

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría Profesional en Derecho Constitucional

**Carácter y alcance del cambio de precedente constitucional en las  
sentencias manipulativas**

**Caso del apremio personal en alimentos**

Jessika Larisa Benavides Martínez

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	<b>Reconocimiento de créditos de la obra</b> No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia



## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, Jessika Larisa Benavides Martínez, autor de la tesis intitulada “Carácter y alcance del cambio de precedente constitucional en las sentencias manipulativas. Caso del apremio personal en alimentos.” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar-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 le haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u 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 en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 10 de diciembre de 2021

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

El presente trabajo aborda la necesidad de analizar el cambio de precedentes jurisprudenciales enfocándonos particularmente en las sentencias manipulativas que declaran la constitucionalidad condicionada de una norma. Procesalmente el cambio de precedente va enfocado hacia las sentencias que se entienden como la cosa juzgada, y que sirven como precedentes jurisprudenciales para casos similares; la cosa juzgada constitucional es sui generis, es decir que no se da en todos los casos, por cuanto sus requisitos son distintos a una cosa juzgada de justicia ordinaria, es decir no existe cosa juzgada material en materia constitucional por el efecto de la elasticidad y evolución del derecho Constitucional.

Existir un sin número de sentencias manipulativas, las cuales al momento de aplicarlas no dan el resultado deseado, con es el caso de la sentencia 012-17-SIN-CC, que sus efectos han causado grandes perjuicios al interés superior del niño, pues el cobro para el pago de alimentos es más largo, y permite que el alimentante evada su responsabilidad.

La solución de muchas de las sentencias manipulativas dictadas por la Corte Constitucional Ecuatoriana es declarar la constitucionalidad condicionada hasta que la Asamblea Nacional regule dicha norma, lo cual, podrían pasar varios años, y la Asamblea no resolverá, de igual forma la Corte Interamericana no podría ser una solución por cuanto el periodo en resolver es de 5 a 7 años, por lo que se convierten en vías ineficaces, quedando así la Corte Constitucional como único órgano que puede atender de una manera rápida esta necesidad, en especial si se ven afectados el contenido esencial de los derechos, siendo indispensable realizar un estudio y análisis para solucionar dicho problema

Causa gran dificultad entender la necesidad de volver abrir una causa que en teoría ya se encuentra como cosa juzgada en materia constitucional y que constituye precedente, pero dicha sentencia está quebrantando lo que se denominaría el derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional emite fallos que a nivel judicial ponen fin a todo proceso, siendo de mucha responsabilidad la decisión que se tome, es decir sus sentencias no deberían causar efectos que acarreen injusticia y por ende sean inaplicables. Es por ello que es importante que se aplique los mecanismos de control de la sociedad civil, para que la Corte a través de este tipo de acciones pueda rever sus sentencias de ser el caso, siguiendo los parámetros de motivación adecuados.



## **Dedicatoria**

A Dios por siempre cuidarme y guiarme en todas mis decisiones.

A mi amado esposo Alejandro por su amor y apoyo incondicional en cada uno de mis sueños.

A mi hijo Joaquín que es el regalo más grande que Dios y la vida me ha dado.

A mi compañero fiel Jack, mi mejor amigo.

A mis padres Marcelo y Rosalba por los valores y la vida maravillosa que me han dado.



## **Agradecimientos**

Un agradecimiento especial a mi director de tesis. PhD. Cristian Mazapanta Gallegos, por su apoyo y aporte académico en el desarrollo de esta investigación, por su don de gente, su sencillez y humildad al compartir su conocimiento con mi persona y con todos quienes fuimos sus estudiantes.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, por darme la oportunidad de ser parte de sus aulas como estudiante, y permitirme generar opinión a través de la academia en temas sociales que son de gran relevancia nacional e internacional.



## Tabla de Contenidos

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis .....	3
Resumen .....	5
Dedicatoria.....	7
Agradecimientos .....	9
Introducción.....	13
Capítulo Uno .....	15
Cambio de precedente constitucional .....	15
1. ¿Qué es un precedente? .....	17
2. La estructura de los precedentes .....	21
3. La evolución de los Precedentes Judiciales existentes (escuela anglosajona como germánico romanas) .....	25
4. El sistema del common law .....	30
5. Características del precedente constitucional en la realidad ecuatoriana .....	34
6. El cambio de los precedentes constitucionales.....	41
7. Cambio de precedente en el derecho comparando. (Colombia).....	47
Capítulo Dos .....	53
Parámetros relevantes para el cambio de líneas jurisprudenciales en sentencias manipulativas.....	53
1.Sentencias manipulativas.....	58
2. Lineamientos a considerar para efectuar cambios de precedentes constitucionales en el Ecuador.....	59
3.Cambio de precedente en el derecho comparando. (Colombia).....	67
Capítulo Tres .....	74
Relación entre precedente y las sentencias manipulativas .....	74
1. Análisis del contenido principal de la sentencia vs el contenido fáctico de los efectos de la sentencia.....	77
2. Test de Igualdad.....	85
3. Desagregación de derechos. ....	88

Análisis sobre la argumentación de la sentencia .....	96
4. Procedencia de una acción social para el cambio de precedente de la sentencia 012-17-SIN-CC .....	99
Conclusiones.....	108
Bibliografía.....	110

## Introducción

La Corte Constitucional ha sido legitimada por el mismo constituyente para ejercer las funciones de máximo intérprete dentro de los propios límites que la Constitución se estable

Sin embargo, siempre el tema se ha centrado en el hecho de que la Corte Constitucional podría de alguna manera tomarse funciones del legislativo en relación con el contenido de las normas infraconstitucionales y el posible rebasamiento de los límites de la Constitución.

En este contexto la Corte Constitucional indefectiblemente se ha propiciado como un legislador positivo, manipulando en contenido de ciertas normas legales. La discusión se centra en el hecho sobre la procedibilidad en la actuación de la Corte de manera unilateral y directa a fin de modular una disposición a fin de garantizar la satisfacción de los derechos constitucionales y evitar la lenta intervención del legislativo.

Entonces, esta investigación pretende evidenciar la importancia y necesidad de la intervención de la Corte en los términos antes precisados, es decir actuar mediante sentencias modulativas, sin embargo no se desconoce tampoco el hecho que los límites constitucionales muchas de las veces son superados.

Es innegable que la Corte Constitucional ya no actúa solamente a fin de determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de ciertas leyes, sino que entra a subsanar los problemas jurídicos en razón de la premura en solventar problemas, llenar vacíos, en este sentido el poder de este super órgano se encuentra debidamente legitimado por el legislador constituyente determinando que la Corte toma decisiones jurídicas y que necesariamente, por sanidad del Estado y del Derecho, debe mantenerse abstraída de la política pública



## Capítulo Uno

### Cambio de precedente constitucional

Las nuevas transformaciones jurídicas que se han impregnado de los postulados del neoconstitucionalismo<sup>1</sup>, han reconocido, cada vez con mayor determinación, la necesidad de dotar a los ordenamientos jurídicos de nuevas fuentes del derecho, en algunos casos, y en otros de reforzar o realzar las instituciones previamente existentes bajo el nuevo paradigma de derechos constitucionales generadas de la promulgación de la Constitución del 2008.

Bien lo afirma Ramiro Ávila Santamaría, cuando señala que, el constitucionalismo democrático actual ha creado una suerte de “fenómeno”<sup>2</sup> “nuevo en Latinoamérica”<sup>3</sup> mediante la instauración de la “jurisprudencia constitucional como fuente de normas”<sup>4</sup>; así, la interpretación de las normas constitucionales no solamente que desarrollarán el contenido de los derechos o principios que la engloben, sino que, también, a través de la Corte Constitucional se crearán verdaderos precedentes de carácter general y obligatorio.

Tal revolucionario postulado implica cambiar totalmente las reglas del juego propias del positivismo clásico, por medio de la cual “la reina”<sup>5</sup> de la fuente de derecho era la Ley, la misma que marcaba el inicio y el final de toda la actividad judicial y aquello que se encontraba fuera de sus límites, simplemente no era relevante para el derecho como tal. En consecuencia, el nuevo replanteamiento que incorpora el neoconstitucionalismo genera importantes consecuencias en todo el sistema jurídico ecuatoriano.

Probablemente, la consecuencia más notoria implica la ruptura del modelo legalista, dejando de lado la primacía de la ley como fuente magnánima del derecho, y la transición hacia un modelo más plural, mediante la creación de precedentes generales y obligatorios,

---

<sup>1</sup> El neoconstitucionalismo es una corriente de derecho que promueve cambios en la concepción y formal del derecho, la misma que tiene ciertos componentes tal como la progresiva constitucionalización de los derechos fundamentales, la rigidez de la Constitución a la arbitrariedad de los parlamentarios, la constitución como norma jurídica directamente aplicable y el mayor protagonismo judicial véase Ramiro Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo Transformador*, (Quito: Ediciones Abya- Yala, 2011) pág. 54

<sup>2</sup> Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías ensayos críticos* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del derecho Constitucional, 2011) pág. 233.

<sup>3</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>4</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>5</sup> Cfr, Ibidem.

expedidos particularmente a través de las cortes constitucionales en la promoción y protección de los derechos de rango constitucional.

Esta prerrogativa se encuentra claramente plasmada dentro de nuestro texto constitucional, dentro de su artículo 436 numeral 1 que señala:

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.

Al reconocerse el carácter vinculante de las decisiones emanadas por parte de la Corte Constitucional se colige, en consecuencia, la obligatoriedad de los precedentes constitucionales emanadas por el máximo órgano de cierre en materia constitucional, bajo ciertos parámetros (los cuales hasta el presente aún no han sido expresamente definidos). Ahora bien, la pregunta que se deriva de esta afirmación es la siguiente: ¿acaso todas las sentencias constituyen precedentes?, ¿Cuál es el criterio diferenciador entre una jurisprudencia (clásica del derecho positivista) y el precedente?, ¿Cuáles son los parámetros para la creación de líneas de precedentes?, ¿cuál es la diferencia entre un precedente constitucional y un precedente judicial? tales interrogantes que se derivan de este nuevo modelo serán analizadas en el presente capítulo.

Por lo pronto, destacaremos la trascendencia de los precedentes constitucionales dentro del nuevo sistema jurídico ecuatoriano, bajo la redefinición de las fuentes de derecho en el quehacer judicial, esta nueva naturaleza jurídica en la jurisprudencia dentro de la materia constitucional redefinirá las situaciones concretas de hecho mediante la utilización de criterios innovadores, así como el cabal cumplimiento que estas deban seguirse por parte de los operadores y usuarios de justicia.

En consecuencia, dentro de este capítulo se abordará los elementos que conforman a los precedentes, es decir, las razones para decidir, y como su producción se unifica en la jurisprudencia constitucional para la observancia y cumplimiento por parte de los operadores de justicia, quienes, no solamente deberán invocar la ley como norma suprema

de creación de derecho, sino que, y además, por efecto del nuevo modelo constitucional ecuatoriano implementado, deberán proferir sus resoluciones posteriores mediante la construcción de decisiones pasadas análogas con efectos vinculantes.

### **1. ¿Qué es un precedente?**

La progresiva especialización del derecho ha supuesto el florecimiento y desarrollo de las diferentes ramas jurídicas, particularmente la constitucional, y la procesal constitucional, no obstante, y como consecuencia de este se ha advertido la existencia de superposiciones o duplicidad de instituciones anteriormente exclusivas de una rama específica del saber jurídico.

Sin lugar a duda, la constitucionalización de los derechos, así como la creación de cortes constitucionales, dotadas de prerrogativas jurisdiccionales, ha procurado “revitalizar el Precedente Judicial”<sup>6</sup> con base a sucesivos y concurrentes pronunciamientos tanto funcionales como obligatorios, inicialmente para casos análogos, y posteriormente reconocida su importancia para todo el ordenamiento jurídico inclusive.

Se dice que el precedente judicial clásico constituye (para los sistemas que lo han adoptado con mayor protagonismo), una manifestación de la “seguridad y permanencia del espíritu jurídico en las decisiones del ser humano (...) con ánimo de fortalecer la solidaridad y la convivencia de la sociedad”<sup>7</sup>, tal concepción de estabilidad y previsibilidad en las decisiones judiciales no tuvo una importante acogida dentro de nuestro sistema jurídico de antaño.

Así pues, y sin ser ajenos con los sistemas jurídicos comparados de nuestra región, y desde los inicios mismos de la época republicana, la ley fue considerada como la única garantía de seguridad y control de las arbitrariedades que podrían derivarse en el quehacer jurídico por parte de los jueces. En consecuencia, la resolución de casos judiciales tenía casi en su totalidad, un componente de legalidad, siendo relegado los precedentes jurisprudenciales a un plano similar o inferior al de la doctrina, a pesar de haber sido

---

<sup>6</sup> Álvaro Aguilar Ángel, “El precedente Judicial”.

<<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851207.pdf>>, (Acceso 10 de octubre del 2019).

<sup>7</sup> Ibidem.

reconocido, incluso en aquellos tiempos, como una fuente de derecho, aunque de segunda categoría.

Ya dentro de esta primera fase, nuestro ordenamiento jurídico gozaba de claridad respecto de lo que implicaba los precedentes jurisprudenciales, así como su conformación, Así la ex Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, señalaba que:

La transformación de la función del tribunal otorga un nuevo significado a la idea de <<uniformidad>>. El problema ya no está en declarar el sentido exacto de la ley para propiciar la <<uniformidad de las decisiones>> de los tribunales ordinarios, sino que se busca, mediante la voz de la corte suprema, el <<sentido y la unidad del derecho>> (...) La decisión del tribunal, al definir la interpretación, no elabora un parámetro- únicamente-para el control de la legalidad de las decisiones, sino que erige un criterio de decisión, verdadero modo de ser del derecho o el propio derecho en un determinado contexto histórico.<sup>8</sup>

Lo transcrito da cuenta del contexto clásico legalista imperante; así, los precedentes jurisprudenciales tienen una posición uniformadora dentro del Estado de Derecho, mediante la “interpretación uniforme del derecho”<sup>9</sup>, situación que se lograba, a su criterio a través de la “individualización de la ley al caso”<sup>10</sup>, en vista de lo anterior, si bien dentro del estado de derecho previo, los tribunales supremos generaban precedentes jurisprudenciales, no obstante, los mismos carecían de esa fuerza vinculante propia de esta institución.

Dentro del Estado de Derecho, la jurisprudencia como fuente de derecho tenía una función meramente “correctora” de la ley, ello claramente permite inferir la importancia de la ley dentro del sistema legalista pasado, relegando, por otra parte, la gran riqueza y producción jurisprudencial a una limitada función de control de la “legalidad” de las decisiones judiciales. Esta desnaturalización claramente identificada previo a la implementación del sistema constitucional de derechos y justicia, en cierta forma ha sido

---

<sup>8</sup> Corte Nacional de Justicia del Ecuador, “Boletín Institucional No. 32”

<<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/binstitucional/boletincnj032.pdf>>, (Acceso: 19 de octubre del 2019).

<sup>9</sup> Cfr., Ibidem

<sup>10</sup> Cfr, Ibidem.

corregida a través del reconocimiento y promoción de los precedentes constitucionales obligatorios.

Por esta razón resulta oportuno, analizar el concepto de precedente jurisprudencial, y su relación con la jurisprudencia, conceptos que revisten de trascendental importancia durante el desarrollo de toda la presente investigación. Para ello analizaremos varios conceptos esgrimidos por parte de juristas y organismos judiciales.

Un primer concepto clásico de precedente jurisprudencial es el señalado por Blackstone quien en 1765 definía a esta institución propia del *comon law*, de la siguiente forma:

Es regla establecida la de someterse a los precedentes cuando puntos ya juzgados vuelvan de nuevo ante los jueces. Es preciso, en efecto, que la balanza de la justicia sea firmemente sostenida y estable, no sujeta a variación según de la opinión de cada nuevo juez. Además, cuando un punto de derecho ha sido maduramente decidido y declarado, lo que antes era incierto e incluso, quizá, no estaba previsto por el derecho, se convierte en regla permanente que ya no puede ser modificada o alterada por el juez conforme a sus sentimientos.<sup>11</sup>

Y añade:

(...) los precedentes y las reglas deben ser seguidos a menos que sean netamente absurdos e injustos: porque, aunque su razón pueda no ser aparente a primera vista, debemos a quienes nos han precedido la deferencia suficiente de no suponer que han resuelto sin razón.<sup>12</sup>

Así, para este sistema, el potencial de las sentencias es inconmensurable, toda vez que, a criterio de Blackstone los precedentes no son estáticos, sino que, al contrario, maduran a través de las experiencias y casos particulares a fin de convertirse en una verdadera regla que dote a los ciudadanos de estabilidad en las decisiones judiciales, las mismas que, deberán responder a criterios objetivos y razonables.

---

<sup>11</sup> William Blackstone citado por Alejandro Olano García en *Del precedente constitucional al nuevo precedente contencioso administrativo* (Santiago: Revista Estudios Constitucionales No. 2, Volumen 9, 2011) págs. 395-428.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional del Perú, reconoce esa cualidad de obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales en materia constitucional al punto de asimilarla como una ley, al respecto el órgano colegiado ha señalado que:

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tales efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.<sup>13</sup>

Cabe destacar de lo recopilado en líneas anteriores que, el Tribunal Constitucional peruano al asimilar los efectos de los precedentes a los que se derivan de una ley, gozarían, por consiguiente, de una potestad coercitiva, algo que, como vimos previamente carecía la jurisprudencia ordinaria, la misma que poseía una naturaleza correctora para nuestra Ex Corte Suprema de Justicia.

Por lo antes expuesto queda claro que un precedente es un dictamen vinculante y obligatorio, dictado por la máxima instancia de interpretación constitucional, cuyo contenido nace de un caso particular que influye en casos presentes y futuros, los cuales pueden ser similares, homogéneos, y cuya finalidad es la de garantizar la progresividad de los derechos afín de poder ejercer el derecho a la seguridad jurídica.

---

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional del Perú, “Sentencia No. 0024-2003-AI/TC”, < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>>, (Acceso: 19 de octubre del 2019).

Estos criterios, que hemos destacado, son uniformes en el tiempo, servirán para guiar, encaminar, o sustentar casos futuros o presentes, lo que, consideramos, permitirá desarrollar una previsibilidad en la resolución de los jueces de forma inmediata, y, de forma mediata permitirá evitar la arbitrariedad o al menos reducirla de forma importante. Estas razones de características vinculantes, uniformes, coherentes, y en definitiva obligatorias son la esencia misma del precedente judicial.

## 2. La estructura de los precedentes

Hemos establecido previamente la naturaleza jurídica de los precedentes judiciales, habiéndose señalado inclusive que este constituye una construcción progresiva de uno o varios fallos cuyos razonamientos guardan relevancia por poseer características de obligatoriedad y vinculación, sin embargo, ¿acaso el precedente constituye todo el componente de uno o unos determinados fallos?, o en su defecto ¿Qué parte de un fallo constituye el razonamiento exigible y vinculante a ser tratado en casos presentes o futuros?

Una primera aproximación a estas interrogantes se relaciona con la determinación de lo que se debe considerar como el precedente, es decir, al razonamiento o conjunto de razonamientos constantes en una sentencia con fuerza obligatoria y vinculante para otros casos similares.

Para ello es importante señalar que, dentro de una sentencia, por regla general encontraremos dos elementos a saber: 1) la *ratio decidendi*, es decir, la regla de derecho creada por el juez y es el fundamento de la decisión sobre los hechos expuestos en el juicio y 2) la *Obiter dictum*, que comprende las afirmaciones, razonamientos que gravitan alrededor de la motivación de la sentencia, sin embargo, estos razonamientos no constituyen parte medular del fundamento directo de la decisión.<sup>14</sup> En referencia a ambos componentes, nuestra Corte Constitucional los ha definido de la siguiente forma:

En relación a la vinculatoriedad de las *obiter dicta* vale destacar que éstas constituyen todas aquellas reflexiones adelantadas por el juez al motivar su fallo, pero que no son necesarias a la decisión, por el contrario, la *ratio decidendi* comporta “... la parte medular y fundamento principal de una decisión o resolución adoptada por el juez, adquiriendo por ende el carácter de precedente y por tanto, la

---

<sup>14</sup> Ob. Cit, Michele Taruffo 2007. “Precedente y Jurisprudencia” pág. 91.

parte que obliga a su ejecución y cumplimiento, y sin la cual, una sentencia pierde o carece totalmente de sentido o lógica.<sup>15</sup>

En la teoría ambos componentes de la estructura de la sentencia aparecen nítidamente diferenciados y no requieren de un mayor análisis, denotándose que entre los dos existe una relación de complementariedad y soporte para el fundamento principal, sin embargo, en la praxis judicial, muchas veces ambos componentes no se muestran claramente diferenciados entre sí, “de allí que, encontrar las razones por las que se pueden comparar un caso anterior a uno por decidir puede generar diversas complicaciones, como, encontrar las razones para la decisión y diferenciarlas de las que solo sirvieron para complementarla”.<sup>16</sup>

Dentro de nuestros sistemas jurídicos legalistas, en los cuales la ley constituye el instrumento más certero para contrarrestar las potenciales arbitrariedades que puedan generar los operadores de justicia, la implementación del sistema de precedentes judiciales no ha estado exento de críticas, principalmente, por la carencia de reglas expresamente definidas que establezcan el marco de actuación de los jueces en la utilización de precedentes por ello “en las familias de origen en el *civil law*, (...) los jueces cumplen una labor predominantemente mecánica en la aplicación del derecho; es decir, una actividad cognoscitiva de comparación entre normas y hechos a partir de lo cual se infiere una conclusión”.<sup>17</sup>

Si bien dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la falta de aplicación o indebida aplicación de los precedentes jurisprudenciales obligatorios constituye una causal de casación, no obstante, esta siempre ha tenido un papel secundario, de excepción frente a la ley, en ese sentido si bien la jurisprudencia, es decir, el conjunto de precedentes jurisprudenciales obligatorios si formaba parte de nuestro sistema de fuente de derecho

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 250-16-SEP-CC Caso No.1441-14-EP

<sup>16</sup> Vladimir Bazante Pita, “El Precedente constitucional”

< <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434650/El+precedente+constitucional.pdf/abdaac0d-4f71-4103-a2d5-12ae6b708844>>, (Acceso: 19 de octubre del 2019).

<sup>17</sup> Pamela Juliana Aguirre, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”.

<<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434650/La+transformaci%C3%B3n+de+las+fuentes+del+ordenamiento+ecuatoriano.+El+precedente+constitucional.pdf/6b66b9a9-bae9-4b6f-9f7a-129cc958b010>> (Acceso: 26 de octubre del 2019).

legalista, sin embargo, la misma siempre se encontraba relegada a un campo más bien doctrinario o complementario, en el mejor de los casos.

Esta aclaración resulta oportuna por cuanto es dable reconocer que, respecto de la aplicación de los precedentes, no existen reglas claras, diferenciadas y uniformes sobre cual guarda mayor o menor conexidad con el problema jurídico presentado en cada caso, no obstante, ello no implica que los precedentes carezcan de fiabilidad dentro del nuevo modelo de administración de justicia, al contrario, permitirá a todos los protagonistas utilizar nuevas herramientas creativas en la resolución de casos, mediante una correcta argumentación y una delicada observación de los puntos en que confluye los precedentes o sus reglas para el problema jurídico a ser resuelto.

Por lo pronto, y en lo concerniente a la estructura de los precedentes jurisprudenciales existe acuerdo de los juristas en señalar que para poder dilucidar de mejor manera la *ratio decidendi* de los precedentes, debe aplicarse la formula del *stare decisis* “por la cual tiene que estar a lo decidido anteriormente, a las razones que se encuentren en la sentencia o sentencias pasadas para resolver casos presentes o futuros”.<sup>18</sup>

El termino *stare decisis* constituye una contracción del latinismo *stare decisis et quieta non moveré*, que en una traducción ordinaria significa: estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto<sup>19</sup>, esta regla, propia de los sistemas del common law, obliga a los juzgadores a ceñirse a los pronunciamientos previamente resueltos sobre casos análogos, creando, en definitiva, una regla de derecho plenamente exigible por las partes procesales.

De la misma forma, la regla del *stare decisis* también tiene dos dimensiones a saber, una vertical (que básicamente implica el seguimiento de las decisiones previamente establecidas por sus jerárquicos superiores) y una horizontal (enfocada al respeto de las decisiones de seguir sus propios precedentes previamente constituidos por su organismo), en ambos casos los precedentes son reglas, sin embargo, es más notorio y sancionable el

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Santiago Legarre, Julio Cesar Rivera, “Naturaleza y dimensiones del Stare Decisis” (Santiago, Revista Chilena de Derecho, Vol 33, No. 1) págs. 109-124.

incumplimiento del *stare decisis vertical*, ya que en aquellos casos y por la incoación del régimen de recursos aplicables, la sentencia de primer nivel podrá ser revocada o anulada.<sup>20</sup>

En el caso del *stare decisis horizontal*, la obligación de los jueces se vislumbra mediante la utilización de la analogía, así pues, dentro de su jurisdicción el juez o el organismo jurisdiccional debe conocer claramente los precedentes previamente instituidos tanto por sus antecesores como por los presentes, así y al comparar el precedente con el caso presentado en su judicatura, la analogía guarda un papel preponderante afín de advertir la existencia de similitudes o distinciones.<sup>21</sup>

Es dable reconocer que, la transición del Estado de Derecho en el cual imperó la fuerza de la ley como garantía de estabilidad, confianza y orden, hacia un estado Constitucional de Derechos y Justicia, por medio del cual se da primacía a los derechos constitucionalmente reconocidos mediante la correcta argumentación y empleo de las garantías dispuestas a su cargo, constituye por si misma un cambio revolucionario de paradigma jamás antes visto dentro de nuestra historia judicial como tal.

En la lógica de la nueva estructura del Estado Constitucional, los precedentes jurisprudenciales, primordialmente los emitidos por parte del máximo órgano de cierre en materia constitucional, gozan de una privilegiada importancia, ello derivado de la naturaleza y diseño que la Constitución otorga a los operadores de justicia. De allí que:

(...) la Constitución suministra razones justificatorias, mas no de acción, lo que evidentemente impone ejercicios de argumentación por cuyo intermedio se construye un balance entre los derechos para llegar a soluciones racionales cuando existe colisión de derechos en los casos concretos (...) ese proceso de constitucionalización obliga a los operadores de justicia a enfrentarse a nuevas realidades, (...) que terminan ligando la aplicación directa de la Constitución al reconocimiento de otras formas de producción jurídica no legislativa, como es el caso de la jurisprudencia.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>21</sup> Cfr, Ibidem

<sup>22</sup> Ob. Cit, Pamela Juliana Aguirre, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”, pág. 131.

Ciertamente, dentro de la nueva estructura constitucional, el sistema jurídico no puede mantener una posición aislada del contexto social y/o cultural que lo envuelve, a diferencia de lo que se pensaba previamente del rol del juez como un ente extraño y hasta cierto punto mecánico encargado de única y exclusivamente de expedir leyes individuales a través de leyes generales; en cambio, en el nuevo modelo constitucional de derechos, tanto el juez como el sistema jurídico en general debe empaparse del contexto social que lo vincula, siendo su argumentación su principal arma frente a la legitimidad de sus resoluciones.

En consecuencia, los precedentes jurisprudenciales toman una función, hasta cierto punto legitimadora en el quehacer jurídico, derivado de la vinculatoriedad de la Constitución como norma de directa e inmediata aplicación cuyo límite responderá a las condiciones culturales y sociales que impregnen a los operadores de justicia, esta concepción claramente responde a la progresiva adopción y apropiación del sistema del *comon law*, bajo su sistema de precedentes jurisprudenciales que dota un mayor protagonismo a la actividad del juez, en ese sentido resulta oportuno proceder a analizar brevemente el surgimiento del sistema *comon law* en comparación con el sistema del *civil law*.

### **3. La evolución de los Precedentes Judiciales existentes (escuela anglosajona como germánico romanas)**

Cuando se analiza las principales diferencias entre las familias jurídicas del *civil law* y el *common law*, se suele asociar generalmente a su modelo procedimental, así en el primer caso, el procedimiento se centra en la escritura de las actuaciones procesales, mientras que el segundo corresponde a la oralidad para el juzgamiento de los casos.<sup>23</sup>

Sin embargo, hasta hace muy poco tiempo, no se ahondaba otra diferencia sustancial en la forma de administrar justicia, esto es, la aplicación o no de la jurisprudencia o la ley o regla abstracta a un contexto específico. Sobre el mecanismo en que los jueces administran justicia también existe una principal y notoria diferencia tanto en el modelo del *civil law* como en su contraparte el *common law*.

---

<sup>23</sup> Michelle Taruffo, "El proceso civil de "civil law: Aspectos fundamentales.  
< [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004)>, (Acceso: 26 de octubre del 2019).

A breves rasgos, el modelo del *common law*, a través de su sistema de precedentes jurisprudenciales se muestra respetuoso de las decisiones previas, concordantes y análogas emitidas por jueces previos, a fin de garantizar previsibilidad a las partes cuyo caso específico tendrá, como consecuencia de pronunciamientos previos, una resolución en derecho.

Cada uno de estos sistemas, como vimos, han tenido sus aciertos y sus críticas, sin embargo, lo que si resulta importante para esta investigación radica en la notoria transición y adopción que se ha dado hacia la aplicación cada vez más necesaria de los precedentes jurisprudenciales dentro del quehacer jurídico del *civil law*, en ese sentido, ¿Cuáles son las razones que han motivado la adopción de los precedentes jurisprudenciales? Y más importante aún ¿Cuál es la historia que subyace entre uno y otro modelo? Dichas interrogantes son el sustento del presente párrafo.

### ***El sistema del Civil Law***

El sistema del *civil law*, tiene su génesis en el derecho romano, el mismo que posteriormente fue replicado, dentro del continente europeo y finalmente exportado hacia Latinoamérica como influjo de la época colonial; teniendo como “fuente primigenia (...) el derecho codificado, y en consecuencia el método de aplicación [de] (...) la subsunción”.<sup>24</sup>

Particularmente, los orígenes del sistema del *civil law*, se pueden rastrear en el derecho romano clásico en las bien conocidas Ley de las XII Tablas que datan de mediados del siglo V antes de cristo (495 a.c.), las cuales constituyen el primer conjunto de normas escritas que contenían, a detalle, los procedimientos particulares sobre temas de derecho privado, criminal y procesal inclusive, así se sabe que, una o dos tablas se especializaban en determinar una materia específica, a saber:

Las Tablas I a III aludían al procedimiento, especialmente el de las *legis actionis*; las Tablas IV y V al derecho de familia y sucesorio: las Tablas VI y VII a las obligaciones y a derechos reales; las Tablas VIII y IX al derecho criminal; la Tabla

---

<sup>24</sup> Ob. Cit, Pamela Juliana Aguirre, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”, pág. 18.

X trata del derecho sacro y de los funerales; finalmente las Tablas XI y XII contenían normas de Derecho criminal y civil.<sup>25</sup>

La formalización de estas costumbres en un conjunto de normas escritas significó propiamente el nacimiento y florecimiento del *civil law* mismo que subsistió incluso después de la caída del imperio romano de occidente, así el, emperador Bizantino Justiniano el Grande en el siglo V después de cristo, ordenó a una comisión especializada la labor de recuperar el derecho escrito del extinto imperio romano de occidente mismo que sería aplicado nuevamente dentro del territorio de su imperio. El resultado de este trabajo fue la promulgación del *Corpus Iuris Civilis*, la obra que permitió resurgir nuevamente al *civil law*.<sup>26</sup>

Por varios siglos el sistema del *civil law*, rigió casi sin mayores modificaciones dentro del Imperio Bizantino, sin embargo, con la destrucción del mismo en el año de 1456, nuevamente corrió el riesgo de desaparecer hasta que, por iniciativa del emperador francés Napoleón Bonaparte fue recopilado a través de un macro código titulado Código Napoleónico del pueblo Francés en 1804 que incorporó algunos postulados del *corpus iuris civilis*, como la tradición romana germánica que se había desarrollado una vez producida la caída del Imperio Romano de occidente a manos de las tribus germanas.<sup>27</sup>

Paradójicamente la introducción del Código Napoleónico dentro del sistema jurídico francés y posteriormente transmitido a toda Europa como consecuencia de las invasiones del ejército francés, reforzó fuertemente la idea de seguridad jurídica mediante la ciega aplicación de la ley. Así por ejemplo el artículo 5 del referido Código Napoleónico indicaba:

Se prohíbe a los jueces fallar en las causas que se sujetan a su decisión por vía de disposición general y reglamentaria.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Mariana Moranchel Pocaterra “Compendio de Derecho Romano” <[http://www.cua.uam.mx/pdfs/revistas\\_electronicas/libroselectronicos/2017/Compendio/CompendiodeDerechoInteractivo.pdf](http://www.cua.uam.mx/pdfs/revistas_electronicas/libroselectronicos/2017/Compendio/CompendiodeDerechoInteractivo.pdf)>, (Acceso: 26 de octubre del 2019).

<sup>26</sup> Ob. Cít, Pamela Juliana Aguirre, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”, pág. 26-30

<sup>27</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>28</sup> “Código Napoleón: con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo” <<http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>>, (Acceso 26 de octubre del 2019):

De allí que, los jueces solo podían justificar sus decisiones única y exclusivamente en base a disposiciones legales que previamente fuesen establecidas para el caso en concreto, de la misma forma, el Código Napoleónico establece una sanción al juez que “se niegue a dar sentencia a pretexto del silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley”<sup>29</sup> pudiendo inclusive ser acusado como “reo de denegación de justicia”.<sup>30</sup> Lo cual demuestra claramente que la sentencia se encontraba ligada necesariamente a la aplicación de una ley específica para su resolución.

El Código Napoleónico se impuso en España cuando fue invadido por parte de Napoleón en 1808 y posteriormente exportado a Latinoamérica. A mediados del siglo XIX y mientras las colonias españolas en América Latina empezaban sus procesos de independencia, se buscó la necesidad de establecer un régimen jurídico propio y diferente del sistema jurídico de la monarquía española, particularmente en lo que correspondía al régimen civil de cada nación.<sup>31</sup>

Así el Código Napoleónico tuvo su protagonismo dentro de Chile, una de las primeras republicas independizadas del imperio español a través de la Comisión de Legislación en la cual participó el jurista Don Andrés Bello a quien se le atribuye la laboriosa tarea de adaptar el *codex* francés a la Republica de Chile, a través de su propio Código Civil publicado en 1853 en el cual, igualmente, se recopila las principales instituciones jurídicas así como los procedimientos de enjuiciamiento, principalmente en materia civil.<sup>32</sup>

No obstante, quien definiría la noción actual con la que asociamos el positivismo jurídico con el sistema del *civil law*, la obtendríamos con la bien conocida obra de Hans Kelsen: Teoría Pura del Derecho, publicada en 1934, la misma que marcaría el inicio del positivismo jurídico y posicionaría a la norma legal como la regulación de todas las conductas susceptibles o no de una determinada responsabilidad jurídica.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Cfr, Id.

<sup>30</sup> Cfr, Id.

<sup>31</sup> *libem*.

<sup>32</sup> Cfr, Hernán Alejandro Olano, “Andrés Bello, el jurista de las Américas” (Chia, Colombia: Dikiakon, Núm. 16, Año 21, 2007) págs.: 67-73.

<sup>33</sup> Cfr, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (México: Editorial Porrúa, 16ta edición, 2009), págs. 129- 137.

Esencialmente, dentro de la teoría pura del derecho, se destaca la noción de la obligación jurídica, definida esta como aquella conducta a la que un individuo se encuentra obligado por la norma a producirla, so pena de que, sobre sí, se imponga una sanción frente a su incumplimiento, sanción que, huelga señalar, se encuentra estatuida por la norma, pudiendo ser esta tanto de carácter individual como general.<sup>34</sup>

Por otra parte, en lo atinente a los precedentes jurisprudenciales, Kelsen los define como un derecho creado por los Tribunales a los cuales, si bien no les resta valor, no obstante, las normas al haber sido creadas por un órgano democrático que dota de validez a las normas producidas (las mismas que inclusive se someten a un proceso de existencia y validez), estas poseen mayor preponderancia por revestir de un grado de legitimidad. En otras palabras:

Debido a que las normas jurídicas que son prescripciones ocupan un lugar especial en el orden jurídico, la letra de la ley que conforma una disposición normativa, un artículo, o un inciso, deben guardar una estructura lógica, ser coherente, para evitar falsas interpretaciones.<sup>35</sup>

Ahora bien en lo que respecta a la jurisprudencia, para el sistema *del civil law*, a esta se le asigna una relación de causa efecto, ya que, según la teoría pura del derecho, los jueces al proferir sentencias o resoluciones dictan, en sí mismo, una norma individual de carácter interpartes, estas sentencias, posteriormente, y en caso de guardar similitud en el fondo de la controversia podrían convertirse en precedentes jurisprudenciales, los mismos que, en definitiva, nacen de la interpretación de disposiciones tanto constitucionales como legales.<sup>36</sup>

En consecuencia, para el sistema del *civil law*, la jurisprudencia, entendida esta como el conjunto de precedentes jurisprudenciales obligatorios, no son otra cosa más que la consecuencia lógica que los jueces realizan al momento de interpretar las propias disposiciones normativas previamente establecidas en la ley.

---

<sup>34</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>35</sup> Ob. Cit, Vladimir Bazante Pita, “El Precedente constitucional” págs. 25-30.

<sup>36</sup> Ibidem.

Una vez delineado los antecedentes históricos, así como el contenido y alcance que tiene el *civil law*, corresponde analizar, en consecuencia, el sistema del *common law* y su influencia actual, con especial ocasión de la introducción del sistema constitucional.

#### 4. El sistema del common law

En contraposición con el modelo del *civil law*, se desarrolló en los territorios anglosajones, inicialmente, un sistema jurídico paralelo la misma que se la asocia al actual Reino Unido y posteriormente traspolado a sus colonias en la época del imperio británico, en los territorios actuales de los Estados Unidos, Australia, el sudeste asiático y parte del continente africano inclusive.

Un precedente refleja “la constancia de una decisión política previa; el hecho mismo de esta decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro”.<sup>37</sup> Tales decisiones claramente reconocen a favor del juez un mayor rol protagónico en la toma de sus decisiones, sin que se lo limite o se imponga restricciones tal como sucede con el modelo del *civil law*.

Los orígenes de los sistemas de precedentes propios del *common law* se remontan a Inglaterra, la misma que, posteriormente a la caída del imperio romano de occidente, en el siglo V después de cristo, retomó la aplicación de la costumbre como fuente de derecho (la misma que era utilizada por los celtas, antes de la conquista del Imperio Romano, inclusive). Así cada reino, de forma dispersa, retomó sus prácticas jurídicas ancestrales sin una oportuna unificación.<sup>38</sup>

A través de la recopilación de la costumbre como fuente de derecho, así como la creación de tribunales reales encargados de resolver casos bajo las normas creadas por los mismos organismos, se evidenció una producción progresiva de sentencias y/o resoluciones que fueron posteriormente recopiladas, organizadas y aplicadas nuevamente conforme la similitud de los nuevos casos que surgían, es así que ya en aquellos tiempos se habían

---

<sup>37</sup> Ronald Dworking, *El imperio de la Justicia*, (Barcelona: España, Planeta de Agostini, 1992) págs.185-186.

<sup>38</sup> Marta Morineau, “Introducción al sistema de common law”.

<[https://www.academia.edu/8872772/INTRODUCCI%C3%93N\\_AL\\_SISTEMA\\_DE\\_COMMON\\_LAW](https://www.academia.edu/8872772/INTRODUCCI%C3%93N_AL_SISTEMA_DE_COMMON_LAW)>, (Acceso: 27 de octubre del 2019).

establecido formatos para los litigantes quienes solo “debían completar con los datos particulares del caso, a estos formatos se les llamó “formas de acción”.<sup>39</sup>

Sin embargo, en este primer momento no existió una noción de vinculatoriedad del precedente tal como lo conocemos hoy en día; no obstante, si se puede establecer que los referidos formatos recreaban experiencias pasadas de los jueces quienes trataban de guiar ciertas demandas hacia aquellos presupuestos que consideraban, se ajustaba lo más posible al caso concreto.

La doctrina ha sido unánime en señalar que, la regla del *stare decisis* nace a través de William Blackstone en 1769 en su libro *Commentaries*, obra a través de la cual señalaría como:

(...) una regla establecida (*established rule*) la de atenerse a los presentes anteriores cuando los mismos puntos se presentan nuevamente en litigio; para mantener la balanza de la justicia firme y estable, y no sujeta a variación con la opinión de cada nuevo juez; y también porque el derecho solemnemente declarado y determinado en ese caso, y que antes era incierto o quizás indiferente, se ha convertido ahora en una *permanente rule* que no puede ser alterada o modificada por ningún juez posterior de acuerdo con sus sentimientos privados, (...) el no ha sido comisionado para pronunciar un derecho nuevo, sino para conservar y exponer el viejo.<sup>40</sup>

Por tal consideración se puede hablar propiamente de que, solamente a partir del siglo XVIII existe la obligatoriedad del precedente a través de la formula del *stare decisis*, “ya sea que [el precedente] haya sido dictado el año anterior o hace un siglo, e incluso si la regla que establece ahora parece inapropiada debido a circunstancias sociales cambiantes o por algún otro motivo”,<sup>41</sup> ello por cuanto “el precedente obliga”.<sup>42</sup>

En ese contexto, se suele decir que, dentro de los sistemas del *common law*, el término adecuado al referirse a los pronunciamientos previos aplicables para un caso concreto debe denominarse precedentes, mientras que, para el sistema del *civil law* que

---

<sup>39</sup> Ibidem

<sup>40</sup> William Blackstone citado por Eduardo Soderó, en “Sobre el cambio de los precedentes” < [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182004000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008)>, (Acceso: 27 de octubre del 2019).

<sup>41</sup> Ob. Cit, Santiago Legarre, Julio Cesar Rivera, “Naturaleza y dimensiones del Stare Decisis”, pág. 110.

<sup>42</sup> Ob. Cit, Santiago Legarre, Julio Cesar Rivera, “Naturaleza y dimensiones del Stare Decisis”, pág. 111-112.

progresivamente ha pretendido instaurar este modelo (bajo sus propias reglas), el término aplicable sería el de jurisprudencia.<sup>43</sup>

Ahora bien, y una vez que hemos analizado el origen y la evolución de los precedentes jurisprudenciales, resulta oportuno señalar el alcance que el mismo ha tenido por parte de los Estados Unidos de América, la misma que, al ser una ex colonia del imperio británico no solamente que adoptó la aplicación del *common law* de su metrópoli, sino que adicionalmente lo reforzó a través de la Constitución de lo Estados Unidos, las normas federales expedidas por parte del Congreso Estadounidense y sobre la base de los precedentes jurisprudenciales.<sup>44</sup>

De la misma forma, tal como sucede en Inglaterra, la Constitución de los Estados Unidos reconoce que, bajo ciertas condiciones dadas, los jueces deben seguir las reglas de derecho que han sido previamente elaboradas por parte de otros jueces en casos análogos, no obstante, la principal diferencia entre el sistema inglés y su par norteamericano es la forma de organización administrativa federativa y jerarquizada de los Estados Unidos de América.<sup>45</sup>

En efecto al ser una entidad federativa, el sistema judicial norteamericano convive con cada una de las respectivas entidades federativas (o locales) y sus correspondientes jurisdicciones federales propias, en consecuencia, y en lo relativo a los precedentes jurisprudenciales, de conformidad con el principio soberano de las entidades federativas,

---

<sup>43</sup> Así lo señala Santiago Legarre y Julio Cesar Rivera al señalar que: “En este contexto, pensamos que la palabra “precedente” debería reservarse para el common law, pues en sentido estricto preguntarse por el precedente es preguntarse si hay una decisión previa aplicable (in point) que me obligue a mí como juez a resolver el caso presente de una determinada manera. Y esta pregunta solo se da, como vimos, en el common law. Sin embargo, importantes autoridades también usan la palabra “precedente” para referirse a la jurisprudencia en los sistemas civilistas<sup>22</sup>, y es común que algunos tribunales del civil law hagan referencia a sus “precedentes”. Por ello, a pesar de la preferencia recién manifestada, a veces usaremos el término “precedente” en este trabajo con un significado laxo, para referirnos a la jurisprudencia en países ajenos al common law. En todo caso, y por la misma razón apuntada, también sería mejor reservar la expresión stare decisis para dicho sistema jurídico pues en los sistemas civilistas<sup>23</sup>, al no haber obligación de seguir la jurisprudencia –al no haber precedentes en sentido estricto– no hay obligación de “estar a lo decidido, en Naturaleza y dimensiones del Stare Decisis” ob cit, págs. 112-113.

<sup>44</sup> Universidad Autónoma de México, “Las Fuentes del derecho de los Estados Unidos de América”

< <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2018/03/B003.-Las-fuentes-de-derecho-de-los-Estados-Unidos.pdf>>, (Acceso: 27 de octubre del 2019).

<sup>45</sup> Ibidem.

estos tienen aplicación en el territorio local del gobierno, no siendo necesariamente aplicable, tal precedente en otro estado.<sup>46</sup>

Por su parte, y en lo que concierne al criterio de jerarquía, (y es aquí también un punto en el que se diferencia del sistema del *common law* inglés) tanto las Supremas Cortes de Justicia de las entidades federativas como la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos no se encuentran obligados a adherirse a los precedentes; así:

La regla de derecho norteamericana de la *stare decisis* introduce un elemento nuevo en función de la estructura federal de los Estados Unidos de América (...) las jurisdicciones estatales se encuentran únicamente vinculadas a los precedentes existentes en sus respectivas entidades federativas y las jurisdicciones federales se encuentran obligadas a observar los precedentes de la jurisdicción que les es propia, así como aquellos de las jurisdicciones superiores del mismo circuito.<sup>47</sup>

Esta prerrogativa, debe quedar claro, solo le es aplicable a las máximas cortes tanto locales como la Suprema Corte de Justicia federal, así las cortes y circuitos inferiores si deben someterse a los precedentes, en base al principio de jerarquía, fuertemente impuesto en el sistema del *common law* norteamericano, en tanto estos no sean reformados por parte de las cortes jerárquicamente superiores.

Algo interesante sobre este último punto estriba en el hecho de que, el cambio de precedentes es una competencia bastante común y ordinaria, sin que exista mayores trabas, siempre teniendo como límites a la Constitución de los Estados Unidos. En efecto, “la Corte ha sostenido que sus decisiones “permanecen como precedente vinculante hasta que consideramos adecuado reconsiderarlas”.<sup>48</sup>

Finalmente, dentro del *common law* norteamericano el precedente jurisprudencial no es estático, casi monolítico como si acontecía con su par inglés, este puede y debe ser cambiado conforme las circunstancias de cada época; el sistema norteamericano es pragmático, se guía por los preceptos generales emanados por su constitución, y por las

---

<sup>46</sup> Ibidem.

<sup>47</sup> Ibidem.

<sup>48</sup> Hohn v. United States, 524 U. S. 236, 252-253 (1998). La Corte también ha dicho que “es sabiduría común que la regla de *stare decisis* no es un ‘mandato inexorable’”. Planned Parenthood v. Casey, 505 U. S. 833, 854 (1992).

realidades sociales, de allí que la conformación de la Suprema Corte de Justicia permite fijar la existencia de criterios conservadores o progresistas según la visión de sus miembros, ello sin que eso hubiese afectado el texto constitucional.<sup>49</sup>

Actualmente la doctrina reconoce que, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha establecido parámetros flexibles para el cambio de precedentes jurisprudenciales, dado su conformación progresista. Al respecto Pamela Aguirre ha ilustrado este cambio de timón en el siguiente contexto:

Las decisiones adoptadas por la Corte Warren dieron paso a un sistema de precedentes flexibles en el caso del sistema jurídico norteamericano, a través del cual las decisiones judiciales consideraron principalmente el desarrollo de las normas respecto a un sinnúmero de factores sociales. De esta forma, la tradición del derecho viviente, característico del *common law* en sus inicios, permitía la flexibilización del precedente, de tal manera que los jueces puedan aplicar un derecho dirigido a responder a las necesidades de la sociedad.<sup>50</sup>

En definitiva, la fuerza vinculante de las decisiones pasadas por parte del sistema del *common law*, constituye un proceso de varios siglos, que ha permitido establecer la regla del *stare decisis*, y la noción de su vinculación para casos análogos que puedan presentarse a futuro, de la misma forma, a través del sistema jurisprudencial norteamericano, se ha hecho hincapié en la importancia de estructurar el sistema mediante un modelo flexible que permita al derecho acoplarse a las nuevas realidades de la sociedad, en la medida de poder reformularse, ampliarse o derogarse un precedente previo, eso sí, bajo los parámetros generales impuesto en su constitución.

##### **5. Características del precedente constitucional en la realidad ecuatoriana**

En el sistema del *civil law*, a la que el Ecuador forma parte como país de tradición romano-germánico, los precedentes jurisprudenciales distan enormemente de la concepción del *common law* británica o norteamericana previamente descritas, tal como hemos establecido previamente, dentro del modelo del *civil law*, el control de la ley dentro del quehacer judicial es prácticamente omnipresente.

---

<sup>49</sup> Cfr, Ob. Cit, Pamela Juliana Aguirre, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional págs. 24-25, 118-119

<sup>50</sup> *Ibidem*.

Solo a través de la ley los jueces podían emitir una resolución, fundada, valga la redundancia, en la ley, y solamente a través de la ley se podía indicar cuáles eran las fuentes del derecho. Así, y en nuestro caso ecuatoriano, es dable reconocer que, a partir de la expedición de la Ley de Casación en diciembre de 1992, se puede hablar propiamente de tribunales encargados de generar “jurisprudencia”.

A pesar de aquello, en el modelo jurídico ecuatoriano clásico los jueces simple y llanamente se limitan a “aplicar normas, es decir, a construir un silogismo a partir de normas previamente conocidas”.<sup>51</sup> Así pues, la idea de que los jueces puedan crear derecho a través de sus fallos y que, estos fallos pudieran ser aplicados en casos análogos a futuro de forma vinculante, era cuando menos una utopía que colisionaba directamente con el principio de legalidad, tan importante en nuestros sistemas jurídicos de tradición romana-germánica.

Para el tratadista ecuatoriano Juan Montaña Pinto, la implementación de la jurisprudencia ordinaria a partir de la instauración del sistema casacional siempre mantuvo una connotación subsidiaria. Al respecto señala:

(...) para la mayoría de los operadores jurídicos ecuatorianos el ordenamiento jurídico nacional es un todo completo, conformado jerárquicamente por la Constitución y en los diferentes tipos de ley en sentido amplio, mientras la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina son considerados por la mayoría de juristas, como criterio auxiliares de interpretación (...) por tanto, los distintos operadores jurídicos al “aplicar el derecho” deben acudir exclusivamente a las normas jurídicas como tales y solo en ausencia de estas pueden apoyarse en las reglas determinadas por los llamados criterios auxiliares.<sup>52</sup>

La promulgación de la nueva Constitución del Ecuador en el año 2008, significó la introducción de no solamente un nuevo modelo de administración de justicia enfocado en la promoción y protección de los derechos constitucionales, sino que, adicionalmente introdujo un nuevo sistema de precedentes paralelo a aquellos producidos por la justicia ordinaria, hito que marcaría el nacimiento de otra clase de jurisprudencia, la jurisprudencia

---

<sup>51</sup> Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional) págs. 119, 121, 122, 126.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

constitucional especializada. Al presente estas grandes expectativas aún mantienen serios cuestionamientos por parte de la academia. Así:

A pesar de las enormes facultades hermenéuticas que tanto la Constitución como la LOGJCC le dan a los jueces de la Corte Constitucional y demás jueces constitucionales, lo cierto es que en la práctica en estos tres años de vigencia del nuevo modelo, en Ecuador todavía no existe un sistema de precedentes constitucionales que ordene y sistematice las nuevas fuentes del derecho.<sup>53</sup>

La Corte Constitucional a partir de su reconocimiento como órgano creador de jurisprudencia (y de precedentes jurisprudenciales) en materia constitucional ha transitado un largo y no siempre homogéneo camino, sin embargo, no se puede desconocer ciertos avances dados respecto de su creación jurisprudencial, por lo cual resulta oportuno analizar, aquellos precedentes jurisprudenciales obligatorios que han moldeado la estructura, naturaleza y alcance de los mismos.

En sus inicios, el órgano de cierre en materia constitucional, al reflexionar sobre su potestad creadora de jurisprudencia, arriba a la conclusión de que, a través de este mecanismo se lograría desarrollar los contenidos de los derechos constitucionales; al respecto, en la sentencia No. 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre del 2010 igualmente. Al respecto el organismo ha indicó:

“La Corte Constitucional, (...) tiene la obligación constitucional de desarrollar los contenidos de los derechos reconocidos en la Constitución mediante su jurisprudencia, (...) Su adecuada aplicación permitirá la tutela adecuada y efectiva de los derechos de las personas frente a amenazas o vulneraciones de derechos por parte del sector público o particulares”.<sup>54</sup>

Posteriormente, la corte a través de la sentencia 001-16-PJO-CC estatuye la naturaleza de los precedentes jurisprudenciales, los cuales se derivan de su labora de interprete final y auténtico de la Constitución, mismos que constituyen criterios

---

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP del 22 de diciembre del 2010.

interpretativos encaminados a “lograr la unificación en las decisiones constitucionales, evitando así la generación de criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales”<sup>55</sup>

En base a dicha reflexión, podemos inferir que la Corte Constitucional realiza un control concentrado sea de un caso específico que llegase a su conocimiento (control concreto), o de una norma que conforma el ordenamiento jurídico (control abstracto), siendo necesario contar con precedentes obligatorios en ambos casos, a fin de que el máximo órgano establezca los parámetros que deberán guiar a futuro el control de constitucionalidad, sea de un caso puesto a su conocimiento, como al momento de advertir la concordancia o no de una disposición normativa con el texto constitucional.<sup>56</sup> De esta manera:

La Corte Constitucional de forma reiterada, ha destacado el valor de la jurisprudencia dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, puntualizando que bajo esta forma de Estado, la jurisprudencia constitucional se reconoce como fuente primaria del Derecho e inclusive se ha ubicado en la misma jerarquía de la Constitución de la República: “... la jurisprudencia de la Corte, fuente normativa que se ubica al mismo nivel de la Constitución.”<sup>57</sup>

De allí que se señale que la Corte Constitucional posee plenas competencias para la selección y revisión de cualquiera de las garantías jurisdiccionales sean o no de conocimiento o resolución inmediata de la corte, con el objetivo de formar un sistema de precedentes jurisprudenciales previsible, uniforme y que garantice el derecho a la seguridad jurídica en materia procesal constitucional, aclaración que reviste de importancia en esta instancia ya que, ha existido un debate referente a cuales serían las acciones constitucionales con las que la corte podría generar precedentes jurisprudenciales obligatorios; por ende, se reafirma que, desde una correcta interpretación del texto constitucional, particularmente del artículo 436 numerales 1 y 2 de la Constitución del Ecuador el máximo órgano de cierre en materia constitucional posee facultades “abiertas”, para revisar y

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP del 22 de marzo de 2016.

<sup>56</sup> Cfr, Juan Javier Zalame Suarez & otros, “La Constitución ecuatoriana de 2008 y el precedente constitucional” (Cuenca: Revista IURIS, No. 16, Volumen 2, 6 de noviembre del 2018) páginas 203-223

<sup>57</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 191-16-SEP-CC, caso No. 2139-11-EP.

seleccionar cualquier acción y en definitiva, cualquier caso que estime relevante para ser considerado como un precedente.<sup>58</sup>

En la incipiente elaboración de su sistema de precedentes jurisprudenciales, la corte ya ha abordado conceptos propios del modelo del *common law*, particularmente la figura del *stare decisis*, (estar a lo decidido), ello sin perjuicio de denominar a una determinada sentencia como jurisprudencia o no, debido a la naturaleza misma de las resoluciones y su necesaria concordancia “en aras de la uniformidad (...) justicia, paz, igualdad y legitimidad”,<sup>59</sup> en lo pertinente la corte describió esta regla en el siguiente sentido:

(...) cuando se presenta en la judicatura constitucional una demanda o acción por parte de cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, y si ese caso tiene como precedente una sentencia en la cual ya se reconoció o negó el derecho reclamado, habría instalado condiciones de predictibilidad, por lo que el ulterior caso necesariamente debe guardar armonía o de lo contrario, constituirá una verdadera herejía jurídica, pues habría garantizado la vigencia de los derechos constitucionales para uno y para los otros no (...) en resumen, el *stare decisis* obliga a la Corte, mantener los razonamientos (*rationes decidendis*) de las decisiones concretas tomadas anteriormente.<sup>60</sup>

Vinculado a la labor jurisprudencial que realiza la corte, y desde una perspectiva institucional se puede destacar que, desde el año 2010 existe el denominado Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios, por medio del cual se establece las directrices o el conjunto de parámetros de interpretación necesarios a fin de conformarse precedentes jurisprudenciales obligatorios en materia constitucional. Mismo que permitirá recoger el “pensamiento jurídico”<sup>61</sup> de la Corte Constitucional del Ecuador.

En primer lugar, el protocolo señala que constituye un precedente jurisprudencial en materia constitucional aquella parte de la sentencia “en la que se establece el pensamiento

---

<sup>58</sup> Ob. Cit, Vladimir Bazante Pita, “El Precedente constitucional” pág. 48.

<sup>59</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 139-15-SEP-CC Caso No.1096-12-EP.

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios

“<[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/site/image/common/libros/Repertorio/Repertorio\\_constitucional.\\_Luis\\_Avila.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/site/image/common/libros/Repertorio/Repertorio_constitucional._Luis_Avila.pdf)>” Acceso: 28 de marzo del 2020.

judicial argumentadamente construido. En la sentencia, el precedente se encuentra identificado con un acápite específico (Precedente: reglas y efectos);<sup>62</sup> y cuyos generalmente son *erga omnes*, es decir, de cumplimiento general a futuro por parte de todos.

Dentro del referido instrumento institucional se puede destacar la característica del nacimiento del precedente, es decir, y a diferencia de lo que ocurre con los precedentes jurisprudenciales en materia ordinaria, el precedente constitucional no se funda por fallos concordantes sobre un mismo punto y sentido de derecho; al contrario, la función de los precedentes constitucionales estriban en la resolución oportuna de un problema en donde se encuentran “en colisión y/o vulneración principios constitucionales, ante lo cual la aplicación de las normas infraconstitucionales es insuficiente o genera un situación injusta”,<sup>63</sup> valorando para ello si el hecho es constitucionalmente relevante.

Ahora bien y con relación a los efectos de los precedentes jurisprudenciales obligatorios en materia constitucional, el protocolo establece ciertos criterios basado en la temporalidad de los efectos y su vinculación. Respecto del primero, los precedentes pueden tener efectos hacia el futuro (*ex nunc*) o por consideraciones específicas del caso podría modularse ciertos componentes hacia el pasado (*ex tunc*), sin embargo, el protocolo es claro en establecer que, de darse este último caso, el mismo será aplicable al caso concreto o casos similares aún en proceso.<sup>64</sup>

En relación con la vinculación del precedente, el mismo puede tener efectos generales (*erga omnes*), ser vinculante respecto de procesos únicamente similares al mismo con la misma identidad objetiva y subjetiva (*inter pares*), o también ser vinculante a terceros que comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción (*inter comunes*), las mismas que serán oportunamente detallados en la decisión del caso concreto.<sup>65</sup>

Curiosamente, y a pesar de que la Corte Constitucional cuenta con dicho protocolo y el mismo se encuentra vigente hasta el presente, no obstante, el mismo no ha sido

---

<sup>62</sup> Ibidem.

<sup>63</sup> Ibidem.

<sup>64</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>65</sup> Cfr, Ibidem.

cumplido adecuadamente en algunos casos, y, en otros, prácticamente ha sido desconocido, dicha situación también obedece a la falta de control y/o seguimiento por parte de los órganos auxiliares encargados de su oportuna implementación, lo cual ha derivado en que no existe una adecuada organización y estructuración de los mismos.

Recientemente, la nueva Corte Constitucional se ha centrado en definir el alcance de los precedentes jurisprudenciales, principalmente, desde sus componentes de obligatoriedad, vinculatoriedad y cambio del precedente, al respecto podemos señalar que, en la Sentencia 1035-12-EP/20, se estableció que, el precedente horizontal (es decir aquel que proviene de un órgano jerárquico similar o del mismo órgano colegiado) es de naturaleza auto vinculante, ello implica que es la Corte la que se obliga a respetarlo por efecto de lógica, racionalidad y certeza, más no porque el ordenamiento jurídico así lo dispusiese (generalmente a través de una ley).<sup>66</sup>

En otro caso, la Corte Constitucional desarrolla el concepto de precedente judicial en sentido estricto, reconociéndole plena autonomía como otro tipo de fuente del derecho, al respecto define a esta como la regla derivada de la labor interpretativa efectuada por el decisor (juez) a través de una subsunción de los hechos. Dicha regla se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (como una norma jurídica más que contempla el ordenamiento jurídico), por lo que, su incumplimiento generará una responsabilidad y/o sanción.<sup>67</sup>

Igualmente, en la referida sentencia, se aclara que los precedentes no son eternos o monolíticos en el tiempo, de hecho “Hay dos formas en que ellos pueden ser afectados: la reversión y la distinción” definiendo a la primera cuando la corte se aleja de sus precedentes por cuanto pretende garantizar la progresividad de los derechos, mientras que, la distinción implica el apartamiento por razones debidamente motivadas, que derivan en una excepción a la regla de presente. Respecto de este último, el mismo será analizado en los acápites posteriores.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1035-12-EP/20, Caso No. 1035-12-EP, del 22 de enero del 2020.

<sup>67</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 109-11-IS, Caso No. 109-11-IS, del 26 de agosto del 2020.

<sup>68</sup> Ibidem.

Por todo lo expuesto los precedentes constitucionales se encuentran vinculados a ciertas características propias de nuestro modelo, tales como la relevancia del hecho, la necesidad de uniformidad, así como las competencias de la corte en revisar y seleccionar los casos mediante los efectos que se dispongan en el caso concreto, tomando en cuenta que los precedentes siempre se referirán a vulneraciones a derechos constitucionales.

## **6. El cambio de los precedentes constitucionales**

Hemos dejado sentado en previas líneas la importancia que comporta la creación, organización y desarrollo de los precedentes jurisprudenciales en materia constitucional como una forma de garantizar igualdad, previsibilidad, así como también precautelar el derecho a la seguridad jurídica para casos análogos en los que se encuentre en colisión derechos de rango constitucional.

El precedente y su previsibilidad al igual que muchos conceptos e instituciones jurídicas no puede poseer una “rectitud absoluta en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos”<sup>69</sup> toda vez que “el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones”,<sup>70</sup> así y por cuanto el derecho se acopla a las nuevas realidades sociales que se le presenten, resulta lógico que los precedentes puedan, bajo ciertos parámetros, evolucionar mediante la adopción de nuevos razonamientos jurisprudenciales.

Uno de estos parámetros, a criterio de Alexy es la imposición de la carga de argumentación al organismo o juez que advierta la necesidad de apartarse de dicho precedente, en nuestro caso y por cuanto la Corte Constitucional es el único organismo para crear jurisprudencia, será este el organismo competente para reversar sus propios precedentes jurisprudenciales. Es por esta razón que para Alexy;

(...) quien quiera apartarse de un precedente tiene que asumir la carga de justificar tal apartamiento, siendo inadmisibles el abandono discrecional de los precedentes, que sería ofensivo para la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de las

---

<sup>69</sup> Eduardo Sodero, “Sobre el cambio de los precedentes” <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-021820040002000008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-021820040002000008)>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

<sup>70</sup> Ibidem.

decisiones judiciales; hay pues, una necesidad de “tomar en serio” (...) los precedentes.<sup>71</sup>

Esta imposición de fundamentar razonablemente la necesidad de alejarse de los precedentes ha tratado de ser limitada dentro del derecho comparado, entendiendo que cualquier reforma que se realice a los mismos, requiere ser excepcional y entendible en el contexto que se presente; particularmente, en Perú, el Tribunal Constitucional, por ejemplo, estableció a través de la sentencia 0024-2003-AI/TC de fecha 10 de octubre del 2005 los criterios con los cuales se podría proceder con el alejamiento y consecuente sustitución del precedente, los mismos que recogemos a continuación:

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- a) Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión.
- b) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- c) Determinación de sus efectos en el tiempo.<sup>72</sup>

La citada sentencia es enfática en sostener la relevancia de los precedentes constitucional como garantía jerárquica, es decir, que los órganos inferiores no revoquen, así como su configuración como un “parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homologa”,<sup>73</sup> por ello que al pretenderse realizar un apartamiento se debe establecer las razones suficientes, constantes y necesarias que permitan identificar que tal línea de criterio se encuentra en desuso.

En similar forma, el Tribunal Constitucional Español mediante la conocida sentencia STC 49/1982 de 14 de julio, estableció a obligación de los tribunales de respetar sus propios precedentes como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad ante la ley, añadiendo, en lo que respecta al cambio de precedentes, lo siguiente:

---

<sup>71</sup> Robert Alexy citado por Eduardo Sodero, en “Sobre el cambio de los precedentes” <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182004000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008)>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional del Perú, “Sentencia No. 0024-2003-AI/TC” <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

<sup>73</sup> Ibidem.

(...) es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.<sup>74</sup>

Doctrinariamente, el cambio del precedente jurisprudencial encontrará mas allá de cada tecnicismo que impongan los organismos competentes, la necesidad de contar con una argumentación razonable, “el concepto clave es el de *racionalidad* (...) el juez no debe aceptar, en cierto modo ‘ciegamente’, el precedente. No solo está facultado sino incluso obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta”.<sup>75</sup>

Aunque el principio de continuidad, previsibilidad y en ulterior instancia el derecho a la seguridad jurídica emana de la imposición de los precedentes jurisprudenciales obligatorios por parte del máximo organismo constitucional, no es menos cierto que, dichos razonamientos y decisiones responden a un contexto histórico específico, una situación que el derecho norteamericano lo ha enfatizado a través de su larga historia jurisprudencial mediante la figura del *overruling*.

Sin ánimo de pretender desarrollar dicha institución propia del sistema del *comon law* norteamericano, podemos sostener que la figura del *overruling* es una técnica argumentativa, encaminada al apartamiento de un precedente cuando se verifican nuevos hechos o circunstancias sociales que “determinen que la manutención del precedente genera mayor inseguridad que recovarlos”,<sup>76</sup> implica en definitiva una posición activa de la actividad judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos, la misma que posee la potestad y la carga argumentativa de revocar un precedente por el transcurso del tiempo.

A través del *overruling* -con efecto preponderantemente pro futuro-, se busca alterar un *status quo* dado por el precedente anterior, siempre mediando una nueva

---

<sup>74</sup> Tribunal Constitucional de España, “Sentencia 49/1982, de 14 de julio”

<<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/91>>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

<sup>75</sup> Ob. Cit, Eduardo Sodero, en “Sobre el cambio de los precedentes”

<sup>76</sup> Christian Delgado Suarez, *Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes*, (Lima: Revista de Derecho Themis, No. 69, 2016) pág. 285.

interpretación que servirá de sustento a la nueva regla jurídica a ser emitida por la corte vértice, o cuando las situaciones de hecho no sean más las mismas. Es Ahí donde se aprecia el *link* entre el *overruling* y la función proactiva de las cortes supremas. (...) tan o más importante que establecer un precedente vinculante- sea normativo, sea interpretativo- es el poder eliminar la *ratio* que, por el cambio de supuestos de hecho o puntos de derecho, no sea más congruente con el propio sistema que pretende resguardar a través de una interpretación uniforme.<sup>77</sup>

Como podemos observar, en el sistema jurisprudencial norteamericano, la regla del *stare decisis*, no es incondicional, ya que la Corte Suprema se encuentra facultada para revocarla bajo ciertos parámetros generalmente sociales, que evidencien su desuso de facto o que inclusive dichos precedentes no guarden correspondencia con las nuevas concepciones socialmente aceptadas. Un claro ejemplo de aquello es el conocido precedente de “separados pero iguales”,<sup>78</sup> imperante hasta la mitad del siglo XX en los Estados Unidos.

De forma sucinta, el precedente jurisprudencial de separados pero iguales constituía una interpretación a la Decimocuarta Enmienda de su constitución, la misma que garantizaba a todas las personas y a la ciudadanía en general sus derechos de libertad y de propiedad en condiciones de igualdad, así como también la igualdad en el voto, a inicios de 1900 la Corte Suprema de los Estados Unidos falló en el sentido de que la progresiva separación de blancos y negros que se realizaba por parte de diversos estados de la unión no constituían una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, siempre y cuando, dicha separación no menoscabase el acceso de calidad de servicios y bienes a ninguno de los ciudadanos, precedente que iniciaría a través del caso *Plessy v Ferguson*.<sup>79</sup>

Este criterio de separación igualitaria propuesta por la Corte Suprema de los Estados Unidos avaló que, inclusive, dicha regla se pudiese adoptar como política pública, no obstante, la notoria discriminación que se derivaba de dichos precedentes, y la progresiva conciencia social respecto a la segregación racial propició que, en el año de 1954 la Corte

---

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Manuel González Oropeza y Marcos del Rosario Rodríguez, “El caso Méndez v. Westminster y su contribución a la consolidación del derecho a la igualdad a través de su influencia en el caso Brown v. Board of Education” (Coyoacán, México: ISONOMÍA, No. 42, 2015) págs. 149-167.

<sup>79</sup> Ibidem.

Suprema reversará su propia línea jurisprudencial que contenía la regla juntos pero separados, mediante el fallo *Brown v. Board of Education*, con la cual se declaró inconstitucional la regla juntos pero separados que se realizaba en las escuelas públicas, dando inicio a la lucha de los derechos civiles de las minorías raciales en Estados Unidos.<sup>80</sup>

Como se puede advertir, en el sistema jurisprudencial norteamericano, el precedente puede y debe ser modificado cuando existan razones de injusticia que puedan poner en entredicho la legalidad y validez del ordenamiento jurídico, situación en la que el impulso social juega un papel preponderante al que los jueces deben prestar atención. Dichas modificaciones requieren, necesariamente, una adecuada justificación por parte de los jueces.

Desde al ámbito nacional, el cambio de los precedentes jurisprudenciales inicialmente alego la pertinencia del cambio a través de una adecuada argumentación, siguiendo el modelo referido por Alexy. En lo que nos atañe, ha señalado lo siguiente:

**La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental.** El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, **en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada (...).**<sup>81</sup>

Por ende, esa razón poderosa implicará un ejercicio de motivación que explique porque, en un caso concreto, el precedente jurisprudencial debe ser apartado, a fin de no menoscabar el derecho a la seguridad jurídica, exigencia que, finalmente se alinea con todo lo manifestado anteriormente en este acápite, esto es, la necesidad de argumentación como requisito primigenio para el cambio de precedente.

No obstante, al presente, la Corte Constitucional ha entendido la necesidad de establecer, por un lado, la prerrogativa de poder modificar sus precedentes, y por el otro

---

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 191-16-SEP-CC, Caso No. 2139-11-EP.

determinar la forma en la que se puede producir dicho cambio. Respecto de esto último, la sentencia 109-11-IS, previamente comentada estableció que el cambio se puede realizar mediante la figura de: i) reversión y ii) distinción.<sup>82</sup>

“La reversión de los precedentes de la Corte Constitucional se da cuando ella se “aleja [] de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia” (art. 2 núm. 3 LOGJCC). Mientras que la distinción se produce cuando la Corte argumentadamente determina que el caso actual se diferencia del caso que dio lugar al precedente en alguna propiedad relevante, lo que conduce a introducir una excepción en la correspondiente regla de precedente”.<sup>83</sup>

Una sentencia interesante que merece la pena examinar, es la Sentencia No. 26-18-IN/20 y acumulados por la cual la Corte Constitucional conoció la acción de inconstitucionalidad presentados por varios ciudadanos respecto a la controversial figura de la compra de renuncia obligatoria con indemnización, por la cual, el Ejecutivo podía a través del Decreto Ejecutivo No. 813 terminar la relación laboral sin justificación alguna a servidores públicos de carrera. A pesar de que, la corte, efectivamente ya se había pronunciado sobre esta figura años atrás a través de la Sentencia No.003-13-SIN-CC.

En atención a este peculiar caso, la Corte, a más de alegar la existencia de otros cargos adicionales que no se plantearon, ni tampoco se resolvieron por la corte anterior en la sentencia comentada (003-13-SIN-CC) tales como el principio de jerarquía, incompatibilidad del decreto con la Ley Orgánica de Servicio Público, en esa lógica la corte analiza esta figura desde una nueva perspectiva, particularmente desde el principio de legalidad, estabilidad laboral, progresividad, debido proceso, no discriminación, entre otros, concluyendo que el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813 es inconstitucionalidad reformando el mismo.

Dicha sentencia constituye en cierto sentido un apartamiento de su pronunciamiento previo, sin embargo, el mismo responde por consideraciones de regresión

---

<sup>82</sup> Ob. Cit, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 109-11-IS, Caso No. 109-11-IS, del 26 de agosto del 2020, pág. 7.

<sup>83</sup> Ibidem.

de derechos, situación que justifica el cambio del pronunciamiento previo bajo la lógica de garantizar la progresividad de los derechos tal como la figura de la reversión lo prevé.

Ahora bien, resulta oportuno analizar la experiencia del caso colombiano respecto al cambio de precedente jurisprudencial, tomando en cuenta la similitud de nuestro sistema constitucional, experiencias que ya llevan un cuarto de siglo en aplicación y permitirá dar luces sobre como en un sistema tanto legal como jurisprudencial se puede armonizar una nueva fuente de derecho vinculante y sus continuas transformaciones.

### **7. Cambio de precedente en el derecho comparando. (Colombia)**

El derecho colombiano es pionero en incorporar a su ordenamiento jurídico al sistema de precedentes jurisprudenciales. Desde los primeros años de vigencia de su Constitución (promulgada en el año de 1991), la Corte Constitucional, en reiterados fallos, ha sostenido la vinculación y obligatoriedad de los precedentes no solo constitucionales sino a nivel general, emitidos por las altas cortes de la nación (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado).<sup>84</sup>

Al igual que lo que acontece actualmente con el nuevo sistema constitucional ecuatoriano, la Constitución de 1991 trajo consigo “la percepción del nuevo derecho en Colombia”<sup>85</sup> lo que se tradujo en “la posibilidad de implantar un criterio menos tradicional del sistema de fuente. Pronto los fallos provenientes de la Corte Constitucional fueron percibidos como norma de aplicación general que simplemente como herramienta hermenéutica o didáctica”.<sup>86</sup>

Esta noción inicial, respecto de la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales fue verdaderamente revolucionaria para su época, toda vez que, en aquel entonces, la ley poseía un espacio casi exclusivo como fuente del derecho, en consecuencia, se podría decir que, la idea de crear jurisprudencia vinculante y asociarla como otra fuente

---

<sup>84</sup> Cfr, Antonio Barreto, Fabio Enrique Pulido, “La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia” (Bogotá: Revista Jurídicas, No. 13, 2016) páginas 64-81.

<sup>85</sup> Daniel Fernando Uribe, “Derecho Jurisprudencial en Ecuador: El caso de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional ecuatoriana en perspectiva al derecho comparado”.

<<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6949/13.J01.001387.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> (Acceso: 31 de marzo del 2020).

<sup>86</sup> Ibidem.

de derecho, colisionaba directamente con el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, la misma que señala:

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.<sup>87</sup>

A pesar de esta formulación tradicional legalista, dispuesta en el texto constitucional colombiano, la Corte Constitucional a través de su propia creación jurisprudencial, determinó que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”<sup>88</sup>, definiendo el concepto de imperio de la ley “a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal”<sup>89</sup>, aludido en el texto constitucional, tan necesaria mutación realizada vía jurisprudencial resultaría trascendental para el notable desarrollo que se daría a posterior como consecuencia de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. Al respecto la Corte Constitucional señaló:

Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.<sup>90</sup>

Para Bernal Pulido, la interpretación inicial realizada por parte de la corporación constitucional, si bien deja severos cuestionamientos a la interpretación natural y obvia que se podría colegir del texto constitucional, no obstante, lo estima como necesaria a fin de

---

<sup>87</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Constitución Política de Colombia” <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>, (Acceso: 31 de marzo del 2020).

<sup>88</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia No. C-131/93” <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>>, (Acceso: 1 de abril del 2020).

<sup>89</sup> Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* (Bogotá: Revista Derecho del Estado, No. 21, 2008) págs. 82-94

<sup>90</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-252/01” <[https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm#\\_ftnref39](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm#_ftnref39)>, (Acceso; 1 de abril del 2020).

crear una “teoría de la vinculación al precedente, que deje a salvo la posibilidad de que, cuando esté justificado, los jueces posteriores puedan apartarse de la jurisprudencia y modificarla”.<sup>91</sup>

Este apartamiento del precedente, implica que la Corte Constitucional de Colombia es consciente de que su producción jurisprudencial no es estática, y podrá, dinamizarse conforme el creciente desarrollo social y jurídico del mismo, esta posibilidad a criterio de Bernal Pulido responde a la garantía de justicia que se debe dar al caso concreto, así como la necesaria actualización de la jurisprudencia. Tal afirmación ha sido compartida inclusive por la propia corte, habiendo determinado que:

Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.<sup>92</sup>

Dentro de la jurisprudencia constitucional se ha dejado en claro que, si un juez tiene que apartarse de un precedente, el mismo “está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”,<sup>93</sup> de la misma forma, la alta corte constitucional distingue no solamente el cambio de precedente (*overruling*), sino también la inaplicación del precedente al caso concreto (conocido en el derecho anglosajón como el *distinguish*), ambas figuras son validas acorde con la jurisprudencia, y se enmarcan en los cuatro supuestos que pormenorizaremos a continuación.<sup>94</sup>

El primer supuesto recoge la figura de la inaplicación del precedente (*distinguish*), así en palabras de Bernal Pulido, este ocurre cuando “a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente (...)exist[e]n diferencias

---

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-228/02”  
< <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>>, (Acceso: 30 de abril del 2020).

<sup>93</sup> Ob. Cit. Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* págs. 91-94

<sup>94</sup> Cfr, Ibidem.

relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”,<sup>95</sup> en consecuencia, el juez se encuentra facultado para inaplicar un precedente jurisprudencial a un caso posterior cuando considere que las diferencias que existen entre este y el caso a resolver exigen otorgar una solución diferente, o que el mismo, no “pueda extenderse al presente caso”.<sup>96</sup> Importante destacar que la inaplicación se da en la *ratio decidendi* de la sentencia, que constituye el precedente propiamente dicho.

Por otra parte, el segundo presupuesto, que esencialmente implica el cambio de precedente como tal (*overruling*), se presenta cuando la jurisprudencia que sido “adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”<sup>97</sup>, la doctrina constitucional es clara respecto de bajo que circunstancias se podría aplicar la reforma del precedente constitucional, así la *ratio decidendi*, de un precedente al regula un momento histórico determinado se vuelve obsoleta para los nuevos tiempos, evidenciándose una variación de circunstancias que, en el momento en que se expidió era inexistentes o se desconocían de las mismas, por lo que, al presente aplicar dicho precedente, podría generar efectos fácticos negativos.<sup>98</sup>

Aquí el juez posee la carga de la argumentación a fin de demostrar las razones que no permiten la aplicación del precedente, así como las consecuencias negativas que podría conllevar su sometimiento al mismo, solo así podrá llevar a cabo un *overruling* de la jurisprudencia anterior.<sup>99</sup>

El tercer supuesto, guarda cierta similitud con el anterior, aquí el precedente jurisprudencial es erróneo por cuanto el mismo es “contraria a los valores, objetivos, principios y derecho en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”,<sup>100</sup> en este escenario la temporalidad del precedente no posee mayor relevancia, siendo el condicionante necesario para el cambio del mismo, el conflicto de este con los valores, principios y objetivos que subyacen dentro del sistema jurídico. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ilustra este presupuesto de la siguiente forma:

---

<sup>95</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>96</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia T-960/01”

< <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-960-01.htm>>, (Acceso: 2 de abril del 2020).

<sup>97</sup> Ob. Cit. Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* pág. 92-93

<sup>98</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>99</sup> Cfr, Ibidem.

<sup>100</sup> Cfr, Ibidem.

(...) la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión.<sup>101</sup>

Finalmente, la corte considera necesario apartarse de sus propios precedentes en una cuarta situación, la misma responderá a cuando se evidencia un “cambio en el ordenamiento jurídico positivo”,<sup>102</sup> este cambio deberá modificar de forma relevante un tema al cual el precedente se vinculaba directamente, así lo señala Bernal Pulido: “Es apenas obvio que si varía la disposición deben variar las *ratione decidendi*”.<sup>103</sup>

Con base a la expedición de una nueva disposición normativa a la que la *ratio decidendi* no pueda adscribirse más, es que el juez se encuentra obligado a dejarla en desuso, siendo necesario crear, de ser el caso, un nuevo precedente que pueda encajar en el nuevo contenido. Ahora bien y para cerrar el presente apartado, la Corte Constitucional Colombiana a diferencia de lo que ocurre en el caso ecuatoriano, permite que tanto las altas cortes como los jueces de inferior jerarquía puedan aplicar cualquiera de los cuatro presupuestos para el cambio de precedentes aquí descritos.<sup>104</sup>

Únicamente que, en el caso que el cambio se de por un juez de inferior jerarquía, será la Corte Constitucional la que podrá avalar u objetar dicha decisión mediante sus competencias correspondientes siendo su decisión la vinculante en este particular caso.<sup>105</sup> Cómo podemos observar, el sistema de precedentes en el derecho colombiano es de una trayectoria respetable, desarrollado a partir de una oportuna interpretación de las fuentes del derecho que ha permitido establecer una estructura a través de la cual se puede reformar, revocar o en definitiva apartarse del mismo, ello bajo la premisa de evolución del derecho y la vinculación de los precedentes con la justicia.

---

<sup>101</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-836/01”

< <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>>, (Acceso: 2 de abril del 2020).

<sup>102</sup> Ob. Cit. Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* pág. 93.

<sup>103</sup> Ibidem.

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> Ibidem.



## Capítulo Dos

### Parámetros relevantes para el cambio de líneas jurisprudenciales en sentencias manipulativas

Para dar inicio al análisis pertinente de este apartado es importante indicar la institución del control concreto de constitucionalidad, que conforme lo define la misma Corte Constitucional ecuatoriana tiene por finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales, es decir que si bien por mandato constitucional los jueces aplicarán las normas constitucionales de forma directa y sin necesidad que se encuentren desarrolladas en una ley, para el criterio de la Corte cuando el juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, debe suspender la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional determinando así con este pronunciamiento que no puede existir otro tipo de control por parte de los jueces, pues el único órgano que puede interpretar la constitución y declarar la inconstitucionalidad de una norma es la Corte Constitucional del Ecuador.<sup>106</sup>

Los mecanismos que tiene la Corte Constitucional para poder declarar la inconstitucionalidad de alguna norma son: acción pública de inconstitucionalidad<sup>107</sup>, por consulta de un operador de justicia<sup>108</sup> o también puede existir excepcionalmente una revisión de oficio<sup>109</sup> cuando se analizan los casos que llegan a su conocimiento, declarando la inconstitucionalidad por conexidad.

---

<sup>106</sup> El artículo 428 de la Constitución de la República, cuando un juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional

<sup>107</sup> Art. 98 de la Constitución.- (...) La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior

<sup>108</sup> Art. 428 de la Constitución.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma

<sup>109</sup> Art. 142 de la Constitución.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los

Una de los mecanismos para garantizar la supremacía de la Constitución es a través de las sentencias que emite la Corte, pues estas son de carácter vinculante,<sup>110</sup> desde el 2008 la Corte Constitucional juega un rol muy importante dentro del control constitucional pues al margen de sus atribuciones ha permitido desarrollar jurisprudencia que apacigüe las controversias normativas que existan en el ordenamiento jurídico a través de una interpretación constitucional lo que trae como efecto una reparación temporal de una supuesta inconstitucionalidad; se puede evidenciar que existen más sentencias interpretativas que estimatorias, exhortando al poder legislativo a cerrar definitivamente la controversia pues es el máximo órgano para legislar.

Son contadas las sentencias donde la Corte declara la inconstitucionalidad de las normas consultadas y/o demandadas, pues lo que hace es darle el carácter de constitucionalidad condicionada, y que dentro de su modulación (tiempo, espacio y materia)<sup>111</sup> no pone un límite para que el legislador se pronuncie, es decir podría pasar años con esa interpretación.

La doctrina manejan dos tipos de modulación de sentencias, una es la sentencias interpretativa y otra la manipulativa, cada una de estas tiene una sub división, que lo desarrollaremos brevemente; empezando por las sentencias interpretativas, estas sentencias según el autor Ricardo Gustini<sup>112</sup> señala en su obra La ‘constitucionalización’, que los jueces de la Corte con este tipo de sentencias pretenden mantener la obra del legislador y evitar así declarar la inconstitucionalidad de norma y esto aplicando un ejercicio hermenéutico, que se resumen en una interpretación que sea compatible con normas constitucionales, que no contradigan los derechos fundamentales, y que no sean objeto de

---

instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL - Página 39 LEXIS FINDER - [www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec) reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

<sup>110</sup> Ecuador, *Constitución Política del Ecuador*, 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.

<sup>111</sup> Art. 5.- Modulación de los efectos de las sentencias.- Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

<sup>112</sup> Riccardo Guastini. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Internet. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/22/11.pdf> Acceso: (1/09/2014).

una impugnación, solo así se podría mantener un equilibrio normativo, sin necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico la norma consultada; pero para ello el ejercicio de interpretación constitucional es puntual, sin afectar el texto sino señalado como se debe interpretarlo.

Dentro de este tipo de sentencias se debe cumplir tres elementos<sup>113</sup> que son: primero la técnica interpretativa que utilizo el juez, que puede ser correctiva o adecuadora, un segundo elemento es que puede ser estimatorio o desestimatoria y por último la doctrina del derecho viviente.

En relación a la correctiva es que el juez interpreta la norma identificando el sentido constitucional de la norma, desestimado cualquier tipo de interpretación de otro juez, la adecuadora, es una interpretación forzada de la norma, para que esta sea constitucional. En relación a la eficacia tenemos la estimatoria y la desestimatoria, la primera se trata que la norma si es declarada inconstitucional, y es expulsada del ordenamiento jurídico, en cambio la segunda es que se declara la constitucionalidad de la norma, desestimando la pretensión o duda de constitucionalidad interpuesta.

Dentro de esta misma clasificación de sentencias interpretativas tenemos las sentencias manipulativas, las mismas que pueden ser reductoras<sup>114</sup>, que son cuando el juez anula una palabra, o frase, con la finalidad de dar armonía al ordenamiento jurídico y la Constitución. Dentro de esta misma clasificación tenemos las aditivas, que son las que el juez incluye algún texto o signo para dar un sentido constitucional a la norma, y que posiblemente el legislador omitió incluir para que esta sea constitucional, las sentencias sustitutivas, son cuando la Corte declara inconstitucional y crea un texto que hace que sea la norma constitucional. De modo general podemos decir que la disposición es inconstitucional en cuanto prevé o señala algo, en lugar de otra cosa que es compatible con la Constitución<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> Riccardo Guastini. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, UNAM, 1999. p.25. Véase también: Roberto Romboli. La interpretación de la ley a la luz de la Constitución. La llamada «interpretación conforme» en las relaciones entre la Corte Costituzionale y los jueces ordinarios en Italia. Internet. <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechopucp%2Farticle%2Fdownload%2F29>

<sup>114</sup> Alfonso Celotto. Ob. Cit. p. 83

<sup>115</sup> Roberto Romboli. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual. Barcelona, Ariel, 1998. p. 114. Cit. por Luis Gonzales. Ob. Cit. p. 14.

En el caso de la doctrina del derecho viviente es oportuno citar la sentencia No. C-901/03<sup>116</sup> de la Corte Constitucional colombiana, que señala que si una norma tiene varios sentidos de interpretación y de estas emana alguna presunta inconstitucionalidad, el juez constitucional deberá tomar en consideración la jurisprudencia y la doctrina especializada en el tema y esa interpretación se la asumirá como un criterio válido.

Para ejemplificar en el caso Ecuatoriano, tenemos la sentencia N. 030-SCN-CC donde se declara la constitucionalidad condicionada del afianzamiento tributario<sup>117</sup>, en dicha sentencia se discute el principio de pague y luego reclame, es decir si no estaba de acuerdo con la sanción pecuniaria tributaria determinada por el ente recaudador, podría ir a justicia ordinaria, pero previo debía cancelar el 10% del valor para que su demanda sea calificada, alegando que esta norma violaba el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso, el acceso a la justicia, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de este artículo, y señaló que era constitucional mientras se lo interprete de la siguiente forma:

En el caso sub examine, esta Corte constata que el afianzamiento en materia tributaria no es una norma inconstitucional por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo, es decir, la inconstitucionalidad deriva de la forma como fue prevista por el legislador (momento en que se requiere de la rendición de la caución), mas no de lo que regula o pretende regular. Por lo tanto, se declara la constitucionalidad de la disposición impugnada, pero bajo la condición de que la caución del 10% sea presentada una vez calificada la demanda, preservando así el derecho constitucional de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva<sup>118</sup>

Por último tenemos las sentencias exhortativas las mismas que declarar la constitucionalidad de una norma, pero ordenan al parlamento, o al órgano legislador que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la norma, caso contrario se determinará aceptada la interpretación temporal que se la hizo, para este caso me gustaría citar la sentencia C-

---

<sup>116</sup> Corte Constitucional Colombiana. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-901-03.htm>  
Acceso: (26/08/2014)

<sup>117</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 030-SCN-CC, “Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo agregado a continuación del artículo 233 del Código Tributario, por el artículo 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 242 del 29 de diciembre del 2007, relativo al afianzamiento en materia tributaria. Declarar, como consecuencia de lo resuelto precedentemente, que la disposición referida será constitucional, hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7.

<sup>118</sup> Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, Jurisprudencia N° 030-SCN-CC

577/11 de la Corte Constitucional colombiana en la que se declaró inconstitucional normativa que discriminaban el trato igualitario a las parejas homosexuales, para lo cual la Corte ordeno que el Congreso Nacional debe legislar estos derechos poniéndole un plazo hasta el 20 de junio de 2013, si hasta esta fecha no se ha legislado la interpretación este no haya expedido la legislación correspondiente (ley de matrimonio homosexual), las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente para formalizar un vínculo contractual que les permita constituirse como familia. Conducentes a superar el déficit de protección en contra de este grupo minoritario

Dentro de nuestro sistema constitucional todavía no se ha emitido esta clase de sentencias, sin embargo, el mejor ejemplo de este tipo de resoluciones exhortativas es la sentencia C-577/11 de 2011 emitido por la Corte Constitucional de Colombia, esta sentencia declaró inconstitucional algunas normas que discriminaban el trato igualitario a las parejas homosexuales, obligando al Congreso Nacional a legislar los derechos a las parejas del mismo sexo; determinando que si para el 20 de junio de 2013 este no haya expedido la legislación correspondiente (ley de matrimonio homosexual), las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente para formalizar un vínculo contractual que les permita constituirse como familia. Esto con la finalidad de proteger los derechos de un grupo minoritario.<sup>119</sup>

Efectivamente, El 23 de abril del 2013, el Senado de la República de Colombia determinó que el matrimonio constituye la unión entre un hombre y una mujer; y, por lo tanto declarando inexistente la pretendida discriminación determinada por la Corte Constitucional, y en consecuencia, rechazó un ambicioso proyecto de ley que pretendía legalizar el matrimonio homosexual.<sup>120</sup> Sin embargo, y al haber el senado colombiano incumplido con el mandamiento emanado por la Corte Constitucional; ya que en definitiva el Congreso de la Republica no reguló las uniones en parejas del mismo sexo, se habilitó el camino legal para que las parejas homosexuales puedan recurrir ante los jueces civiles municipales competentes para acceder a la figura civil del matrimonio tal como lo prescribió la Corte Constitucional dentro de su parte resolutive.

---

<sup>119</sup> José Augusto García, Los derechos constitucionales del colectivo de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, travestis e intersexuales (GLBT-I) y sus restricciones dentro del régimen civil ecuatoriano relacionado con las uniones de hecho, tesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2014, pág 53.

<sup>120</sup> Ibidem, 16

### 1.Sentencias manipulativas.

Las sentencias manipulativas son las que permiten que las normas jurídicas impugnadas sean constitucionales siempre y cuando cumplan con una condición que esta puede ser adherir algo a la norma, suprimir contenido o darle una interpretación condicionada, evitando así la expulsión de esta norma. Algunos tribunales europeos han ido desarrollando en su labor jurisdiccional, diversas formas de sustentar, resolver conflictos normativos sobre inconstitucionalidades, es decir realizar un control positivo, con en el caso italiano que “(...) eligió funcionar positivamente, interviniendo (...) sobre partes de la disposición en cuestión o bien sobre normas textualmente no previstas o, incluso, sustituyendo un fragmento de la norma en la disposición”.<sup>121</sup>

Para el autor Javier Vecina, en su obra “ Las sentencias aditivas”<sup>122</sup>, las sentencias modulativas tienen como finalidad inmediata reestablecer el orden constitucional vulnerado a través de la transformación del significado de la ley, o la norma impugnada, el doctrinario señala que en ocasiones esta transformación puede llevarse a cabo mediante una reducción del alcance normativo de la disposición legal impugnada, dando como resultado la declarando la nulidad de una o varias palabras, sin las cuales cambia radicalmente el contenido normativo del enunciado legal, o también eliminando una de las normas que expresamente se derivan de la disposición impugnada.

En este sentido las sentencias manipulativas se han convertido en la solución para no declarar inconstitucional una norma, respecto a contenidos legales que dicen más o menos (sentencias reductoras o sentencias aditivas), o incluso que no debería (sentencias sustitutivas), estos efectos tienen como consecuencias la interpretación que resulte de los hechos y situación actual de la norma a tratar, pues el derecho evoluciona conjuntamente con la sociedad, solo en el caso que no se pueda salvar la norma la Corte pedirá ayuda al legislador (sentencias exhortativas); lo importante de este tipo de sentencias es que permiten un alcance reconstructivo de la norma, lo que enriquecer el ordenamiento jurídico, y así poder acceder una evolución del derecho.

---

<sup>121</sup> Alfonso Celotto. El Derecho Juzga a la Política: La Corte Constitucional de Italia. Buenos Aires, Ediar, 2005. p. 1

<sup>122</sup>Vecina Cifuentes, Javier, “ Las sentencias aditivas” del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador” Justicia, num, III, IV, 2993, P.482.

## **2. Lineamientos a considerar para efectuar cambios de precedentes constitucionales en el Ecuador.**

Hemos dejado sentado en previas líneas la importancia que comporta la creación, organización y desarrollo de los precedentes jurisprudenciales en materia constitucional como una forma de garantizar igualdad, previsibilidad, así como también precautelar el derecho a la seguridad jurídica para casos análogos en los que se encuentre en colisión derechos de rango constitucional.

El precedente y su previsibilidad al igual que muchos conceptos e instituciones jurídicas no puede poseer una “rectitud absoluta en el sentido de que sea tanto definitiva como válida para todos los tiempos”<sup>123</sup> toda vez que “el continuo cambio de las relaciones de la vida ponen constantemente al que aplica las normas ante nuevas cuestiones”,<sup>124</sup> así y por cuanto el derecho se acopla a las nuevas realidades sociales que se le presenten, resulta lógico que los precedentes puedan, bajo ciertos parámetros, evolucionar mediante la adopción de nuevos razonamientos jurisprudenciales.

Uno de estos parámetros, a criterio de Alexy es la imposición de la carga de argumentación al organismo o juez que advierta la necesidad de apartarse de dicho precedente, en nuestro caso y por cuanto la Corte Constitucional es el único organismo para crear jurisprudencia, será este el organismo competente para reversar sus propios precedentes jurisprudenciales. Es por esta razón que para Alexy;

... quien quiera apartarse de un precedente tiene que asumir la carga de justificar tal apartamiento, siendo inadmisibles el abandono discrecional de los precedentes, que sería ofensivo para la seguridad jurídica y la necesaria previsibilidad de las decisiones judiciales; hay pues, una necesidad de “tomar en serio” (...) los precedentes.<sup>125</sup>

Esta imposición de fundamentar razonablemente la necesidad de alejarse de los precedentes ha tratado de ser limitada dentro del derecho comparado, entendiendo que cualquier reforma que se realice a los mismos, requiere ser excepcional y entendible en el contexto que se presente; particularmente, en Perú, el Tribunal Constitucional, por ejemplo,

---

<sup>123</sup> Eduardo Soderó, “Sobre el cambio de los precedentes”

<[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182004000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008)>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

<sup>124</sup> Ibidem.

<sup>125</sup> Robert Alexy citado por Eduardo Soderó, en “Sobre el cambio de los precedentes”

<[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182004000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008)>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

estableció a través de la sentencia 0024-2003-AI/TC de fecha 10 de octubre del 2005 los criterios con los cuales se podría proceder con el alejamiento y consecuente sustitución del precedente, los mismos que recogemos a continuación:

La competencia para el apartamiento y sustitución de un precedente vinculante está sujeta a los tres elementos siguientes:

- d) Expresión de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dicha decisión.
- e) Expresión de la razón declarativa-teológica, razón suficiente e invocación preceptiva en que se sustenta dicha decisión.
- f) Determinación de sus efectos en el tiempo.<sup>126</sup>

La citada sentencia es enfática en sostener la relevancia de los precedentes constitucional como garantía jerárquica, es decir, que los órganos inferiores no revoquen, así como su configuración como un “parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homologa”,<sup>127</sup> por ello que al pretenderse realizar un apartamiento se debe establecer las razones suficientes, constantes y necesarias que permitan identificar que tal línea de criterio se encuentra en desuso.

En similar forma, el Tribunal Constitucional español mediante la conocida sentencia STC 49/1982 de 14 de julio, estableció a obligación de los tribunales de respetar sus propios precedentes como consecuencia de la aplicación del principio de igualdad ante la ley, añadiendo, en lo que respecta al cambio de precedentes, lo siguiente:

es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.<sup>128</sup>

Doctrinariamente, el cambio del precedente jurisprudencial encontrará más allá de cada tecnicismo que impongan los organismos competentes, la necesidad de contar con una argumentación razonable, “el concepto clave es el de *racionalidad* (...) el juez no debe aceptar, en cierto modo ‘ciegamente’, el precedente. No solo está facultado sino incluso

---

<sup>126</sup> Tribunal Constitucional del Perú, “Sentencia No. 0024-2003-AI/TC”

<<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html>>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> Tribunal Constitucional de España, “Sentencia 49/1982, de 14 de julio”

<<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/91>>, (Acceso: 29 de marzo del 2020).

obligado a apartarse de él si llega a la convicción de que contiene una interpretación incorrecta”.<sup>129</sup>

Aunque el principio de continuidad, previsibilidad y en ulterior instancia el derecho a la seguridad jurídica emana de la imposición de los precedentes jurisprudenciales obligatorios por parte del máximo organismo constitucional, no es menos cierto que, dichos razonamientos y decisiones responden a un contexto histórico específico, una situación que el derecho norteamericano lo ha enfatizado a través de su larga historia jurisprudencial mediante la figura del *overruling*.

Sin ánimo de pretender desarrollar dicha institución propia del sistema del *comon law* norteamericano, podemos sostener que la figura del *overruling* es una técnica argumentativa, encaminada al apartamiento de un precedente cuando se verifican nuevos hechos o circunstancias sociales que “determinen que la manutención del precedente genera mayor inseguridad que recobrarlo”,<sup>130</sup> implica en definitiva una posición activa de la actividad judicial de la Corte Suprema de Estados Unidos, la misma que posee la potestad y la carga argumentativa de revocar un precedente por el transcurso del tiempo.

A través del *overruling* -con efecto preponderantemente pro futuro-, se busca alterar un *status quo* dado por el precedente anterior, siempre mediando una nueva interpretación que servirá de sustento a la nueva regla jurídica a ser emitida por la corte vértice, o cuando las situaciones de hecho no sean más las mismas. Es Ahí donde se aprecia el *link* entre el *overruling* y la función proactiva de las cortes supremas. (...) tan o más importante que establecer un precedente vinculante- sea normativo, sea interpretativo- es el poder eliminar la *ratio* que, por el cambio de supuestos de hecho o puntos de derecho, no sea más congruente con el propio sistema que pretende resguardar a través de una interpretación uniforme.<sup>131</sup>

Como podemos observar, en el sistema jurisprudencial norteamericano, la regla del *stare decisis*, no es incondicional, ya que la Corte Suprema se encuentra facultada para revocarla bajo ciertos parámetros generalmente sociales, que evidencien su desuso de facto

---

<sup>129</sup> Ob. Cit, Eduardo Sodero, en “Sobre el cambio de los precedentes”

<sup>130</sup> Christian Delgado Suarez, *Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes*, (Lima: Revista de Derecho Themis, No. 69, 2016) pág. 285.

<sup>131</sup> Ibidem.

o que inclusive dichos precedentes no guarden correspondencia con las nuevas concepciones socialmente aceptadas. Un claro ejemplo de aquello es el conocido precedente de “separados pero iguales”,<sup>132</sup> imperante hasta la mitad del siglo XX en los Estados Unidos.

De forma sucinta, el precedente jurisprudencial de separados pero iguales constituía una interpretación a la Decimocuarta Enmienda de su Constitución, la misma que garantizaba a todas las personas y a la ciudadanía en general sus derechos de libertad y de propiedad en condiciones de igualdad, así como también la igualdad en el voto, a inicios de 1900 la Corte Suprema de los Estados Unidos falló en el sentido de que la progresiva separación de blancos y negros que se realizaba por parte de diversos estados de la unión no constituían una vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, siempre y cuando, dicha separación no menoscabase el acceso de calidad de servicios y bienes a ninguno de los ciudadanos, precedente que iniciaría a través del caso *Plessy v Ferguson*.<sup>133</sup>

Este criterio de separación igualitaria propuesta por la Corte Suprema de los Estados Unidos avaló que, inclusive, dicha regla se pudiese adoptar como política pública, no obstante, la notoria discriminación que se derivaba de dichos precedentes, y la progresiva conciencia social respecto a la segregación racial propició que, en el año de 1954 la Corte Suprema reversará su propia línea jurisprudencial que contenía la regla juntos pero separados, mediante el fallo *Brown v. Board of Education*, con la cual se declaró inconstitucional la regla juntos pero separados que se realizaba en las escuelas públicas, dando inicio a la lucha de los derechos civiles de las minorías raciales en Estados Unidos.<sup>134</sup>

Como se puede advertir, en el sistema jurisprudencial norteamericano, el precedente puede y debe ser modificado cuando existan razones de injusticia que puedan poner en entredicho la legalidad y validez del ordenamiento jurídico, situación en la que el impulso social juega un papel preponderante al que los jueces deben prestar atención.

---

<sup>132</sup> Manuel González Oropeza y Marcos del Rosario Rodríguez, “El caso Méndez v. Westminster y su contribución a la consolidación del derecho a la igualdad a través de su influencia en el caso Brown v. Board of Education” (Coyoacán, México: ISONOMÍA, No. 42, 2015) págs. 149-167.

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Ibidem.

Dichas modificaciones requieren, necesariamente, una adecuada justificación por parte de los jueces.

Finalmente, y trasladándonos al ámbito nacional, el cambio de los precedentes jurisprudenciales no ha tenido un amplio desarrollo como si aconteció en el derecho comparado; esta situación es entendible vista desde nuestra reciente constitución y la limitada producción jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, así, resultaría inconveniente advertir la existencia de cambio de precedentes en nuestro ordenamiento cuando apenas ha transcurrido poco más de una década desde la expedición de la constitución ecuatoriana.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencias puntuales, y al referirse al trabajo jurisprudencial que realiza, ha dejado claro la necesidad de la argumentación expresada por Alexy en caso de darse un potencial alejamiento de un precedente jurisprudencial. En lo que nos atañe, ha señalado lo siguiente:

La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el *principio stare decisis* en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquél deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; lo dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada (...).<sup>135</sup>

Por ende, esa razón poderosa implicará un ejercicio de motivación que explique porque, en un caso concreto, el precedente jurisprudencial debe ser apartado, a fin de no menoscabar el derecho a la seguridad jurídica, exigencia que, finalmente se alinea con todo lo manifestado anteriormente en este acápite, esto es, la necesidad de argumentación como requisito primigenio para el cambio de precedente.

El sistema de precedentes es una forma de creación de derecho, que no nace desde el legislador, sino desde una Corte de rango supremo. La eficacia de aplicar el sistema de precedentes genera una seguridad jurídica más afianzable que la misma legislación, pues

---

<sup>135</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 191-16-SEP-CC, Caso No. 2139-11-EP.

son las Cortes las que conocen la realidad latente de la sociedad, y los problemas jurídicos que esta puede tener.

En nuestro país no ha existido un cambio de precedentes, es más, no existen más de once precedentes jurisprudenciales obligatorios (casos garantías jurisdiccionales al 2018), y no más de 45 pronunciamientos vinculantes y obligatorios de interpretación, expedidos por la Corte Constitucional por más de diez años<sup>136</sup>, lo que demuestra una falta de interés por parte de este órgano, pues es conocedor, que a través de sus competencias él puede otorgar progresividad a los derechos, siendo esta una herramienta de ascenso y seguridad para los ciudadanos.

Bajo esta consideración, es necesario irnos a la escuela fundadora de los precedentes, que es el *common law* estadounidense, que en su aplicación para el cambio de precedente acoge fiel mente el pragmatismo para permitir evolucionar al derecho,<sup>137</sup> pues ellos están muy claros que el derecho evoluciona con la sociedad, estos precedentes debe prever el futuro porque de lo contrario serían obsoletos.

En este contexto, nos vamos a permitir analizar un caso del sistema *common law* que demuestra un cambio de precedente, el caso es *Payne vs. Tennessee*<sup>138</sup>, dado en 1991, el mismo que señala que no existe violación de la octava enmienda el recibir testimonio formal de la víctima en el caso de pena de muerte; mencionado caso da de baja dos precedentes los cuales son *Booth vs. Maryland* año 1987 y *South Carolina vs. Gathers* año 1989.

Pero cuál fue el argumento del juez para permitirse cambiar el *stare decisis*, ya que apenas había pasado cinco años de aquel precedente, lo cual es un tiempo muy corto para justificar un cambio. Previo hacer el análisis de los factores que se deben considerar para cambiar el precedente, nos permitiremos narrar lo sucedido en este polémico caso, pues esto nos permitirá entender de mejor forma cuales son los requisitos.

*Payne vs. Tennessee*, trata sobre un delito de violación. El señor Pervis Tyrone Payne, en adelante Payne, violó y asesinó a Charisse Christopher, su asesinato fue cometido con un

---

<sup>136</sup> Portal de búsqueda de la Corte Constitucional del Ecuador. Búsqueda: Precedentes Jurisprudenciales. Visto en: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BuscadorRelatoria.aspx>, 14 de enero 2020.

<sup>137</sup> Ob. Cit, Vladimir Bazante Pita, "El Precedente constitucional" págs. 21-24

<sup>138</sup> Sentencia *Payne v. Tennessee*, 501 U.S 808, 827 (1991), citado por Antonie Garapon e Ieannis Papadopoulus, Juzgar en Estados Unidos y en Francia, Bogotá, Legis, 2006, p. 200-230

arma blanca, detectándole cuarenta y dos heridas; también mató a Lacie su hijo, y su hijo Nicholas, sobrevivió pero también fue herido.

Los vecinos de la víctima lograron escuchar los gritos y llamaron a la policía, Payne logró huir dirigiéndose hacia la casa de su novia, en donde destruyó la ropa que estaba manchada de sangre, dentro de las evidencias estaba sus huellas digitales en diferentes artefactos de la casa; pero la mayor prueba eran los diferentes testimonios de los vecinos, policías, y familiares de las víctimas. El juez determinó la culpabilidad del señor Payne, otorgándole la pena muerte, el mismo que apeló, pues el juez había considerado los testimonios de los familiares de víctima, lo cual está en contra de lo que establecían los precedentes *Booth v. Maryland* año 1987 y *South Carolina v. Gathers*.

Ante esto, la sentencia fue ratificada, y se determinó que el juez puede valorar y considerar todas las pruebas que son relevantes, las mismas que deben respetar el debido proceso para su obtención; también se determinó, que se debe precautelar los bienes jurídicos protegidos, en especial si existe agravantes, por ello el *stare decisis*, no es algo que no pueda cambiar, debe existir una causa motivada en la que se justifique la necesidad de realizar un cambio, en este caso es la progresividad del derecho de la víctima, lo cual no solo le ha permitido a la víctima un efectivo acceso a la tutela judicial efectiva, sino también una sentencia justa.

Existen casos en que no se puede aplicar un precedente a ciertos conflictos jurídicos, ya sea por su connotación social, o por necesidad de progresividad de derechos, y es ahí donde los jueces tienen la obligación de revisar su propia jurisprudencia. Dicha revisión debe considerar los parámetros de seguridad jurídica, igualdad de derechos, la no discriminación, lo que nos lleva al segundo requisito que es la razonabilidad.

La razonabilidad, trata sobre la justificación que da el juez para cambiar el precedente, y esta justificación debe ser aceptada dentro de los principios y reglas básicas del derecho, la misma que reflejara una total conciencia y lógica de la necesidad de decisión, cuyo objetivo sería la aceptación de esa nueva regla.

Conforme lo señala Rafael Díaz, el Tribunal Constitucional español a través de su jurisprudencia ha establecido los requisitos para el cambio de precedentes, los tres más importantes son:

- a) el cambio de precedente debe ser razonado y razonable;

- b) La reciente interpretación del derecho debe ser el producto de reflexiones no discriminatorias;
- c) Debe tener vocación de universalidad, esto es que pueda ser utilizado para solucionar casos semejantes<sup>139</sup>

Estas tres características son importantes al momento de realizar un cambio de precedente. El punto a) y b) que trata sobre la razonabilidad y la no discriminación como ya lo hemos señalado se enfoca en la no vulneración de otros derechos, lo que se debe garantizar es la efectiva progresividad de los mismos.

Sobre la universalidad, esta se enfoca en el análisis de trazabilidad de todos los derechos al momento de decidir hacer un cambio, y esta se refleja en su motivación, para el doctrinario Alexy, dentro de la universalidad existe la "regla de la carga de argumentación"<sup>140</sup> en la que señala que quien quiera cambiar, modificar, aumentar una regla ya establecida tiene que asumir la carga de la justificación de tal decisión, es decir no puede existir un abandono no justificado, por lo se debe garantizar la seguridad jurídica y la necesidad de previsibilidad de las decisiones.

Para el jurista colombiano Carlos Bernal Pulido, el cambio de precedente no es aceptado en todos los casos, solo en los supuestos en que exista una inaplicación del precedente anterior (*distinguish*) y del cambio de precedente por progresividad de derechos (*overruling*).<sup>141</sup>

Es relevante señalar que el contenido de los precedentes, siempre debe estar encaminado a demostrar que existe una razón fáctica, normativa, y valorativa que soporte el cambio, pues solo así la ciudadanía podrá confiar en la correcta labor de los jueces al emitir los precedentes, los mismo que pueden ser actualizados por los mismo jueces con efecto correctivo. El tiempo de vigencia del precedente no es importante, si existen las razones

---

<sup>139</sup> Rafael Diaz Filpo, "El Cambio De Precedente", <<https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/14587/mag-rafael-diaz-filpo.pdf>>, (Acceso, 25 de octubre del 2019).

<sup>140</sup> Alexy, Robert, citado por Eduardo Sodero, en "Sobre el cambio de los precedentes" <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182004000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200008)>, (Acceso: 27 de octubre del 2019). Se entiende por distinguish cuando el juez debe apartarse de la ratio decidendi del primer caso, y fundamentar una nueva, justificando por qué no es aplicable la primera ratio; en cambio el overruling, es cuando un patrón factico aparece y es necesario que la nueva decisión se aparte de la ratio decidendi de aquel precedente.

<sup>141</sup> Cfr. Carlos Bernal Pulido, "El precedente en Colombia", <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493>> (Acceso: 27 de octubre del 2019).

para cambiarlo. En el Ecuador podría darse un cambio de precedente cuando la efectividad de dicha regla no sea eficaz por la naturaleza de las condiciones fácticas en las que se la dicta, es decir, la sociedad no está lista ni preparada para asumir y acatar con responsabilidad las normas, si existe problemas valorativos.

Ahora bien, resulta oportuno analizar la experiencia del caso colombiano respecto al cambio de precedente jurisprudencial, tomando en cuenta la similitud de nuestro sistema constitucional, experiencias que ya llevan un cuarto de siglo en aplicación y permitirá dar luces sobre como en un sistema tanto legal como jurisprudencial se puede armonizar una nueva fuente de derecho vinculante y sus continuas transformaciones.

### **3.Cambio de precedente en el derecho comparando. (Colombia)**

El derecho colombiano es pionero en incorporar a su ordenamiento jurídico al sistema de precedentes jurisprudenciales. Desde los primeros años de vigencia de su Constitución (promulgada en el año de 1991), la Corte Constitucional, en reiterados fallos, ha sostenido la vinculación y obligatoriedad de los precedentes no solo constitucionales si no a nivel general, emitidos por las altas cortes de la nación (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado).<sup>142</sup>

Al igual que lo que acontece actualmente con el nuevo sistema constitucional ecuatoriano, la Constitución de 1991 trajo consigo “la percepción del nuevo derecho en Colombia”<sup>143</sup> lo que se tradujo en “la posibilidad de implantar un criterio menos tradicional del sistema de fuente. Pronto los fallos provenientes de la Corte Constitucional fueron percibidos como norma de aplicación general que simplemente como herramienta hermenéutica o didáctica”.<sup>144</sup>

Esta noción inicial, respecto de la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales fue verdaderamente revolucionaria para su época, toda vez que, en aquel entonces, la ley poseía un espacio casi exclusivo como fuente del derecho, en consecuencia,

---

<sup>142</sup> Cfr, Antonio Barreto, Fabio Enrique Pulido, “La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia” (Bogotá: Revista Jurídicas, No. 13, 2016) páginas 64-81.

<sup>143</sup> Daniel Fernando Uribe, “Derecho Jurisprudencial en Ecuador: El caso de la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional ecuatoriana en perspectiva al derecho comparado”.

<<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/6949/13.J01.001387.pdf?sequence=4&isAllowed=y>> (Acceso: 31 de marzo del 2020).

<sup>144</sup> Ibidem.

se podría decir que, la idea de crear jurisprudencia vinculante y asociarla como otra fuente de derecho, colisionaba directamente con el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia, la misma que señala:

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.<sup>145</sup>

A pesar de esta formulación tradicional legalista, dispuesta en el texto constitucional colombiano, la Corte Constitucional a través de su propia creación jurisprudencial, determinó que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”<sup>146</sup>, definiendo el concepto de imperio de la ley “a todo el ordenamiento jurídico y no sólo a la ley formal”<sup>147</sup>, aludido en el texto constitucional, tan necesaria mutación realizada vía jurisprudencial resultaría trascendental para el notable desarrollo que se daría a posterior como consecuencia de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial. Al respecto la Corte Constitucional señaló:

Aun cuando los efectos jurídicos emanados de la parte resolutive de un fallo de revisión solamente obligan a las partes, el valor doctrinal de los fundamentos jurídicos o consideraciones de estas sentencias trasciende el asunto revisado. La interpretación constitucional fijada por la Corte determina el contenido y alcance de los preceptos de la Carta y hace parte, a su vez, del "imperio de la ley" a que están sujetos los jueces según lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución.<sup>148</sup>

Para Bernal Pulido, la interpretación inicial realizada por parte de la corporación constitucional, si bien deja severos cuestionamientos a la interpretación natural y obvia que se podría colegir del texto constitucional, no obstante, lo estima como necesaria a fin de

---

<sup>145</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Constitución Política de Colombia” <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>, (Acceso: 31 de marzo del 2020).

<sup>146</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia No. C-131/93” <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-131-93.htm>>, (Acceso: 1 de abril del 2020).

<sup>147</sup> Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* (Bogotá: Revista Derecho del Estado, No. 21, 2008) págs. 82-94

<sup>148</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-252/01” <[https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm#\\_ftnref39](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-252-01.htm#_ftnref39)>, (Acceso; 1 de abril del 2020).

crear una “teoría de la vinculación al precedente, que deje a salvo la posibilidad de que, cuando esté justificado, los jueces posteriores puedan apartarse de la jurisprudencia y modificarla”.<sup>149</sup>

Este apartamiento del precedente, implica que la Corte Constitucional de Colombia es consciente de que su producción jurisprudencial no es estática, y podrá, dinamizarse conforme el creciente desarrollo social y jurídico del mismo, esta posibilidad a criterio de Bernal Pulido responde a la garantía de justicia que se debe dar al caso concreto, así como la necesaria actualización de la jurisprudencia. Tal afirmación ha sido compartida inclusive por la propia corte, habiendo determinado que:

Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.<sup>150</sup>

Dentro de la jurisprudencia constitucional se ha dejado en claro que, si un juez tiene que apartarse de un precedente, el mismo “está obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”,<sup>151</sup> de la misma forma, la alta corte constitucional distingue no solamente el cambio de precedente (*overruling*), sino también la inaplicación del precedente al caso concreto (conocido en el derecho anglosajón como el *distinguish*), ambas figuras son válidas acorde con la jurisprudencia, y se enmarcan en los cuatro supuestos que pormenorizaremos a continuación.<sup>152</sup>

El primer supuesto recoge la figura de la inaplicación del precedente (*distinguish*), así en palabras de Bernal Pulido, este ocurre cuando “a pesar de que existan similitudes entre el caso que se debe resolver y uno resuelto anteriormente (...) exist[e]n diferencias

---

<sup>149</sup> Ibidem.

<sup>150</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-228/02”

< <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>>, (Acceso: 30 de abril del 2020).

<sup>151</sup> Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* págs. 91-94

<sup>152</sup> Ibidem.

relevantes no consideradas en el primero y que impiden igualarlos”,<sup>153</sup> en consecuencia, el juez se encuentra facultado para inaplicar un precedente jurisprudencial a un caso posterior cuando considere que las diferencias que existen entre este y el caso a resolver exigen otorgar una solución diferente, o que el mismo, no “pueda extenderse al presente caso”.<sup>154</sup> Importante destacar que la inaplicación se da en la *ratio decidendi* de la sentencia, que constituye el precedente propiamente dicho.

Por otra parte, el segundo presupuesto, que esencialmente implica el cambio de precedente como tal (*overruling*), se presenta cuando la jurisprudencia que sido “adecuada en una situación social determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior”<sup>155</sup>, la doctrina constitucional es clara respecto de bajo qué circunstancias se podría aplicar la reforma del precedente constitucional, así la *ratio decidendi*, de un precedente al regula un momento histórico determinado se vuelve obsoleta para los nuevos tiempos, evidenciándose una variación de circunstancias que, en el momento en que se expidió era inexistentes o se desconocían de las mismas, por lo que, al presente aplicar dicho precedente, podría generar efectos fácticos negativos.<sup>156</sup>

Aquí el juez posee la carga de la argumentación a fin de demostrar las razones que no permiten la aplicación del precedente, así como las consecuencias negativas que podría conllevar su sometimiento al mismo, solo así podrá llevar a cabo un *overruling* de la jurisprudencia anterior.<sup>157</sup>

El tercer supuesto, guarda cierta similitud con el anterior, aquí el precedente jurisprudencial es erróneo por cuanto el mismo es “contraria a los valores, objetivos, principios y derecho en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico”,<sup>158</sup> en este escenario la temporalidad del precedente no posee mayor relevancia, siendo el condicionante necesario para el cambio del mismo, el conflicto de este con los valores, principios y objetivos que subyacen dentro del sistema jurídico. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ilustra este presupuesto de la siguiente forma:

---

<sup>153</sup> *Ibidem*.

<sup>154</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia T-960/01”

< <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-960-01.htm>>, (Acceso: 2 de abril del 2020).

<sup>155</sup> Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* pág. 92-93

<sup>156</sup> *Ibidem*.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> *Ibidem*.

la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión.<sup>159</sup>

Finalmente, la corte considera necesario apartarse de sus propios precedentes en una cuarta situación, la misma responderá a cuando se evidencia un “cambio en el ordenamiento jurídico positivo”,<sup>160</sup> este cambio deberá modificar de forma relevante un tema al cual el precedente se vinculaba directamente, así lo señala Bernal Pulido: “Es apenas obvio que si varía la disposición deben variar las *ratione decidendi*”.<sup>161</sup>

Con base a la expedición de una nueva disposición normativa a la que la *ratio decidendi* no pueda adscribirse más, es que el juez se encuentra obligado a dejarla en desuso, siendo necesario crear, de ser el caso, un nuevo precedente que pueda encajar en el nuevo contenido. Ahora bien y para cerrar el presente apartado, la Corte Constitucional colombiana a diferencia de lo que ocurre en el caso ecuatoriano, permite que tanto las altas cortes como los jueces de inferior jerarquía puedan aplicar cualquiera de los cuatro presupuestos para el cambio de precedentes aquí descritos.<sup>162</sup>

Únicamente que, en el caso que el cambio se dé por un juez de inferior jerarquía, será la Corte Constitucional la que podrá avalar u objetar dicha decisión mediante sus competencias correspondientes siendo su decisión la vinculante en este particular caso.<sup>163</sup> Cómo podemos observar, el sistema de precedentes en el derecho colombiano es de una trayectoria respetable, desarrollado a partir de una oportuna interpretación de las fuentes del derecho que ha permitido establecer una estructura a través de la cual se puede reformar, revocar o en definitiva apartarse del mismo, ello bajo la premisa de evolución del derecho y la vinculación de los precedentes con la justicia.

---

<sup>159</sup> Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-836/01”

< <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>>, (Acceso: 2 de abril del 2020).

<sup>160</sup> Ob. Cit. Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* pág. 93.

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> Ibidem.

<sup>163</sup> Ibidem.





## Capítulo Tres

### Relación entre precedente y las sentencias manipulativas

Es importante destacar que a lo largo de esta investigación se ha determinado el papel trascendental de las sentencias manipulativas en razón de la existencia del control de constitucionalidad, creando un rol preponderante de la Corte Constitucional que ha establecido verdaderas operaciones interpretativas con el fin de superar algunas inconstitucionalidades al aumentar, retirar o cambiar frases de la norma para apegarse a una interpretación constitucional e incluso haciendo un llamado al legislador a crear los mecanismos necesarios para acatar las disposiciones emanadas de la Corte Constitucional.

Implica por ello un gran salto hacia convertirse un verdadero legislador positivo, hecho importante puesto que las particularidades de las sentencias constitucionales radican en que buscan precautelar intereses superiores y comunes, ya que “la declaratoria de inconstitucionalidad puede presentar efectos perniciosos, como: inseguridad jurídica, vacíos normativos; y, en algunos casos, ingobernabilidad.”<sup>164</sup>

En este contexto de ningún modo se puede entender a estas sentencias y procesos como contrarios al orden jurídico y democrático, pues tienen como finalidad restablecer el orden constitucional mediante la transformación del significado del texto llegando a ejercicios jurídicos de alto nivel capaces de reconstruir los significados, evitando que las normas sean declaradas constitucionales y que por el contrario se reintegren y coexistan sin inconveniente en el mundo jurídico. Cuando la Corte Constitucional encuentra una norma inconstitucional se encuentra ante la disyuntiva de expulsar del ordenamiento jurídico la disposición impugnada o tratar de interpretarla para hacerle armonios. Volvemos a la idea de que el juez constitucional puede ser legislador positivo o negativo, pues se arrogará, por así decirlo, potestades del órgano legislativo: derogando, modificando o creando disposiciones para superar la inconstitucionalidad.

Es evidente pues que en un Estado constitucional de derechos, la Corte Constitucional no únicamente controla el ejercicio de los poderes públicos ni sólo vela por el respeto y vigencia de la Constitución, los principios, garantías y derechos de los

---

<sup>164</sup> Hernán Olano García. Tipología de nuestras sentencias constitucionales. Internet. [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/13Olanoult.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf). Acceso: (23/03/2021). p.574

ciudadanos, sino que está plenamente facultada como órgano de interpretación constitucional, a interpretar los preceptos constitucionales que quizá caigan en generalidades o ambigüedades, y a través de su intervención se logre adaptarlos al sistema jurídico y a los propios avances y desarrollos sociales, y en algunos casos incluso modificando el ordenamiento infra constitucional, sin que ello conlleve una violación a la democracia, entonces, indefectiblemente es papel de la Corte Constitucional crear derecho.

(...) este tipo de sentencias constituyen la muestra más clara del activismo judicial de los tribunales constitucionales, lo que supera su concepción tradicional de órganos que cumplen una función de expulsión de normas del ordenamiento jurídico y no creador de ellas. Este tipo de sentencias son constitutivas, en la medida que ellas innovan en el ordenamiento jurídico.<sup>165</sup>

En este aspecto hablamos entonces del activismo judicial como medio reparador para que las normas se adecuen al ordenamiento jurídico y de ningún modo el máximo interprete de la Constitución, la Corte Constitucional, estaría arrogándose funciones, aunque eventualmente hay que tener coordinación con los controles de legalidad que realice la Corte Nacional de Justicia, también, como alta corte.

De ello la importancia de revisar doctrinariamente la teoría de la deferencia razonada, entendida como el respeto permanente y mutuo entre los órganos del Estado y sus competencias y atribuciones a fin de evitar tensiones.

(...) la relación que tendrá Corte Constitucional con los órganos cuyos actos jurídicos van a ser controlados, pues, la Magistratura deberá respetar el producto del legislador o de la administración, y estos, deberán respetar las prerrogativas y resoluciones que tome la Corte Constitucional cuando controle legítimamente la constitucionalidad de sus actos.<sup>166</sup>

Por ello no se debe dejar de lado que la actividad relacionada con tutelar los derechos, la vigencia de la seguridad jurídica necesita de un control de constitucionalidad, siendo innegable que la declaratoria de inconstitucionalidad acarrea más problemas que soluciones, como son los vacíos normativos, inseguridad jurídica, otras inconstitucionalidades, vulneración de derechos; inconvenientes de control constitucional ingobernabilidad; y, por supuesto el cuestionamiento de la legitimidad democrática de la Corte Constitucional.

---

<sup>165</sup> Ibidem

<sup>166</sup> Patricio Zapata Larraín. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 294

El caso que nos interesa es la relación que tendrá Corte Constitucional con los órganos cuyos actos jurídicos van a ser controlados, pues, la Magistratura deberá respetar el producto del legislador o de la administración, y estos, deberán respetar las prerrogativas y resoluciones que tome la Corte Constitucional cuando controle legítimamente la constitucionalidad de sus actos.

Por lo tanto, estas sentencias y esta actividad de la Corte Constitucional, cancela totalmente cualquier actividad de legislador negativo que pueda avizorarse. Adicionalmente, se debe entender la importancia de estas sentencias y de la actividad de la Corte en sí mismo en el sentido del alcance de la vinculación y obligatoriedad de las sentencias.

El artículo 95 de la LOGJCC establece que la sentencia que se dicte en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad tiene efectos de cosa juzgada y surte efectos hacia el futuro; no obstante, de manera excepcional, se podrán diferir o retrotraer los efectos de la sentencia cuando sea necesario preservar la vigencia de los derechos y garantizar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, siempre que no se afecte a la seguridad jurídica y al interés general.

De conformidad con el artículo 436 numeral 1 de la Constitución, la Corte Constitucional tiene la característica de ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante, hablamos entonces de jurisprudencia,

(...) la jurisprudencia, entendida como las sentencias de los órganos jurisdiccionales, posee importantes características que se manifiestan externamente, poseyendo en este sentido un carácter normativo, así como otras disposiciones normativas, en especial las legislativas, pero, con una diferencia notable y es que puede repercutir en forma impresionante en la vida de quienes sean los más directamente afectados por una sentencia, así, por ejemplo, las partes procesales; cosa que no sucedería con mucha frecuencia al dictarse leyes, ya que su característica generalidad hace que no se las «aplique» hasta que aparezca un determinado caso o suceso.<sup>167</sup>

---

<sup>167</sup> Vladimir Bazante, El precedente constitucional.

<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434650/El-precedente+constitucional.pdf/abdaac0d-4f71-4103-a2d5-12ae6b708844>

La Corte Constitucional como alta Corte esta encargada de emitir jurisprudencia, y las misma por provenir del máximo órgano de interpretación constitucional cuya principal labor es velar por la plena vigencia de los derechos constitucionales, debe reconocérsele la fuerza normativa y de obligatoria aplicación, toda vez que la característica más básica de la jurisprudencia está dada por la tarea de adoptar decisiones basadas en la autoridad y con ello vinculantes.

La vinculación, por lo tanto, procede del poder que lo jurisdiccional representa en el Estado. Diremos entonces que La jurisprudencia es vinculante por naturaleza, sin vinculación sencillamente la jurisprudencia se vuelve vacía, es simple papel. Sin embargo, el reto del carácter vinculante no radica precisamente en su mero reconocimiento o institucionalización, sino, en su efectivo uso, es decir, en la utilización de los criterios que en ellas se plasmen y en el respeto que la jurisprudencia tenga por parte de sus seguidores.

La efectividad de las sentencias es el meollo de su existencia en el contexto que su presencia radica en el impacto que puede lograrse desde la aplicación, el uso que se les pueda dar y el beneficio social que ellas impliquen en el ordenamiento jurídico y como solución a los problemas jurídicos que armonicen verdaderamente las normas y sobre todo las realidades y relaciones sociales, por ello es importante analizar el impacto material que ha venido inaugurándose con la existencia

Para enmarcar los temas que hemos venido tratando y aterrizar el análisis en cuestiones concretas, se estudiará la sentencia No. 012-17 SIN-CC, casos números 0026-10-IN y 0031-10- IN de la Corte Constitucional relativa a los derechos del niño y al interés superior del menor.

### **1. Análisis del contenido principal de la sentencia vs el contenido fáctico de los efectos de la sentencia.**

El 14 de mayo del año 2010, en relación con los casos signados con los números 0026-10-IN. 0031-10-IN v 0052-16- IN se interpuso una acción pública de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos innumerados 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 10 inciso segundo; 15 inciso cuarto, 23, 24, 25 y 37 inciso cuarto de la Ley

Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, publicada en el suplemento del Registro Oficial N.º 643 del 28 de julio de 2009, misma que tuvo como base a consideración que dichas disposiciones jurídicas vulneran los siguientes artículos de la Constitución, Art. 66 numeral 29 literal c) relacionado con los derechos de libertad ; 69 numerales 1, 4 y 5, referente a la protección de los derechos de las personas que conforman la familia y 83 numeral 16 de la norma constitucional vigente acerca de los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos.

Las argumentaciones recaen sobre la suposición respecto que las normas antes precisadas y que son acusadas de inconstitucionales lesionan principalmente el derecho a la libertad, entendido desde la Constitución como la prohibición de privación de libertad por concepto de deudas, tributos, costas, multas, entre otras solo en el caso de pensiones alimenticias; y que además se impide el desarrollo de la maternidad y paternidad corresponsables, siendo exclusiva la responsabilidad del padre y la madre respecto de la obligación de prestar alimentos a sus hijos e hijas; atendiendo a que el texto constitucional no señala a los abuelos y abuelas, a los hermanos y hermanas, ni a las tías y tíos como personas obligadas subsidiariamente a prestar alimentos y ser presos en caso de incumplimiento, que además no constituye una medida proporcional para asegurar el derecho de alimentos de las niñas, niños y adolescentes, y afecta los derechos de los padres.

La Corte Constitucional dentro de la sentencia antes citada comienza haciendo un análisis constitucional sobre varias normas jurídicas cuyo eje central gira entorno a los derechos de la niñez y adolescencia, para el efecto la Corte comienza analizando la constitucionalidad de forma, el donde se plantea el siguiente problema jurídico ¿Al promulgar el Código Orgánico General de Procesos, el legislador ¿observó los requisitos formales para su expedición?<sup>168</sup>

Frente a este problema la Corte pone en evidencia que el Código Orgánico General de Procesos siguió el procedimiento legislativo establecido en el Título IV, Capítulo Segundo, Sección Tercera de la Constitución, por lo que concluye que existe en dicho cuerpo normativo unanimidad en materia, que las disposiciones se encuentran en un mismo núcleo temática, por lo que guarda conformidad con lo dispuesto en los artículos 136 de la

---

<sup>168</sup> Corte Constitucional, Sentencia de la Corte Constitucional 012-17-SIN-CC

Constitución de la República y 116 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En el desarrollo de la misma sentencia se plantea también problemas jurídicos de forma, los cuales la corte identifico los siguientes:

Las normas contenidas en los artículos 5 incisos segundo, tercero y cuarto; 10 inciso segundo y 37 inciso cuarto de la Ley Reformatoria al Título V, Libro 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ¿vulneran los principios constitucionales recogidos en el artículo 69 numerales 1, 4 y 5 y artículo 83 numeral 16 de la Constitución de la República?

Las normas contenidas en los artículos 8, 9, 10, 26, 28, 29, 30, 33, 34 y 35 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, ¿vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la República?

Las normas contenidas en los artículos 24, 25 y 27 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia, ¿vulneran el derecho a la libertad de tránsito consagrado en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República?

Las normas contenidas en el artículo 23 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de Niñez y Adolescencia y el primer inciso del artículo 137 del Código Orgánico General de Procesos, ¿vulneran el derecho a la libertad consagrado en el artículo 66 numeral 29 literal c de la Constitución de la República?

Frente a estos problemas la Corte inicia haciendo unas consideras previas al señalar que los derechos de la niñez y adolescencia, están enmarcados dentro de los principios constitucionales aplicables a los niños, niñas y adolescentes, los cuales se encuentran regulados en el primer inciso del artículo 44 de la Constitución de la República, que establece: "Artículo 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas".

Dentro del análisis se resaltan tres principios que son: a) El principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el mismo que se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 3.1., como en la Opinión Consultiva, 17/2002 dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en si este principio busca que en cualquier decisión se considere de manera primordial su condición cuando se tomen decisiones que pueden tener impacto en este grupo.

b) Principio de prevalencia de sus derechos o trato prioritario, este principio lo define la misma Corte dentro de la sentencia N.º 048-13-SCN-CC, dictada en el caso N.º 0179-12-CN la misma que señala:

“Mientras el interés superior del niño manda a estimar la condición de niños, niñas y adolescentes en las decisiones que les afecten; el principio de trato prioritario manda a hacer lo propio cuando se relacionan los derechos de niños niñas y adolescentes con los de otros sujetos cuyos derechos también se hallan en la balanza. Es decir, es un principio de interrelación entre los derechos fundamentales en general y aquellos cuando el titular es parte del grupo humano “niñez y adolescencia”<sup>169</sup>

c) Principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, este principio considera que al encontrarnos en una confrontación, disputa dentro de distintos sujetos de derecho, y si dentro de esta confrontación se encuentran niños, niñas o adolescentes, se debe considerar su especial condición al momento de ponderar los derechos en conflicto.

Con este preámbulo la Corte inicia su análisis de control abstracto, apegándose a los principios señalados en el artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,<sup>170</sup> siendo enfáticos que la declaratoria de inconstitucionalidad de la integralidad de la norma debe ser entendida como una medida de última ratio.

Ahora bien dentro del primer problema jurídico planteado, la Corte expresa que el pago de los obligados subsidiarios no vulneran los principios establecidos en los artículos 69 y 83 de la Norma Suprema en donde se señala, que los obligados al cuidado del menor son únicamente los padres y las madres; la corte concluye que la responsabilidad del pago de las pensiones alimenticias de los obligados subsidiarios se activa cuando el padre o la madre no puede pagar la pensión, es decir siempre se buscará que el padre o la madre tendrá la calidad de deudor principal, y será este quien satisfaga la misma.

Frente al segundo problema jurídico se cuestiona la constitucionalidad del proceso de alimentos, el mismo que tiene por objeto garantizar el derecho a la vida digna y al desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, la corte analiza que el proceso guarda estricto apego al debido proceso, pues se garantiza el derecho de contradicción, la pensión

---

<sup>169</sup> Corte Constitucional, Sentencia de la Corte Constitucional N.º 048-13-SCN-CC

<sup>170</sup> Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico.- Art. 76.4 LOGJCC, que indica que, el examen de constitucionalidad debe estar orientado a permitir la permanencia de las disposiciones en el ordenamiento jurídico. b) Interpretación conforme.- Art.76.5 “Cuando exista una interpretación de la disposición jurídica que sea compatible con las normas constitucionales, no se declarará la inconstitucionalidad y en su lugar se fijara la interpretación obligatoria compatible con aquella. De igual modo cuando una parte de una disposición jurídica la torne en su integridad inconstitucional no se declarará la inconstitucionalidad de toda ella, sino que se invalidará la parte inconstitucional y dejará vigente la disposición así reformada”. c) Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso.- Art 76.6. Se declarará la inconstitucionalidad de las disposiciones jurídicas cuando exista una contradicción normativa, y por vía interpretativa no sea posible la adecuación al ordenamiento constitucional.

impuesta puede ser apelada, los tiempos son razonables, la autoridad jurisdiccional tiene amplias potestades para definir las medidas de apremio real, como puede ser el secuestro la retención, prohibición de enajenar, por lo que la Corte concluye que este procedimiento no afectan el derecho a la defensa.

En cuanto al tercer y cuarto problema la Corte realiza un ejercicio de ponderación de derechos, frente al primer problema la Corte analiza si la medida de apremio personal de prohibición de salida del país a los obligados subsidiarios y principales como mecanismo para garantizar el pago de la prestación alimenticia de niños, niñas y adolescentes afecta al derecho de libertad de tránsito recogido en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República, cuyo análisis de constitucionalidad se lo realiza al artículo 27 de la Ley Reformatoria y 138 del COGEP.

La Corte realiza el análisis del test de proporcionalidad, una vez que dicha norma ha pasado el análisis de idoneidad y de necesidad, en el que señala:

Este organismo considera necesario analizar si la aplicación de la medida de apremio personal respecto a la prohibición de salida del país es un medio proporcional para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pero no es proporcional para los obligados subsidiarios, pues no son quienes deben asumir la responsabilidad de prestación de alimentos de manera mediata, solo actúan y son responsables en el caso de ausencia, impedimento, insuficiencia de recursos o discapacidad del Progenitor.

El derecho que se estima es vulnerado con esta medida impuesta a los obligados subsidiarios es el derecho a la libertad de tránsito, para criterio de la corte basta con que las medidas sean impuesta al alimentante, mas no al obligado subsidiario.

El conclusión la corte señala que la medida de apremio personal de salida del país es considerada inconstitucional en tanto se aplique a los obligados subsidiarios, por lo que se declara la inconstitucionalidad de la frase "la prohibición de salida del país" del artículo 24 de la Ley Reformatoria al Título V, Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, quedando el texto de la siguiente manera: "Artículo 24.- Otras medidas cautelares a los obligados subsidiarios. - "Las demás medidas cautelares reales previstas en la presente ley se impondrán a los obligados subsidiarios siempre que hayan sido legalmente citados con la demanda y bajo prevenciones de ley".

Este organismo de interpretación constitucional declara la constitucionalidad condicionada del artículo 25 de la Ley Reformativa al Título V Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que se entenderá constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera<sup>171</sup>: "Que la prohibición de salida del país, como medida de apremio personal se dispondrá únicamente respecto de los obligados directos a satisfacer el derecho a alimentos".

Frente a este análisis considero que es pertinente que la obligación sea para los padres, si bien el cierto existen algunas medidas que puedan hacer efectivo el pago, y que son aplicables también a los obligados subsidiarios, el tema de apremio personal o la prohibición de salida del país no debería ser aplicado para los obligados subsidiarios pues los mismo no son obligados directos, más bien la norma está garantizado con otras medidas y a otros miembros de la familia que cumpla obligaciones que no les corresponden por su naturaleza.

Con relación al cuarto problema la Corte utiliza el principio de proporcionalidad al igual que en el tercer problema, actuando en base al numeral 2 artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Corte identifica que existe una colisión de derechos, uno es el derecho a la libertad y otro el derecho a la vida digna y desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, frente a esto señala que en primera instancia el apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias constituye una medida coercitiva para garantizar el pago de alimentos, es decir ejerce una presión en la voluntad del obligado.

En este cuarto problema se comienza haciendo un análisis sobre la privación de la libertad, medida que es aplicada siempre y cuando exista incumplimiento de pago de dos o más pensiones alimenticias, sean sucesivas o no, y que es facultad del juez otorgarla, frente a este argumento se resalta que esta medida limita el derecho a la libertad y trae como consecuencia la pérdida de empleo o la limitación para conseguir un trabajo, que para criterio de la Corte esta medida no ayuda, pues no solo genera una acumulación de pensiones, si no que esto no permite cumplir con la obligación y goce del derecho del menor afectando el interés superior del niño, adicional la corte señala que esta norma

---

<sup>171</sup> Cfr, Ibidem, 168

(artículo 137 del código orgánico de proceso) no da al juzgador márgenes de valoración, pues se ha estado aplicando esta medida a obligados principales con enfermedades catastróficas o que poseen discapacidad poniendo en riesgos sus propios derechos a la vida, a su integridad.

La Corte señala en su primer análisis que esta norma no pasa el principio de idoneidad, por lo que no es relevante hacer el análisis de necesidad y de proporcionalidad estricta, pues el argumento de la necesidad del apremio personal no es idóneo, sin embargo realizan el análisis de necesidad que indican puntualmente que esta medida lo que busca es garantizar el derecho a la vida digna y protección integral de niña, niños y adolescentes a través del pago de la prestación, y que esta norma violenta el principio de igualdad y no discriminación previstos en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, considerándose una medida lesiva, y que es necesario la reivindicación del principio pro libértate.

En el último punto señala el principio de Proporcionalidad, en donde explica que esta medida no permite justificar los derechos que se requieren ser compensados y se permita sacrificar otros derechos, por lo que la medida es lesiva para otros derechos en su grado de independencia, y que además esta medida conlleva a un vacío jurídico que no permite una aplicación necesaria y real de la norma, motivo por el cual la corte hace una interpretación de la norma, y generando una norma procesal con criterios de valoración; para ello en artículo 137 plantea las siguientes condiciones:

A petición de parte, se ordenará la prohibición de salida del país solo para obligados directos.

Se convocará a audiencia en el término de 10 días para determinar medidas de apremio, Si comparece el alimentante, NO JUSTIFICA la incapacidad de pago Se emite en la misma audiencia la boleta de apremio, determinando las siguientes consecuencias Apremio personal total hasta por 30 días; apremios reales que sean necesarios; prohibición de salida del país; y; pago de obligados subsidiarios.

En el caso si justifica la incapacidad de pago, se dará la aprobación de propuesta de compromiso de pago, solo son 4 casos en los que se puede justificar y estos son: No tener actividad laboral, No tener recursos económicos, Ser persona discapacitada, padecer

enfermedad catastrófica o de alta complejidad, estas últimas que impidan el ejercicio de actividades laborales

En el caso que no comparece el alimentante, se otorgara el apremio total.

El juez puede ordenar un apremio personal parcial o también un convenio de pago.

Dejando establecida esta interpretación hasta que la Asamblea Nacional regule de manera definitiva.

Cabe cuestionarse si es que el apremio personal por el incumplimiento de pensiones alimenticias cumple con la finalidad de hacer efectivo el pago adeudado, considerando principalmente que el hecho de que el progenitor, esté privado de libertad, le impide generar los recursos para cumplir con la obligación en cuestión.

Además, el artículo 137 del COGEP establece como debe aplicarse la medida, sin que exista un margen de valoración o proporcionalidad entre el incumplimiento de la norma o la disposición judicial y la medida de apremio y que adicionalmente carece de eficacia en el sentido que la privación de la libertad de los progenitores genera la pérdida de sus empleos o la restricción para obtenerlo y al final no se asegura el derecho de alimentos de niñas, niños y adolescentes, puesto que la medida de apremio personal demandada no responde a los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Mientras la discusión de la Corte es la efectividad de estas medidas, lo que se observa aquí es el incumplimiento del derecho de dar alimentos, tal decisión pone en peligro la subsistencia económica de los niños, niñas y adolescentes, en primer lugar, por el tiempo que puede durar la formalidad legal prevista y porque de no existir una presión coercitiva directa sobre el deudor; de igual manera ocurre, con los obligados subsidiarios. Esta figura es supletoria, pero implica una garantía de que los niños, niñas y adolescentes a falta de sus padres tendrían una persona que se encargaría de proporcionarle la satisfacción de sus necesidades elementales.

El hecho de que resulten objeto de aplicación de otras medidas cautelares y el tratamiento sea diferente a lo previsto con anterioridad a la sentencia de la Corte Constitucional, deja a los niños, niñas y adolescentes más desprotegidos, lo que afecta su desarrollo integral teniendo en cuenta que este derecho, según la Comisión Interamericana

de derechos humanos implica una visión holística que incluye el desarrollo físico, moral, espiritual, mental, social y psicológico del niño, teniendo en cuenta que todos los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño se interrelacionan y contribuyen a su formación y desarrollo, por ello desarrollaremos a continuación el tema del interés superior del niño.

... en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos. Entendiendo de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos.<sup>172</sup>

Es por ello que frente a este análisis es importante hacer un desempaque de este derecho, pues en toda la argumentación de la proporcionalidad no se profundiza sobre el Interés superior de niños, niñas y adolescentes, a Prevalencia de sus derechos o trato prioritario y sobre la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia, por ejemplo cuando la corte analiza la idoneidad no se analiza cual es el verdadero espíritu de la norma.

## 2. Test de Igualdad

Para la aplicación de este test vamos a usar el modelo propuesto por el Servicio Profesional en Derechos Humanos<sup>173</sup> en donde analizaremos si el fin y la necesidad son legítimos y si esta decisión afecta o no afectan a otros derechos.

En primer punto es determinar el fin de la norma (busca establecer que distinciones son justificables), en el caso del apremio personal en alimentos lo que busca es forzar al alimentante a cumplir con el pago de las pensiones alimenticias con la finalidad de proteger el interés superior del niño, el Artículo 44 de la carta magna señala que el estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al

---

<sup>172</sup> Vladimir Bazante, El precedente constitucional.

<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434650/El+precedente+constitucional.pdf/abdaac0d-4f71-4103-a2d5-12ae6b708844>

<sup>173</sup> Servicio Profesional en Derechos Humanos, Curso: Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación, (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011).

principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Es relevante entender, que es el interés superior del niño; pues al entender los conceptos podremos definir claramente cuál es su finalidad y además nos permitirá no cometer arbitrariedades o atropellos de los derechos de los alimentantes, quienes se podrían ver más vulnerables frente a un principio cuya trascendencia es ilimitada.

Existe normativa internacional y nacional que desarrollan este principio cuya finalidad es proteger y dar un marco normativo a los niños, niñas y adolescentes, pues su vulnerabilidad frente a los alimentantes y la sociedad es mucho mas grande, además que los niños que se formen serán el futuro de la patria, por lo cual al ser vulnerables y estratégicamente indispensables para el desarrollo de un país todos los derechos que les sean atribuidos deben ser garantizados por el Estado, por la sociedad y más un por los padres.

El reconocimiento de este principio a nivel de normativa internacional faculta y obliga al estado a no legislar de una forma arbitraria, sino que permita que sus leyes, políticas publicas protejan al niño.

La Corte al determinar una audiencia para establecer cuáles van a ser las medidas de apremio que se van ejecutar, no permiten un efectivo goce del derecho del menor, pues esta nueva audiencia dilata el pago de la obligación del alimentante, cuya finalidad principal es cubrir las necesidades básicas del menor.

Continuando con el análisis cabe preguntarse, **¿El fin de la norma es razonable?** No, por cuanto el principio del interés superior al niño se ve limitado al alargar el proceso de cumplimiento de pago de pensión, lo que permite ejercer todos sus derechos de la manera más deseable posible.

### **¿Es proporcional?**

La regulación no es proporcional, por cuanto al dar la Corte más valor al derecho a la libertad limita derechos de los niños, por eso es relevante en este punto analizar que es el derecho a la libertad, frente a esto el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos

Humanos, 174 señala que es un derecho inherente a todas las personas, y el mismo que puede ser limitado por el estado para garantizar procesos en los cuales se discutan derechos, su limitación solo puede estar expresado mediante ley, la misma garantizará el debido proceso.

Para la real academia de la lengua española define a la libertad como: “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos<sup>175</sup>, es decir la libertad es un facultad que tiene una persona de actuar a su libre arbitrio, cuyo único límite es el respeto de la convivencia con el resto de la sociedad, la libertad nos permite elegir nuestra religión, donde queremos vivir, como será nuestra vida reproductiva, la educación que queremos adquirir, entre otras cosas.

La pregunta que cabe en este momento es, la medida cautelar en caso de alimentos limita el derecho a la libertad?, pues no, es un sacrificio menor, frente a una exigencia de cumplimiento de una obligación que permite cubrir necesidades de un menor, de un niño adolescente tan básicas como es la alimentación, la escolarización, la vestimenta, medicina, que son necesidades apremiantes para los menores que además su condición y capacidad no les permite sobrevivir por si solos, volviéndose inevitable si ponemos en una balanza estos dos derechos que el interés superior al niño no es un principio que puede esperar.

### **¿Esta medida es necesaria?**

La medida de interpretación el artículo 137 de Código Orgánico por Procesos limita el interés superior del niño, la misma que no es necesaria pues los derechos que se restringen

---

<sup>174</sup> Convención Americana de Derechos Humanos: Art. 7.- Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida y retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez y otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio ni limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

<sup>175</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en: <http://dle.rae.es/?id=NEeAr5C> fecha de consulta 28 de febrero de 2018.

son vitales para el desarrollo del menor quien se encuentra en una condición de vulnerabilidad tanto social como personal, y es el Estado el llamado a proteger a los menores pues son el futuro de la sociedad.

### **¿Esta medida afecta a otros derechos?**

Como lo analizaremos más adelante en el desempaque de derechos, es obvio que la medida de apremio personal que ha regulado la corte ha limitado otros derechos y principios como lo son Interés superior de niños, niñas y adolescentes, la prevalencia de sus derechos o trato prioritario por su condición de vulnerabilidad, la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia.

En este test de igualdad se ha demostrado que la interpretación de la norma sobre el apremio personal no es razonable, ni proporcional, y menos necesaria, pues su creación fue dada en negativo, es decir se estableció una norma restrictiva, y no una norma en positivo que garantice más los derechos, que si lo podía hacer creando condiciones de garantizar el cumplimiento de la obligación del alimentante frente al alimentado, resaltando la importancia de que los niños deben en la medida de lo posible tener una vida digna, contar con las cosas básicas y esenciales para un desarrollo físico y psicológico aceptable, es importante señalar que no se aplica una igualdad formal con dicha resolución, y mucho menos una igualdad material, pues es una norma injusta.

### **3. Desagregación de derechos.**

Ya hemos tratado sobre el fin de la norma (apremio personal en caso de alimentos) y si este cumple o no cumple el test de igualdad; ahora lo que nos queda en identificar cual es el derecho que se ve vulnerado con esta norma, que claramente es la del interés superior del niño.

El desempaque o desagregación de derecho que vamos aplicar en este caso, es tomado de la estructura propuesta por el Servicio Profesional en Derechos Humanos<sup>176</sup>, la cual se la realiza en cuatro pasos, pero antes de empezar hacer este análisis vamos a definir lo que es el interés superior del niño:

---

<sup>176</sup> Servicio Profesional en Derechos Humanos, Curso: Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación, (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011).

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación No. 14 desarrollada durante el 62º periodo de sesiones (14 de enero al 1 de febrero del 2013) al respecto expresa:

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" como "concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño" (Observación general N° 5, párr. 12)). El Comité ya ha señalado que lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño.<sup>177</sup>

En ciertos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace mención al interés superior del niño, esta Observación del Comité al que estamos haciendo referencia desarrolla de manera general el artículo 3.1 de la Convención, mismo que expresa que *en* todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En este basamento, la Constitución ecuatoriana respecto al interés del niño expresa en el artículo 44 lo siguiente: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”.

En consonancia con lo expresado en la Constitución ecuatoriana, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece una definición de este principio en el artículo 11:

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus

---

<sup>177</sup> Comité de los Derechos del Niño, en su Observación No. 14 desarrollada durante el 62º periodo de sesiones (14 de enero al 1 de febrero del 2013)

derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Esta interpretación que realiza el órgano internacional en mención propone una serie de objetivos, estructuras, consideraciones correlación con otros derechos y en correspondencia al “interés del niño”, se dice que es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o

educativa podrán aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos. El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño. Ello implica que los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

En este contexto, el esfuerzo del Comité de los Derechos del Niño de la ONU ha quedado en nada, pues como vemos la misma conceptualización del “interés superior del niño” es catalogado como flexible y adaptable a cada caso en concreto, dejando al arbitrio del Estado una determinación más precisa pero basada en el respeto de todos los derechos contemplados en la Convención, incluso reconoce que la flexibilidad de este concepto ha permitido un margen a la manipulación de los Estados y gobiernos en detrimento al respeto y aplicación de los derechos de los niños.

De modo general sin dar mayor definición el Comité expresa que el interés superior del niño comprende el respeto integral de todos los derechos reconocidos en la Convención, que en este sentido no hay una jerarquía de derechos y que la aplicación y

protección efectivas y conjuntas de éstos, supone la aplicación del principio del “interés superior del niño”.

Bajo estas consideraciones y con ese margen de flexibilidad reconocido, el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre los derechos del niño y diversidad cultural (pluralidad de sistemas jurídicos), dando permiso a la interpretación a ese interés superior basándose en el sistema jurídico interno, y en los conceptos que en las sociedades de los estados han sido tradicionalmente aceptados. Así, este interés queda supeditado al “entendimiento” que la sociedad en la que se desarrolle el niño tenga sobre su interés superior.

En este punto de “interpretación”, el principio del interés superior del niño debe verse como una garantía de la vigencia de la satisfacción de todos los derechos. Lo que se pretende es que las autoridades jurisdiccionales reconozcan la existencia de los derechos del niño y visibilice a los niños como titulares de esos derechos. Esta inteligencia permitirá que este principio no quede supeditado a la discrecionalidad del Estado por medio de los ejecutores de esas garantías.

Sin embargo la actuación de los Estados partes, las autoridades administrativas y judiciales de esos Estados y los órganos judiciales internacionales, deben regirse por los límites de la lógica y sobre todo por la preponderante aplicación de los derechos, todos en su conjunto, lo que en algunos casos y en razón de la diversidad de situaciones que pueden generarse, necesariamente algunos derechos deberán jerarquizarse y someterse a la “opinión” de las autoridades que debieren resolver una situación, posibilidad que como antes se citó, el Comité prohíbe

Es necesario además contextualizar que los niños, niñas y adolescentes tienen un trato preferente y especializado, para ello la Sentencia de la Corte Constitucional N.º 048-13-SCN-CC, respecto al principio del interés superior del niño establece que:

El principio de trato prioritario manda a hacer lo propio cuando se relacionan los derechos de niños niñas y adolescentes con los de otros sujetos cuyos derechos también se hallan en la balanza. Es decir, es un principio de interrelación entre los derechos fundamentales en general y aquellos cuando el titular es parte del grupo humano “niñez y adolescencia”.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> Corte Constitucional, Sentencia de la Corte Constitucional N.º 048-13-SCN-CC

La cuestión del trato preferente y especializado, significa que en caso de confrontación de derechos en donde se encuentren inmiscuidos niños, niñas y adolescentes, es mandatorio considerar su condición especialmente cuando de ponderar derechos se trata, así en la Sentencia Nro. 048-13-SCN-CC, la Corte Constitucional, indica que:

Mientras el interés superior del niño manda a estimar la condición de niños, niñas y adolescentes en las decisiones que les afecten; el principio de trato prioritario manda a hacer lo propio cuando se relacionan los derechos de niños niñas y adolescentes con los de otros sujetos cuyos derechos también se hallan en la balanza. Es decir, es un principio de interrelación entre los derechos fundamentales en general y aquellos cuando el titular es parte del grupo humano niñez y adolescencia.

Con estas definiciones normativas, vigentes y aplicables aclaración empezaremos el primero punto:

### **Desagregación del derecho que va ser analizado.**

La desagregación del derecho que se va analizar conforme lo señala el manual antes citado, corresponde a que todo derecho tiene sub derechos que lo componen; para ello el interés superior del niño tiene los siguientes sub derechos:

El derecho a alimentos es connatural a la relación parento-filial

Derecho a la vida.

Derecho a la supervivencia.

Derecho a una vida digna, que conlleva tener los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas de los alimentarios y esto conlleva a una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, que posea un vestuario adecuado.

Derecho a la salud, esta puede ser preventiva, adicional atención médica y provisión de medicinas.

Derecho a la Educación.

Derecho a una Vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos.

Derecho a la recreación y deportes; a la cultura.

Derecho a una rehabilitación y ayudas técnicas si el derechohabiente tuviere alguna discapacidad temporal o definitiva.

Una vez que hemos identificado los sub derechos, podemos pasar al siguiente apartado.

**La identificación de las obligaciones generales.** - En este punto se identifica las obligaciones que el Estado tiene para cumplir, y determinar si las cumple, y para ello hay cuatro tipos de obligaciones que son:

**Respetar.-** Que el Estado respete las normas y principios previos a los cuales está obligado a garantizar como es el interés superior al niño, que no ponga condiciones burocráticas para aplicarlas, si no debe ser efectiva, pues no se trata de una deuda de carácter civil, sino una deuda que permite a los menores acceder a un sin número de derechos vitales para su desarrollo.

**Proteger.** - El Estado deberá proteger el interés superior al niño la tutela judicial efectiva, mediante mecanismos que garanticen su cumplimiento y que de no cumplirlos serán sancionados, en el caso analizado el Estado no protege este derecho, sino lo burocratiza, cuando la necesidad que cubre el cobro de alimentos es vital para la vida del menor.

**Garantizar.** - El Estado garantizará el cumplimiento del interés superior al niño en todas sus actuaciones legislativas, administrativas y de políticas públicas, pues no solo lo reconocer como un derecho en la constitución sino también en los tratados internacionales los cuales es parte. La interpretación que realiza la corte no garantiza el interés superior del niño pues pierde su eficacia y desnaturaliza la importancia del derecho del alimentante.

**Promover.** - El Estado debe garantizar la realización de este derecho con más largo alcance, es decir si permite que este sea más progresivo y que sea el Estado el que de los mecanismos para cumplirlo; en el caso citado la corte limita el ejercicio del derecho de interés superior al niño, pues al recibir la pensión de alimentos de una forma oportuna permitirá satisfacer sus necesidades básicas. Este derecho de recibir alimentos es de vital importancia para el menor. Una forma de promover y el interés superior del niño creando mecanismos o normativa que permitan el goce de dicho derecho, no solo para cubrir necesidades básicas, sino cubrir las necesidades de los menores en su integridad.

**La identificación de los elementos institucionales esenciales para el ejercicio de los derechos.**

En este punto corresponde a si el derecho cumple o no con lo esencial, para ello este debe pasar por cuatro parámetros que son:

**Disponibilidad.** – Si el interés superior del niño está disponible para toda esta población, pues como está planteado el derecho en la sentencia, no, en vista que en el caso de un alimentante que tiene bienes se puede aplicar medidas de apremio real efectivas, en cambio si no tiene bienes no se puede aplicar de una forma efectiva, se deberá esperar a la convocatoria de la audiencia y si se firma un convenio de pago esperar a que lo cumpla, lo que se convierte la medida de apremio real como una medida no disponible para toda la población que quiere ejercer el pago de alimentos.

**Accesibilidad.** - En este punto existe discriminación con relación a otros procesos donde se hace efectivo el apremio personal para garantizar el cumplimiento de una obligación, cuya finalidad en el presente caso de alimentos, tiene toda la legitimidad de ejecutar este tipo de medidas de una forma eficaz por el fin que persigue.

**Aceptabilidad.** - Esta medida no fue aceptable por la sociedad, por cuanto el efecto de la primera norma cuya constitucionalidad se consultó, no cambió para nada, es más lo empeoró, pues no solo desnaturalizó el interés superior del niño, sino que alargó los procesos de cobro de alimentos.

**Calidad.** – Esta limitación al interés superior al niño a costas de la libertad del alimentante no cumple con los medios y contenidos por lo cual se pueda materializar el verdadero goce del derecho, pues el medio ideal sería otorgar medidas que permitan un pago efectivo y oportuno de las pensiones alimenticias.

**La identificación de los principios aplicables, este último se ve comprometido en tres principios que son:**

**Principio de igualdad y no discriminación.** - En este aspecto, no existe principio de igualdad pues procesalmente el alimentante está en ventaja, pues aun conociendo de su obligación este puede solicitar una nueva audiencia y al final no terminar pagado la pensión, lo que vuelve al proceso más demorado, y no pudiendo cubrir a tiempo las necesidades del menor; adicional existe discriminación con el resto de procesos en donde se determina también un arraigo personal en diferentes casos procesales, cuya finalidad es que el sujeto infractor cumpla con su obligación.

**Progresividad y prohibición de regresividad.** - No existe progresividad, pues el derecho no solo se lo limitó, pues se dio prioridad procesal al alimentante, dejando a un lado las necesidades básicas que cumple el pago de pensiones alimenticias.

**Máximo uso de recursos disponibles.** - No se aplicó esto, pues se tenía que haber respaldado la ley que permite la aplicación directa ante el no pago oportuno de la pensión alimenticia, el Estado debería aplicar mecanismos que incentiven a la progresividad de este derecho, como por ejemplo que el Estado garantice a los ciudadanos una capacitación en temas del interés superior del niño.

### **Análisis sobre la argumentación de la sentencia**

Para esto aplicaremos los criteri de Tulmin<sup>179</sup>, que son cuatro:

**PRETENSIÓN.-** La pretensión en la sentencia en el problema específico analizado es declaración de constitucionalidad condicionada del artículo 137 del Código Orgánico Administrativo que habla sobre el apremio personal en caso de alimentos, pues este violenta el derecho a la libertad.

**RAZONES.-** Las razones para declarar la constitucionalidad condicionada de esta norma es que la Corte analiza en primer lugar el aspecto fáctico, analiza el caso de que el alimentante sea una persona con discapacidad, o persona con atención prioritaria, que pueden ir presos y estando estos también en una condición de vulneración, adicional se señala que al estar preso lo que ocasiona es pérdida del empleo, o imposibilidad de encontrar uno, y frente a esto señala que la medida no es idónea, necesaria y proporcional, motivo por el cual este artículo es modulado.

**GARANTÍA.-** En la sentencia la garantía es el derecho a la libertad y a la aplicación idónea, necesaria y proporcional de las medidas de apremio tanto real como personal, hecho que no se describe en el artículo 137 del Código General de procesos, motivo por el cual es modulado.

**RESPALDO.-** El respaldo de esta argumentación es que existan criterios proporcionales antes de dictar una medida de apremio personal, adicional las condiciones fácticas de los alimentantes que por su condición de vulnerabilidad o discapacidad no puede cumplir un apremio personal.

---

<sup>179</sup> Servicio Profesional en Derechos Humanos, Guía de Argumentación con perspectiva de Derechos Humanos, (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal: 2011), 11-74.

En conclusión podríamos señalar que el hecho de eliminar el apremio a los obligados, salvaguardaba los derechos de niños, niñas y adolescentes, asegurando los recursos para el derecho de alimentos, se debió pues tenerse en cuenta que este derecho y esta obligación tiene una cuestión particular que consiste en la protección de los niños, niñas adolescentes a fin de asegurar su desarrollo integral. Por lo que proteger de alguna manera, al deudor subsidiario genera un vacío legal en el cobro de la pensión a estos.

La interpretación efectuada no se realizó de manera correcta puesto que no se ha considerado los derechos e intereses de los niños que hubiere constituido la base fundamental sobre la cual debió enfocarse el análisis de la Corte Constitucional sesteándose fundamentalmente en criterios de carácter social relacionados con los deudores principales y subsidiarios, sin colocar en la escala superior a los niños, niñas y adolescentes en su condición de alimentado o alimentario, es decir se desconoció el interés superior del niño.

En un análisis correcto de interpretación integral la sentencia debió proteger los derechos de los niños, se debió mantener al deudor subsidiario a fin que responda igualmente que los progenitores, teniendo en cuenta que estos últimos, no están en ese momento presentes en la vida de los niños por los motivos que sean, o porque estén discapacitados o realmente imposibilitados de sustentarlos y debe existir quien supla automáticamente la obligación de dar alimentos.

Definitivamente, la sentencia no ha realizado ningún ejercicio relacionado con el uso correcto del principio de interés superior del niño, ni el derecho de alimentos., resultando opuesto a los preceptos constitucionales, el avance del desarrollo de los derechos y protección de los niños previstas en instrumentos internacionales de la materia. La decisión deja un vacío legal dentro ordenamiento jurídico ecuatoriano con respecto al cobro de pensiones alimenticias a los obligados subsidiarios y los derechos de los niños, niñas y adolescentes, o mejor dicho deja sin mecanismos que permitan ejecutar los derechos de alimentos de los niños, niñas y adolescentes, sus derechos y la prevalencia del principio del interés superior del menor.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se establecía el incumplimiento del pago de la pensión alimenticia la aplicación de medidas tanto a los deudores principales como subsidiarios. En el caso de estos últimos, mediante la sentencia N.º 012-17-SIN-CC de la

Corte Constitucional del Ecuador se dispuso un tratamiento diferente a lo antes regulado en el Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Orgánico General de Procesos COGEP. Con respecto al apremio personal, determinando la imposición de otras medidas cautelares para ellos.

Lamentablemente en el caso *sub judice* y en concatenación con la cuestión de las sentencias manipulativas, en la presente Sentencia se declara la constitucionalidad condicionada del artículo 27 de la Ley Reformativa al Título V del Libro II del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, por lo que se entenderá constitucional siempre y cuando se interprete de la siguiente manera: "Que la cesación de la prohibición de salida del país y de la privación de libertad como medidas de apremio personal, se dispondrá únicamente respecto de los obligados directos a satisfacer el derecho a alimentos, por cuanto son los únicos a los que se puede imponer medidas de apremio personal".

Por su parte, la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, mediante oficio circular No. 1181CNJ-DAJP-AM, de fecha 14 de diciembre del 2017 y oficio circular No. 00603- SP-CNJ-2018, de fecha 24 de abril de 2018, ya ha absuelto esta consulta, indicando que la prohibición de salida del país puede ser ordenada por el juzgador a petición de parte, sea en la calificación de la demanda de alimentos, o cuando se incumpla el pago de dos o más pensiones alimenticias sean o no sucesivas, previo a convocar a la audiencia prevista en el Art. 137 COGEP y que la Corte Constitucional con la declaratoria de constitucionalidad condicionada de las dos normas transcritas, lo que establece es que la prohibición de salida del país procede únicamente para los obligados principales, por lo tanto, no cabe para los obligados subsidiarios, lo cual está en relación con el último inciso del Art. 137 y la declaratoria de constitucionalidad condicionada del Art. 138 del COGEP, por lo mismo, se mantiene la disposición del Art. 25 de la Ley Reformativa al Título V, Libro II del Código de la Niñez y Adolescencia.

Estas cuestiones propician que se genere un tratamiento diferente y menos severo hacia los deudores subsidiarios y con ello genera una franca vulneración a los derechos a la vida, integridad y desarrollo integral, entre otros, de aquellos niños, niñas y adolescentes, que a falta de sus padres o por las otras causas establecidas legalmente, se van a ver limitados de recibir la pensión alimenticia que le corresponde, proveniente de los obligados

subsidiarios. Esto trae como resultado la presencia de un vacío legal con respecto al cobro de pensiones alimenticias a dichos y por tanto vulnera el derecho de los niños y afecta el principio de interés superior de estos.

Independientemente de la validez o no de las actuaciones de la Corte Constitucional como legislador positivo se debe tener en cuenta que ese legislador positivo también se equivoca, la interpretación condicionada que realiza en la sentencia objeto de este análisis deja de lado el estudio del impacto de estas medidas en los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin que exista un análisis profundo del interés superior del niño que ha sido abordado en esta investigación.

#### **4. Procedencia de una acción social para el cambio de precedente de la sentencia 012-17-SIN-CC**

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico, así lo define el artículo primero de la Constitución, el mismo que se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La constituyente del 2007 ha permitido que en nuestra constitución exista un avance con respecto de los poderes del Estado, en este sentido el Ecuador posee cinco poderes los mismos que son: ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de participación ciudadana, cuyo objetivo es generar independencia entre los diferentes poderes, permitiendo de esta forma legitimar y democratizar las decisiones de interés público, económico, legal, y social.

El quinto poder del Estado, que es la Función de Transparencia y Control Social, la misma que deberá promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, todo esto con la finalidad que estas entidades realices sus labores con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.204

Este poder está conformado por la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, Superintendencia de Bancos y Seguros, Superintendencia de Compañías, Superintendencia de Telecomunicaciones, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Superintendencia de Control del Poder de Mercado y Superintendencia de la Información y Comunicación del Estado y el Consejo de participación Ciudadana y Control Social.

La participación ciudadana es un espacio de diálogo entre el Estado, los titulares de un proyecto y la ciudadanía que permite y facilita a la ciudadanía intervenir de manera directa en las decisiones públicas,<sup>181</sup> es un derecho, es un deber como ciudadanos participar en la toma de decisiones, al igual que es un derecho acceder a la información sobre todo tipo de proyectos, inversiones, legislación, pues como bien lo define nuestra Constitución y nuestra forma de gobierno, el pueblo es el mandante, y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.<sup>182</sup>

Ahora bien, en la práctica se podría determinar que este quinto poder del Estado no permite ejercer una verdadera participación ciudadana, pues como se encuentra estructurado todas las instituciones que la conforman, a excepción del Consejo de Participación ciudadana y Control Social, no permiten una participación, más bien son organismos técnicos de control hacia los administrados, que hacen más grande el poder del Estado.

El Consejo de Participación ciudadana y Control Social es el único canal dentro del quinto poder que erige la participación ciudadana, según las definiciones normativas otorgadas por el legislador a este cuerpo colegiado, permitiendo de alguna forma ejercer una democracia participativa dentro de las decisiones del Estado central como descentralizado.

Es relevante para la democracia que la sociedad civil juegue un rol protagónico dentro del horizonte del Estado, así lo afirman los autores Linz y Stepan al señalar que:

(...) una sociedad civil robusta, con la capacidad de generar alternativas políticas y de hacer seguimiento al gobierno y al Estado, puede ayudar a iniciar transiciones, a evitar

---

<sup>181</sup>Cfr. Andrea Sanhueza, Participación ciudadana en la gestión pública , en: <https://www.senace.gob.pe/participacion-ciudadana/que-es-la-participacion-ciudadana/>

<sup>182</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.204

que se den marcha atrás, a empujar transiciones a su finalización, y ayuda a consolidar y profundizar la democracia.<sup>183</sup>

Para el Ministerio de Justicia de Chile, define la participación ciudadana como<sup>184</sup>:

La participación ciudadana consiste en el involucramiento activo de los ciudadanos y las ciudadanas en los procesos de toma de decisiones públicas que tienen repercusión en sus vidas. Esto recibió reconocimiento legal en nuestro país con la entrada en vigencia de la Ley sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, que incorporó en nuestra legislación la afirmación de que “el Estado reconoce a las personas el derecho de participar en sus políticas, planes, programas y acciones

El Consejo de Participación Ciudadana de Ecuador, define la participación ciudadana como<sup>185</sup>:

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos (lo que quiere decir que dentro de la Constitución, el libro que alberga nuestras leyes, se encuentran los derechos de los ciudadanos y ciudadanas del país y del Estado para con nosotros), bajo un sistema democrático participativo (esto significa que todos los ecuatorianos pueden participar en los procesos de elección de autoridades), en el que la ciudadanía, en calidad de mandante del poder público (entidades del Estado) se involucre (o participe) como actor principal en diferentes procesos:

- La propuesta y seguimiento de los planes y proyectos de cada uno de los niveles de gobierno.
- El control y el manejo transparente de los recursos públicos y,
- Exigir a las autoridades una oportuna y clara rendición de cuentas, a través de la práctica activa en la lucha contra la impunidad y la corrupción.

Se puede concluir claramente que si la sociedad no participa de las decisiones del Gobierno en cualquiera de los niveles, la confianza en el sistema democrático se quebrantaría, por lo que es indispensable que existan siempre canales que permitan a la sociedad ser custodios, vigilantes, críticos de todas y cada una de las decisiones que se tome a nivel Estatal.

La Corte Constitucional del Ecuador no forma parte de ningún poder del Estado, su rol es puntual, y es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de

---

<sup>183</sup> Linz Juan y Alfred Stepan. “Toward Consolidated Democracies.” *Journal of Democracy*. No. 7.2. 1996. pp.2-3.

<sup>184</sup> Ministerio de Justicia de Chile, Participación Ciudadana, en: <https://www.minjusticia.gob.cl/participacion-ciudadana/>

<sup>185</sup> Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, ¿Qué es la Participación Ciudadana en la gestión de lo público?, , boletín de prensa 7 de agosto 2014. en: <https://www.cpccs.gob.ec/2014/08/que-es-la-participacion-ciudadana-en-la-gestion-de-lo-publico/>

administración de justicia en esta materia,<sup>186</sup> sin embargo, conforme lo señala la propia Constitución, los miembros de la Corte no están sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen.<sup>187</sup>

Este organismo que es custodio de constitucional no deja de ser una institución pública, la misma que está sometida a los controles que se le realiza al resto de instituciones, que además también responderán por los actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones, por lo que sus sentencias están sometidas a un control por parte de la sociedad civil.

Como bien ya lo habíamos señalado, las sentencias de la Corte Constitucional tiene un impacto judicial y constitucional directo, que genera una línea de decisión clave en los procesos, más aun si hablamos de una constitucionalidad condicionada, el ejercicio de legislador negativo que realiza la Corte al cuestionar la constitucionalidad de una norma otorga al juzgador (jueces tanto ordinarios como constitucionales) una conducta jurídica estándar, y a la sociedad civil un candado de actuaciones.

Del análisis puntual de la sentencia 170-17-SEP-CC, se determina que no es legítima la resolución de la Corte, en su contenido y análisis, pues trasgrede el interés superior del niño, pues al sustituir el contenido del Art. 137 del COGEP, respecto del apremio personal en materia de alimentos y lo reemplaza por un nuevo texto que en resumen contempla la convocatoria a una audiencia, antes de disponer una medida de apremio.

En esta audiencia se determinará las medidas de apremio aplicables de acuerdo a las circunstancias del alimentante, quien deberá justificar su incapacidad de pago por falta de empleo o por padecer una discapacidad o enfermedad catastrófica. En el caso, de que el

---

<sup>186</sup> Artículo 429 Constitución del Ecuador: La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

<sup>187</sup> Artículo 431 Constitución del Ecuador: Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones. Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscalía o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes. Su destitución será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional. El procedimiento, los requisitos y las causas se determinarán en la ley.

alimentante así lo demostrare, el juez establecerá un compromiso de pago para que cancele la deuda. Si incumple tal acuerdo se dispondrá un apremio parcial: en este sentido cabe destacar que con anterioridad la precitada norma establecía que en el caso de incumplimiento de dos pensiones alimenticias, procedía el aplicar de manera inmediata el apremio personal en contra del alimentante. Así de este modo, a fin de atender un grupo, se ha vulnerado de manera fehaciente el principio del interés superior del menor, consagrado en el Ar 44 de la Constitución. En lugar de alcanzar el desarrollo constitucional, existe un retroceso.

No podemos hablar de seguridad jurídica cuando existía una norma que garantizaba el derecho de los niños, niñas y adolescentes, y hoy por hoy, los afectados superan en cantidad a los beneficiarios, así como hay que tomar en cuenta que son grupos de atención prioritaria conforme lo determina el Art. 35 *ibídem*. Por tanto, se ha sustituido una norma, a través de esta sentencia que ha perjudicado a los niños.

Ahora bien, no se puede esperar a que la Asamblea corrija lo que hizo la Corte, porque no puede ser el único caso, la Corte puede y debe dar un seguimiento a sus sentencias a sus precedentes, en especial cuando se convierte en legislador negativo, pues su impacto al legislar puede ocasionar grandes perjuicios sociales, con es el caso de la sentencia antes citada.

La importancia de los precedentes se ve reflejada ante la necesidad de que la norma muchas veces se queda corta ante la realidad, para ello Latorre<sup>188</sup>, señala que:

Ha sufrido una progresiva flexibilización consecuencia de la tensión que se origina ante la certeza y lo justo. La seguridad del precedente (certeza) tiene que asociarse a lo cambiante (lo justo). La certeza es lo justo y lo justo es la certeza. Por esta razón el Tribunales pueden apartarse del precedente, el Tribunal puede apartarse del precedente, el presente deja de ser dueño del Tribunal, y es el tribunal quien se convierte en dueño del precedente mediante diversas técnicas con el fin de que el derecho se adapte a los tiempos y logre evolucionarse

Vista la importancia del precedente es necesario rescatar que no siempre se puede cambiar un precedente, y que el cambio de este quebrantaría la confianza en respetar los precedentes pues como la señala Luiz Guihermen:

---

<sup>188</sup> Virgilio Latorre, *El enfoque teórico dogmático en la investigación jurídica. En Bases metodológicas para la investigación del Derecho en contextos interculturales*, ( Bolivia:editado por Iván Arandia, 265-352. Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia/ AECID/ Fundación PIEB, 2009.) pp.24

El Órgano Judicial no debe perpetuar errores, no puede permitir la desestabilización del sistema que se funda en la regla de los precedentes deben ser seguidos. Así, las posibilidades de revocación en base al error están lejos del significado que el juez pueda considerar un precedente como un mero argumento persuasivo o que para la superación del precedente basta denostar un mejor fundamento<sup>189</sup>

Ahora bien, frente a la sentencia 012-17-SIN-CC, nos encontramos ante una necesidad urgente de cambio de precedente pues en esta sentencia se define derechos del alimentante, y es progresiva en el tema del pago de alimentos, pero es regresiva en derechos para los niños, en referencia al interés superior, prestando el contenido y definición de estos conceptos desarrollados en la sentencia para la aplicables a otros casos análogos, tanto judiciales como constitucionales.

La pregunta que nos podemos plantear es ¿Qué puede hacer la sociedad civil si la sentencia de la Corte Constitucional 012-17-SIN-CC, considerado como precedente transgrede derechos?, tomando en cuenta los acontecimientos políticos, como la evaluación y destitución por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, a la Corte Constitucional pues buscaba el transitorio estabilizar o devolver la legitimidad de la Corte pues existían demasiadas causas por atender y que además no existían para la época más de once precedentes jurisprudenciales obligatorios (casos garantías jurisdiccionales) y no más de 45 pronunciamientos vinculantes y obligatorios de interpretación, expedidos por la Corte Constitucional por más de diez años, lo que demuestra una falta de interés por parte de este órgano, pues es conecedor, que a través de sus competencias él puede otorgar progresividad a los derechos, siendo esta una herramienta de ascenso y seguridad para los ciudadanos.

Conforme lo define el artículo 423 de la Constitución, la Corte es una autoridad pública, la misma, se define como autoridad pública:

La autoridad pública según la Enciclopedia Jurídica Omeba: "la potestad que inviste a una persona o corporación para dictar leyes, aplicarlas o ejecutarlas, o para imponerse a los demás por su capacidad o influencia"<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Ibidem

<sup>190</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.423

Para la Corte Constitución de Colombia, la autoridad pública es La Corte Constitucional en sentencia T- 501-1992, emitida el 21 de agosto de 1992 se define la autoridad pública así<sup>191</sup>:

La autoridad es pública cuando el poder del que dispone proviene del Estado, de conformidad con las instituciones que lo rigen. Subjetivamente hablando, la expresión autoridad sirve para designar a quien encarna y ejerce esa potestad. Para el acceso a mecanismos judiciales concebidos para la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del derecho de amparo o recurso extraordinario en otros sistemas, o de la acción de tutela entre nosotros, por "autoridades públicas" deben entenderse todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares.

Por los conceptos antes expuesto y respondiendo la pregunta de cuál sería el mecanismo idóneo como acción social, sería la participación ciudadana, anclándonos en los mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública, puede ser las audiencias públicas o las veedurías para el control de la gestión pública.

Comenzaremos hablando sobre las audiencias públicas estas son una instancia de participación habilitada por la autoridad responsable, ya sea por iniciativa propia o a pedido de la ciudadanía, para atender pronunciamientos o peticiones ciudadanas y para fundamentar decisiones o acciones de gobierno. Las audiencias públicas serán convocadas obligatoriamente, en todos los niveles de gobierno.<sup>192</sup>

Es decir, al ser la Corte Constitucional una institución del Estado tiene la obligación de recibir en audiencia pública a la ciudadanía y a los interesados, en el caso analizado, las madres afectadas por esta norma, pues vulnera el interés superior del niño, podría solicitar una audiencia para ser escuchadas, y que a través de este mecanismo la Corte pueda analizar la efectividad de sus decisiones, en especial cuando este se convierte en legislador negativo.

Es importante señalar que en el caso particular, quien debería reportar si las normas y dictámenes de la Corte son eficientes o carecen de eficacia, es el Consejo de la Judicatura, a través del mecanismo de Gestión Procesal, sin embargo, esto nunca se lo ha

---

<sup>191</sup> Corte Constitución de Colombia sentencia T- 501-1992

en:<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-501-92.htm>

<sup>192</sup> Ecuador, Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, Registro Oficial Suplemento 175 de 20-abr-2010, artículo 73.

considerado, ni existe registro de una cooperación institucional con la Corte Constitucional sobre la eficacia de sus dictámenes, pues lo único que se ha podido evidenciar es una socialización de los dictámenes mas no un real seguimiento de su aplicación.

Otro de los mecanismos que sería eficaz, es la creación de comisiones especiales<sup>193</sup>, las mismas que son creadas por el Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y considerando su estructura y respaldo normativo permitirían dar un mayor control a las sentencias de la Corte Constitucional.

---

<sup>193</sup> Art.73. Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social. Las comisiones especializadas son instancias de asesoramiento que se crearán con el fin de cumplir con las atribuciones establecidas en esta ley y en el reglamento que se dicte para el efecto. Cada consejero se integrará por lo menos a una comisión especializada.



## Conclusiones

La importancia normativa regulatoria de la Constitución impulsa la existencia de una verdadera justicia constitucional y un papel preponderante de la Corte Constitucional como guardián nato de la Constitución, pues es innegable el activismo necesario que debe propender a la materialización de la justicia, que debe partir del significado trascendental que engendra la Constitución. Entonces la Corte Constitucional como órgano jurisdiccional y legitimado democráticamente por el legislador constituyente cumple con la función de proteger a la Constitución y velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales y fundamentalmente como máximo órgano de interpretación constitucional.

La calidad de la argumentación esgrimida por parte de la Corte Constitucional debe servir como parámetro para medir su efectividad y poder determinar si es que la Corte ha excedido los límites que la propia Constitución impera, límites que se deben marcar de manera más clara a través de la jurisprudencia que ha sido desarrollada de manera progresiva demostrando la aplicación de la Constitución en planos reales.

Indefectiblemente, en el contexto actual es necesario aceptar que la Corte Constitucional se ha convertido en un legislador que incluso llega a modular disposiciones legales bajo el argumento de la defensa de la Constitución y los derechos constitucionales. Entendiendo que la Corte Constitucional no busca crear derecho a nivel de leyes sino que a través de la modulación le ha dado correspondencia a las disposiciones legales con la Constitución, no ha irrumpido en las facultades legislativas. Sin lugar a dudas la Corte no se ha arrogado funciones legislativas tomando facultades que le corresponden a la Asamblea.

Es por ello que las modulaciones que realiza la Corte Constitucional deben garantizar derechos, y su papel es de suma importancia, puesto que una inacción frente a su deber de modular puede acarrear violaciones a los derechos constitucionales.

Si bien la Corte está facultada para emitir y modular criterios que regularmente corresponde al legislador, se debe reconocer que unas veces lo ha hecho de manera correcta y otras no, como en el caso analizado respecto del interés superior del menor en el pago de pensiones alimenticias, pues siempre deberá entenderse que el límite de la de la Corte Constitucional es la misma Constitución.

Se debe reconocer que el papel de la Corte Constitucional, lamentablemente, no ha sido apolítico, puesto que ha intervenido en decisiones que guardan intereses políticos de por medio, la desnaturalización de sus funciones se produce cuando la Corte es quebrantada en su independencia y sus decisiones en ciertas ocasiones se ven politizadas, llegando, como se dijo antes, a reformar la Constitución sin ningún tipo de conexión democrática con su creador, el pueblo, echando abajo la rigidez en su reforma, y con ello la teoría democrática que sustenta la Constitución.

Las mutaciones de parte de la Corte Constitucional se han dado en una Constitución relativamente nueva que ha tenido que ya vivir evoluciones normativas y sociales en corto tiempo pero que resulta indiscutible el hecho que las modulaciones son necesarias para materializar los derechos y lograr armonía en el ordenamiento jurídico, encausando las normas legales con los parámetros de la Constitución o de instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

La Corte Constitucional si puede cambiar sus precedentes, bajo argumentos de razonabilidad, necesidad, que sea producto de una reflexión social, pues el derecho evoluciona con el tiempo, y este órgano de control debe garantizar esa universalidad, y lo debería hacer aplicando las vías procesales que la misma ley le permite, esto es el artículo 96 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala que será constitucional siempre y cuando subsista el fundamento del juicio constitucional, en el caso de demostrar que ya no tiene fundamento se podrá solicitar un análisis de esta sentencia por la misma Corte.

Es importante señalar que la Corte Constitucional es un órgano público, que debe rendir cuentas de sus actuaciones a la sociedad civil, y para eso existen los mecanismos de participación ciudadana que permiten ejercer este control a dicho órgano.

## Bibliografía

Alfonso Celotto. *El Derecho Juzga a la Política: La Corte Constitucional de Italia*. Buenos Aires, Ediar, 2005

Álvaro Aguilar Ángel, “El precedente Judicial”, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3851207.pdf>,

Andrea Sanhueza, Participación ciudadana en la gestión pública , en: <https://www.senace.gob.pe/participacion-ciudadana/que-es-la-participacion-ciudadana/>

Antonio Barreto, Fabio Enrique Pulido, “La regla de precedente en el derecho colombiano. Apuntes a propósito de las nociones de unificación y extensión de la jurisprudencia” (Bogotá: Revista Jurídicas, No. 13, 2016)

Board of Education” (Coyoacán, México: ISONOMÍA, No. 42, 2015).

Carlos Bernal Pulido en *El precedente en Colombia* (Bogotá: Revista Derecho del Estado, No. 21, 2008)

Carolina Schiele Manzor “La jurisprudencia como fuente del derecho: el papel de la jurisprudencia”

Código Napoleón: con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo” < <http://fama2.us.es/fde/codigoNapoleon.pdf>>, (Acceso 26 de octubre del 2019):

Comité de los Derechos del Niño, en su Observación No. 14 desarrollada durante el 62º periodo de sesiones (14 de enero al 1 de febrero del 2013)

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, ¿Qué es la Participación Ciudadana en la gestión de lo público?, , boletín de prensa 7 de agosto 2014. en: <https://www.cpccs.gob.ec/2014/08/que-es-la-participacion-ciudadana-en-la-gestion-de-lo-publico/>

Christian Delgado Suarez, *Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes*, (Lima:

Revista de Derecho Themis, No. 69, 2016)

Daniel Fernando Uribe, “Derecho Jurisprudencial en Ecuador: El caso de la jurisprudencia vinculante de la

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.204

Ley Orgánica de Participación Ciudadana y Control Social, Registro Oficial Suplemento 175 de 20-abr-2010, artículo 73.

Eduardo Sodero, “Sobre el cambio de los precedentes”

Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (México: Editorial Porrúa, 16ta edición, 2009), págs.

Hernán Alejandro Olano, “Andrés Bello, el jurista de las Américas” (Chia, Colombia: Dikiakon, Núm. 16, Año 21, 2007)

Hernán Olano García. Tipología de nuestras sentencias constitucionales. Internet. [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/13Olanoult.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf). Acceso: (23/03/2021).

Hernán Valencia Restrepo, “La jurisprudencia romana” (Bucaramanga: Revista Derecho y Ciencias Políticas, No. 1, mayo 1994)

Hohn v. United States, 524 U. S. 236, 252-253 (1998). La Corte también ha dicho que “es sabiduría común que la regla de stare decisis no es un ‘mandato inexorable’”. Planned Parenthood v. Casey, 505 U. S. 833, 854 (1992).

José Augusto García, Los derechos constitucionales del colectivo de gays, lesbianas, bisexuales, transexuales, travestis e intersexuales (GLBT-I) y sus restricciones dentro del régimen civil ecuatoriano relacionado con las uniones de hecho, tesis, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2014

Juan Javier Zalame Suarez & otros, “La Constitución ecuatoriana de 2008 y el precedente constitucional” (Cuenca: Revista IURIS, No. 16, Volumen 2, 6 de noviembre del 2018)

Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional)

Linz Juan y Alfred Stepan. “Toward Consolidated Democracies.” *Journal of Democracy*. No. 7.2. 1996.

Manuel González Oropeza y Marcos del Rosario Rodríguez, “El caso Méndez v. Westminster y su contribución a la consolidación del derecho a la igualdad a través de su influencia en el caso Brown v. Mariana Moranchel Pocaterra “Compendio de Derecho Romano”

[http://www.cua.uam.mx/pdfs/revistas\\_electronicas/libroselectronicos/2017/Compendio/CompendiodeDerechoInteractivo.pdf](http://www.cua.uam.mx/pdfs/revistas_electronicas/libroselectronicos/2017/Compendio/CompendiodeDerechoInteractivo.pdf), (Acceso: 26 de octubre del 2019).

Marta Morineau, “Introducción al sistema de common law”.

Michele Taruffo 2007. “Precedente y Jurisprudencia”. (Pavía: Precedente- Anuario Jurídico, Revista Jurídica, 2007)

Michelle Taruffo, “El proceso civil de “civil law: Aspectos fundamentales. <[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004)>, (Acceso: 26 de octubre del 2019).

Ministerio de Justicia de Chile, Participación Ciudadana, en: <https://www.minjusticia.gob.cl/participacion-ciudadana/>

Pamela Juliana Aguirre, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”. <<http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434650/La+transformaci%C3%B3n+de+las+fuentes+del+ordenamiento+ecuatoriano.+El+precedente+constitucional.pdf/6b66b9a9-bae9-4b6f-9f7a-129cc958b010>>

Pamela Juliana Aguirre, “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”

Papadopoulos, Juzgar en Estados Unidos y en Francia, Bogotá, Legis, 2006

Patricio Zapata Larraín. *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el Derecho chileno comparado*.

Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Portal de búsqueda de la Corte Constitucional del Ecuador. Búsqueda: Precedentes Jurisprudenciales. Visto en: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/BuscadorRelatoria.aspx>, 14 de enero 2020.

Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios

Ramiro Ávila Santamaría, *Neconstitucionalismo Transformador*, Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011  
Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías ensayos críticos* Quito: Centro de Estudios y Difusión del derecho Constitucional, 2011

Riccardo Guastini. Estudios sobre la interpretación jurídica. México, UNAM, 1999.

Robert Alexy citado por Eduardo Soderó, en “Sobre el cambio de los precedentes”

Roberto Romboli. Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual. Barcelona, Ariel, 1998. p. 114. Cit. por Luis Gonzales. Ob. Cit. p. 14.

Ronald Dworkin, *El imperio de la Justicia*, (Barcelona: España, Planeta de Agostini, 1992)

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

Santiago Legarre, Julio Cesar Rivera, “Naturaleza y dimensiones del Stare Decisis” (Santiago, Revista Chilena de Derecho, Vol 33, No. 1)

Santiago Legarre, Julio Cesar Rivera, “Naturaleza y dimensiones del Stare Decisis”, pág. 111-112.

Servicio Profesional en Derechos Humanos, Curso: Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación, (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2011).

Universidad Autónoma de México, “Las Fuentes del derecho de los Estados Unidos de América”

Vecina Cifuentes, Javier, “ Las sentencias aditivas” del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador”

Virgilio Latorre, *El enfoque teórico dogmático en la investigación jurídica. En Bases metodológicas para la investigación del Derecho en contextos interculturales*, ( Bolivia:editado por Iván Arandia, 265-352. Sucre: Instituto de la Judicatura de Bolivia/AECID/ Fundación PIEB, 2009.) pp.24

Vladimir Bazante Pita, “El Precedente constitucional” < <http://www.uasb.edu.ec/documents/62017/1434650/El+precedente+constitucional.pdf/abdac0d-4f71-4103-a2d5-12ae6b708844>>, (Acceso: 19 de octubre del 2019).

William Blackstone citado por Eduardo Sodero, en “Sobre el cambio de precedentes”

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitución de Colombia sentencia T- 501-1992

Corte Constitucional Colombiana. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-901-03.htm>

Corte Constitucional de Colombia, “Constitución Política de Colombia”

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-228/02”

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-252/01”

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia C-836/01”

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia No. C-131/93”

Corte Constitucional de Colombia, “Sentencia T-960/01”

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 139-15-SEP-CC Caso No.1096-12-EP, 13 de octubre de 2014.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 191-16-SEP-CC, Caso No. 2139-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 250-16-SEP-CC Caso No.1441-14-EP

Corte Constitucional ecuatoriana en perspectiva al derecho comparado”.

Corte Constitucional, Sentencia de la Corte Constitucional N.º 048-13-SCN-CC

Corte Nacional de Justicia del Ecuador, “Boletín Institucional No. 32”

Corte Constitucional del Ecuador, Jurisprudencia N° 030-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 030-SCN-CC

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 26-18-IN/20

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1035-12-EP/20

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 109-11-IS

Sentencia Payne v. Tennessee, 501 U.S 808, 827 (1991), citado por Antonie Garapon e Ieoannis

Tribunal Constitucional de España, “Sentencia 49/1982, de 14 de julio”

Tribunal Constitucional del Perú, “Sentencia No. 0024-2003-AI/TC”,

Tribunal Constitucional del Perú, “Sentencia No. 0024-2003-AI/TC”