurso de casación garantizar y tutelar la eficacia real de los derechos constitucionales de! recurrente y particularmente su derecho material al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; Que este propósito se consigue, en el contexto de un recurso de casación, cuando una vez casada la sentencia o el auto definitivo, el tribunal de la Sala de la Corte Nacional de Justicia repara el derecho vulnerado; para lo cual la única alternativa lógica es dictar sentencia de mérito de acuerdo con las reglas del derecho objetivo y las

²² Ecuador, *Corte Constitucional del Ecuador*, Sentencia no. 167-14-SEP-CC, Caso 1644-11-EP, Registro Oficial 374, Suplemento, 13 de noviembre de 2014.

²³ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 001-13-SEP-CC, Caso 1647-11-EP*, 4 de marzo de 2013.

reglas y principios que sustentan los derechos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos [...].²⁴

Bajo esta consideración, dicta reglas sobre como procederá en el caso de que se hallen justificadas las causales en las que se funda el recurso y ratifica su competencia de dictar sentencias de mérito; esto es, resolviendo las cuestiones de fondo de la controversia.

Analizando esta decisión, parecería que el objetivo de la Resolución es discutir o apartarse deliberadamente de la jurisprudencia de la Corte Constitucional por sentir menoscabadas sus facultades y reivindicar sus atribuciones; pues, los jueces de esta Corte nunca repararon en que el recurso de casación tal como lo señala la Corte Constitucional en su jurisprudencia, no faculta de ninguna manera al Juez casacional a convertirse en juez de la controversia principal aun dentro del sistema de constitucionalización del derecho; puesto que dada la naturaleza legal del recurso de casación, su finalidad seguirá siendo el control de legalidad, ya que el control de constitucionalidad ha sido encargado a otro organismo.

Claro que esta resolución cabría si en efecto la Corte Nacional antes Corte Suprema, hubiere respetado el contenido dogmático de este recurso; empero, sus sentencias siempre resolvieron el fondo de la controversia, en algunos casos sin entrar a resolver el recurso; pues, hay sentencias que señalan: “Se rechaza el recurso, pero, se reforma la sentencia dictada en segunda instancia y se ordena pagar [...]”.

Absurdos como estos se han dado bajo el argumento de garantizar el derecho de una parte procesal, que justifican los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Muchos defenderán este tipo de sentencia que yo las califico como arbitrarias, porque en esta etapa, la discusión sobrepasa el interés particular y se concreta en el interés de la seguridad jurídica.

El derecho procesal es una rama de la ciencia del derecho que estudia las atribuciones, competencia, funcionamiento y organización de los tribunales de justicia y parte integrante del ordenamiento público, que se caracteriza por servir para la aplicación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales al caso

²⁴ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Resolución n.º 07-2017*, Registro Oficial 21, Suplemento, 23 de junio de 2017.

concreto. Por lo que resuelta, desde todo punto de vista, despótico, contrario a la seguridad jurídica, que una Corte, del nivel que ocupa la Corte Nacional en el esquema de la administración de justicia resuelva una controversia fuera del recurso; es decir, por su sola decisión.

Es el recurso el que faculta al Juez de revisión a conocer y resolver sobre lo solicitado, si el recurso no es procedente, en base a que facultad el Juez podría resolver el conflicto.

El recurso de casación que también lo tiene el sistema de justicia colombiano, cuya jurisprudencia y la doctrina producida a su alrededor ha sido la fuente de nuestra jurisprudencia, por tener las mismas características del recurso descrito en nuestra legislación. Es por ello útil lo que en sus sentencias se ha dicho al respecto:

La doctrina ha considerado que este recurso cumple dos fines primordiales: “(a) la defensa de la ley sustantiva mediante la invalidación de las decisiones de los jueces de primera (casación per saltum) o de segunda instancia, que sean violatorias de esa misma Ley, esto es, de la ley sustantiva, (...) (b) unificación de la jurisprudencia. (...) la no menos importante función de fijar límites exactos de aplicación de las leyes, las decisiones de la Corte tienen por finalidad trazar los derroteros para la interpretación de aquellas por los juzgadores de instancia, de manera que las providencias de estos encuentren en ellas un sustento y una guía que las haga más seguras, más confiables, y, sobre todo, más justas”. **Sentencia C-713 de 2008,**

El recurso extraordinario de casación asume especiales funciones a partir de la adopción del Estado Social de Derecho. En efecto: (i) se erige como un mecanismo de protección del orden objetivo mediante la función de corrección de fallos contrarios a la ley, entendiéndose por tal, también la Norma Superior; (ii) permite la unificación de jurisprudencia en materia de derechos laborales y de seguridad social, por tanto, es una garantía de la aplicación igualitaria del ordenamiento jurídico; (iii) es una institución jurídica destinada a también a hacer efectivo el derecho material, particularmente la Constitución, así como las garantías fundamentales (...)**SENTENCIA C-372/11**

Por su raíz histórica y por su desarrollo constitucional y legislativo, la casación es un recurso extraordinario. Supone que el proceso ha concluido, y que ha concluido con una decisión acertada y ajustada a la ley. Y el carácter excepcional del recurso de casación se manifiesta por dos aspectos: el primero porque no cabe contra toda sentencia sino sólo contra aquellas

que el legislador expresamente señala; y el segundo porque su fin principal es la unificación de la jurisprudencia nacional y no propiamente la composición del litigio. Para atender a una realidad social específica la ley ha autorizado la proposición de este medio de impugnación cuando en la sentencia acusada se incurre en error de hecho o de derecho (...)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 2 de agosto de 1994

Sin duda, es importante revisar el trabajo de la Corte Nacional, puesto que, con su potestad de crear jurisprudencia vinculante, incide en el derecho; por tanto, es necesario que tenga la calidad suficiente a fin de que sus criterios sean aceptados y legitimados en el respeto y uso de su argumento, sin que requiera su exigencia; sin embargo, lo que interesa al trabajo que se está realizando es, si este trabajo de la Corte Nacional en el ámbito de su jurisdicción y competencia, está siendo eficaz frente a la jurisdicción constitucional que tiene competencia de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante”.

Aparte de su facultad de crear jurisprudencia y unificar criterios, la Corte Nacional tiene también la potestad de dictar resoluciones interpretativas de la ley con efecto erga omnes. Según el artículo 180 de la Código Orgánico de la Función Judicial, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia tiene competencia para:

Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial.²⁵

Potestad que no puede, de ninguna manera ser menoscabada por una Corte Constitucional que tiene sus facultades delimitadas, sin que medie el procedimiento de inconstitucionalidad de la Resolución. Extralimitarse en esta potestad provoca, sin duda, un resquebrajamiento en la seguridad jurídica de un ordenamiento complementario más no jerárquico autoritario, que es lo que han comprendido los Jueces constitucionales.

La norma transcrita, si bien legal, es norma vigente y obligatoria que le concede a la Corte Nacional competencias exclusivas; puesto que, en el Art. 436 de

²⁵ Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, *Registro Oficial 544, Suplemento*, 09 de marzo de 2009, art. 436.

la Constitución de la República, que establece las facultades de la Corte Constitucional, en ninguna de ellas está la de interpretar la ley. Según el numeral 1, “es la máxima instancia de interpretación constitucional y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano”. El control de constitucionalidad que le es conferido y de forma exclusiva, tiene un fin distinto al de interpretación normativa infra constitucional.²⁶

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 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. 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado. 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución. 4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo. 5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias. 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. 7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución. 8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales. 9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales. 10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.²⁷

²⁶ Ecuador, *Constitución de la República*.

²⁷ Ecuador, *Constitución de la República*.

2.2. Acción extraordinaria de protección

La Corte Constitucional tiene más de una forma de desarrollar su jurisprudencia. Tiene la facultad de seleccionar los casos que son remitidos para su control y revisión; empero esta tarea no ha sido de su interés, se ha concentrado principalmente a atender las acciones extraordinarias de protección y ha sido ésta la fuente principal de su jurisprudencia, por ello es que su jurisprudencia se ha desarrollado en gran parte sobre temas de legalidad.

Según el artículo 94 de la Constitución de la República:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.²⁸

La Corte Constitucional para el período de transición en la Sentencia No. 007-09-SEP-CC de 19 de mayo de 2009 y, en la Sentencia No. 011-09-SEPCC de 7 de julio de 2009, estableció:

[...] la materia de esta garantía es revisar si existe violación del derecho consagrado en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos por acción u omisión judicial, que cause un agravio de manera directa, manifiesta y subsistente, buscando la anulación de la decisión judicial violatoria, apreciando que: En síntesis, la acción extraordinaria de protección procede cuando el fallo cause agravio; cuando en el fallo se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución o Tratados Internacionales vigentes en el país, referentes a derechos humanos o a las reglas del debido proceso; cuando esta acción se haya propuesto una vez que se han agotado los recursos ordinarios y extraordinarios que se puedan proponer dentro del término legal, a no ser que la falta de interposición de estos recursos no pueda ser atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional violado; cuando estos requisitos subsistan al momento en que la Corte Constitucional resuelva; y, cuando el fallo o auto impugnado, sea una sentencia o auto definitivo de iguales características, vale decir definitivo; esto es, que la violación por acción u omisión de derechos

²⁸ *Ibíd.*

reconocidos en la Constitución, en la sentencia o auto definitivo, sea consecuencia directa de dicha sentencia o auto expedido por un órgano de la función judicial, violación que se deduzca manifiesta y directamente de la parte resolutoria de la sentencia ya que esto es lo que realmente vincula y produce efectos reales.²⁹

En la Sentencia n.º 012-09-SEP-CC de 14 de julio de 2009 y, en la n.º 019-09-SEP-CC de 6 de agosto de 2009, amplió en el sentido de que:

[...] la violación constitucional incluye a las acciones del órgano judicial (proceder antijurídico) y se extiende a sus omisiones (dejar de hacer lo jurídicamente obligado), estimando que: La garantía de esta acción extraordinaria se hace extensiva no solo a acciones, sino también a omisiones, entendiéndola como el dejar de hacer algo teniendo la obligación jurídica de hacerlo, lo que, aplicado a la institución en estudio, armoniza la obligatoriedad de todo funcionario público y de los particulares a respetar la Constitución las normas contenidas en ella, en donde se incorporan tanto las normas del debido proceso como los derechos que nos asisten a las personas.³⁰

En la Sentencia n.º 001-10-SEP-CC siguió delimitando su competencia en esta acción:

La naturaleza de esta acción se circunscribe exclusivamente a determinar si la decisión judicial ha incurrido en una lesión, violación o vulneración de un derecho constitucional por actos del juez que son antijurídicos de manera evidente, mas no constituirse en una nueva instancia de la justicia ordinaria, señalando que: La naturaleza tutelar de la acción extraordinaria de protección prevista por el artículo 94 de la Constitución de la República, impone que la revisión constitucional que pueda efectuarse a sentencias o autos definitivos emitidos en la justicia ordinaria se circunscribe única y exclusivamente a determinar si en las decisiones de los jueces, tribunales y cortes se vulnero o no el debido proceso y otros derechos; en consecuencia, corresponde a la Corte Constitucional contrastar la sentencia o auto impugnado con el contenido de los derechos que la parte demandante considere han sido vulnerados. En consecuencia de lo señalado, la Corte no puede convertirse en una nueva instancia que resuelva sobre las peticiones del actor y las excepciones del demandado en cualquier proceso judicial, en razón de la independencia de la que gozan los órganos de la función judicial, reconocida en el artículo 168, numeral 1, de la Constitución de la República; por tanto, el juez constitucional no puede sustituir al juez ordinario; sin embargo, sí le corresponde actuar ante evidentes actos antijurídicos de los jueces que conlleven contradicción a la Constitución por lesionar uno o más derechos humanos.³¹

²⁹ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 011-09-SEPCC, Caso 0038-08-EP*, 27 de julio de 2009.

³⁰ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 012-09-SEP-CC, Caso 0048-08-EP*, Registro Oficial 9, 21 de agosto de 2009.

³¹ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 001-10-SEP-CC, Caso 0315-09-EP*, 10 de septiembre de 2009.

Como ya se lo ha reiterado en varios pronunciamientos, la Corte Constitucional, por medio de la acción extraordinaria de protección, se pronunciara respecto a dos cuestiones principales: la vulneración de derechos constitucionales o normas del debido proceso. En este orden, todos los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra decisiones judiciales, en las cuales se hayan vulnerado derechos reconocidos en la Constitución, mecanismo previsto para que la competencia asumida por los jueces este subordinada a los mandatos del ordenamiento supremo y ante todo respeten los derechos de las partes procesales.³²

La acción extraordinaria de protección procede en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se encuentren firmes o ejecutoriados, que pusieren fin al proceso; en esencia, la Corte Constitucional, por medio de esta acción excepcional, se pronunciara respecto de dos cuestiones principales: la vulneración de derechos constitucionales sustanciales y la violación de normas del debido proceso.³³ Sin que esta jurisprudencia permita conocer con certeza la materia de conocimiento de la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección.

De lo único que si se tiene certeza es que los Abogados utilizan esta garantía como un recurso de impugnación de las sentencias tanto contra las que se dictan dentro de los procesos ordinarios, cuanto en las que se dictan en las otras garantías. Los Jueces Constitucionales actúan de la misma manera, como jueces de instancia al conocer el proceso y resolver sobre la controversia de los litigantes. Entran a valorar la prueba, dan por probado el hecho, reconocen el derecho que motiva la demanda inicial y como consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia y mandan al Juez que dictó, que dicte una nueva, en los términos que ya los deja señalados en su resolución.

En definitiva, ni la Corte Nacional de Justicia tiene claro el límite de sus facultades frente al recurso de casación, tampoco lo tiene la Corte Constitucional respecto de la acción extraordinaria de protección. En sus sentencias, aun señalando y transcribiendo sus precedentes en relación a su falta de competencia en materia de legalidad, entra a conocer y resolver la causa principal cual jueces de la misma.

³² Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 0346-17-SEP-CC, Caso, 1052-12-EP, 25 de octubre de 2017.*

³³ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 079-18-SEP-CC, Caso, 0626-17-EP, 2018.*

En la sentencia n. 263-15-SEP-CC, por señalar alguna, refiere:

[...] resulta evidente que lo que buscan los accionantes es que la Corte Constitucional se pronuncie como un órgano de instancia de la justicia ordinaria realizando un control de legalidad de la sentencia de casación y realice una nueva revisión de las pruebas practicadas en el proceso laboral, ante lo cual es preciso puntualizar que este tipo de pretensiones, escapa del ámbito de protección de la justicia constitucional y de los fines que persigue la acción extraordinaria de protección [...] ³⁴

En el caso sub judice, al tratarse de un recurso de casación, debemos tomar en cuenta que nos encontramos ante un mecanismo jurisdiccional extraordinario cuyo objetivo principal es analizar si en la sentencia existen violaciones a la ley sustantiva o procesal, ya sea por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación de la misma. Es así que el papel que cumple la Corte Nacional de Justicia, al ser el tribunal de casación, es fundamental, ya que realiza el control del producto de la actividad jurisdiccional de los jueces de apelación, es decir, el contenido de sus sentencias, de modo que este recurso, por su naturaleza, tiene marcados condicionamientos y requisitos, tanto para su presentación, como tramitación y resolución. Respecto a la valoración de la prueba dentro de un recurso de casación, debe dejarse claro que la misma está prohibida, pues no puede ser analizada nuevamente por los jueces. ³⁵

En sentencia n.º 001-13-SEP-CC, respecto de la valoración de la prueba en etapa de casación, ha señalado:

[...] los jueces de casación únicamente podrían valorar la contravención a la ley, indebida aplicación o errónea interpretación de la misma para la valoración de la prueba, mas no valorar la prueba en si [...]. En el mismo sentido, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia, en la resolución 178 del 24 de junio de 2003, estableció que: No está en la esfera del tribunal de casación revalorizar el prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del tribunal ad quem. La valoración o apreciación probatoria, o sea la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso, es una atribución reservada a los jueces y tribunales de instancia; la potestad del tribunal de casación se reduce a controlar o fiscalizar que en esa valoración no se hayan aplicado indebidamente o dejado de aplicar o interpretado erróneamente normas procesales que regulan la valoración de la prueba, yerro que han conducido o traído como consecuencia la transgresión de normas sustantivas o adjetiva. ³⁶

³⁴ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 263-15-SEP-CC, Caso n.º 0331-12-EP*, Segundo Suplemento del Registro Oficial 607, de 14 de octubre de 2015.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia n.º 001-13-SEP-CC, Caso 1647-11-EP*, Registro Oficial de 4 de marzo del 2013.

2.3. Conflictos que se derivan del recurso de casación y la acción extraordinaria de protección

El recurso de casación y la acción extraordinaria de protección son importantes para el estudio que se está realizando dado que en esta actividad de las dos Cortes, se genera la incertidumbre del derecho a las que me referiré.

Como ya se señaló, al igual que la Corte Constitucional, la Corte Nacional de Justicia dicta Resoluciones como la que hicimos referencia con efecto erga omnes, mismas que mientras no se diga lo contrario por un órgano competente, son de obligatorio cumplimiento y parte del orden jurídico. Su falta de observancia es también motivo del recurso de casación y como se ha advertido de las sentencias de la Corte Constitucional, también motivan la acción extraordinaria de protección.

En esta parte tomaré para mis reflexiones y comparaciones casos en materia laboral por ser esta la materia de mi especialidad. El caso, por ejemplo de la Resolución de 11 de noviembre del 2009 publicada en el Registro Oficial 81, de 04 de diciembre del 2009, que en su artículo 1, señala:

Que por el cálculo y determinación de sueldos y salarios indexados del trabajador privado que se hagan en base al contrato colectivo y que se tome como referencia de salario mínima vital general, se debe observar lo que dice el Art. 133 del Código de Trabajo [...]

Que la denominación “salario mínima vital general” y “salario básico unificado” comprenden dos conceptos distintos entre los que hay una relación de genera y especie, pues, el “salario mínima vital general” (especie) es el componente del “salario básico unificado” (especie) se constituye con los componentes que determina la ley³⁷

Resolución que fue dictada en sustento de varias sentencias sobre la aplicación de normas contractuales en materia laboral, en las que se había acordado el pago de la pensión jubilar patronal en tres salarios mínimos vitales del trabajador en general, en base a la que los jubilados de las empresas demandadas en los casos concretos, pedían la indexación de su pensión y que se aplique en su defecto el salario básico unificado, ya que había desaparecido el “salario mínimo vital” y en

³⁷ Ecuador, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, *Resolución*, Registro Oficial No. 81, de 04 de diciembre del 2009.

su lugar se creó el “salario básico unificado”; es decir, pedían que se les pague tres salarios básicos unificados del trabajador en general por pensión jubilar.

La Corte, bajo su facultad interpretativa de la ley, marcó lo que determina en la Resolución referida que se constituye en norma de aplicación general al igual que la ley; y, bajo ese argumento normativo (una vez publicado), negó las demandas, cuyos procesos llegaron a la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección.

Ya en conocimiento de la Corte Constitucional los casos en referencia, resolvió de manera diferente hasta comprender que por tratarse de asuntos de pura legalidad, no eran de su competencia; pues, el fondo del asunto fue que se indexe la pensión jubilar que dichos ex trabajadores jubilados venían percibiendo en base a lo convenido en la contratación colectiva.

En inicio, la Corte Constitucional estableció que salario básico unificado del trabajador privado, concepto creado bajo el influjo de la debacle económica sufrida en 1999 y la deviniente dolarización que redujo notablemente el salario mínimo vital hasta dejarlo en 4 dólares, debía ser entendido como sinónimo de salario mínima vital y par tanto, los ex trabajadores tenían razón, debían las entidades demandadas, pagarles a partir del 2000, 3 salarios básicos unificados del trabajador privado, como pensión jubilar y no como se había acordado en los contratos colectivos el pago de “tres salarios mínimos vitales”.

Luego, señalo:

Esta Corte manifiesta que desconocer o limitar el derecho de una pensión jubilar vitalicia de un adulto mayor a las que se refiere el artículo 216 del Código del Trabajo, conlleva someterlo a condiciones de eventuales carencias de medias de subsistencia y de poder gozar de un status de tranquilidad en una etapa respetable en la vida de todo ser humano, cuando también los derechos de los trabajadores son irrenunciables, y que todo ello guarda relación directa con los derechos a la dignidad de las personas, reconocida y plasmados en nuestro texto constitucional y en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos. (...) El artículo 424 de la Constitución de la República consagra que todos los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales. Nuestro ordenamiento constitucional es claro en señalar normas y principios mínimos que deben ser respetados dentro de un proceso en donde se determine el reconocimiento de derechos supremos y obligaciones en respeto de normas procesales, situación que se ha determinado en la decisión impugnada, vulnerando derechos subjetivos del recurrente, como es el derecho al acceso a la justicia y en especial a la tutela efectiva de sus derechos e intereses, consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República, ya que no solo los servidores públicos tienen la

obligación de precautelar el respeto a los derechos consagrados en la constitución, sino también y en forma más acuciosa los administradores de justicia, ya que de lo contrario se estaría vulnerando inclusive los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica. De todo lo analizado, el Pleno de esta Corte Constitucional concluye y determina que esta acción extraordinaria de protección presta merito en el marco de la Constitución que rige en la Republica, para su procedencia. 111. DECISION En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente: SENTENCIA 1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales previstos en los artículos 36, 37 numeral 3, 75, 76 y 82 de la Carta Magna³⁸.

Confunden los jueces, porque esta no es su especialidad, los derechos que consagra el contrato colectivo con los derechos que la ley reconoce en favor de los trabajadores, discuten y dejan sin valor el criterio de la Corte Nacional respecto a la interpretación que dio el pleno de este órgano judicial a una norma contractual a la luz de normas legales.

En el 2016, en la Sentencia N. 022-16-SEP-CC Caso N. 0398-09-EP, siendo el mismo objeto de la demanda y presentada en los mismos términos que las anteriores, la Corte Constitucional consideró:

En el presente caso, el accionante determina una serie de derechos alegados como supuestamente vulnerados, entre ellos la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica, sin que se observe que la justificación se encuentre orientada a determinar que efectivamente se han vulnerado derechos constitucionales. En este sentido, la simple enumeración de normas constitucionales alegadas como violadas, no permiten al operador de justicia determinar la existencia efectiva de una vulneración. Es así que el accionante debía demostrar la violación de derechos constitucionales, cosa que no ha sucedido en el presente caso, en vista que de su argumentación se desprende la naturaleza legal de sus pretensiones.³⁹

Términos en los que niega la demanda en razón de que en el 2014 resolvió una acción de inconstitucionalidad contra la Resolución con fuerza de ley que dictara el Pleno de la Corte Nacional sobre el tema, que fue aplicada por los Jueces en virtud de su obligatoriedad. En esta sentencia la Corte reconoció en primer lugar la competencia de la Corte Nacional para dictar este tipo de resoluciones, el efecto

³⁸ Corte Constitucional, *Sentencia No 039-11-SEP-CC Caso 0671-10-EP*, 16 de noviembre del 2011.

³⁹ Corte Constitucional, *Sentencia N. 022-16-SEP-CC Caso N. 0398-09-EP*, registro Oficial Suplemente No. 52 de 22 de octubre de 2016.

general que impone dentro del ordenamiento jurídico por su naturaleza abstracta y finalmente que lo decidido por la Corte Nacional no afecta la armonía que debe guardar con los principios y normas constitucionales.

Esta determinación de la Corte Constitucional le permitió adecuar su criterio a otros emitidos en otros casos; esto es, que si la causa trata de cuestiones de legalidad, no es competencia de las acciones constitucionales ni de la Corte Constitucional emitir criterio alguno sobre el caso, ya que los Jueces en el ámbito de la justicia ordinaria son también garantes de derechos y los procedimientos establecidos para el ejercicio de las acciones, cuentan con la eficacia y la eficiencia requerida por la norma constitucional en cuanto a tutelar derechos.

Hasta que la Corte Constitucional tomó con seriedad el conocimiento de estas puntuales acciones, provoco, con sus criterios dubitados, inseguridad jurídica. Quienes obtuvieron sentencia aplicando la Resolución de la Corte Nacional de Justicia dictada en el año 2009 con efecto general y obligatorio, mantuvieron su pensión jubilar de 20 y 30 dólares mensuales, según su caso particular, aplicando normas del Código del Trabajo. Quienes obtuvieron sentencia con posterioridad a la sentencia No 039-11-SEP-CC dicta por la Corte Constitucional en el año 2011, recibieron como pensión jubilar 3 remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado; esto es, \$876,00 por 2011 y en adelante, de acuerdo a la remuneración básica unificada que se fije para cada año; y, quienes recibieron sentencia luego de dictada la sentencia No. 008-14-SIN-CC, en la que la Corte Constitucional resolvió negar la demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución emitida por la Corte Nacional el 11 de diciembre del 2009, a quienes les fue negada sus demandas, mantuvieron sus pensiones jubilares en \$20,00 y \$30,00.

En este caso, la aplicación del precedente contrario principios básicos del precedente que según la doctrina es, entre otros, la igualdad ante la ley, la certeza del derecho, el orden, la seguridad jurídica; puesto que esta incertidumbre sobre el derecho pretendido por los ex trabajadores jubilados, condujo también a un trato desigual entre iguales. Todos pretendían que su pensión no sea calculada en base al salario mínimo vital sino a la remuneración básica unificada del trabajador privado; sin embargo, unos lo lograron y vienen percibiendo las tres remuneraciones básicas

mínimas unificadas y otros se mantienen con su pensión anterior de \$20,00 y \$30,00.

Este es uno de los tantos ejemplos que se puede traer a colación y que han generado incertidumbre, por entrar, la Corte Constitucional, a resolver materias y controversias que no le corresponden. Otro caso es la aplicación también de una norma contractual constante en el Contrato Colectivo suscrito entre los Trabajadores y TRIPLEORO, una empresa que manejó los servicios de agua potable, alcantarillado y aseo en el Municipio de Macha, provincia de El Oro. Los Jueces del Trabajo, interpretando y aplicando la norma contractual, negaron las demandas.

Una vez que las sentencias en casación accedieron a la Corte Constitucional por acción extraordinaria de protección, esta Corte para resolver las demandas, hace el siguiente análisis:

[...] De la revisión de los recaudos procesales se aprecia la existencia del tercer contrato colectivo de trabajo suscrito entre la Empresa Municipal de Agua Potable Alcantarillado de Machala, representada por el Ing. José Habze Auad, Gerente General, debidamente autorizado por el Directorio de la EMAPAM y, por otra parte, los obreros de la mencionada empresa, representados por la Directiva del Sindicato Unicode la Empresa Municipal de Agua Potable Alcantarillado de Machala. Este instrumento ha sido suscrito el día de septiembre del 2002, con vigencia hasta la suscripción del nuevo contrato, de acuerdo a la Cláusula Segunda del mismo. Se sostiene por parte de los representantes del Municipio de Machala, que la Compañía de Economía Mixta, Agua Potable, Alcantarillado Aseo de Machala TRIPLEORO CEM por el delegado del Procurador General del Estado, que el referido contrato colectivo es inexistente jurídicamente, debido que, previo a la suscripción del mismo, no se obtuvieron los informes necesarios para la suscripción, por lo que siendo así, no es posible que de un instrumento sin eficacia jurídica se originen obligaciones válidas. Por otro lado, el legitimado activo dice que la mayoría de la Sala de lo Laboral Social de la Corte de Casación, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita con ello también la seguridad jurídica, al no interpretar y aplicar la disposición del contrato colectivo de trabajo, que es un derecho constitucional garantizado.

[...] El texto del artículo de la Ordenanza, reproducido antes, dispuso que la Empresa de Economía Mixta, conformada por el Municipio de Machala la Empresa Sudamericana de Aguas ORIOlsa S. A., "...mantendrán los mismos derechos y garantías laborales que han mantenido y mantienen en la actualidad de conformidad con lo establecido en el Contrato Colectivo vigente". Reajustándose la totalidad de dicho artículo, el Tribunal manifestó que: "Esta disposición garantiza a los trabajadores el mantenimiento de los derechos y garantías laborales, como prevé el artículo 35 de la Constitución"; es decir que el Tribunal, al comparar el texto de la disposición del mencionado artículo con la norma

constitucional, resolvió que todo era constitucional no como argumentan los miembros de la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, que el Tribunal no hizo pronunciamiento sobre la validez del contrato, podría decirse también, sin que este sea criterio de la Corte, que tampoco se pronunció por la nulidad del contrato. Resulta así que al interpretar la resolución antes referida, dichos juzgadores vulneraron una parte del ordenamiento jurídico, esto es, el numeral 3 del artículo 35 al que se refiere dicha resolución del ex Tribunal Constitucional, así como el numeral del artículo 76, todo ello de la vigente Constitución de la Republica [...] ⁴⁰

Que entre otros le conduce a aceptar la acción extraordinaria de protección y declarar vulnerados los derechos constitucionales consagrados en el artículo 75, en el numeral del artículo 76, en el artículo 82 en los numerales 2, 13 del artículo 326 de la Constitución de la Republica.

En estas causas, la Corte Constitucional se constituye en Corte de instancia y entra a revisar todo lo actuado, a valorar la prueba, realiza un análisis del texto contractual, interpreta y aplica al caso, cual Juez de la causa laboral, para luego señalar que, en base a todo su análisis, encuentra vulnerados los “derechos constitucionales consagrados en el artículo 75, en el numeral del artículo 76, en el artículo 82 en los numerales 2, 13 del artículo 326 de la Constitución de la Republica”, sin explicar, cuales son estos derechos y de qué manera fueron vulnerados los mismos, ya que lo único que analiza, son las normas contractuales y las legales que cita en su resolución.

Este criterio lo aplican en todas las sentencia futuras, que, por supuesto, se lo hizo para los más de 100 ex trabajadores que reclamaban cuantiosas indemnizaciones basados en la contratación colectiva. Luego la Corte dicto la Sentencia No. 001-12 PJO-CC, otorgándole relevancia constitucional a un caso puntual de un grupo específico de trabajadores cuya pretensión como lo señala en esta sentencia la misma Corte, fue:

La pretensión se resume en lo que a continuación se transcribe: “que se declare la legalidad del tercer contrato colectivo celebrado con el Municipio de Machala, así como su derecho a la estabilidad laboral y a 20 meses de remuneración por el tiempo que dice haber participado en una huelga, y se

⁴⁰ Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia N.0066-10-SEP-CC*, Caso, 0944-09-EP, 03 de abril 2010.

tome en cuenta su tiempo de servicio de acuerdo al juramento deferido que dice haber rendido.⁴¹

La sentencia es tan evidenciadora del error, que para mi concepto, debe ser tomada como un instrumento de estudio sobre lo que jamás deben hacer los Jueces de la Corte Constitucional.

Es muy interesante ver los criterios ya unificados para aplicar a los casos con identidad objetiva, y que constituyen criterios obligatorios:

22.1.- No se pudo comprobar que los accionantes hayan sido impedidos de promover la acción laboral correspondiente; tampoco que haya existido discriminación alguna, por el contrario, han podido ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las partes demandadas; pero la declaración infundada de la inexistencia del contrato, cuando hay elementos objetivos que demuestran lo contrario, vulnera el artículo 11 numeral 3 de la Constitución;

22.2.- Al mismo tiempo, se vulneró el derecho al debido proceso, al no garantizar el cumplimiento de disposiciones del contrato colectivo;

22.3.- Luego, por una parte, el artículo 56 de la Ley para las Reformas de las Finanzas Públicas (Suplemento del Registro Oficial N. 0 181 del 30 de abril de 1999) no dispone que se obtenga previamente un dictamen favorable del Ministerio de Finanzas y Crédito Público (hoy Ministerio de Economía y Finanzas); y,

22.4.- No es responsabilidad de los trabajadores la existencia del contrato colectivo, puesto que no cabe que otra persona alegue la nulidad de los contratos laborales, por lo cual se vulneraron los derechos a la tutela efectiva, imparcial y expedita, la seguridad jurídica y las garantías laborales.⁴²

Criterios, de los que se me hace imposible encontrar la ratio decidendi que refiere; pues, se entiende que la razón de la decisión que lleva a la Corte a dictar un precedente obligatorio debe estar claramente definida en las sentencias que motivan la vinculación al criterio y sobre todo, debe tener la cualidad de general para que pueda ser aplicado en otro caso futuro.

El resultado de un ejercicio de valoración probatoria sobre pruebas en discusión, jamás puede ser la ratio que vincula y menos aún en el ámbito constitucional, porque cada realidad o experiencia fáctica, tiene hechos específicos que no se repiten de la misma forma en otro.

Pero resulta más curioso lo que motivó a la Corte a dictar el precedente:

⁴¹ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 001-12 PJO-CC, Caso 0893-09-EP*, 03 de abril de 2012.

⁴² *Ibíd.*

Luego, de acuerdo a la razón sentada por la Secretaria General de la Corte el 13 de diciembre del 2011, de conformidad con lo resuelto por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 8 de diciembre del 2011, se establece que los siguientes casos tienen relación entre sí, y se encuentran en proceso de sustanciación, por lo cual les será aplicable automáticamente lo dispuesto en este precedente derivado de unificación.⁴³

Y señala una serie de procesos en trámite, 44 exactamente, a los que la sentencia busca vincular a su criterio; es decir, su objeto es obligar a los Jueces de la Corte a dictar sus sentencias bajo los criterios que señalan como vinculantes:

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.⁴⁴

Ahora bien, habría que rescatar de esta jurisprudencia y futuro precedente vinculante la trascendencia del derecho que la Corte busca proteger. Son exactamente 100 trabajadores que salen de una misma empresa y por tanto sus reclamos son los mismos una indemnización contractual. Aunque los hechos no sean exactamente iguales, por que variará de acuerdo al tiempo de trabajo y otros datos personales del demandante, el pedido o la pretensión es la misma, por tanto, aun en el ámbito judicial, el dar razón a uno ya vinculaba a esa primera decisión el resultado de las 99 demandas salvo que el caso se presente con hechos distintos. Aquí solo bastaba aplicar la doctrina del precedente horizontal, cuya vinculación está dada por los hechos análogos.

El voto salvado tiene razón. Si todos los casos son iguales en sus pretensiones: todos buscan que se les pague indemnizaciones contenidas en el

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

contrato colectivo y si los criterios de los Jueces no son contrapuestos sino complementarios como señala la sentencia, conducían a la misma decisión, por lo que en efecto, no existía la necesidad de dictar un precedente vinculante; pues, el precedente, aun no caracterizado como vinculante, tiene precisamente esa finalidad, vincular a la futura decisión en un caso análogo, al criterio o a los criterios que se configuraron en el anterior, en la o las razones de su decisión. El Juez Constitucional que se pronunció de cierta forma y bajo ciertos argumentos, por ningún concepto puede cambiar su criterio en otro caso futuro inmediato de iguales características, ya que en los juicios iniciados por los ex trabajadores de TRIPLEORO, las demandas fueron exactamente iguales y presentadas al mismo tiempo, lo único que cambiaba eran los sujetos activos de las acciones. Su propio criterio lo ata al caso futuro. Aplicándose aquí con toda claridad el precedente horizontal definido por la jurisprudencia comparada referida, cuyo carácter vinculante es propio, así no lo diga expresamente la sentencia que lo contiene, ya que resulta inaceptable ante el sano juicio y la lógica, que un juez, en un caso específico, argumente de una forma su decisión y al mismo tiempo, en otro de iguales características, su decisión sea diferente en base a otros argumentos, esto demostraría en principio error, o comprobable conducta cuestionable.

Ciertamente que estos dos ejemplos no me permiten dar un criterio sobre la actuación jurisprudencial, menos aún establecer a partir de aquellos una hipótesis sobre el aporte o afectación a la seguridad jurídica, sin embargo, si puedo afirmar que la Corte no ha sido coherente entre lo que dice que debe hacerse y lo que hace.

Mientras ha fijado una línea jurisprudencial sobre lo que deben hacer las salas de la Corte Nacional frente al recurso de casación que conocen y sus competencias, haciendo siempre presente lo extraordinario del recurso de casación y sus límites, olvida que la acción extraordinaria de protección es de la misma naturaleza, lo que le impide revisar la causa objeto de la acción principal y concretar su análisis exclusivamente a los derechos constitucionales vulnerados en el procedimiento, más no en la decisión ya que ésta ha sido revisada por el órgano competente en el control de legalidad que corresponde.

Respecto a esta acción, la jurisprudencia de la Corte la concibe erróneamente como si se tratara de un recurso de revisión de la sentencia que pone fin al proceso judicial; es decir, como una cuarta instancia:

[...] La acción extraordinaria de protección, establecida en el artículo 94 de la Constitución de la República, es una garantía jurisdiccional creada por el constituyente para proteger los derechos constitucionales de las personas en contra de cualquier vulneración que se produzca mediante sentencias, autos definitivos o resoluciones con fuerza de sentencia. Así, esta acción nace y existe para garantizar y defender el respeto de los derechos constitucionales y el debido proceso. Por consiguiente, tiene como fin proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos de las personas que por acción u omisión, han sido vulnerados por decisiones judiciales que pongan fin a un proceso.⁴⁵

Sin embargo, en la sentencia No. 160-18 en la que dicta un precedente, señala:

1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.⁴⁶

Aunque debo reconocer que últimamente la Corte ha preferido referirse lo menos posible a la causa principal y declarar vulnerados los derechos constitucionales principalmente el de motivación de las sentencias, aplicando el test que lo ha fijado como precedente y sin ninguna justificación, conceder la demanda de acción extraordinaria de protección, por vulneración al debido proceso y a la seguridad jurídica.

En la sentencia No. 025-09-SEP-CC en la que acumuló casos laborales propuestos por ex trabajadores de Omnibus BB, conociendo la acción extraordinaria de protección contra las sentencias dictada por la Corte Nacional de Justicia, señaló:

⁴⁵ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 105-13-SEP-CC, Caso 562-11-EP*, 21 de junio del 2013

⁴⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 160-18-SEP-CC* Caso n. 1416-10-EP. Registro Oficial 431 Suplemento, de 20 de mayo de 2018.

Por lo establecido, esta Corte precisa que el contrato colectivo de trabajo debe entenderse como una institución del Derecho Colectivo de Trabajo que mejora las condiciones en las que el trabajador inicia su relación laboral y consigna mayores beneficios que aquellos contenidos en el contrato individual, por lo que el primero debe primar sobre el último, sin que lo dicho implique la renuncia de los derechos del trabajador contenidos en la legislación pertinente y en la Constitución, ya que el Contrato Colectivo de trabajo se encuentra garantizado en la Constitución y nace de la ley, por lo que resultaría demás contradictorio que el contenido de este instrumento jurídico no contenga los beneficios establecidos en la ley y los mejore, en consideración a la propia naturaleza del contrato colectivo de trabajo.⁴⁷

Luego se pregunta: “La aplicación del principio en referencia ¿implica la acumulación de indemnizaciones por despido intempestivo?”; y, responde:

En el caso que compete a esta Corte, los accionantes aseguran que el no pago de la indemnización por despido intempestivo contenida en el arto 188 del Código de Trabajo, en conjunto con aquella establecida en el contrato colectivo de trabajo, implica una violación a sus derechos constitucionales en base a la presunta falta de aplicación del principio pro-operario contenido en el numeral 3, del arto 326 de la Constitución de la República, ya que no existe una norma legal que autorice al empleador a sustituir la indemnización contenida en el arto 188 del Código de Trabajo, por aquella contenida en el instrumento colectivo en referencia, lo que lleva a los accionantes a exigir su derecho a recibir ambas indemnizaciones de forma acumulada. De esta manera, corresponde a esta Corte partir de la naturaleza del principio pro-operario y realizar el análisis en cuestión.⁴⁸

Lo que revisaba es un criterio de la Corte Nacional de Justicia, de triple reiteración, que determina:

[...] la acumulación de indemnizaciones por despido intempestivo procede siempre que la ley así lo disponga expresamente o cuando en el contrato individual o colectivo así se haya convenido por las partes integrantes de la relación laboral [...] no es pertinente que a la sanción contemplada en la contratación colectiva se deba añadir la sanción contemplada por la ley. Así mismo, no implica que necesariamente debe existir una norma que determine expresamente la improcedencia de la acumulación de las dos indemnizaciones” [...] Que si las cláusulas del convenio son atentatorias a los preceptos legales carecen de validez jurídica, prevaleciendo la norma legal, mientras que si las cláusulas contractuales superan los acondicionamientos mínimos establecidos en la ley o en cuanto respeten el ordenamiento legal tendrán validez.⁴⁹

Frente a ello, la Corte Constitucional, señala:

⁴⁷ Ecuador, Corte Constitucional, *Sentencia No. 025-09-SEP-CC*, Causas acumuladas 0023-09-EP, 0024-09-EP, 0025-09-EP, Registro Oficial *Suplemento 58*, 30 de octubre de 2009.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Ibíd.*

[...] Por lo que es consideración de esta Corte plantear el problema jurídico a partir de la naturaleza del derecho presuntamente lesionado. El pago de la indemnización por despido intempestivo contenido en el arto 188 del Código de Trabajo tiene como principal objetivo el de preservar el derecho a la estabilidad laboral, derecho que de ser vulnerado de forma arbitraria debe ser recompensado y reparado. Si bien esta reparación supondría la restitución del trabajador a su labor, la legislación ecuatoriana prevé el pago de una cuantía dineraria en su lugar. En este sentido, el Contrato Colectivo de Trabajo celebrado entre la empresa Ómnibus B.B. Transportes S. A., y el Comité de Empresa de Trabajadores, prevé el pago de una indemnización por despido intempestivo más cuantiosa y beneficiosa que aquella contenida en el arto 188 del Código de Trabajo. De estos hechos se colige que tanto la indemnización por despido intempestivo contenido en el Código de Trabajo y aquella planteada en el Contrato Colectivo de Trabajo responden a un mismo derecho, que es la garantía de estabilidad laboral, por lo que las indemnizaciones planteadas en ambos instrumentos jurídicos se vinculan a derechos inescindibles y cabe aplicar la teoría de interpretación de la inescindibilidad o conglobamiento, motivo por el que debe aplicarse la norma más favorable en su totalidad, sin que lo dicho signifique el desconocimiento de la ley o su derogación tácita, ya que dicho contrato nace exclusivamente de la ley y por tal, como ha sido expuesto a lo largo de esta sentencia, no podría contradecir o empeorar las condiciones laborales de los trabajadores enmarcados en él. La aplicación de aquella norma contenida en el Contrato Colectivo de Trabajo resulta más beneficiosa para el trabajador que la norma del Código de Trabajo, y esta última sigue siendo aplicada en consideración a personas no comprendidas en el primero. De esta manera, en aplicación del principio pro-operario, los accionantes fueron beneficiados por la norma que más réditos y privilegios les ofrecía, es decir, aquella contenida en el Contrato Colectivo de trabajo, indemnización que fue liquidada y además recibieron una bonificación extra, contenida en el arto 185 del Código de Trabajo, por lo que esta Corte concluye la inexistencia de una violación al principio de indubio pro-operario o condición más beneficiosa contenido en numeral 3 del arto 326 de la Constitución de la República de Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre del 2008 por parte de la Primera Sala de lo Laboral y Social en su fallo de casación del 30 de julio del 2008 [...] ⁵⁰

Sin duda la Corte Constitucional se convirtió en Juez laboral de primera instancia, revisó inclusive la norma contractual, el criterio reiterado de la Corte Ncional que por su vinculación al caso, fue aplicado en el fallo que motivó la acción constitucional y constituyó a la acción extraordinaria de protección en un recurso de revisión, en extenso, del proceso.

La acción extraordinaria de protección, como lo recuerdan expreso sus fallos, no facultan a la Corte a inmiscuirse en materias reservadas a otras instancias

⁵⁰ *Ibíd.*

del Estado. La Administración de Justicia como una función del Estado, tiene delimitadas sus competencias por norma constitucional.

Esta falta de autocontrol tanto de la Corte Nacional de Justicia como de Corte Constitucional está generando incertidumbre jurídica.

2.4.- El precedente frente al caso que se juzga

Vincula el precedente a casos anteriores?. Esta es una pregunta que debemos hacernos todos quien, de una u otra manera, intervenimos en el quehacer jurídico.

La acción extraordinaria de protección, llega a la Corte Constitucional luego de que ha recorrido el caso un largo camino: La ley regula cada conducta del individuo y de los colectivos en cada actividad que realiza, de modo que cada uno acomoda su conducta a lo que la ley le permite. Aparecido el conflicto entre los sujetos, es puesto a conocimiento de un Juez para que éste, aplicando las normas constitucionales, legales, la jurisprudencia y otros instrumentos normativos resuelva el supuesto quebranto del derecho en la relación o negocio jurídico mantenido entre los litigantes. Este, aplicando lo vigente en el ordenamiento jurídico y considerando los hechos del caso, resuelve; empero las partes, tienen a su haber recurso de impugnación: apelación, casación revisión, nulidad. Hasta que por medio de estos recurso el proceso llega a la Corte Nacional de Justicia por recurso de casación, misma que constituida en órgano de cierre judicial, emite decisión, pero que sin embargo, quien está en desacuerdo con lo resuelto, actualmente está optando por recurrir a la acción extraordinaria de protección, para que esta cambié la sentencia del Juez de casación.

Una vez el proceso en manos de los jueces de esta Corte, entran a resolver el caso concreto, empero, con las tantas facultades que les confiere la Constitución de la república, dictan sentencias aditivas, con las que amplían el sentido de la norma que haya sido motivo de su análisis e interpretación y dejan sin efecto la sentencia emitida en base, no a la vigencia de la norma tal y como fue creada por el

legislador o por otra autoridad competente, sino en base a su interpretación y al precedente que fijan en relación al caso.

Esta forma de actuar de la Corte Constitucional es contraria a los principios del precedente; pues este rige para los casos futuros y no para los casos anteriores con el que están revisando.

La forma de entender el precedente vinculante que ha tenido la Corte Constitucional desde su creación, provoca, sin duda, un desajuste en el derecho a la certeza del derecho vigente y aplicable; puesto que toda norma de carácter general como es el precedente vinculante, por principio universal, rige para el futuro; y, el caso ordinario en su conocimiento, es anterior al precedente.

En materia de precedentes, hay que diferenciar el caso con el precedente y más aún si se trate de precedentes vinculantes dictados por la Corte Constitucional, ya que estos siempre versan sobre interpretación normativa de carácter general y obligatorio. Solo hay que recordar lo que pasaba con las interpretaciones normativas que en su momento realizó el Congreso Nacional. Dicha norma interpretativa entraba en vigencia una vez publicada en el Registro Oficial. Si bien no nacían de caso concreto, si lo hacían en base a casos sucedidos en la vida práctica.

La Corte Nacional, al dictar sus resoluciones interpretativas de la ley y que asumen el mismo carácter, siempre rigen para el futuro. Y este actuar tiene sentido en razón de que toda persona está sometida y se presume su conocimiento de la ley, desde que es publicada. Aunque sorprendentemente, es la Corte Constitucional la que no se acoge a este principio universalmente aprobado. Toma casos con sentencias ejecutoriadas y ejecutadas y dicta precedentes aplicando al caso el criterio que recién lo adopta.

Hace lo mismo con las sentencias que dicta en las acciones extraordinarias de protección. Interpreta la ley, el reglamento, la resolución o cualquier otro instrumento normativo del que verse el caso y crea un precedente vinculante, empero dicha interpretación la aplica al caso que indudablemente es anterior al precedente y que fue resuelto en instancias judiciales, aplicando la norma vigente y no el precedente.

Capítulo tercero

La seguridad jurídica y la predictibilidad como principios de las resoluciones judiciales y fuente del derecho

Dentro de la pirámide Kelsiana que es la que se impone en la estructura del precedente, la Corte Suprema o la más alta Corte se impone con sus interpretaciones y aplicación del derecho que a su juicio corresponde al caso en concreto que resuelve, determinando de esta forma como debe resolverse casos posteriores por los jueces inferiores, siempre que corresponden a los mismos hechos.

El *stare decisis*, no es una simple cualidad, es un principio que dentro de la doctrina del precedente, determina su existencia y eficacia, sin esta exigencia el precedente no tiene ninguna significación y es precisamente lo que está perdiendo sobre todo a consecuencia de la flexibilización de la rigurosidad de este principio.

En cuanto a los elementos materiales, es motivo de grandes y diversos estudios; pues existen criterios contrapuestos sobre ellos; sin embargo quienes defienden la eficiencia del precedente le atribuyen las siguientes características:

1. Otorgar certeza y uniformidad jurisprudencial unificando la interpretación constitucional-
2. Garantizar la seguridad jurídica.
3. Permitir la previsibilidad del derecho
4. Controlar la arbitrariedad en la administración de justicia.
5. Garantizar la igualdad entre los justiciables, entre otros.

Néstor Pedro Sagües enuncia, a propósito de la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte Suprema de EE. UU., propuesta que consideramos válida para nuestro tema:

[...] igualdad (de proyectarse el precedente, los litigantes tendrán el mismo trato por los tribunales), previsibilidad (la gente sabe a qué atenerse en el futuro), economía (si se aplican los criterios sentados en los casos previos, se ganará en tiempo y

energía para resolverlos), y respeto (al acierto y sabiduría de los jueces anteriores). Se trata de una solución pragmática.⁵¹

Corresponde por tanto, revisar cada uno de estas cualidades.

1.1.4.1. Certeza

Certeza es un concepto que se deriva de “cierto”, que a su vez deviene del latín “certus” que significa decidido, resuelto o preciso, concepto que por sí viene dado por la seguridad del conocimiento de algo, fuera de dudas, con evidencias de que lo que se conoce es cierto, de allí que están involucrados otros conceptos importantes como la certidumbre, la seguridad, la predictibilidad.⁵²

La certeza en Derecho, entonces alude a la ausencia de dudas sobre la verdad de lo afirmado en las normas a aplicar, el alcance de las atribuciones de las partes y del juzgador, traducido todo aquello en seguridad jurídica.

Resulta importante en este punto distinguir «la seguridad jurídica stricto sensu que se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones y la que representa su faceta subjetiva, que se presenta como la certeza del derecho, es decir como proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva»⁵³

Respecto a este tema Carla Faralli⁵⁴, hace un interesante planteamiento, cuestionando la certeza basada en leyes generales y abstractas y dice que es una ilusión pensar que la generalidad de las leyes o su abstracción aseguren la certeza del derecho. Toma pensamientos de J Locke, de G Fasso para debatir la teoría de la codificación que pone en una posición principal a la ley y en una subordinada a la interpretación de los Jueces, que a decir de Montesquieu, son la boca de la ley. Señala que a partir de finales del siglo XVIII, por las grandes transformaciones sociales, económicas y culturales, este pensamiento va perdiendo importancia y se

⁵¹ Nestor Pedro Saguez, “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE UU y Argentina” 4, n.º 1 (2006): 10.

⁵² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos, Ed. Heliasta Aires, 1993).

⁵³ A E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica* (Barcelona, Editorial Ariel, 1994), 30.

⁵⁴ Carla Faralli, “Filosofía del Derecho Contemporáneo: Temas y desafíos, *Revista de Derecho*, n.º 15 (2017): 135.

vuelve insostenible y emerge la idea del papel creador del juez, que su función no se limita a ser la boca de la ley sino que, a partir de la “interpretar las profundas exigencias de la sociedad para colmar las inevitables lagunas existentes en el derecho”⁵⁵ y coincide con la postura de Frank Kelsen respecto a que certeza no es más que una ilusión contradiciendo que no es un carácter factico del ordenamiento jurídico sino un ideal a alcanzar como lo considera Herbert Hart. Indica que Kelsen no únicamente cuestiona la certeza del derecho sino el concepto mismo del término Derecho, aduciendo la mistificación de la intensión de presentar al derecho como algo cierto, definido y uniforme, pero que en realidad las decisiones judiciales demuestran lo contrario. Que en un proceso judicial, el Juez no únicamente considera la ley, que si bien es la premisa mayor, inciden mucho en su conclusión los argumentos vinculados a los hechos.⁵⁶

Coincidiendo con lo que señala Carla Faralli, en efecto el juez decide sobre estas dos premisas y ciertamente dentro de este cruce, procede silogísticamente. No puede haber decisión sin estos dos elementos. También comparto su criterio respecto a que los hechos que determina el Juez en su propia valoración, no siempre son los que realmente sucedieron en la realidad. He aquí ya un conflicto sobre la certidumbre del derecho.

No obstante los criterios referidos, los casos prácticos que hemos analizado, dan cuenta de que por lo menos en estos, la actuación de la Corte Constitucional, no se compadece con la doctrina del precedente, ni con la certeza que busca proyectar.

1.1.4.2. Seguridad

La seguridad es una necesidad antropológica humana y el «saber a qué atenerse» es el elemento constitutivo de la aspiración individual y social a la seguridad; raíz común de sus distintas manifestaciones en la vida y fundamento de su razón como valor jurídico⁵⁷. La seguridad en términos generales está definida

⁵⁵ Carla Faralli, *¿Certeza del derecho o derecho a la certeza?*, Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, Vol. 4. (Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003), 59.

⁵⁶ Faralli, “Filosofía del derecho contemporáneo: Temas y desafíos”, 135.

⁵⁷ A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica* (Barcelona, Ed. Ariel, 1991), 8.

como la ausencia de peligro y sensación de confianza.⁵⁸ La persona como individuo y la sociedad en su organización busca -como instinto natural-, asegurar y proteger su persona y sus bienes y en esta aspiración el derecho cumple un papel fundamental.

Uno de los objetivos del derecho es el ordenamiento, mismo que responde a la estabilidad, a la eliminación de la arbitrariedad, a dar al individuo la garantía de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objetos de ataques violentos o que, si esto llega a producirse, el Estado como ente responsable del cumplimiento del derecho, le otorgara protección y reparación.

La forma de ser del ser humano en cuanto a la necesidad de vivir en comunidad, requiere de la acción estatal para el mantenimiento y desenvolvimiento de su vida corporal, de su tranquilidad y del bienestar común. Demanda entonces la certeza de las reglas de convivencia para proyectar su desarrollo y asegurar su futuro. Saber con exactitud que sus actos y sus actuaciones están garantizadas en el ordenamiento al que han sido sometidos y que las reglas no cambien de forma arbitraria, es un insumo sustancial en su desarrollo.

1.1.4.2.1. Seguridad jurídica

Con frecuencia la seguridad jurídica se ha asociado con el desarrollo económico y la seguridad del inversor, en la medida en que la seguridad, la previsibilidad que aporta el derecho permite el cálculo de consecuencias de las decisiones económicas; sin embargo el diseño de un pacto jurídico estable cumple uno de los objetivos esenciales del Derecho que es la paz social. Por ello de lo que trata este principio es de sentar las condiciones que le permita al ciudadano común predecir las posibilidades de acierto de sus decisiones.

Preciado Hernández, cree que la seguridad jurídica, más que con el aspecto racional y ético del derecho, se relaciona con el aspecto técnico, positivo y

⁵⁸ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de lengua española*, 2018.

sociológico; y, señala que la seguridad jurídica es el dato objetivo del saber a qué atenerse- certeza jurídica, es como la verdad para el conocimiento.⁵⁹

José Luis Mezquita del Caucho opina que “La seguridad es ciertamente un afán de cada hombre enraizado en su instinto de supervivencia y planteado por tanto, sobre todo inicialmente como una necesidad en la que se apoya la propia organización social; por lo que siendo el Derecho el instrumento de esta, resulta lógico señalarlo entre los fines del mismo. Pero se trata de un fin que, al menos en una cierta medida, se realiza intrínsecamente desde el propio establecimiento del Derecho y como secuela del Orden que el mismo comporta...”

Elías Díaz dice que la seguridad es “el primer valor que el Derecho realiza (indefectiblemente) desde su establecimiento en su forma o manifestación más primaria, el primer valor jurídico en saltar del ámbito del deber ser al del ser efectivo...”.⁶⁰ De esta manera a “la seguridad se mira no desde el punto de vista de existencia de norma escrita sino desde la necesidad de una correcta intelección y aplicación de la misma por el juez, que obedezca a las necesidades de la sociedad y a los cambios que en su interior se presenten.”⁶¹ Para que haya seguridad jurídica debe haber obviamente orden, pero un orden con justicia incipiente⁶²

Se ha configurado como una “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, interdicción de la arbitrariedad, pero que, sin agotarse en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulado expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”⁶³

En igual sentido, la Corte Constitucional en la sentencia n.º 011-16-SEP-CC emitida dentro del caso n.º 1701-12-EP estableció:

⁵⁹ Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3.ª ed., (México D.F, Editorial JUS, 1960), 97.

⁶⁰ Elías Días, *Sociología y Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica I pate en Critica del Derecho* (Puebla: Ed. Universidad Autónoma de Puebla, 1987), 92.

⁶¹ Sergio Ivan Estrada Vélez, “Hacia un nuevo concepto de seguridad jurídica a la luz de los valores consagrados por la Constitución Nacional de 1991”, *Nueva Interpretación Constitucional* (Medellín: Universidad de Antioquia, 1997), 190.

⁶² Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, 4.ª ed. (Buenos Aires, Editorial Depalma, 1973), 415

⁶³ España, *Tribunal Constitucional, Sentencia 27/1981*. Boletín Oficial del Estado 193, 13 de agosto de 1981, BOE-T-1981-18420.

De lo anotado, es innegable que la seguridad jurídica al ser un derecho constitucional constituye un elemento esencial en la vida social, pues su observancia en cuanto a la creación y aplicación normativa en los diferentes procesos judiciales otorga confianza no solo a quien recurre a los operadores de justicia para demandar un derecho, sino también para la persona contra quien se dirige la acción, respecto de que el administrador de justicia competente se abstenga de realizar actos o resoluciones arbitrarias.⁶⁴

Pero, respecto a la seguridad y certeza se ha dicho mucho y con criterios diversos. Hay criterios críticos que señalan que, no es garantía suficiente la seguridad, que “la certeza estática y definitiva acabaría por destruir la formulación de nuevas soluciones más adecuadas a la vida”, esto es que la norma por muy clara, conocida y coyunturalmente establecida que sea, llegara un momento en el que por cambios en el hecho o situación que regula, requiere ser revisada para adaptarla a las nuevas demandas producidas, lo que se conoce en derecho como *rebus sic stantibus*,⁶⁵ en el momento en que la norma ya no responde a la realidad o aspiraciones de una colectividad por más clara, conocida y formalmente estable que sea, no genera confianza y seguridad en el orden.

Otros consideran que la seguridad jurídica debe ser entendida como un estado psíquico en el que los seres humanos “perciban” satisfacción y tranquilidad por observar cómo se garantiza y, a su vez, como se materializa el catálogo de valores contenido en el ordenamiento jurídico, lo que denota el amplio debate respecto de lo que debe entenderse por seguridad jurídica y sobre las ventajas y desventajas de este principio. Todo dependerá de cómo se inicie el análisis de este concepto, porque para quienes defienden que la seguridad jurídica parte de la satisfacción de cada individuo entonces estaremos frente a una seguridad jurídica que se cimienta en la legitimación y, quienes parten del respeto y la vigencia de la norma, entonces el concepto será que la seguridad jurídica está en el derecho mismo como sistema.

Gutierrez Olivos señala que la seguridad es el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para

⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre del 2008.

⁶⁵ Sapiña, R Gomez-Ferrer, “Algunas consideraciones en torno a rebus sic stantibus en Derecho interno e internacional”, *Revista de Derecho Notarial* (1970): 103.

ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad”.⁶⁶

Saenger Gianonni, recuerda que “la seguridad jurídica exige el reconocimiento de la persona y de la soberanía del pueblo, pero también de la supremacía constitucional, de la división entre los poderes constituidos, del poder judicial independiente y de la administración sometida a la ley, de la representación política y la oposición y del control del poder. La seguridad jurídica no encuentra buen asilo en una sociedad transgresora, que respeta las reglas según su humor”.⁶⁷

En suma, sabemos que el derecho cumple una función esencial para el orden social que, según Habermas, es estabilizar expectativas de conducta. Con lo cual, es claro que la seguridad de cumplimiento efectivo de las normas contribuye al buen funcionamiento de la interacción social, a crear una sociedad bien ordenada, aspecto fundamental para posibilitar y maximizar la cooperación recíproca de sus integrantes. Para Rawls, la justicia implica la existencia de un conjunto de principios, que sean de aplicación universal, públicamente conocidos y constituyan la instancia final de resolución, teniendo las personas la garantía de que serán efectivamente aplicados para resolver todos los conflictos que puedan plantearse.

Aunque, desde luego la seguridad no sea por si misma suficiente para garantizar la justicia sustancial; o, como lo describe el Tribunal Constitucional Español,⁶⁸ “es una suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad”, dejando claramente expuesto que la seguridad jurídica descansa no únicamente en la certeza y en la eficacia del derecho, también y fundamentalmente en la interdicción de la arbitrariedad.

⁶⁶ Sergio, Gutiérrez Olivos, *Discurso de Recepción de Francisco Bulnes Sanfuentes en la Academia Chilena de Ciencias Sociales* (Santiago: Editorial Universitaria, 1986).

⁶⁷ Antonio María Hernández, *Aspectos jurídicos e institucionales del federalismo argentino* (Córdoba: Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000).

⁶⁸ España, *Tribunal Constitucional, Sentencia 27/1981*, Boletín Oficial del Estado 193, de 11 de agosto de 1981. BOE-T-1981-18420.

Es importante precisar en este punto aquel criterio de la Corte Constitucional: “es innegable que la seguridad jurídica al ser un derecho constitucional constituye un elemento esencial en la vida social, pues su observancia en cuanto a la creación y aplicación normativa en los diferentes procesos judiciales otorga confianza no solo a quien recurre a los operadores de justicia para demandar un derecho, sino también para la persona contra quien se dirige la acción, respecto de que el administrador de justicia competente se abstenga de realizar actos o resoluciones arbitrarias”; puesto que es la misma Corte la que considera que las sentencias que no observan la normativa vigente, provocan desconfianza y se tornan arbitrarias.

1.1.4.2.2. Arbitrariedad

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la arbitrariedad es el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o capricho. El término procede del latín *arbitrarius* que significa, además de arbitrario, incierto y dudoso. Si analizamos esta primera aproximación al concepto, observamos que se entiende que lo arbitrario es lo contrario al derecho, a la justicia y a la razón. Además es lo dictado únicamente en función de un capricho y no de acuerdo a la regla u orden, de ahí la falta de certeza y duda que contiene el término latino.⁶⁹

Si ahondamos en el tema, tenemos que desde un punto de vista más propio, el término está relacionado con la libertad y la capacidad de opción reservadas al hombre por su condición de ser racional; pues, el término arbitrio o *arbitrium*, significa elección, voluntad, libertad y albedrío, que hacen referencia a la posibilidad de elegir, utilizando la capacidad humana de entendimiento y raciocinio. La raíz de ambas acepciones es la misma. No obstante, el uso de estos términos es distinto con tonalidades conductuales diferentes.

⁶⁹ Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de lengua española*, 2010.

En el caso de la arbitrariedad supone siempre una conducta contraria a derecho y por lo tanto negativa e injusta, que se produce como consecuencia del abuso de poder y que obedece a la voluntad de la persona que la realiza. Pero aun en esta definición que parece neutral, es discutida y se dan grandes debates en relación a si la discrecionalidad es también una forma de arbitrariedad, o, si la arbitrariedad es sinónimo de injusticia.

Hay quienes señalan que la arbitrariedad se produce en toda decisión que no se sujeta a la ley; es decir que aquella decisión que se aparta de una norma por considerarla manifiestamente injusta, incurriría en lo que se le llama “arbitrariedad justa”, porque se aleja de la ley.

En algunas ocasiones el mandato concreto que impone una ley puede no ajustarse a los parámetros de la justicia, de tal manera que una ley concreta puede resultar injusta, pero, ignorar esta ley que está vigente supone la realización de una conducta antijurídica aunque el motivo que se esgrima para ello sea la búsqueda de una mayor justicia . Y en este sentido se expresó Legaz Lacambra cuando advirtió que “la arbitrariedad no debe confundirse con la injusticia ya que el derecho puede ser considerado injusto, pero nunca arbitrario.”⁷⁰

Según señala Recasens, “la calificación de arbitrariedad no se refiere al acierto o desacierto, a la justicia o injusticia de un precepto, sino que se refiere a la característica de que un mandato sea formalmente negador de lo jurídico”⁷¹; puesto que, aunque hipotéticamente un acto arbitrario buscara únicamente alcanzar la justicia, tendríamos que negar su bondad jurídica como una forma inadecuada de conseguir un fin adecuado. Por otro lado, no debemos olvidar que la calificación de justicia o injusticia se predica del contenido de las normas mientras que la arbitrariedad se refiere a la forma.

Entra en juego nuevamente el enfoque del análisis, si partimos de considerar que el fin último del Derecho es el pleno goce del derecho individual; o, si entendemos al Derecho en sí mismo como la garantía del derecho subjetivo, de allí

⁷⁰ Luis, Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed. (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1987), 632.

⁷¹ Luis Recasens Siches, *Adiciones a la Filosofía del Derecho de Giorgio del Vecchio*, t. II, (Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1936), 524.

que se prepondere la justicia o el derecho y se considere que aun justa la arbitrariedad, atentaría la seguridad jurídica que es el más firme pilar del Estado de Derecho aun del Estado Constitucional, aunque el mismo ordenamiento dispone de una serie de principios y valores y de otras herramientas jurídicas, de tal manera que la modificación de un precepto para ajustarlo a la justicia, no devenga en arbitrario.

1. Predictibilidad

La predictibilidad es orden o plan convencional. Significa, “que tiene la cualidad de predecible, es decir, que puede predecirse.”⁷²

Es innato en el ser humano actuar pensando en el porvenir. Toda decisión se toma pensando en lo que se puede conseguir y en las consecuencias. El sentido de discernir se activa automáticamente al momento de escoger las acciones a seguir entre una serie de cursos alternativos. Actuamos basados en nuestra experiencia individual de vida, actualmente sobre todo a la información que está al alcance y sobre lo que nuestra mente ha logrado percibir. Es a partir de esta información y en la creencia de que el futuro se desarrollara bajo condiciones de normalidad que inicia proyectos y se forma expectativas sobre lo que ocurrirá después, bajo la creencia que se está en capacidad de anticipar lo que ocurrirá a partir de lo que se conoce.

Existen también algunas otras situaciones en las que no se tiene la seguridad de que lo que se decida hacer, obtenga lo esperado. Se actúa ante la duda. Otras en las que conocemos que difícilmente se conseguirá lo propuesto estando en una situación de incerteza. Pero, en cualquier situación de las señaladas, tenemos el conocimiento previo de lo que puede suceder frente a cualquier acción o actividad que se emprenda. Sucede lo mismo en las situaciones inciertas, lo cierto es que no se puede conocer el resultado porque no existe nada concreto que lo garantice. La verdad es que ninguna decisión supone un proceso fácil. No todas dependen de la experiencia propia. El convivir en sociedad implica que el éxito de las acciones

⁷² Real Academia de la Lengua española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2018.

dependa también de las decisiones y acciones de los demás. La circulación vehicular urbana, por citar una circunstancia, para su éxito, requiere que todos cumplan con las normativas de tránsito, si algunos no lo hacen, el resultado puede ser fatal para los otros.

En definitiva, la certeza que el individuo adquiere de su realidad, si bien, no siempre le permite prever el resultado de sus actos y conducta; no obstante puede proyectar un posible resultado en base a lo que conoce. Los principios generales del derecho desempeñan un rol muy importante en la organización del ordenamiento jurídico, puesto que permiten no únicamente interpretar las normas, sino además servir de base para la construcción jurídica y facilitar la labor del operador del derecho y el quehacer del individuo viviendo en sociedad, al generar insumos para cubrir los vacíos del derecho positivizado.

La predictibilidad como principio guarda estrecha relación con los principios de certeza y seguridad jurídica. A través de este principio se pretende eliminar o por lo menos disminuir la inseguridad jurídica y generar confianza en la ciudadanía, haciendo posible que pueda predecir el resultado final de su caso planteado ante el sistema judicial o ante la administración pública. Busca disminuir la emisión de sentencias y decisiones discordantes y contradictorias frente a situaciones similares.

La certeza jurídica, la eficacia jurídica y la ausencia de arbitrariedad representan los términos más simples del lenguaje de la seguridad y de predictibilidad, de forma que en la predictibilidad de las decisiones se encuentran inmersos también otros principios como la publicidad, claridad, irretroactividad, motivación, argumentación, etc. contemplados también como instrumentos de certeza y/o eficacia, y/o interdicción de la arbitrariedad.

Es conveniente distinguir cuatro manifestaciones de este principio: la certeza de orientación, la certeza de existencia, la predictibilidad jurídica y la firmeza del Derecho. En relación a la certeza de orientación y a la certeza de existencia, la seguridad del Derecho es, en primer lugar, certeza o certidumbre jurídica que emana del conocimiento. Lo que implica que la certeza jurídica incluya la firmeza del Derecho vigente, que además del contenido de las normas, integra la

ausencia de dudas acerca de la plena vigencia de ciertas decisiones, las cuales no pueden ser solo expresión de la razón, sino también una decisión definitiva.⁷³

Desde este punto de vista, Coing postula que la seguridad jurídica supone que los derechos, las posiciones de poder y de posesión, una vez fundadas, tienen que subsistir sin que nadie las discuta o perturbe, y que las decisiones jurídicas, una vez formuladas, deben ser mantenidas. Ello posibilita que se pueda confiar en el Derecho como una magnitud fija, sustraída a toda transformación caprichosa, en función de la que el hombre puede ordenar su vida y ponerla bajo su protección.

Pero la seguridad jurídica no reclama solamente certeza de existencia y de cognoscibilidad, sino que requiere que el Derecho tenga una eficacia regular. Aparte de hacer factible la certeza de existencia, la eficacia es en sí una reivindicación de la seguridad jurídica que, de no ser satisfecha, dejaría sin sentido a la certeza, lo cual resultaría poco satisfactorio e insuficiente si lo que el Estado establece como Derecho soliera incumplirse⁷⁴. De ahí que un Derecho desobedecido no genere certidumbre de orden, ni suministre a los ciudadanos un dato desde el que se pueda prever la conducta de los poderes normativos ni la de los demás individuos. Una norma jurídica desatendida no crea en su ámbito de regulación de seguridad del Derecho⁷⁵ por el contrario, crea inseguridad de la vigencia y de la fuerza de la norma y del derecho.

Si la certeza normativa hace posible la predictibilidad jurídica y la certeza de la acción, la eficacia es necesaria para que haya confianza. Para Geiger,⁷⁶ la certeza del Ordenamiento se refiere a que es la norma; la confianza en el ordenamiento, en cambio, hace referencia a que fuerza tiene. La confianza de los ciudadanos en el Derecho compele a que su eficacia no quede paralizada por hechos como la ignorancia iuris, la presencia de lagunas normativas o las dudas sobre la constitucionalidad de algún precepto. La seguridad jurídica, como principio de

⁷³ Raúl Mendoza Canepa, *Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional* (Lima, 2013), 12.

⁷⁴ José María Rodríguez Paniagua, *Lecciones de Derecho natural como Introducción al Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. (Madrid, 1985), 15.

⁷⁵ Luigi Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. (Milán, Ed. Giuffrè, 1975), 574-77

⁷⁶ Theodore Geiger, *Estudios preliminares de Sociología del Derecho*, (Granada, Ed. de J.L. Monereo Pérez. Ed., 2001), 89-90.

Derecho objetivo, impone a los operadores del sistema jurídico la máxima eficacia posible de sus disposiciones⁷⁷. En la medida en que las normas se convierten muchas veces en los criterios de interacción y orientación seguidos por los ciudadanos, solo podrán seguir desempeñando dicha función social si gozan de la máxima fuerza práctica.

Por otro lado, la seguridad del Derecho exige que los poderes públicos realicen actos de producción y aplicación de las normas de una manera no arbitraria. La seguridad jurídica - asevera Henkel⁷⁸ se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo frente a una situación de regulación. Diferentemente, donde reina la arbitrariedad, el poder representa una fuente permanente de inseguridad, convirtiendo al ciudadano en «un súbdito incapaz de organizar su vida, pendiente siempre de escrutar el rostro de sus gobernantes para averiguar sus buenos o malos humores y poder decidir en consecuencia».⁷⁹

Según acabamos de ver, la certeza y la eficacia del Derecho se refieren a diferentes aspectos de la estructura formal de estos principios, la duración y la existencia empírica de las normas; no obstante, la seguridad jurídica no descansa exclusivamente, ni siquiera ocasionalmente, en tales factores. También lo hace, quizá progresivamente, en la forma de los actos por los cuales son creadas o aplicadas esas normas. Podría admitirse que, mientras que la certeza y la eficacia son la seguridad jurídica de la norma, la ausencia de arbitrariedad es la del acto (de producción, interpretación o aplicación). La seguridad jurídica no se agota en la certeza y en la eficacia, sino que, como recalcará el Tribunal Constitucional español desde sus primeras sentencias, «es una suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, [...]»⁸⁰. Más aun, para Gianformaggio y Habermas⁸¹, la interdicción de la arbitrariedad no es sólo uno de los significados esenciales de la seguridad

⁷⁷ Massimo Corsale, *Certeza del dititto e legittimazione* (Milan, 1979), 38.

⁷⁸ H. Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid, trad. Ed. Gimbernat Ordeig. Ed. Taurus, 1968), 546.

⁷⁹ Tomas-Ramón Fernández, *De la arbitrariedad de la Administración* (Madrid, Ed. Civitas, 2002): 244 y 245.

⁸⁰ España, Tribunal Constitucional de España, *Sentencia 27/1981 & Sentencia 71/1982*, Boletín Oficial del Estado No. 312 de 29 de diciembre de 1982.

⁸¹ Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, CEC (Madrid, 1989).

jurídica, mostrándose como la única demanda capaz de dotarla de un contenido razonablemente realizable en la actualidad.

2. El principio de la predictibilidad y las resoluciones judiciales

El anhelo de seguridad ha sido una constante histórica que adquiere especial importancia en el mundo moderno. Constituye un imperativo, una necesidad propia y natural del ser humano frente a su temor a la inseguridad, a la imprevisibilidad y a la incertidumbre, por ello el Derecho como fenómeno social, dentro de su función reguladora, a través de valores ético-jurídicos, asume esta obligación de satisfacer esta exigencia de la sociedad. Uno de los valores jurídicos que motiva y rige el Derecho, es la seguridad jurídica; sin embargo, este principio tiene sus propias peculiaridades de acuerdo al sistema jurídico y por supuesto de acuerdo al ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

Adagios latinos como aquellos: “donde hay sociedad hay derecho y “según la sociedad será el derecho”, explican que el Derecho responde a las concepciones políticas, culturales, sociales, a valores morales, costumbres tradicionales y en general, a las realidades de esa sociedad de donde surge como parte de su vida social, de esa manifestación; ello explica asimismo la dificultad de que esas realidades se ajusten a las normas que no han sido elaboradas para satisfacer esas necesidades sociales de acuerdo con esos determinados valores. Jean Cruet, en su obra “La vida del Derecho y la Importancia de las Leyes”, (Francia), con mucho acierto señala: “Siempre se vio a la sociedad modificar la ley; nunca se vio a la ley modificar la sociedad.”⁸² Es por ello que las normas constitucionales hallan su eficacia y efectividad en la medida que los integrantes de una sociedad a la que regulan, las aceptan como propias y aplicables, si no es así, pronta y de cualquier forma, serán descartadas del orden normativo.

Toda norma sea ésta legislativa o judicial, dictada fuera de éste ámbito de legitimidad, carece de eficacia.

⁸² Jean Cruet, *La vida del Derecho y la Importancia de las Leyes* (La vie du Droit et l'Impuissance des lois), (París, Ed. Ernest Flammarion, 1908), 86

Compartiendo la opinión de Patricio Pazmiño Freire,⁸³ el derecho aun paradigmático, “no puede alejarse de las condiciones y los contextos en los que se desarrolla.”⁸⁴ El derecho en Alemania, Estados Unidos, Italia, el Derecho en España, en Colombia, en Perú, en Uruguay, no es el mismo ni tiene porque serlo en el Ecuador y su avance y transformación en el afán de abrirse a la interculturalidad, a la globalización, debe darse, entendiendo y atendiendo su tradición histórica, tomando en cuenta que cada sociedad tiene una identidad única e irrepetible; pues, el Derecho en sí mismo, en razón del instinto natural de permanencia, es un instrumento de la sociedad en su búsqueda de la paz y el desarrollo dentro de su prospección de continuidad.

Los valores morales de una sociedad son y deben ser inquebrantables, transgredirlos significa dejar lesionada su base y preparar su derrumbamiento.

El ordenamiento jurídico en el Ecuador ha estado sustentado tradicionalmente en la norma escrita, siendo su fuente principal la ley; y, aunque esta tendencia ha venido cambiando, ha sido con la Constitución del 2008 que definitiva y determinadamente se instituye como fuente básica o superior del Derecho las normas constitucionales, ampliando su fuente a los derechos derivados de la dignidad de las personas; a la jurisprudencia e instaurando un sistema jurídico constitucional.

En esta perspectiva, surge ya como necesidad, ampliar también la óptica de los principios y adaptar estos a los nuevos procesos y nuevas realidades, a los modelos que aun siendo nuevos en nuestro sistema normativo, han sido tradicionales en otros, por ello, el principio de seguridad debe ser visualizado dentro de este nuevo orden representacional, abarcando dimensiones que van más allá de asegurar la vigencia de ley, a hacer realidad el principio de la analogía vinculante y con ello el principio de predictibilidad. A partir del Derecho Constitucional, construido bajo el respeto a las competencias y garantías.

La ONU, en su Informe sobre El Estado de Derechos Humanos, señaló:

⁸³ Patricio Pazmiño, *Descifrando Caminos, El Activismo Social en la Justicia Constitucional*, (Quito, FLACSO, 2010): 205

⁸⁴ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en el Ecuador*, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, (Quito 2012), 17.

La libertad para vivir con dignidad tiene su base en el marco internacional de derechos humanos, junto con el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los refugiados. Estos cimientos del marco normativo constituyen corpus jurídicos complementarios que comparten un objetivo común: la protección de la vida, la salud y la dignidad de las personas. El estado de derecho es el medio para la promoción y protección del marco normativo común. Proporciona una estructura a través de la cual el ejercicio del poder se somete a normas convenidas, garantizando la protección de todos los derechos humanos. ⁸⁵

Destacando de este artículo la frase: “Proporciona una estructura a través de la cual el ejercicio del poder se somete a normas convenidas”. Es decir, la estructura del límite del poder y de la defensa de derechos radica en las “normas convenidas”.

3. La predictibilidad como una dimensión del principio de seguridad jurídica

Este principio tiene como fuente el sistema de derecho Anglosajón (*common law*), basado en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por los altos tribunales de justicia y en las interpretaciones que en estas sentencias se dan de las leyes. Se concreta en el principio del *stare decises*; pues, como se señaló en el capítulo anterior, la decisión judicial, además de resolver una controversia, establece un precedente que servirá de fundamento para la solución de casos futuros semejantes.

En los sistemas jurídicos como el nuestro, este principio está íntimamente relacionado con el principio de seguridad Jurídica. En nuestra Constitución está concebido como principio rector del sistema jurídico para la efectiva vigencia y aplicación de los derechos, como un derecho subjetivo de cada ciudadano y como garantía del cumplimiento de esos derechos por parte del Estado. El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, respecto a este principio, señala:

⁸⁵ ONU, Asamblea General, *El Estado de Derecho y Derechos Humanos*, 24 de octubre 2005. A/RES/60/1.

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.⁸⁶

Es decir que la esencia de este principio tal como ha sido establecido, es el respeto a las normas jurídicas vigentes. Podría incluirse dentro de este concepto constitucional al precedente vinculante, considerando que la misma Constitución está facultando la creación de jurisprudencia vinculante

Se constituye como valor superior del sistema y elemento esencial del mismo que no se agota en la formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico y en el cumplimiento de esas normas por sus destinatarios y por los órganos encargados de su aplicación,⁸⁷ sino que alcanza una dimensión dinámica que se perfecciona no únicamente con la ley sino que en su proceso de aseguramiento de la plena vigencia de los derechos, va ampliando su contenido en la creación e interpretación del derecho judicial, a garantizar que la interpretación y aplicación de la ley en un caso concreto sea la misma en casos semejantes, haciendo realidad una significación subjetiva de este principio en los sujetos receptores, traduciéndose esta faceta en la certeza del derecho y la predictibilidad de las resoluciones judiciales.⁸⁸

Para seguir con el análisis, es importante considerar la diferencia que la doctrina ha señalado respecto de los conceptos: seguridad jurídica y certeza jurídica, en razón de que con mucha frecuencia se ha dicho que son iguales. Tratadistas como Preciado Hernández aunque reconociendo entre ellos una estrecha relación, consideraran que son diferentes, caracterizando a la primera su objetividad y a la segunda su carácter subjetivo; pues, la certeza es una condición del individuo sujeto de derecho ante el Derecho; y, la seguridad es el “saber a qué atenerse” en razón del Derecho;⁸⁹ es decir, que en la medida que el sistema normativo sea seguro, la certidumbre de los destinatarios se verá reflejada en igual dimensión.⁹⁰

⁸⁶ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

⁸⁷ Antonio Enrique Pérez Luño, *La seguridad jurídica* (Barcelona, Editorial Ariel, 1991).

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho* (México, 1982).

⁹⁰ *Ibíd.*

Según el pensamiento del profesor La Torre, “la seguridad jurídica consiste en la exigencia dirigida al Derecho de que este sea cierto; es decir, que sus normas sean conocidas y comprendidas y fijen razonable precisión, que es lo que ordenan, que autorizan y las consecuencias legales de nuestra conducta.”⁹¹ de manera que la seguridad jurídica en “stricto sensu” hace referencia a las exigencias objetivas relativas al ordenamiento jurídico tales como la vigencia, claridad, fijeza, estabilidad, etc. de la normativa (lex promulgata, lex manifiesta, lex plena, lex estricta, lex previa, lex perpetua), exigencias que a su vez van a generar en la sociedad y sus miembros tranquilidad, estabilidad y confianza. En otras palabras, estos imperativos objetivos de la norma, redundan en seguridad que tiene o trae como efecto subjetivo la certidumbre acerca del Derecho⁹².

Podríamos decirse también que la seguridad y la certeza jurídica se diferencian por su dimensión de orientación (la normativa) y de realización (confianza en el Derecho); la primera como derecho claro y estable que permita su ejercicio y la segunda como un deber cumplido.⁹³

De lo señalado aparece claro que el principio de predictibilidad tiene que ver no con la forma de existencia de la norma, con la postulación del “deber ser” que en esencia es su imperativo, cuyo objetivo es ajustar la conducta de los miembros de una sociedad a sus prescripciones, promoviendo el juzgamiento de los actos y omisiones que se apartan de sus mandatos y prohibiciones.⁹⁴ Tiene que ver más bien con la dimensión de realización, con el “ser”, con la proposición enunciativa; es decir, con aquellas proposiciones que se refieren a los hechos, a las relaciones jurídicas.⁹⁵

⁹¹ Antonio Enrique Pérez Luño, *La seguridad jurídica* (Barcelona, Ed. Ariel, 1991).

⁹² Rafael Preciado Hernández, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, (México D.F., UNAM, 1984.), 226.

⁹³ Joaquín Ruiz Giménez, *Funciones del derecho Fiscal*, (Madrid, Publicado por la Universidad Complutense, 1992), 362.

⁹⁴ Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, “*On Justice and Law*” (Buenos Aires, Ed. Eudeeba, 2010), 353.

⁹⁵ García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, (México D.F., Cuarta Edición, Ed. Porrúa, S.A., 1951), 5-6.

Tiene que ver con el principio de certeza ya que lo que buscan es establecer dos situaciones claramente delimitadas. Crear las bases para generar confianza; y reducir los niveles de corrupción.⁹⁶

Respecto del primer escenario, promueve la posibilidad de que el interesado en activar el aparato judicial, pueda prever la decisión y sepa con certeza si su pretensión es o no coherente con los lineamientos argumentativos de los Jueces; y, el otro escenario, permite asimismo, el control tanto de los criterios jurídicos como del accionar ético de los Jueces; pues, apartarse de los argumentos y criterios que motivaron una resolución en un caso análogo, significa correr con la responsabilidad de exponer un argumento lo suficientemente persuasivo y fundamentado que justifique las razones de hecho y jurídicas por las que no se somete al precedente o a la jurisprudencia que sobre el tema concreto exista. En el principio de predictibilidad tienen total incidencia los precedentes jurisprudenciales y la jurisprudencia como línea doctrinaria generada por las Cortes de cierre, para, interpretando el Derecho a aplicar al caso concreto, definir la interpretación y aplicación casos iguales o semejantes.

Este principio contiene implícita la obligación de todo juzgador de emitir pronunciamientos iguales frente a casos idénticos, aplicando la norma con los mismos argumentos, provocando que las resoluciones que los Jueces adopten respecto de un caso concreto, cubra las expectativas que de ella ya se habían formado los justiciables antes de iniciar su acción, en base a lo ya resuelto en casos semejantes y publicado para conocimiento del público en general; pues, responde al axioma jurídico: “A igual razón igual derecho”.

4. La predictibilidad como exigencia funcional del Estado

La predictibilidad es una exigencia funcional del Estado de Derechos y Justicia, pues, contribuye al establecimiento del orden constitucional y asegura la real eficacia de los derechos. No cabe duda, por tanto, que esta exigencia

⁹⁶ Mario Alva Matteucci, “El Principio De Predictibilidad y el Derecho Tributario, Análisis de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Jurisprudencia de Observancia Obligatoria Efectuada”, *Revista Análisis Tributario. Revista Análisis Tributario XIV*, n.º 165(2001).

constitucional de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales se ve concretizada con la denominada doctrina jurisprudencial, la que solo se tendrá por cumplida si se respetan tales decisiones.

Esta exigencia de respeto y cumplimiento del Derecho de parte de los destinatarios, reclama a más de la debida coherencia y motivación, un reflexivo y profundo análisis para que el criterio de los órganos judiciales autorizados por la Constitución para el ejercicio de control constitucional y legal en la interpretación y aplicación del derecho, tengan eficacia; pues una ley o sentencia desproporcionada e irracional aun emanada del más alto Tribunal, no únicamente afectara derechos de los interesados, acrecentara el desconcierto y la desconfianza social y provocaría una conducta de resistencia

Lo que pretende demostrar este Trabajo es que si bien la predictibilidad del Derecho depende del respeto no únicamente a la norma legislativa sino y especialmente a la norma jurisprudencial. La jurisprudencia por si misma debe lograr este fin.

En el caso de nuestra jurisprudencia constitucional, ha sido difícil encontrar la línea jurisprudencial sobre algunos temas, creo que para la misma Corte Constitucional se presenta esta dificultad, por ello ha considerado necesario dictar un Protocolo en el que determinó la creación de la “sentencia vinculante”, dejando evidenciar que las demás no tienen esta calidad.

Aun con este proceder que se impone la Corte, incurre en errores insalvables como es el caso de las sentencias dictadas en los casos No.1201-11-EP y casos Nos. 0022-09-IN, 0033-09- IA, acumulados:

En estas sentencias tomadas como ejemplo, es difícil encontrar la línea de pensamiento de la Corte Constitucional, la doctrina jurisprudencial generada respecto de este puntual tema o norma laboral, debiendo señalar que en este caso no únicamente el raciocinio jurisdiccional no se muestra claro y coherente sino que esta indecisión de la posición real de la Corte respecto del tema, afecta, sin duda, el derecho a la seguridad jurídica, en tanto en cuanto los Jueces no podrán seguir una

Línea ni vincular su pensamiento en una sola dirección, además de violentar el derecho de igualdad ante la ley.

Toma más grave esta posición inestable, cuando, la sentencia No. 128-12-SEP-CC, dictada en el caso No. 0201-11-EP, respecto a la jubilación señala:

Queda claro que conforme a la demanda, la actora laboró: “en INECEL desde el 6 de julio de 1975 hasta el 31 de enero de enero de 1999, esto es 23 años 6 meses 25 días, que si bien son menos de 25 años, pero de conformidad con el Contrato Colectivo suscrito entre INECEL y sus organizaciones laborales, vigente a la fecha de terminación de las relaciones laborales, según su artículo 97 (...) El derecho de jubilación patronal que por menos de 25 años y conforme al Código del Trabajo hubiera implicado el pago de jubilación patronal proporcional y que por la contratación colectiva del ex INECEL implica el pago la jubilación patronal total, en aplicación estricta de las leyes que norman el Derecho del Trabajo, fallos de triple reiteración que son precedentes jurisprudenciales obligatorios y armonizando la Constitución de 1998 con la del Estado Constitucional de Derechos, puede ser objeto de convenio, contratación, venta o cualquier otra forma similar o, tal derecho, ha de servir para amparar los años de vida que le queden al trabajador, recibiendo mensualmente la consiguiente pensión jubilar vitalicia y, tal proceder, les violatorio de derechos constitucionales? Es la interrogante a ser solventada. Al respecto, ni constitucional ni legalmente, ni antes ni ahora, el derecho de jubilación puede ser objeto de tal posibilidad, es decir, materia de negociación, porque la pensión se inscribe en la estricta y obediente aplicación de las normas que conforman la vida del derecho del trabajo, tanto que la jurisprudencia ha ordenado que la pensión jubilar sea de tracto sucesivo, esto es, que debe cumplirse de manera periódica, y tal medida -negociación- sin duda alguna afecta derechos constitucionales laborales y es atentatoria -en la casuística- al Derecho Público. Corresponderá, entonces, en nueva sentencia de casación reparar en todas sus consecuencias los derechos de jubilación patronal de la legitimada activa. Para ello, tendrá que comenzar por aplicarse la cláusula tercera del Acta de Finiquito, restituyendo los valores recibidos o en su cálculo, considerarse como anticipo, por la ineficacia jurídica de la negociación y de la sentencia impugnada.⁹⁷

El elemento que dentro de la estructura de la referida sentencia se ubica como la razón suficiente de la decisión; es decir, formula una regla jurídica específica y directa que se constituye en la base del fallo, no toma en cuenta que la norma legal que regula la materia laboral si admite tanto la negociación colectiva como el pago de un fondo global por pensiones jubilares, análisis que si lo hacen los Jueces de la jurisdicción ordinaria especializada. Por tanto, afirmar que “... ni constitucional ni legalmente, ni antes ni ahora, el derecho de jubilación puede ser

⁹⁷ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 128-12-SEP-CC*, Caso 1010-10-EP, Registro Oficial No. 728, Suplemento, 20 de junio del 2012.

objeto de tal posibilidad, es decir, materia de negociación, porque la pensión se inscribe en la estricta y obediente aplicación de las normas que conforman la vida del derecho del trabajo...”, es quebrantar la seguridad jurídica. Agravar la incertidumbre tanto en el Juez que está atento a las pronunciamientos de la Corte Constitucional como órgano de cierre en dicha jurisdicción, cuanto a la ciudadana que frente a estos pronunciamientos crea expectativas infundadas.

Crea en el Juez la duda de si aplicar la ley o el criterio emitido por la Corte Constitucional que aun no siendo vinculante por responder a un caso concreto, mantiene su fuerza persuasiva en el razonamiento del Juez ordinario por la relevancia del órgano que lo emite.

Está claro que este criterio de la Corte obedece a despropósitos de su decisión, pues, su competencia como lo ha dicho en reiteradas ocasiones, se circunscribe a derechos constitucionales, mas no a derechos legales como es la jubilación patronal. No hacerlo de esta forma ocasiona el desequilibrio de la “estructura jurisdiccional estatal establecida en la Constitución de la Republica.”⁹⁸

El pago de jubilación patronal es un derecho que se origina en el derecho laboral, en una norma legal que la crea y regula, concibiendo en la norma la posibilidad de que las partes acuerden un pago global, garantizando un mínimo de protección del derecho, que la Corte por desconocimiento de la norma, toma jurisprudencia de la Corte Suprema que ya no tiene vigencia; pues, la Ley que fundamentaba estos criterios, fue revocada, dictándose una nueva que posibilita este pago global.

Podría decirse entonces que la desventaja no está en la predictibilidad de la decisión judicial como principio, sino en el error del criterio emitido. El Juez constitucional no es un docto del derecho, no tiene los conocimientos especializados de cada materia, por ello, cuando se convierte en Juez de instancia y valora prueba y revisa la aplicación de la norma legal en el caso concreto y emite opiniones respecto de estos, incurre en efecto en decisiones impropias que afectan

⁹⁸ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, *Sentencia No. 303- 15-SECC, caso No. 0518-14EP*, Registro Oficial No. 629, 16 de septiembre de 2015.

gravemente a la estructura funcional del sistema jurídico y a principios fundamentales del derecho como la seguridad jurídica.

Este ejemplo que demuestra una debilidad de la jurisprudencia constitucional y que no ha sido superada, deja ver por otra parte, la necesidad de delimitar las competencias interpretativas y los medios para ejercer esta atribución de la Corte Constitucional. No es admisible de ninguna perspectiva constitucionalista que la Corte Constitucional ejerza un control de constitucionalidad al caso concreto y constituya a la garantía constitucional en recurso procesal para revisar no las actuaciones procesales en aras de proteger el debido proceso, sino para instaurarse como Juez de la controversia; es decir, haciendo aquello que en su misma sentencia dice que no es su atribución.

5. La argumentación judicial

De acuerdo con Manuel Atienza, “El derecho es una técnica para resolver [...] cierto tipo de problemas [y] para ello han de utilizarse -además de las normas vigentes- una serie de procedimientos conceptuales y de técnicas de argumentación características; que en el fondo de cada caso jurídico que no sea puramente rutinario suele esconderse una cuestión moral y/o política de envergadura...”⁹⁹

Tomando en cuenta la dificultad que envuelve en fijar estándares de certeza y racionalidad, la sociedad en su conjunto busca formas de dotarle al Derecho esta calidad

Según muchos teóricos, el uso de la lógica formal en los procesos es insuficiente, solo sirve para conectar un supuesto general a un hecho concreto, esto es, la ley al acto imputado. La prueba, dentro de cada proceso, sin embargo, conlleva un proceso inverso, más bien inductivo: conecta un hecho concreto, real y constatado a un supuesto normativo. Ese es el proceso racional de administrar justicia en cada caso.

Los juristas modernos han separado la lógica formal de la argumentación, entendiendo que los operadores jurídicos asumen una posición de motivar y

⁹⁹ Manuel Atienza. *Tras la Justicia* (Barcelona: Editorial Ariel, 1993), 11.

justificar sus decisiones. Su papel es la defensa de una posición. Así, la argumentación judicial tiene como objetivo esencial, el de persuadir a las partes sobre la legitimidad de cada decisión. Los márgenes de valoración e interpretación de hechos y de normas requieren una motivación, es decir deben justificarse por constataciones reales de acontecimientos imputados por las partes, no obstante, la motivación es, en realidad, un mecanismo de persuasión y no un proceso necesario de acercamiento a la verdad real, lo que puede provocar y sucede con frecuencia, que se convierta en una falacia.

De allí que sea exigible la rigurosidad en la elaboración del juicio para que este sea razonable en lo posible y sobre todo racional, aun cuando sea difícil superar los límites de la razón subjetiva.

Es un deber del juez pronunciarse sobre la cuestión de hecho y sobre el presupuesto de derecho y para ello la ley le confiere cierta libertad para motivar su decisión, bajo ciertos criterios lógicos, máximas de la experiencia y congruencia, limitando su discrecionalidad en la racionalidad y razonabilidad de la decisión aunque siempre la resolución reflejará la visión particular del juez sobre el hecho, razón por la que los principios convergentes en la seguridad jurídica exigen que la operación mental del juzgador se adecue a las reglas objetivas del Derecho y del buen pensar, que le ayuden a encontrar el equilibrio la verdad judicial y la verdad real.

De allí que aparezcan unas y otras necesidades de delimitar el criterio y la creación jurisdiccional y se cree la corriente de estándares todo hasta las reglas de “buen juicio”. Se han creado o por lo menos se pretende crear métodos de raciocinio judicial que antepongan los principios a la lógica a los prejuicios, tendencias, simpatías o antipatías y a la experiencia personal del juez y se separe la lógica jurídica de la “persona del juez”, cuestión que no es fácil, ya que como ser cognitivo, su experiencia tendrá gran influencia en sus decisiones.

Existen otros patrones que coadyuvaran a promover la calidad de las sentencias y es la intelectualidad judicial. Si al final son los Jueces quienes dicen el Derecho, por encima de la Constitución y la Ley, deben ser el referente intelectual por excelencia. Fuentes de consulta indiscutible. Son quienes con su vasto

conocimiento y capacidad de razonamiento resuelven en última instancia lo que se debe entender del Derecho y de los derechos; y, para el caso del Juez Constituyente ecuatoriano, quienes conocen los procesos judiciales en todas las materias y cada caso en particular que se presenta ante la administración de justicia, deben ser eruditos en todas las ramas del Derecho.

Es verdad que no se puede exigir que los seres humanos logren consensos absolutos en materia de Justicia, pero es perjudicial a la estabilidad social que los jueces sentencien de manera dispar y sin un referente de razonabilidad según cada caso. La administración de Justicia incluida la constitucional, no puede permitir que las sentencias se conviertan en resoluciones individuales y no institucionales, corporativas, que expresen la línea de valor de la norma interpretada y aplicada.

6. El precedente y la predictibilidad

Tanto el precedente como el principio de predictibilidad de las sentencias, tienen como fin último el principio de igualdad. -a igual hecho igual derecho-, por ello, la incidencia de los precedentes en la predictibilidad de las decisiones judiciales está ligada principalmente a éste principio, habiéndose de tener en cuenta que casos iguales tengan un tratamiento similar. Su justificación por la vía de la igualdad incide en la racionalidad de la argumentación, pero el principio no significa reiterar la jurisprudencia sin valorar su contenido.

La primera consideración respecto a la relación que existe entre precedente y predictibilidad está determinada por la fuerza del precedente; es decir, con aquella parte de la sentencia a la cual se hace referencia para derivar de ella la regla de juicio aplicable al caso sucesivo. Según la doctrina del precedente, en una sentencia se debe distinguir la *ratio decidendi*, esto es, la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y el *obiter dictum*; a saber, todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia, pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no se constituyen en la razón de la decisión.

He aquí ya una primera complejidad en la aplicación del precedente, es por ello que la fuerza del precedente la ha tenido que establecer la misma Corte Constitucional a través de reglas determinadas como tales. Y son éstas las que vinculan a los casos futuros que conozcan los Jueces de orden legal.

Existe dificultad para el juzgador encontrar esta regla decisoria en la sentencia y diferenciar los argumentos de apoyo. Para la misma Corte Constitucional ha resultado difícil, es por ello que en las sentencias que dictan precedentes, establecen todo un texto normativo que lo constituyen en precedentes, cuando en realidad están legislando sobre procedimientos y sanciones como por ejemplo en la sentencia No. 001-10-PJO-CC dentro del caso No. 0999-09 JP.

SENTENCIA I. JURISPRUDENCIA VINCULANTE 1.- ¿Qué debe hacer la jueza o juez constitucional ante la interposición de un recurso de apelación en acciones de garantías jurisdiccionales? La Corte Constitucional, a partir de los problemas jurídicos identificados en la sustanciación de la acción de protección, suscitados en el Caso N.º 2, ratifica las reglas constitucionales y legales relacionadas con la materia, y con el carácter erga omnes determina lo siguiente: 1.1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan garantías jurisdiccionales, se encuentran impedidos para calificar la procedencia de un recurso de apelación. Su labor se limita a recibir el recurso interpuesto y remitir el mismo junto con el proceso, a la autoridad competente. 1.2. Las juezas y jueces constitucionales para asegurar el ejercicio de las garantías jurisdiccionales reconocidas en el artículo 86 de la Constitución de la República y del principio iura novit curia no podrán justificar la improcedencia de una garantía jurisdiccional, como tampoco de los recursos y etapas procesales, en la falta de enunciación de la norma, motivación u oscuridad de las pretensiones; es su deber subsanar dichas deficiencias y continuar con la sustanciación de la causa. 2. ¿Cuál es el deber de la judicatura, sala o tribunal que dictó la sentencia definitiva ante la interposición de una acción extraordinaria de protección? Las judicaturas salas o tribunales que dictan una decisión definitiva, y ante quienes se interpone una acción extraordinaria de protección están impedidos para efectuar un análisis de admisibilidad, dicha competencia es exclusiva de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. Las juezas y jueces, una vez recibida la demanda, deberán remitir el expediente completo a la Corte Constitucional en un término de cinco días, como lo dispone el Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 3. Si en el proceso de cumplimiento o ejecución de una sentencia o resolución constitucional, se constata la existencia de sentencias contradictorias en la misma materia, que tornan imposible su ejecución ¿cuál es el órgano competente y cuál es el mecanismo constitucional adecuado para conocer dicho conflicto? 3.1. La Corte Constitucional, como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, establece que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales. Ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias, o ausencia de precedente constitucional en la materia, que impidan la ejecución de la misma, la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436 numeral 9 de la

Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y dirimir el conflicto suscitado. 3.2. Considerando que el mecanismo de cumplimiento de sentencias propende a la materialización de la reparación integral adoptada dentro de una garantía jurisdiccional, la Corte Constitucional, de oficio o a petición de parte, considerando que de por medio se encuentra la materialización de la reparación integral, y sin necesidad de que comparezca exclusivamente el afectado, está en la obligación de velar por el cumplimiento de las sentencias constitucionales. 3.3. La Corte Constitucional, tal como lo ha dicho en ocasiones anteriores, determina que los servidores públicos, en este caso particular, juezas y jueces del país, cuando conocen de garantías jurisdiccionales se alejan temporalmente de sus funciones originales y reciben la denominación de juezas y jueces constitucionales, hecho que deviene en que el órgano encargado de sancionar, garantizando el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa, por deficiencias en la sustanciación de las causas, sea la Corte Constitucional. 3.4. La Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 86, numeral 4 de la Constitución de la República, determina que las juezas y jueces constitucionales que sin fundamento constitucional y legal expidan sentencias dentro de garantías jurisdiccionales, que vuelvan inejecutables las sentencias resueltas previamente, podrán ser destituidos de su cargo por parte de la Corte Constitucional, garantizándoles el derecho al debido proceso. Precedente Constitucional La jurisprudencia vinculante desarrollada en esta sentencia constituye precedente constitucional y tiene efectos erga omnes.¹⁰⁰

Según la doctrina del precedente, en efecto el precedente provee una regla susceptible de ser universalizada que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. Naturalmente la analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos. Es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no el precedente y de encontrarlo “crea” el precedente. En otras palabras, la sentencia dictada con anterioridad resuelve el caso concreto bajo unos argumentos que justifican su decisión, si el segundo caso a resolverse es similar; es decir, se sustenta en los mismos hechos, aplica el criterio del caso anterior, creando de esta manera el precedente, puesto que de no considerarlo caso igual, simplemente no lo aplica y por tanto no existe un precedente que aplicar. Con este análisis en realidad quien crea el precedente es quien aplica al caso subsiguiente.

Vladimir Bazante en su libro “El Precedente Constitucional”, señaló:

¹⁰⁰ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, Caso 0315-09-EP, Caso n.º 0999-09JP, Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

[...] podemos encontrar que la jurisprudencia proviene tanto de autoridades (fuentes acto) y de prácticas sociales (fuentes hecho), y en esta medida, tampoco es posible encasillarla en uno o en otro tipo, siendo una mezcla de ambas. Es así que su reconocimiento provendrá necesariamente de los ámbitos prácticos del derecho, pero, para que esto ocurra, inevitablemente se tomará en cuenta su origen, el de la autoridad. Es así que, la naturaleza de la jurisprudencia y del precedente es su vinculatoriedad, esa atadura a la decisión pasada cuando se presenten casos futuros con identidad conceptual y fáctica. Sin la existencia de la obligatoriedad de las decisiones de las altas Cortes, no solo para las partes, sino para la comunidad en general, la jurisprudencia corre el riesgo de volverse vacía y los juzgadores de ser arbitrarios. Y en esta línea, la consideración vinculante del precedente por parte de los juzgadores radica en la necesidad de igual trato. La igualdad jurídica, igualdad ante la ley, que si bien es un artificio o constructo, representa la principal garantía en contra de la discriminación. Sin embargo, lo esencial no radica solo en esta consideración sino, en la igualdad en la aplicación del derecho, siendo este el fundamento del precedente como garantía en contra de la arbitrariedad de las decisiones de todo juzgador.¹⁰¹

La estructura fundamental del razonamiento que llega a aplicar el precedente al caso sucesivo se funda en el análisis de los hechos de los dos casos. Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la *ratio decidendi* aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso. Se observa que cuando se verifican estas condiciones, un solo precedente es suficiente para fundar la decisión del caso sucesivo.

En el caso de la jurisprudencia creada por la Corte Nacional de Justicia, la triple reiteración de la *ratio decidendi* en casos sucesivos, incide en que el Pleno dicte Resolución con carácter de precedente vinculante. Sin embargo, en algunos casos, la sola fundamentación (*ratio decidendi*) puede constituirse en precedente por la legitimación que alcance el criterio, por la persuasión y aceptación general del argumento.

De acuerdo a lo señalado, la fuerza del precedente se expresa de muchas formas, como se anotó, en algunos casos, el argumento que logra por si solo el asentimiento general y se lo toma para sustentar la decisión del caso sucesivo, en otros, depende de su dirección. La dirección vertical que está dada por la jerarquía estructural del órgano que la dicta, como es en nuestro caso, las sentencias que dicta la Corte Nacional. Si el caso sucesivo lo debe decidir un Juez inferior y si considera

¹⁰¹ Vladimir Bazante, *El Precedente Constitucional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (Quito, Editora Nacional, 2015), 23.

que es idéntico o similar, tendrá que someterse al criterio vertido por el superior, dado que será el criterio del superior en jerarquía el que al final se imponga, que de hecho deben devenir de las “cortes del precedente”. En este caso, la fuerza del precedente se funda en el imperio del órgano del que emana la decisión.

Esta misma autoridad la ejerce la Corte Constitucional aun sin tener la jerarquía que dentro del sistema judicial ocupa la Corte Nacional, sin embargo despliega la autoridad de ser la máxima intérprete de la Constitución, norma suprema dentro del orden normativo y la facultada para generar jurisprudencia en el orden constitucional. Si la normativa legal está sometida a la validación constitucional, sus criterios, aun sin la cualidad, ejercen una influencia dispositiva en las decisiones adoptadas por jueces ordinarios.

Otra forma de determinarse la fuerza del precedente es, la fuerza de las reglas que dicte. Si el precedente está determinado como vinculante, éste se constituye en norma o regla con efecto erga omnes y está sola condición le otorga la fuerza de precedente vinculante.

Desde esta perspectiva, una vez que se ha determinado el criterio vinculante en la interpretación de la norma constitucional o de la ley, toda inobservancia será entendida como violación a la vincularidad del precedente.

Lo deseable sería que el precedente se legitime por sus argumentos y su nivel de persuasión, sin embargo dada la diversidad de criterios y la incertidumbre que estos generan, el legislador aun el constituyente ha creído en la necesidad de regular la producción de jurisprudencia bajo la fuerza del precedente. Lo que nos lleva a considerar el papel fundamental que juegan las “cortes del precedente”. La responsabilidad que asumen con sus decisiones.

La Corte Constitucional siendo la máxima intérprete de la Constitución, su producción jurisprudencial debe ser motivo de estudios profundos sobre los límites de sus competencias y de reflexión en sus decisiones; puesto que el precedente jurisprudencial se adscribe como norma, imponiéndose, por su naturaleza, al caso concreto posterior. La significación del precedente jurisprudencial va más allá de la atribución. Se constituye en el Derecho a ser aplicado y en la garantía de derechos.

En algunos estudios realizados por la misma Corte Constitucional ha logrado detectar cierta desatención a los criterios emitidos en múltiples sentencias respecto del recurso de casación y sus límites:

[...] En este sentido, se detecta una evidente disfunción en el sistema de justicia, puesto que los criterios emitidos por la Corte (en particular, en salvaguarda de los derechos), no han permeado a los tribunales ordinarios, lo que se traduce en una reiterada violación de los derechos de la ciudadanía.

Además, existe una llamativa contradicción entre la jurisprudencia alegada por la Corte Nacional en algunas de sus sentencias y su práctica que, justamente, contradice no sólo los dictados de la Corte Constitucional, sino sus propias decisiones jurisprudenciales.

Conviene advertir, por último, que la posición de la Corte quedó establecida muy tempranamente, pues, como ahora se verá, la Sentencia No. 003-09-SEP-CC (de 14 de mayo de 2009) ya incluye casi todos los elementos fundamentales para la definición del recurso de casación [...].¹⁰²

Empero en este manual se ha preocupado de las competencias que a través del recurso de casación tienen los Tribunales de casación, pero no de sus propias competencias, siendo ésta la razón principal de la pérdida de ilegitimidad de su jurisprudencia.

Es también importante considerar en este trabajo que, con el nivel político y de politización que carga el nombramiento de los jueces que integran la Corte Constitucional, cada uno de ellos responde al interés político del sector de poder, de turno, por ello, la jurisprudencia refleja la tendencia de pensamiento del grupo que entra al poder.

Esto explica que el precedente tenga poca estabilidad porque dependerá de la tendencia de pensamiento, los intereses y los objetivos políticos de los grupos que logren ubicar a jueces de este organismo.

¹⁰² Ecuador, “Manual de líneas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional referidas al debido proceso” (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2017), <http://repositorio.educacionsuperior.gob.ec/bitstream/28000/4921/5/Anexo%205.pdf>

Conclusiones

El principio de especialidad es el que debe regir la actividad compartida de dictar precedente jurisprudencial tanto de la Corte Nacional de Justicia como la Corte Constitucional a fin de que su aporte vaya en la dirección de garantizar el derecho de predictibilidad de las decisiones judiciales: la Corte Constitucionales en su esfera constitucional y la Corte Nacional en el ámbito legal. Es solo cuestión de que la Corte revise sus propios argumentos jurisprudenciales sobre sus competencias en el conocimiento de la acción de protección para que enmarque su accionar frente a la acción extraordinaria de protección.

La existencia de dos Cortes de cierre y de Precedentes Jurisprudenciales requiere de un ejercicio de sus competencias con la debida prudencia, autocontrol y diálogo, de lo contrario el cambio constante de los criterios de la Corte de Casación por la Corte Constitucional provocaría la deslegitimación de una de ellas y agravaría aún más la desconfianza y la falta de credibilidad de la jurisprudencia como fuente del Derecho y como garantía y desarrollo de los derechos.

La Corte Constitucional debe dimensionar adecuadamente su atribución de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante considerando que esta facultad está dada en relación o 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; es decir, a los derechos que amparan estas garantías.

De ninguna manera la Constitución le faculta dictar jurisprudencia vinculante sobre los conflictos comunes presentados ante el Juez ordinario: laboral, civil, penal, administrativo, de niñez, tributario, etc., su competencia se circunscribe a los derechos constitucionales.

Merece destacarse que el respeto a la jurisprudencia es el mejor mecanismo para garantizar el derecho a trato igual sin discriminación; pues, la interpretación y aplicación de la norma a un caso anterior de iguales características exige al Juez aplicar de la misma forma al caso futuro, sin que el juzgador pueda a su arbitrio darle una interpretación distinta. Salvo el caso del juez que la dictó que lo puede

hacer siempre que justifique argumentadamente las razones de su desapego al precedente.

Además, la labor del Juez da la movilidad necesaria al ordenamiento jurídico, adecuando las normas a los tiempos y a la misma dinámica social. Su interpretación y aplicación al caso cubre los posibles vacíos que no prevén la norma ni el ordenamiento; pues, los panoramas reales superan los supuestos que la norma pueda señalar. Es una herramienta eficaz o por lo menos eso se puede observar en países cuya cultura jurídica ubica a la jurisprudencia como principal fuente de derecho, para resolver de manera ordenada y justificada los conflictos interrelacionales de una sociedad.

La Corte Constitucional debe meditar respecto al principio del precedente: *aplicable para casos futuros*. La Corte por el contrario, entendiendo mal esta figura y aplicando mal su facultad de revisión, atenta el derecho de seguridad jurídica y afecta la paz social al aplicar su precedente vinculante a casos anteriores. Escoge un caso que ha sido remitido a la Corte para su revisión y después de 10 años, 5 años, 3 años, 1 año, por señalar tiempos, cuando el conflicto ha terminado y las sentencias han sido ejecutadas, dicta sentencia dejando sin efecto lo resuelto, en base a un precedente que lo dicta en ese momento.

Las universidades deben empezar por enseñar a sus estudiantes la utilidad y utilización de la jurisprudencia. Que sean capaces de distinguir las líneas jurisprudenciales que les sirva en sus estrategias de defensa en su ejercicio profesional. Por encima de la doctrina, que ha sido referente esencial en la enseñanza jurídica, se debe incorporar el razonamiento y argumentación de los jueces como metodología de evaluación del aprendizaje de los estudiantes; pues, la experiencia judicial es una técnica diferente a la legislativa y a la doctrinaria.

Bibliografía

- Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, edit. orig. *Theorie der juristischen Argumentation*, CEC, Madrid, 1989
- Alva, Mario., “El principio de predictibilidad y el derecho tributario”, Análisis de la ley del procedimiento administrativo general y la jurisprudencia de observancia obligatoria efectuada en la revista análisis tributario. *Revista Análisis Tributario* Vol. XIV - N° 165, Lima, 2001.
- Atienza, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Editorial Ariel, 1993.
- Bazante, Vladimir. *El precedente constitucional*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2015.
- Bernal Pulido, Carlos. “El Precedente en Colombia”. *Revista de Derecho del Estado*, n.º 21 (2008).
- Bidart Campos, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Nueva edición ampliada y actualizada*, vol. II. Buenos Aires, 1993.
- Bobbio, Norberto. “Kelsen y el problema del poder en crítica jurídica”. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2980>
- Colombia. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-360/14*. Bogotá, 31 de agosto de 2018, Relatoría virtual de la Corte Constitucional. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-360-18.htm>.
- Corsale, Massimo. “Certezza del dititto e legittimazione”, *Sociologia del Diritto* I. Milán: Ed. Giuffre, 1979.
- Covián, Andrade Miguel. *El Control de la Constitucionalidad en el Derecho Comparado*. México: Centro de Estudios de Ingeniería Política A.C, México, 2001.

- Cruet, J an. "La vida del Derecho y la Importancia de las Leyes", 1908, citado por David, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Madrid: Editorial Aguilar, 1973.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2001.
- Díaz, Elías. *Sociología y Filosofía del Derecho y Socióloga Jurídica*. Ciudad: Editorial, 1987.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador*. Registro Oficial 95, 24 de diciembre de 2009.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. "Manual de líneas jurisprudenciales emitidas por la Corte Constitucional referidas al debido proceso", 2017. <http://repositorio.educacionsuperior.gob.ec/bitstream/28000/4921/5/Anexo%205.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. "Sentencia 039-11-SEP-CC CASO No. 0671-10-EP", 2011.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.  001-10-SEP-CC, 2010, caso 0315-09-EP, 10 de septiembre de 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.  001-12 PJO-CC, Caso 0893-09-EP, 03 de abril de 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.  001-13-SEP-CC, Caso1647-11-EP, 04 de marzo de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.  0066-10-SEP-CC, Caso 0944-09-EP, 03 de abril de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.  001-10-PJO-CC Caso n.  0999-09-JP, Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.  011-09-SEPCC, caso 0038-09-EP, Registro Oficial Suplemento 637, 20 de julio de 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.  012-09-SEP-CC, Caso, 0048-08-EP, 02 de marzo de 2009.

- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 025-09-SEP-CC, Causas acumuladas 0023-09-EP, 0024-09-EP, 0025-09-EP, Registro Oficial Suplemento 58, 30 de octubre 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 0346-17-SEP-CC, Caso 1052-12-EP, 25 de octubre de 2017
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 079-18-SEP-CC, Caso 0626,-17-EP, 2018
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 111-16-SEP-CC, caso 1105-13-Ep, Registro Oficial Segundo Suplemento 782, 06 de abril del 2016.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 128-12-SEP-CC, Caso 1010-10-EP, Registro Oficial Suplemento 728, de 20 de junio de 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 160-18-SEP-CC Caso n.º 1416-10-EP, Registro Oficial, Suplemento 431, 20 de mayo de 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 263-15-SEP-CC, Caso 0331-12-EP, Segundo Suplemento Registro Oficial No. 607, 14 de octubre de 2015.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 303- 15-SECC, caso n.º 0518-14-EP, Registro Oficial 629, 16 de septiembre de 2015.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.
- Estados Unidos de América. *Constitución de los Estados Unidos de América*, 1879.
- Estrada Vélez, Sergio Iván. “Hacia un nuevo concepto de seguridad jurídica a la luz de los valores consagrados por la Constitución Nacional de 1991”. *Nueva Interpretación Constitucional*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1997.
- Faralli, Carla. “Filosofía del derecho contemporáneo: Temas y desafíos”. *Revista de Derecho*, n.º 15 (2107).
- Fernández, Tomas-Ramón. *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas, 2002.
- Frías, Pedro J. “Discurso como Presidente honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, 2009

- García Máynez, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*, 4.^a ed. México: Porrúa, 1951.
- Geiger, Theodor. *Estudios preliminares de Sociología del Derecho*. Granada: Editado por J.L. Monereo Pérez, 2001.
- Goldschmidt, Werner. *Introducción filosófica al derecho*, 4.^a ed. Buenos Aires: Depalama, 1973.
- Gomez-Ferrer Sapina, R. “Algunas consideraciones en torno a rebus sic stantibus en Derecho interno e internacional”. *Revista de derecho notarial* (1970).
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en el Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.
- Gutierrez Olivos, Sergio. “Discurso de Recepción de Francisco Bulnes Sanfuentes en la Academia Chilena de Ciencias Sociales”. Santiago: Editorial Universitaria, 1986.
- Henkel, H. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducido por Gimbernat Ordeig. Madrid: Taurus, 1968.
- Kokourek, A. y Koven, H. “The Common Law: Judge Imparciality and Judge Made law”. *The Law Quarterly Review* 29, n.º 8 (1935).
- Legaz Lacambra, Luis. *Filosofía del Derecho*, 5.^a ed. Barcelona, 1987.
- Lombardi Vallauri, Luigi. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milán: Ed. Giuffrè, 1975.
- Mateucci, Mario. *El Principio De Predictibilidad y el Derecho Tributario, Análisis de la Ley del Procedimiento Administrativo General y la Jurisprudencia de Observancia Obligatoria Efectuada en la Revista Análisis Tributario*. Volumen XIV - N° 165, 2001.
- Mendoza Canepa, Raúl, *Líneas Individuales de Pensamiento Jurisdiccional*, Perú, 2013.
- Molinas, C., Álvarez, M., Pelaez, F., y Botero, L. *Derecho Constitucional General*. Medellín: Universidad de Medellín, 2006.
- Organización de Naciones Unidas, Informe 2005, *El Estado de Derechos y Derechos Humanos*, 2005. <https://www.un.org/ruleoflaw/es/rule-of-law-and-human-rights/>.

- Pazmiño, Patricio. *Desafiando Caminos: El activismo social en la justicia constitucional*. Quito, Flacso, 2010.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ed. Ariel Sevilla, 1991.
- Preciado Hernández, Rafael. *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 3.^a ed. México: Editorial JUS, 1960.
- Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Barcelona.
- Recasens Siches, Luis. *Adiciones a la Filosofía del Derecho de G del Vcchio*. Madrid: Ed. Bosh, 1963.
- Rodríguez Paniagua, Jose María. *Lecciones de Derecho natural como Introducción al Derecho, Servicio*. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1985.
- Sagues, Nestor Pedro. *La eficacia vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE UU y Argentina*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Chile, 2006.
- Santofimio, Alberto. *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo*. 2015.
<https://www.researchgate.net/publication/262481240>
- Tarufo, Michelle. “Precedente y jurisprudencia”. *Revista Jurídica*.
- Tribunal Constitucional de España. *Sentencia 71/1982; Sentencia 27-1981*.
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia No. 1124-2002- AA/TC*, Perú, 2002.
- Universidad Autónoma de México. “Historia del derecho inglés”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. Accedido 11 de mayo del 2015.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/37>.