

EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO. ¿CAMBIO DE PARADIGMA?

Pamela Juliana Aguirre Castro¹

RESUMEN: No cabe duda que el nuevo modelo jurídico constitucional ecuatoriano, incorporado a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, importa nuevos paradigmas en el tratamiento de la materia constitucional y procesal constitucional. Las innovaciones previstas en la Constitución obedecen, entre otros aspectos, a la necesidad de desarrollar y fortalecer conceptos e instituciones jurídicas preexistentes, entre ellas la Corte Constitucional y las correspondientes acciones jurídico – constitucionales que son de su competencia. En esta línea, es el interés del presente trabajo reflexionar sobre uno de los paradigmas incorporados en nuestra Constitución, que dada su importante naturaleza jurídica no puede pasar por alto para quienes³ nos encontramos vinculados al Derecho, este es, el valor de la jurisprudencia dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Las funciones que desempeñan las altas Cortes son esenciales dentro del *Estado constitucional de derechos y justicia*², toda vez, que a partir del desarrollo de jurisprudencia vinculante –*horizontal y vertical*– genera la transformación en el sistema de fuentes ecuatoriano. En efecto, si es la jurisprudencia la llamada a convertirse en uno de las principales fuentes de resolución de conflictos sociales, debería entonces constituirse en las razones excluyentes y definitivas de las resoluciones judiciales posteriores, esquema que sin lugar a duda trastoca los clásicos cánones del sistema de fuentes de la familia romano-germánica de la cual nuestro ordenamiento jurídico proviene.

PALABRAS CLAVES: Estado Constitucional de derechos y justicia, argumentación jurídica, constitucionalismo, precedente judicial, *stare decisis*, jurisprudencia vinculante

RESUMO: Não há dúvidas de que o novo modelo jurídico constitucional equatoriano, instituído a partir da vigência da Constituição de 2008, condiz por importantes novos paradigmas no tratamento da matéria constitucional e processual constitucional. As inovações previstas na Constituição obedecem, entre outros aspectos, a necessidade de desenvolver e fortalecer conceitos e instituições jurídicas preexistentes, entre elas está a Corte Constitucional e as correspondentes ações jurídicas – constitucionais que

¹Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional del Ecuador, profesora invitada de las universidades Católica Santiago de Guayaquil y Andina Simón Bolívar (UASB), sede Quito-Ecuador. Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Presea Honorato Vázquez a la mejor egresada, por la Universidad del Azuay; Diploma en Derecho mención Derecho Constitucional, por la UASB-sede Quito; Magíster en Derecho mención Derecho Tributario, UASB-sede Quito, Master en Argumentación Jurídica, por la Universidad de Alicante; y Candidata Doctoral por la UASB-sede Quito.

²Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre del 2008, Art. 1.

são de sua competência. Nesta linha, o objetivo do presente trabalho é refletir sobre um dos paradigmas consagrados na nossa Constituição, que dada a sua importante natureza jurídica, não pode ser ignorado por quem se encontra vinculado ao Direito, isto é, o valor da jurisprudência dentro do ordenamento jurídico equatoriano. As funções que desempenham as Cortes Superiores são essenciais dentro do Estado Constitucional de Direito e Justiça, uma vez que, a partir da institucionalização da jurisprudência vinculante – horizontal e vertical –gerará a transformação no sistema de fontes equatoriano. De fato, se a jurisprudência está prestes a se tornar uma das principais fontes de resolução de conflitos sociais, deveria então constituir-se nas razões excludentes e definitivas das decisões judiciais posteriores, esquema que sem dúvida subverte os clássicos cânones do sistema de fontes Romano-Germânico, de qual advém nosso ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional de Direito e Justiça. Argumentação Jurídica. Constitucionalismo. Precedente Judicial. Jurisprudência Vinculante.

COMPENDIO: I - Crisis del paradigma del Estado positivista, paso al Estado constitucional; II - Argumentación jurídica; III - Importancia de la jurisprudencia; IV - Jurisprudencia en el ámbito constitucional ecuatoriano; V - Conclusiones; Bibliografía.

I - CRISIS DEL PARADIGMA DEL ESTADO POSITIVISTA, PASO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

El derecho constitucional de la segunda post-guerra ha abandonado la idea según la cual el *Estado de Derecho* coincide plenamente con el *principio de legalidad*; las Constituciones de los últimos cincuenta años han pensado que la democracia, los derechos humanos y el pluralismo jurídico se defienden mejor si el *Estado de Derecho* es caracterizado a partir de un *principio de constitucionalidad* y no a partir de un mero *principio de legalidad*. De hecho, las Constitucionales de la última mitad del siglo XX han adoptado aceleradamente el *principio de constitucionalidad* y en Latinoamérica, en los últimos treinta años, la mayor parte de países hispanoamericanos han sentido de alguna forma la llegada de este *nuevo constitucionalismo*.

En este contexto, el constitucionalismo ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho público, los textos constitucionales y en especial aquellos que consagran derechos fundamentales/constitucionales³ se han convertido en normas directamente aplicables⁴ a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos. Se ha comenzado entonces a construir una teoría constitucional con cierto nivel de autonomía del derecho ordinario, así por

³Bajo la concepción de la Constitución ecuatoriana del 2008 todos los derechos gozan de igual jerarquía son exigibles y justiciables -“*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, individuales, interdependientes y de igual jerarquía*” Art. 11.6 Constitución de la República del Ecuador-, a diferencia de otras Constituciones que si distinguen entre derechos constitucionales y fundamentales, razón por la cual me referiré a ellos como derechos fundamentales/constitucionales.

⁴Arts. 11.3 y 426, Constitución de la República del Ecuador.

ejemplo, frente al tradicional modelo de argumentación basada en la subsunción, se han propuesto modelos alternativos en los que esta operación lógica pierde la centralidad.

Sin lugar a duda, el constitucionalismo de la segunda post-guerra, cambio el paradigma del Estado legocéntrico y en su lugar se instituyó varias concepciones básicas que variaron la concepción del constitucionalismo clásico, entra las cuales debemos destacar, en primer lugar, se instauró la idea inequívoca de la supremacía constitucional y consecuentemente se convirtió a ésta en la norma jurídica directamente aplicable, mediante lo cual, se posibilitó que los ciudadanos buscaran la protección de sus derechos constitucionales mediante acciones directas en las cuales sus argumentos podrían basarse en el mismo texto constitucional sin necesidad de intermediación legal. Así por ejemplo, en el Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se estableció que toda persona tiene derecho “...a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”.

En segundo lugar, se incorpora dentro de la nueva lógica del Estado Constitucional la rigidez constitucional, lo que refuerza la idea de permanencia y eficacia de los derechos constitucionales, pues, existe la inmodificabilidad o resistencia al cambio constitucional en los mismos términos que puede desarrollarse la modificación de las leyes, lo cual desemboca en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley⁵. Esto demuestra de manera indudable cómo la Carta de Derechos pasó de ser derecho suave a ser derecho duro -plenamente exigible-, esto es normas jurídicas perfectas y vinculantes, no obstante el nivel de abstracción en el cual están redactadas.

Estas y otras características⁶ evidencian que el constitucionalismo desplaza gradualmente al Estado legal, cambios que obligan a los jueces de todos los niveles a lidiar directamente con el texto constitucional, y es esta nueva orientación la que genera que la interpretación y argumentación constitucional se convierte en un tema fundamental, aunque polémico, pues, las antiguas habilidades de interpretación de la ley adquiridas en las facultades de derecho no ofrecen todos los elementos necesarios en la interpretación del texto constitucional de directa aplicación por todos los jueces. En efecto, este proceso de constitucionalización obliga a los operadores de justicia a enfrentarse con problemas como, altos grados de indeterminación sintáctica, semántica, pragmática y lógica con un alto grado de generalidad y abstracción, un alto componente de principios frente a reglas⁷, la transformación en la teoría de fuentes

⁵Cfr. Joseph Aguiló, *Sobre derecho y argumentación*, Palma, Leonard Muntaner Editor, 2008, pp. 11-28.

⁶“En un orden jurídico no constitucionalizado el Derecho constitucional [...] tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial...); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...] Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas”. Cfr. GUASTINI, Ricardo, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Turín, Giappichelli Editore, 2006, pp. 239. En Joseph Aguiló, *Sobre derecho y argumentación*, Palma, Leonard Muntaner Editor, 2008, p. 12.

⁷Cfr. Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de*

del derecho -pluralismo jurídico- que terminan ligando la aplicación directa de la Constitución al reconocimiento de otras formas de producción jurídica no legislativa, como es el caso de la jurisprudencia.

En este contexto, resulta imprescindible hacer uso de instrumentos conceptuales que permitan enfrentar y superar exitosamente estas indeterminaciones, dentro de estas herramientas se encuentra sin lugar a duda la argumentación jurídica. Pero ¿qué es la argumentación jurídica?, ¿en qué campo del derecho se desarrolla?. Argumentar es ofrecer un conjunto de razones a favor o en contra de determina tesis que se trata de sostener o refutar, bajo esta concepción “*La teoría de la argumentación jurídica tiene como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que tiene lugar en contextos jurídicos*”⁸, ahora bien, si el objeto de la argumentación jurídica está relacionado con los contextos jurídicos, el campo que se desarrolla, es el de la creación, como en la interpretación, aplicación, e incluso dentro la dogmática jurídica. Sin embargo, cómo opera la argumentación en uno y otro campo es distinto, aun cuando existan notas comunes que deben observarse como por ejemplo la dimensión formal y material de la argumentación jurídica⁹.

La argumentación jurídica, desde su concepción moderna, teoría estándar de la argumentación jurídica (Mac Cormick, Atienza, Alexy, Wróblewski, Habermas) se encuentra dirigida a desarrollar los procedimientos adecuados para que las soluciones judiciales sean racionalmente fundamentadas, es decir, la argumentación jurídica tiene como objeto central de estudio el discurso justificativo¹⁰. En efecto, el problema central actualmente, bajo la lógica del Estado Constitucional, ya no es cómo encontrar la solución pertinente, sino cómo ésta debe ser justificadas, en tal virtud “*justificar es apelar a la razón en busca de aceptación de una tesis, entonces resulta fácil de entender por qué el llamado en términos teóricos ‘problema jurídico’ no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas*”¹¹.

La racionalidad de las soluciones jurídicas, nos conduce a mirar al derecho como una realidad dinámica que contiene normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, siendo trascendental la justificación de sus normas y decisiones.

la práctica constitucional, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, pp. 89-97.

Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 2ª,ed., Abeledo Perrot, 1979, pp. 17-48; 91-105.

⁸Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 28.

⁹La **dimensión formal** analiza la estructura, en la lógica, de las inferencias y en el resultado, a través de esquemas de argumentación usados para controlar la corrección de los argumentos, para afirmar que son válidos. La **dimensión material** enfatiza que lo indispensable del razonamiento tiene que ver con los enunciados verdaderos, ofrecer **buenas razones** que permita justificar la decisión, explicar el hecho, y que resulten apropiados. Los criterios de corrección y la fundamentación son los que importan para avalar la verdad en esta concepción. La **dimensión pragmática** tiene como fin lograr la resolución de problemas y de persuadir racionalmente, por lo que además de considerar las buenas razones, se consideran las circunstancias, las acciones y los actores que participan en la actividad argumentativa, así como los actos lingüísticos usados para que sean permitidos y aceptados por los destinatarios, que consientan guiar la realidad jurídica contemporánea. La argumentación jurídica bajo esta concepción es una actividad lingüística. Cfr. Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*.

¹⁰Cfr. Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

¹¹Joseph Aguiló, *Sobre derecho y argumentación*, p. 61.

En el constitucionalismo, se admite la integración de las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política, es por ello, que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino una razón práctica sobre los medios y fines; la actividad jurídica está guiada por la idea de corrección, por la pretensión de justicia.

Bajo esta concepción, el principio constitucional que rige al ordenamiento jurídico impone una conexión de éste con la Constitución, externa e interna, es decir, la Constitución no es únicamente un límite del poder público, sino que el campo de aplicación de la Constitución se amplía, pues, obliga a todos de manera positiva, tanto los poderes públicos y particulares, en la concretización de todos los mandatos dispuestos en la Constitución. Es decir, la Constitución se instituye como un verdadero límite y vínculo en el Estado Constitucional¹², deja de ser una fórmula vacía de contenido, para expandir su contenido sobre todo el ordenamiento jurídico.

Con el paradigma constitucional, los casos fáciles y los casos difíciles¹³ no son tan sencillos de dilucidar *prima facie*. Los primeros, casos fáciles, se resuelven aplicando una regla perteneciente del sistema jurídico y cuya solución se caracteriza por ser lógicamente concurrente con los principios del mismo, es decir, se aplica la regla al caso en cuestión, mecanismo silogístico que se lo realiza sin mayor análisis, toda vez, que no existe controversia acerca de los alcances de la regla y su coherencia valorativa con los principios y los hechos. Por el contrario, la resolución de los casos difíciles no se obtiene de una manera tan sencilla, requiere de una justificación y acción deliberativa, exigiendo por parte del aplicador, un sentido de responsabilidad, en el que se deja de lado a la arbitrariedad, en espera de una decisión fundamentada, justificada, en el que se incrementa las *buenas razones*, para la resolución del caso en particular.

En base a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, potencialmente todos los casos pueden ser considerados como difíciles, lo que exige de los operadores de justicia la práctica de una argumentación que considere al Derecho en su unidad, es decir, observando las normas jurídicas, los valores, las instituciones, los derechos constitucionales y los principios, que encontramos en las constituciones contemporáneas, actividad, que sin lugar a duda, demanda un esfuerzo por observar, a más de los esquemas lógicos formales, el ofrecer buenas razones y dirigir la actividad argumentativa a un máximo exponencial en todas las esferas del ámbito jurídico, para que las decisiones y justificaciones sean el resultado de los presupuestos de un Estado Constitucional.

¹²Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Madrid, Trotta, 1999.

¹³Distinción establecida por Niel Mac Cormick, en *Legal Reasoning and Legal Theory*, los casos fáciles son aquellos en los que la aplicación deductiva opera sin mayores inferencias, en tanto que los casos difíciles se presentan, ya sea por problemas normativos (interpretación y fuentes del derecho) y por problemas fácticos (calificación de los hechos y prueba), los que deben atenderse observando los principios rectores con el sistema (consecuencias) y los principios universales de la argumentación jurídica (universalidad, consistencia, coherencia narrativa y normativa). Cfr. Manuel Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*.

II - ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Las distintas corrientes jurídico-filosóficas, con las distinciones del caso, reconocen un ámbito de discrecionalidad judicial, así, positivistas como Hart¹⁴ destacan la existencia de casos difíciles, en los cuales la zona de penumbra abre el camino para que el juez pueda fallar con criterios extra jurídicos. En esta misma línea *iusnaturalistas*, como Dworkin¹⁵ enfatiza la valoración moral que el juez debe realizar en la aplicación de normas. Estas corrientes antagónicas reconocen un ámbito de discrecionalidad ineludible en la labor judicial, que da lugar a la necesidad de elaborar técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones judiciales, así como el control de las valoraciones que hace el juez al momento de tomar sus resoluciones con el objeto de impedir que a éstas le correspondan una mera subjetividad.

La necesidad de técnicas que permitan la corrección y racionalidad de las decisiones jurídicas se hace presente, además, por la eficacia en el sistema jurisdiccional de principios tales como, igualdad, seguridad jurídica, unidad del ordenamiento jurídico, confianza legítima, acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad. Es decir, resulta evidente la necesidad de la existencia de criterios uniformes ante circunstancias fácticas similares que permitan determinar una previsibilidad ante la actividad jurisdiccional.

Surge entonces la interrogante, ¿cuáles son los mecanismos que permiten controlar la discrecionalidad judicial?, para responder esta interrogante es necesario, en primer lugar, tener presente que los jueces al momento de resolver un caso no están creando con sus decisiones todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión, pues, su actividad se encuentra siempre limitada por dos circunstancias, por una parte, el derecho objetivo vigente y por la otra, las circunstancias fácticas del caso concreto. En efecto, la interpretación judicial se la realiza en un camino que permite continuar con la labor hermenéutica de lo que otros jueces han decidido en el pasado sobre la misma cuestión o su análogo, para continuar con una actividad hermenéutica permanente, entonces, ante la discrecionalidad judicial limitada por los elementos antes señalados, y partiendo que la actividad judicial es eminentemente justificativa¹⁶, las técnicas de argumentación jurídica son una de las herramientas que permitan determinar la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

La indeterminación estructural en la conformación de preceptos normativos, sean estos principios o reglas, convierte a la argumentación jurídica en una cuestión forzosa. La carencia de "*autonomía semántica*"¹⁷ de los preceptos normativos coloca al juez ante la valoración, es decir, la posibilidad de escoger dentro de un marco más o menos amplio la solución adecuada para el caso. Bajo este contexto, se convierte en indispensable la necesidad expresa de justificar el por qué de la decisión

¹⁴Cfr. César Rodríguez, *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.

¹⁵Cfr. César Rodríguez, *ibid.*

¹⁶Cfr. Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

¹⁷Juan Ruiz Manero, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, p. 102.

adoptada, para lo cual la argumentación jurídica nos ofrece las técnicas para obtener una resolución judicial racionalmente justificada.

Partimos entonces en reconocer la evolución que registra el razonamiento jurídico, el cual nos permite afirmar que en las instancias judiciales se utilizan modelos de aplicación legal y racional del derecho, conforme a los cuales, se acude a preceptos normativos válidos en la resolución de un conflicto que van acompañados de una justificación racional. Y es en esta línea que la argumentación jurídica establece las herramientas que son utilizadas por el juez en el desarrollo de su actividad. Efectivamente, la argumentación jurídica ha supuesto una renovada óptica del quehacer jurídico, este nuevo enfoque jurídico¹⁸, nos recuerda la importancia de la argumentación en los procesos de creación, interpretación, aplicación, decisión. Así la visión argumentativa del derecho tiene sentido, con el modelo de Estado Constitucional, pues, es éste el sistema que exige fundamentalmente que las decisiones de los órganos públicos sean argumentadas, es decir, el sometimiento del poder a la razón en el que el constitucionalismo es argumentación¹⁹.

Para determinar en qué medida una argumentación satisface los requisitos de racionalidad del sistema, Alexy por ejemplo, elabora una teoría de la argumentación que permita asegurar una racional objetividad en la aplicación del derecho, mediante la determinación de un proceso, propugnándose que, si y solo si la decisión judicial se filtra por el procedimiento está racionalmente justificada. En este orden de ideas, el discurso jurídico es un discurso práctico que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como los preceptos normativos vigentes, el precedente y la doctrina²⁰.

El reconocimiento a un modelo de vinculación al precedente, expuesto en la teoría estándar de la argumentación jurídica, depende de la dimensión normativa y de la praxis judicial de cada ordenamiento jurídico. Y es este planteamiento, justamente el que nos induce a reflexionar en torno a la importancia del “*precedente*”, teniendo en cuenta que frente a cada precepto normativo, concurren diversas interpretaciones²¹, de lo cual surge la necesidad de establecer qué interpretaciones encajan mejor en la *pretensión de corrección*²², es decir, establecer los criterios por los cuales la norma-interpretación escogida del precepto normativo- es la opción más racional y justa para el caso resuelto. Aquello a nuestro sentir, se puede lograr únicamente cuando la actividad judicial se sujeta a unos parámetros objetivos, de los cuales el juez sólo puede apartarse presentando razones válidas y legítimas; dimensiones que estarían dadas por la jurisprudencia emanada de las altas Cortes, en razón de constituirse éstos en máximos intérpretes del derecho.

¹⁸Que surge a partir de la segunda mitad del siglo XX

¹⁹Cfr. Manuel Atienza, “Constitución y argumentación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Saldívar Lelo De Larrea coord., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador de Derecho*, Tomo VI, México, UNAM/IMDPC/Marcial Pons, 2008.

²⁰Cfr. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1997.

²¹Cfr. Ricardo Guastini, “La interpretación de la constitución”, en Santiago Ortega Gómero (ed.), *Interpretación y Razonamiento jurídico*, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2010.

²²Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1997, p. 208.

Reconociendo, como se dejó reseñado con antelación, que la discrecionalidad judicial no es ajena a la actividad jurisdiccional y que la vinculación al precedente es una de las estrategias que permiten la corrección y racionalidad de la decisión judicial al momento de aplicar el derecho frente a cada caso en concreto, el derecho constitucional latinoamericano desde sus dimensiones objetiva y valorativa ha dado especial énfasis en el análisis del precedente. Así los estudios de los profesores Leonor Moral²³, Diego López²⁴, Bernal Pulido²⁵, Cesar Landa²⁶, entre otros, denotan los modelos explicativos en torno a la importancia del uso del precedente y el manejo del mismo en sus distintos ordenamientos jurídicos, tarea que nos proponemos realizarla con relación al sistema jurídico ecuatoriano.

III - IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA

El valor de la jurisprudencia se justifica por el rol que se ha asignado a los órganos judiciales dentro del Estado Constitucional, pues, es al juzgador a quien le toca trasladar la generalidad y abstracción de los principios y reglas que conforman el ordenamiento jurídico hacia la concreción del caso, puesto que representa una dinamización del derecho a las cambiantes necesidades del momento. En este sentido, la Constitución ecuatoriana ha previsto que el desarrollo progresivo de los derechos se lo realizará entre otras fuentes, por la jurisprudencia (Art. 11.8).

La imposibilidad que el legislador prevea y regule todos los supuestos que pueden entrar bajo la esfera legislada de una determinada materia, los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución obligan a que sea la jurisprudencia, la que vaya desarrollando, de manera paralela a la ley, los mandatos constitucionales y legales otorgando coherencia al ordenamiento jurídico. La jurisprudencia, al realizar esta función, ayuda al perfeccionamiento del sistema jurídico, delineando los derechos e instituciones jurídicas, así “(...) *Los jueces tienen influencia sobre los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos, no sólo a través de la reformulación de las normas jurídicas generales, sino también mediante el control de los procedimientos judiciales*”²⁷.

Sin lugar a duda, la jurisprudencia asegura una efectiva seguridad jurídica al hacer predecible el contenido de la resolución judicial. La aplicación del juez a la regla de justicia persigue precisamente esa finalidad propia del Estado Constitucional, hacer previsible *ex ante* la actuación de la administración de justicia mediante la predeterminación de sus contenidos. En efecto se proscribe la arbitrariedad judicial y restringe la discrecionalidad judicial, en la medida en que impide que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez o por varios jueces, con lo que evita directamente una vulneración del derecho a la seguridad jurídica.

²³Cfr. Leonor Moral Soriano, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.

²⁴Cfr. Diego López Mediana, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2006.

²⁵Cfr. Carlos Bernal Pulido, ob. citada.

²⁶Cfr. César Landa Arroyo, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010.

²⁷Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 303.

De esta forma, el precedente incrementa además la eficiencia de la administración de justicia al evitar la duplicación de los esfuerzos, pues la justificación ante casos iguales tiene, necesariamente, que ser la misma, a menos que existan razones justificadas de un cambio de criterio. Al exigir igual trato para casos iguales, la teoría justifica que el juez del caso actual omita reflexionar nuevamente acerca del trato correspondiente al tipo de caso sometido con anterioridad a su decisión o de las altas cortes.

Finalmente, una de las principales razones acerca de la importancia de la jurisprudencia viene dada por la idea de justicia anclada al derecho de la igualdad. En efecto, la idea de justicia exige una distribución igualitaria. Sin embargo, la exigencia de igualdad, desde luego, no puede ser tomada en términos absolutos, en el sentido de imponer exactamente el mismo trato a todos, cualesquiera sean las circunstancias. Tal uniformidad absoluta no es lo que exige el ideal de justicia, pues, la falta de reconocimiento de las diferencias relevantes significaría ubicar a todos en idéntica posición, cosa que no puede pretenderse. Por el contrario, no puede considerarse injusto, que se hagan distinciones, de manera que los beneficios y las cargas, los derechos y los deberes, sean distribuidos teniendo en cuenta circunstancias condicionantes. La exigencia de igualdad encierra únicamente la pretensión que nadie, en forma arbitraria, sea sometido a un trato que difiera del que se acuerda a otros.

Esta exigencia debe ser comprendida, por tanto, en un sentido relativo, es decir, como una exigencia *que los iguales sean tratados de la misma manera*. En efecto, la exigencia de igualdad contenida en esta idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase, determinados por ciertos criterios de relevancia. La justicia, en este sentido, como pura demanda de igualdad recoge una exigencia de racionalidad, en tanto que el trato acordado a una persona debe ser predeterminable por ciertos criterios establecidos en reglas dadas. Esta idea de justicia se presenta, pues, como opuesta a la idea de arbitrariedad.

Los términos “*justa*” e “*injusta*” cobran sentido, cuando se aplican para calificar la decisión tomada por un juez o por cualquier otra persona que deba aplicar una norma. Decir entonces, que una decisión es justa significa que ha sido tomada de manera regular, esto es, de conformidad con la norma o con el sistema de normas tomando como referencia. Se exige entonces, en el ámbito judicial, que la decisión en examen sea el resultado de la aplicación regular e igualitaria de una norma general.

Así esta conexión entre igualdad y la justicia se refleja en la llamada “*regla de justicia*”-*principio de igualdad*-, que impone tratar a los iguales de manera igual y a los desiguales de manera desigual. La regla suele considerarse una concepción de justicia formal, pues, se limita a exigir la aplicación igual de un determinado tratamiento, cualquiera que sea éste. Se excluye en definitiva, toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o el legislador, siempre que exista una discriminación arbitraria introducida sin una válida justificación y valoración; en otras palabras, una diferencia de trato que tiene por fundamento diferencias irrelevantes entre los sujetos o los casos. La relevancia o irrelevancia de estas últimas diferencias se establece, desde luego, mediante una decisión valorativa.

En tal virtud, tratar de manera igual los casos iguales significa que, una vez que se resolvió un caso de una forma determinada, es forzoso tratar, en principio, los otros casos iguales de la misma forma, así, la jurisprudencia emitida con anterioridad vincula las decisiones posteriores, a menos claro está que existan razones suficientes y justificables del cambio de criterio²⁸. Es claro que en observancia de la *regla de la justicia* casos iguales deben ser tratados de manera igual, salvo que existan razones suficientes para cambiar el trato. Así concebida esta regla contendría tres elementos que permitan identificar su observancia, a saber estándar de conducta, criterio de igualdad y condición de excepción²⁹.

Estándar de la conducta.- Consiste en tratar los casos iguales de manera igual, sin embargo, la delimitación de *caso* no es una cuestión pacífica. La noción de *casos iguales* debe ser entendida como casos individuales que comparten determinadas propiedades consideradas relevantes, en base a determinados criterios de relevancia -hechos materiales³⁰-. El estándar de conducta en relación al principio de igualdad conlleva entonces dos nociones, por una parte la relativa, pues remite a una relación de al menos dos casos, y por otra parte, la comparativa que refiere determinadas propiedades consideradas relevantes. Entonces, sostener que dos *casos son iguales*, no equivale a afirmar que éstos son idénticos, sino más bien, que a pesar de no existir identidad absoluta, nos abstraemos de las diferencias y tomamos únicamente como relevantes -importantes- las propiedades en las que los casos coinciden.

Criterio de Igualdad.- Hay varios procedimientos para calificar de iguales o desiguales los casos, ya que cualquier serie de ellos comparte ciertas propiedades y deja de compartir otras y mientras no se establezca qué aspectos son relevantes, el *estándar* es una fórmula vacía. El estándar entonces debe complementarse con algún criterio que determine si los casos son, en realidad, iguales o desiguales. El estándar, aunque constituye un elemento central en la idea general de justicia formal, es en sí mismo incompleto y mientras no se lo complementa con algún criterio adicional, no proporciona una guía específica de conducta, en efecto, para completarlo es preciso determinar los criterios para establecer si un caso ha de ser considerado igual a otro.

En esta línea, no todas las propiedades de un caso son relevantes para la caracterización de un caso. La selección de las propiedades relevantes es un problema valorativo. Si ciertas propiedades nos parecen totalmente irrelevantes para el caso, esto sólo sucede porque existe un consenso más o menos unánime, en el grupo social al que pertenecemos, acerca de ciertos valores, éste es entonces un hecho contingente: los criterios empleados para identificar las propiedades relevantes varían, por lo común, en función del tiempo y de la cultura. Es decir, el hecho que los criterios de

²⁸ “[...] aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que, por tanto, implica una variación de jurisprudencia. Por su parte la misma debe cumplir con dos condiciones: en primer lugar, debe ser realizado, con preferencia, por un tribunal jerárquicamente habilitado para realizar el cambio jurisprudencial, y segundo, la técnica argumentativa a utilizarse debe cumplir con altos estándares argumentativos.” Diego López Medina, *Derecho de los jueces*, pp. 260-261.

²⁹ Criterios tomados por la clasificación propuesta por Daniel Mendonca en *Análisis constitucional una introducción*, Bogotá, Universidad del Rosario Editorial, 2009.

³⁰ Hechos materiales sinónimo de hechos que configuran el caso y que son analizados por el juzgador como determinantes para la resolución del mismo. Cfr. Diego López Medina, *Derecho de los jueces*.

relevancia dependen del contexto cultural e histórico no supone total libertad para decidir sobre las propiedades relevantes. La selección de propiedades relevantes en los casos, se halla restringida por el propio derecho, es decir, la relevancia debe ser tomada en consideración al derecho objetivo vigente, entendiéndose a éste en su integralidad de fuentes y en las distintas normas existentes también dentro del propio ordenamiento jurídico.

Condición de excepción.- El trato desigual exige razones, así *el criterio de estándar* incluye *condiciones de excepción* con lo cual el trato de un caso a otro puede variar si, y únicamente si, se ofrece razones suficientes, éstas razones dependerán de la racionalidad, es decir, el grado de importancia atribuido a los propósitos aducidos y a las consecuencias consideradas -existentes dentro del propio ordenamiento jurídico- para justificar válidamente las excepciones.

IV - JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO

El denominado *precedente constitucional* hasta antes de la publicación de la Constitución del 2008, no se encontraba previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues, ni la Constitución Política de la República de 1998, ni la Ley de Control Constitucional determinó como facultad del Tribunal Constitucional la de expedir resoluciones que constituyan precedente. Es decir, no existía en los cuerpos normativos antes enunciados, precepto normativo alguno que dote de fuerza vinculante, más allá del caso concreto, a las decisiones de los jueces constitucionales en materia de garantías de derechos, así como tampoco el Tribunal Constitucional asumió dicha responsabilidad³¹.

Esta situación con acierto cambia en la Constitución de 2008, lo que denota que el Ecuador asumió un *antiformalismo*³² en la concepción tradicional de las fuentes del derecho, y reconoce que el concepto de fuente no es exclusivo de la ley en sentido formal, puesto que, existen otras tantas manifestaciones que no provienen necesariamente del parlamento, pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo, entre ellos, la jurisprudencia constitucional.

Una lectura aislada y literal del art. 425 de la Constitución de la República del Ecuador, parecería conducirnos a sostener el ínfimo valor de la jurisprudencia,

³¹Cfr. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No 001-10-PJO-CC, caso No. 999-09-JP, Juez constitucional ponente Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Registro Oficial N° 351, 29 de Diciembre del 2010.

³²Desde la perspectiva formalista (ley como fuente primigenia del ordenamiento jurídico), inherente al positivismo jurídico, todos los problemas del derecho se resolvían a partir únicamente de la aplicación de los preceptos normativos, la jurisprudencia sólo se constituye en fuente auxiliar. En contraposición surgen las teorías antiformalistas con el propósito de reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho, para subrayar el papel *social dinamizador* de algunas de ellas, por ejemplo, la jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho usualmente desatendidas por el legalismo tradicional bajo el rótulo de fuentes secundarias o auxiliares. Cfr. Diego López Mediana, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Temis, 2008.

en tanto que ésta se ubicaría dentro de “*otras decisiones de los poderes públicos*”³³, fuente colocada al final de aplicación jerárquica en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como característica clásica en los sistemas continentales o de *civil law* como el nuestro. Sin embargo, un análisis sistemático de la Norma Suprema nos conduce a otra conclusión, toda vez, que al ser la Constitución norma jurídicamente aplicable, existiendo en su regulación centralidad de los derechos constitucionales y humanos y con el reconocimiento del pluralismo jurídico, podemos asimilar que la concepción clásica ha sido modificada. Y es en este contexto, que el artículo 11 numeral 8 coloca expresamente a la jurisprudencia como fuente generadora de derecho objetivo, pues, “*El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas*”. Es decir, nos replantearnos a nivel de la familia romano germánica el rol que cumple el juez en el establecimiento del derecho vigente, bajo el entendido de éste deja de ser un mero aplicador de preceptos normativos, para tornarse en creador de *reglas jurisprudenciales* que concretan el contenido y alcance de los derechos.

Continuando en el análisis contextual del sistema de fuentes ecuatoriano con relación a la jurisprudencia, la Constitución expresamente en los artículos 185, 221 y 436 numeral 6- reconoce que los fallos de las altas cortes ecuatorianas vinculan ya no solo a las partes, sino que genera efectos a todos los operadores de jurídicos. En tal virtud, existe una revalorización contundente de la jurisprudencia en nuestro sistema jurídico, en efecto, la Constitución otorga tanto a la Corte Constitucional, Tribunal Contencioso Electoral y Corte Nacional un rol importante en la generación de derecho objetivo, con el fin justamente de hacer efectiva la vigencia al derecho de igualdad, en una doble dimensión, por una parte igualdad ante la ley y por la otra, igualdad de trato de los tribunales, evitando la vulneración de estos derechos en aquellas situaciones en las que se desconozca por parte del juzgador la línea jurisprudencial trazada por un alto tribunal, respecto de un tema determinado.

En este aspecto resulta un punto central de reflexión acerca del valor jerárquico de los preceptos normativos y las normas, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 425 de la Constitución pero enmarcado en este análisis sistemático. Es así que si un órgano con legítimas facultades reconocidas por la Constitución interpreta en abstracto los preceptos normativos, el resultado de la interpretación, la norma aplicada (resultado de la interpretación y la argumentación correspondiente por parte del juez por ejemplo, relación signo y significante³⁴) no puede ser otro, que el

³³Art. 425.- *El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.*

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

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” Constitución de la República del Ecuador.

³⁴Cfr. Juan José Acero, Eduardo Bustos y Daniel Quesada, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, ediciones Cátedra, Madrid, 1982.

mismo nivel jerárquico que el del precepto interpretado, en virtud del principio del *paralelismo de las formas jurídicas*³⁵. Es decir, el nivel jerárquico, dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, no puede ser distinto entre los preceptos normativos constitucionales y las normas constitucionales (interpretaciones), y ahí es donde opera la transformación en el sistema de fuentes jurídicas ecuatoriano y la manera de entenderlo e interpretarlo.

En materia específica de nuestro estudio, la Corte Constitucional por las disposiciones contenidas en el artículo 436, numerales 1 y 6, tiene la atribución de “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*”, y “6. Expedir sentencias que constituyan *jurisprudencia vinculante* respecto de las acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (El énfasis nos pertenece). Para cumplir con esta labor se dispone a los todos los jueces que conocen de garantías jurisdiccionales, tanto de primera instancia y de apelación, que remitan las sentencias a la Corte Constitucional para el desarrollo de su jurisprudencia³⁶. Vale destacar que la remisión por parte de los jueces constitucionales de los fallos de garantías jurisdiccionales a la Corte Constitucional no es una facultad, toda vez, que el mandato constitucional se refiere a *todas* las sentencias ejecutoriadas sin distinción alguna.

Si bien es cierto que a través de la Constitución de 2008 se les ha concedido a los jueces de instancia y apelación constitucionales la competencia privativa para resolver garantías jurisdiccionales, tales como son la acción de protección, la acción de cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública en otras, competencia de la Corte Constitucional no prevista en el pasado respecto de los procesos relativos a la protección de derechos, conocida en el derecho comparado como el *certiorari*. Esta institución propia del *common law*, inicialmente se la conoció como un mandamiento u orden, conocido como *writ*, emitido por una Corte o Tribunal de alzada a su jerárquico inferior, ordenándole a este último certificar lo actuado y remitirle el expediente a fin que pueda inspeccionar el procedimiento seguido y, determinar si existen o no irregularidades en el mismo³⁷. En efecto, el *certiorari* consiste en un procedimiento de revisión de actuaciones tramitadas y de resoluciones tomadas en instancias inferiores. Tal y como lo ha mencionada “...la revisión por *writ of certiorari* no es una cuestión de derecho sino de discrecionalidad judicial, y será admitida sólo cuando existan especiales e importantes razones para ello (...)”³⁸.

Esta competencia propia de las altas cortes, reviste importancia y preponderancia que tiene la actual Corte Constitucional en el Ecuador. A través del

³⁵Cfr. Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

³⁶“Art. 86.-Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: 5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.” Constitución de la República del Ecuador.

³⁷Steven Gifis, *Law dictionary*, New York, Barron's, 1984.

³⁸Lockhart, *The american constitution*, New York, West publishing, 6ta ed., p. 52.

certiorari, la Corte puede seleccionar sentencias dictadas por jueces de instancias en garantías jurisdiccionales y está facultada para indagar en las actuaciones de los jueces con la finalidad de comprobar si existen irregularidades en el proceso, cuando a su criterio medien razones importantes para ello. Inclusive, a través de esta potestad, la Corte Constitucional podrá reabrir el caso de manera excepcional. Ahora bien, es importante considerar que la Corte Constitucional, a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en una instancia de apelación, puesto que, a través de esta competencia no se enfoca a la reparación exclusiva de derechos subjetivos, sino que por el contrario, su objetivo radica en la generación de derecho objetivo a través del desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter erga omnes, el caso seleccionado *discrecionalmente* por la Corte para establecer el patrón fáctico sobre el cual crear las reglas jurisprudenciales, lo que denota la característica jurisdiccional de esta forma de producción del derecho, es decir la casuística que ofrece los patrones fácticos del caso son centrales para la forma de entender y aplicar el derecho judicial.

Vale señalar en este punto, que la razón de ser de esta competencia de la Corte Constitucional es una manifestación clara de la ideología del proceso de constitucionalización del derecho judicial ecuatoriano en el que los jueces deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas, y en caso de no hacerlo, la Corte Constitucional podría intervenir potestativamente. En efecto, la introducción del *certiorari* es un hito histórico en el constitucionalismo ecuatoriano.

a. Selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales a cargo de la Corte Constitucional

La institución del *stare decisis et quia non movere* también propia también del *common law*, significa estar a lo decidido, o mantenerse frente a lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos. La vinculación que implica el *stare decisis* conlleva suministrar a la sentencia precedente una validez de fuente normativa general, en la media que requiere de los jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o inferior, que se recurra a ella como fuente objetiva de derecho cuando tengan que resolver casos que ofrezcan cierta similitud.

Como es de conocimiento general, el *stare decisis* no tenía cabida en el anterior esquema constitucional, por lo que era práctica común que las altas cortes emitieran sentencias discordantes y transgredieran en reiteradas ocasiones sus propias resoluciones, vulnerando abierta y sistemáticamente el principio de seguridad jurídica e igualdad ante la ley. Constituye entonces, como quedó argumentado en los apartados anteriores, un fundamento de derecho y de sentido común, inclusive, que los jueces estén obligados a respetar sus decisiones anteriores, por respeto a los derechos constitucionales de igualdad, seguridad jurídica.

A través del primera sentencia de jurisprudencia vinculante³⁹, la Corte

³⁹Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP, juez constitucional ponente, Dr. Roberto Bhrunis, Gaceta Constitucional, Registro Oficial Segundo-S No. 351, 29 de diciembre del 2010.

Constitucional entiende al principio *stare decisis* 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; 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. En efecto, tras el reconocimiento del principio del *stare decisis* la jurisprudencia se constituye como una fuente directa de derecho, con efectos horizontales y verticales. A través de las sentencias de jurisprudencia vinculante la Corte Constitucional señala su intención de crear líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales que eviten la superposición entre las diferentes garantías jurisdiccionales, que clarifiquen y desarrollen su naturaleza, presupuestos de procedibilidad, efectos, procedimiento, y fundamentalmente, ilustrando a partir de sus fallos a la ciudadanía en general sobre el contenido de sus derechos y cómo ejercerlos.

La jurisprudencia vinculante trastoca, sin lugar a duda, la concepción tradicional de la ley como la fuente preponderante de derecho, marcada por la prevalencia del derecho legislado sobre el derecho judicial, reducido el último a un mero aplicador mecánico de la ley. Ciertamente, el derecho judicial adquirió un realce significativo, que requiere de jueces comprometidos con la Constitución y los derechos, a fin de cumplir con los objetivos y mandatos establecidos en la Constitución de la República. Esta finalidad jamás podría ser alcanzada por medio de una aplicación aislada de la ley, con prescindencia de otras manifestaciones jurídicas, tales como la jurisprudencia, en tanto verdadera fuente objetiva de aplicación en el derecho judicial. Para la aplicación del derecho judicial, el principio *stare decisis* trae importantes consecuencia, entre las que podemos destacar:

- a. En primer lugar, se ha señalado que una jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional, a través de esta competencia, vincula como cualquier precepto normativo, es decir, tiene similares efectos jurídicos que aquellas normas contenidas en la Constitución o la ley en sentido positivo, dependiendo de la disposición normativa que es interpretada. En definitiva, es de obligatorio cumplimiento para los jueces y ciudadanos, por lo que su incumplimiento también prevé diversas consecuencias jurídicas.
- b. En segundo lugar, se ha señalado que la potestad de dictar jurisprudencia vinculante es propia y exclusiva de la Corte Constitucional. El artículo 436 numeral 1 establece que las sentencias e interpretaciones realizadas por la Corte Constitucional tendrán efectos vinculantes, y de manera específica, el numeral 6 *ibídem*, establece que dicho órgano podrá dictar jurisprudencia vinculante en procesos relativos a protección de derechos constitucionales. A ningún otro órgano judicial, ya sean jueces de primera o segunda instancia constitucionales, se les ha conferido esta potestad en la tramitación de garantías jurisdiccionales.
- c. Con la finalidad de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad, la jurisprudencia vinculante tiene efectos horizontales y verticales. Horizontales, pues la jurisprudencia no debe ser alterada para casos futuros, excepto por razones justificadas, para lo cual se

requiere un gran carga argumentativa, lo que se conoce en el derecho comparado como el *distinguish* (señalar las particularidades del caso que denotan la necesidad de tomar una decisión alejada del precedente) y el *overruling* (cambiar el criterio para la resolución de un caso en el que ya existía un precedente, ya sea, porque las circunstancias han cambiado, o simplemente se quiere corregir el criterio dado)⁴⁰. De esta manera, la Corte Constitucional solo puede alejarse del precedente sentado por ella misma, comunicándolo en forma explícita, argumentada y con la finalidad de garantizar la progresividad de los derechos o la vigencia del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, según lo establece el artículo 2.3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁴¹.

- d. Respecto de los efectos verticales, todos los jueces que sustancian garantías jurisdiccionales están obligados a respetar, como norma jurídica, los parámetros interpretativos dictados por la Corte Constitucional. Así, se verifican los efectos vinculantes para todo el aparato jurisdiccional, cuando se encuentren los parámetros interpretativos fijados por la Corte, respecto de los hechos y las normas en un caso concreto. Así, los jueces constitucionales no tienen la facultad de eludir la aplicación del precedente vinculante si existe conexión fáctica y conexión conceptual entre los casos analizados. El cumplimiento del precedente es simplemente obligatorio por expreso mandato de la Constitución, por su eficacia como norma jurídica en si misma bajo el nuevo paradigma constitucional y de fuentes del derecho.
- e. Bajo esta línea, el precedente jurisprudencial tiene efectos *erga omnes*, es decir, efectos frente a todos. En oposición a las jurisprudencias tradicionales con efectos *inter partes*, esta jurisprudencia se aplica a todos los sujetos y operadores jurídicos, constituyéndose en nuestro ordenamiento jurídico como una verdadera fuente de derecho objetivo.
- f. Finalmente, el precedente vinculante está dictado en el ejercicio de una función jurisdiccional dentro de un caso concreto, y también podría generar efectos *inter partes, comunis y pares*⁴². No podría la Corte Constitucional dictar un precedente, por su propia naturaleza jurisdiccional, sin relación a las circunstancias fácticas del caso seleccionado. El precedente emitido siempre estará dado por los hechos constitucionalmente relevantes del caso y su relación con el derecho que se susciten dentro de un proceso de garantías jurisdiccionales, es así que se busca crear derecho objetivo

⁴⁰Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

⁴¹Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: [...] Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia." Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52, 22 de octubre del 2009.

⁴²Cfr. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No 001-10-PJO-CC.

para la resolución de futuras controversias similares, o esclarecer puntos trascendentales de derecho respecto a la procedencia, requisitos o naturaleza de las diferentes garantías jurisdiccionales. De esta manera, se discute de un punto de derecho importante para aplicarlo en la sentencia a ciertos hechos, que servirán para la elaboración de un precedente jurisprudencial. Como colofón, la Corte Constitucional a través de la potestad prevista en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, está orientada a garantizar los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de las personas, conforme lo dispone el artículo 82 de la Constitución, alcanzado certeza a través de una nueva fuente directa del derecho en el sistema constitucional ecuatoriano. Adicionalmente, se busca reconocer el aspecto sociológico y dinámico del derecho, aplicando para ello una fuente que permite el desarrollo del derecho como un fenómeno vivo, a través de precedentes firmes pero no inmutables, con altas dosis de argumentación jurídica que permita el alejamiento de precedentes bajo circunstancias extraordinarias. Por medio de esta fuente de derecho lo que se busca es que la jurisprudencia no presente los mismos problemas que la estatización de la ley, regulando *a priori* y con grados de inmutabilidad, abstracción y generalidad los conflictos sociales que se presentan en la sociedad.

En este marco jurídico, la selección traslada la atención, de la solución al caso que le dio origen, a las pautas para la resolución de casos futuros, en utilización de la técnica del precedente constitucional. En efecto, la vocación misma de la competencia de la Corte Constitucional de revisión de las sentencias de garantías jurisdiccionales de los derechos es la generación de reglas jurisprudenciales, el caso *sub judice*, sirve como escenario constitucional para desarrollar los derechos y garantías constitucionales, es decir, son las circunstancias fácticas del caso concreto las que utiliza la Corte para la generación de derecho objetivo reflejado en las reglas jurisprudenciales.

En cuanto a los parámetros de selección que las Salas de Selección de la Corte Constitucional deben observar, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determina en su artículo 25 numeral 4, aquellos que deberán ser explicados en el respectivo *“auto de selección”*, con lo cual se debería cumplir con el mandato constitucional contenido en el literal l) numeral 7 del Art. 76⁴³, aun cuando en la LOGJCC se disponga en el Art. 198 inciso final que *“Las decisiones de la Sala de Selección serán discrecionales y no cabrá ningún recurso contra ellas”*, toda vez, que discrecionalidad no puede ser entendida como arbitrariedad en un Estado

⁴³Art. 76.-En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” Constitución de la República del Ecuador.

constitucional.

Los parámetros de selección que hace referencia la ley son:

- a. Gravedad del asunto;
- b. Novedad del caso e inexistencia de precedente judicial
- c. Negación de los precedentes judiciales fijados por la Corte Constitucional;
- d. Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en sentencia

En cuanto a la gravedad como primer parámetro de selección, debe ser calificado en virtud de dos presupuestos en concreto, primero, la materia que regula el caso y que podría merecer una revisión, fortalecimiento o revocatoria del criterio, y segundo, si a partir de la sentencia venida en grado, se ha generado una vulneración a los derechos del accionante. Estos criterios deben ser evaluados “*en conjunto*”, precisamente para evitar confundir la revisión con una apelación.

Con respecto a la *novedad del caso*, es claro que ante la existencia de una nueva Constitución, con garantías y derechos novedosos, la mayoría de casos han cumplido con este parámetro, con excepción de aquellos casos en que los problemas jurídicos ya se hayan presentado en el pasado con otras garantías constitucionales equivalentes. Sin embargo al no ser vinculantes para los jueces los fallos dados por los Tribunales Constitucionales, todos los casos resultan novedosos en términos jurisdiccionales. En cuanto a la falta de precedentes jurisprudenciales, es claro que ante la ausencia del principio *stare decisis*, tema que será abordado más adelante, en la Constitución de 1998, y al reconocimiento *inter partes* de los efectos de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional para el período de transición hasta antes de la vigencia de la LOGJCC, no existe línea jurisprudencial alguna, razón por la cual, todos los casos reúnen el requisito de falta de precedente judicial, con excepción de los casos de antinomias en garantías jurisdiccionales, caso abordado en la primera sentencia de jurisprudencia vinculante. Respecto al *incumplimiento del precedente o cambio de precedente*, bajo las mismas razones citadas en el requisito anterior, ninguna de las causas reúne ese requisito. Finalmente con respecto a la *relevancia nacional del caso*, el parámetro para el cumplimiento de dicho requisito se sustenta en el acontecimiento que por su naturaleza y características, genere un impacto social, económico o político ligado a una afectación de la vigencia de los derechos.

Resulta en este punto interesante anotar lo que la propia Corte Constitucional para el período de transición señaló en la primera sentencia de revisión con respecto a las salas de Selección y Revisión en el sentido que:

“La Corte Constitucional, a partir de las Salas de Selección y Revisión, no se convierte en otra instancia de apelación, tal como sucedía con los extintos Tribunales Constitucionales al amparo de la Constitución Política de 1998. En efecto, la Corte Constitucional no guía sus actividades de Selección y Revisión en la reparación “exclusiva” de derechos subjetivos; por el contrario, el deber principal de estas Salas está en la generación de derecho objetivo, en el desarrollo de jurisprudencia vinculante con carácter erga omnes. Está claro que si durante el proceso de desarrollo de jurisprudencia vinculante se identifican en el caso materia de estudio vulneraciones a derechos constitucionales, la Corte

Constitucional se encuentra plenamente facultada, a través de la revisión del caso, a reparar las consecuencias de dicha vulneración. Pero se insiste, la gravedad y relevancia constitucional de un caso, en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no se encuentran acreditadas únicamente por la vulneración aun derecho subjetivo, deben además existir condiciones adicionales que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado. La razón de ser de la finalidad de esta novedosa competencia de la Corte Constitucional se encuentra acreditada concretamente a partir del ideal de la constitucionalización de la justicia ecuatoriana, en donde juezas y jueces de la República deben velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas.

b) En síntesis, las labores de las Salas de Selección y Revisión están encaminadas a garantizar los derechos a la igualdad y seguridad jurídica de las personas, conforme lo dispone el artículo 82 de la Constitución, logrando certeza en una novedosa fuente directa del derecho en el sistema constitucional ecuatoriano: la jurisprudencia constitucional. Aquello será posible a partir del respeto a los precedentes jurisprudenciales dictados dentro de un determinado escenario constitucional. Cabe precisar que partiendo del carácter dinámico y sociológico de la jurisprudencia –derecho vivo– es claro, tal como lo señala el artículo 3 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que los criterios jurisprudenciales, al igual que aquellos plasmados en las normas legislativas, no permanecen inmutables; por el contrario, a través de una adecuada carga de argumentación jurídica existen técnicas que configuran la posibilidad de un alejamiento de precedentes jurisprudenciales. Una realidad distinta, llevaría a que la jurisprudencia adolezca de los mismos problemas que ha experimentado la ley en sentido formal, tratar de regular a priori y consagrados de inmutabilidad todos los conflictos sociales de la humanidad.⁴⁴ (El énfasis nos pertenece)

Algunas precisiones con respecto a lo anotado por la Corte en este fallo, la Sala de Selección no genera derecho objetivo, toda vez, que su competencia se limita a la selección de los casos que cumplen con los requisitos establecidos en el Art. 25 de la LOGJCC que fueron analizados en párrafos anteriores, es la Sala de Revisión la que si desarrolla la jurisprudencia vinculante a partir de los casos seleccionados por las Salas de Revisión. Con respecto a lo señalado por la Corte con respecto a la naturaleza de la revisión de los fallos de garantías jurisdiccionales, nos parece acertada la precisión que ésta no es una instancia de apelación, toda vez que su principal deber es la generación de derecho objetivo, es decir, *reglas jurisprudenciales* que se insertan en el sistema de fuentes, lo cual no obsta que ante la presencia de una eventual vulneración de derechos constitucionales pueda la Corte entrar a revisar el caso en su resolución.

⁴⁴Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No 001-10-PJO-CC.

La revisión por parte del máximo órgano de justicia constitucional del país equivale a *“que la Corte no está obligada a realizar dicha revisión, pues ésta procede conforme a criterios elaborados según su leal saber y entender, que obviamente tienen en cuenta el valor de la justicia y la relevancia e importancia del asunto para la doctrina y la jurisprudencia constitucionales”*⁴⁵, es decir, la Corte deberá evaluar entonces las consecuencias de la revisión del caso concreto y la finalidad misma que la institución revisión esta llamada a desarrollar.

Ahora bien, como se señaló en líneas anteriores, el artículo 436, número 6, de la Constitución abre el camino para que la Corte Constitucional cree precedentes constitucionales en las acciones determinadas en la referida norma jurídica. Asimismo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, enumera entre los principios de la justicia constitucional, en su Art. 2 la obligatoriedad del precedente constitucional en los siguientes términos *“Los parámetros interpretativos de la Constitución, fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y de justicia”*.

Una característica fundamental de la revisión de fallos de garantías jurisdiccionales por parte de la Corte Constitucional es la naturaleza del trámite, si judicial o administrativo. Cuando la Constitución le confiere la competencia de desarrollar jurisprudencia vinculante a la Corte Constitucional a partir de los fallos de garantías jurisdiccionales, la Corte ejerce tareas eminentemente jurisdiccionales, toda vez, que las *reglas jurisprudenciales* dadas, así como la eventual decisión de revisión del caso concreto, están dirigidas a la solución de una controversia concreta.

La idea del precedente jurisprudencial es una técnica utilizada por el *common law* en la generación de derecho objetivo. Tal como conocemos, el derecho anglosajón se edifica sobre la base de resolver casos particulares utilizando la costumbre recogida en criterios jurídicos anteriores que se van aplicando en los nuevos casos similares a los previamente resueltos, es decir, aplicando jurisprudencia. En este sentido, un sistema jurisprudencial puede ser entendido de la siguiente forma:

“Un sistema de origen judicial cuyas normas aplicables para resolver conflictos son las sentencias judiciales relevantes anteriormente dictadas y que cumplan con los requisitos que el sistema establezca para dotarlas de validez. En este sistema, no se busca como en el nuestro, la norma legislativa codificada que el abogado crea aplicable para legitimar la pretensión de su cliente. Aquí el abogado tiene frente al caso sobre el que va a litigar, una serie de sentencias judiciales análogas de las cuales debe extraer una serie de hechos relevantes que terminen por configurar el principio jurídico que le dará la razón en la causa que defiende”.⁴⁶

⁴⁵José Vicente Barreto Rodríguez, *Acción de Tutela. Teoría y Práctica*, Bogotá, Legis Editores S.A., 1997, p. 419.

⁴⁶Roque Farto Benavides, “Apuntes básicos del Common Law”, en revista Ruptura, Tomo I, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2004, pp. 193.

Entonces, el nuevo paradigma del precedente constitucional en Ecuador busca apuntalar a que los casos de naturaleza constitucional que son sometidos a conocimiento de los jueces constitucionales -instancia, apelación o jueces de la Corte Constitucional-, sean resueltos en base a los criterios y argumentaciones que la misma Corte ha aplicado para resolver casos similares de forma anterior.

b. La acción extraordinaria de protección

En la sentencia No. 045-11-SEP-CC, de 24 de noviembre de 2011, la Corte Constitucional conoció mediante una acción extraordinaria de protección⁴⁷, un caso por el cual la parte afectada reclamaba que la Corporación Aduanera Ecuatoriana le otorgaba un trato “distinto” al que recibían otros usuarios; y, que incumplía sus propias resoluciones de “consulta de aforo”.

Esta sentencia marco un hito dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el período de transición, pues al resolver el problema jurídico de “¿Existe vulneración al derecho a la igualdad cuando existen varias sentencias contradictorias de acciones de protección en distintos procesos sobre un mismo punto de derecho?”, pues señaló que

Así, la procedencia de la acción extraordinaria de protección sobre acciones de protección tiene como finalidad la unificación de la interpretación de los derechos constitucionales, función esencial, toda vez que distintos criterios razonables pueden llegar a entender de manera diversa el alcance de un mandato constitucional. Entonces, la interpretación que realiza la Corte Constitucional se proyecta en el razonamiento judicial aplicado a todos los casos que se circunscriban bajo el mismo patrón fáctico.

Esta competencia de la Corte Constitucional se encuentra direccionada precisamente para: 1. Suplir elementales consideraciones de seguridad jurídica en la hermenéutica del sistema jurídico ecuatoriano y dotar de coherencia en la aplicación del mismo; 2. Restringir arbitrariedades en la aplicación en materia de derechos y garantías jurisdiccionales; 3. Asegurar la vigencia del principio de igualdad y seguridad jurídica, toda vez que ante una situación igualdad fáctica, debe garantizarse la existencia de un criterio común.

Reconociendo expresamente que el principio *stare decisis* no solo esta presente en las sentencias de “jurisprudencia vinculante”, sino también en las otras acciones constitucionales que conozca la Corte Constitucional, en el caso analizado, acción extraordinaria de protección. Adicionalmente señala la Corte para el período de transición, aunque no es materia de este trabajo, que “a similares situaciones

⁴⁷La Corte Constitucional ecuatoriana tiene la posibilidad de conocer y resolver de las acciones extraordinarias de protección en contra de sentencias, autos y resoluciones definitivas, firmes o ejecutoriadas. Art. 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador.

jurídicas puestas en conocimiento y resolución de la administración [Corporación Aduanera Ecuatoriana] corresponde la misma respuesta, [...] a menos, claro está, que existan razones que se justifiquen argumentadamente que merecen un trato disímil”, con lo cual precautela el principio de igualdad, no solo únicamente en sede jurisdiccional, sino también en sede administrativa, reconociendo otras formas de producción jurídica, no legislativa.

Es así que las exigencias de igualdad ante la ley por un lado; y, de igualdad en la aplicación de la ley, adquieren relevancia cuando la Corte manifiesta que “dentro de la efectiva vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia, resulta inadmisibles que existan criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, pues esto vulnera evidentemente los derechos de igualdad y seguridad jurídica”.

En el caso, la violación de derechos ocurre en consideración a la decisión adoptada, porque los jueces constitucionales que conocen acciones de protección, resuelven de manera distinta casos similares, así “el problema que presenta el caso *sub judice* tiene relación con la existencia de criterios disímiles en la resolución de la acción de protección sobre el mismo patrón fáctico”, por lo que

“...la Corte Constitucional, en ejercicio de su competencia para el conocimiento y resolución de la acción extraordinaria de protección, procederá a construir, a partir de los criterios disímiles sobre el mismo problema jurídico, un criterio que deberá ser observado por los jueces constitucionales cuando se presenten casos análogos al patrón fáctico, materia de este proceso, con el fin de precautelar los derechos constitucionales de las personas a la igualdad material y formal y a la seguridad jurídica.

Además estableció la “necesidad la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de acciones de protección”. Pero, más allá de este importante desarrollo jurisprudencial, las mismas razones utilizadas para admitir la necesidad de la señalada procedencia, pueden utilizarse, con el debido análisis, para admitir la procedencia de la acción extraordinaria de protección contra sentencias de otras garantías jurisdiccionales de conocimiento.

Para finalmente disponer “que el criterio argumentado en esta sentencia sea observado por los jueces que conocen de acciones de protección [...]” con lo que construye un sub-regla jurisprudencial que ordena el acatamiento de los criterios expresados en la mencionada sentencia. Dichos criterios, como resultado concretizado de la Constitución, son la expresión vinculante de la jurisprudencia a partir de un caso concreto, otorgándole un efecto de obligatoriedad vertical a los jueces constitucionales de instancia y apelación que conozcan de este patrón fáctico ya resuelto por la Corte Constitucional.

En este sentido, la regla construida a partir del caso concreto, en su faz de vinculante se encuentra limitada por el campo que ella produjo y que a su vez está determinada por los hechos del caso. Esto es cierto, en la medida en que la sub-regla se equipara a una disposición normativa para unos aspectos específicos no regulados

previamente.

Al igual que en la “primera” sentencia vinculante, la construcción de la sub-regla jurisprudencial pretende al igual que una disposición de origen legislado o de rango constitucional regular aspectos no aclarados por el derecho de origen institucional. Sin embargo, si este es el aporte del precedente a la teoría de las fuentes del derecho, debe señalarse que ese debe ser el primer paso porque así como la ley o las disposiciones constitucionales pueden quedar petrificadas de acuerdo a los criterios interpretativos que se usen, es preciso encontrar no sólo la sub-regla, sino, las “otras” razones que pueden ayudar a resolver futuros problemas.

Adicionalmente vale señalar que la Corte para el período de transición, señaló con respecto a la característica de vinculante de sus decisiones, lo cual ratifica nuestra tesis, esto es que la vinculatoriedad de las decisiones del máximo órgano de administración de justicia constitucional, es decir su obligatoriedad, no se presenta únicamente en la sentencias de jurisprudencia vinculante sino en todas aquellas decisiones que resuelva la Corte Constitucional, en efecto,

“El artículo 429 de la Constitución de la República determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, lo hace en relación a todos los demás intérpretes existentes, es decir, la Corte, en ejercicio de sus funciones, establece la interpretación jurídica final de la Constitución, con carácter vinculante.

En este contexto, el alcance “vinculante” de las decisiones de la Corte Constitucional debe ser examinado desde un análisis convergente de dos criterios. En primer lugar, desde la hermenéutica lingüística, el significado de vinculante tiene relación con “someter la suerte o el comportamiento de alguien o de algo a los de otra persona o cosa”⁴⁸, es decir, corresponde, en materia jurídica fundamentar una resolución actual en criterios ya esgrimidos en situaciones fácticas similares, para guardar coherencia y consistencia con lo antes resuelto. Por otra parte, el alcance de vinculante debe ser examinado también a la luz de la calidad de órgano de cierre en la que se constituye la Corte Constitucional, es decir, en virtud de su calidad de intérprete máximo, sus resoluciones vinculan a los otros intérpretes de la Constitución. Entonces, el carácter constitucional de vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional se fundamenta, por una parte, en asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los mandatos constitucionales por parte de todos los operadores de justicia, y por otra parte como órgano de cierre en materia de interpretación constitucional.”

⁴⁸Real Academia de la Lengua Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Vigésima Segunda Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., 2009, p. 2303.

V – CONCLUSIONES

A manera de conclusión, podemos señalar que a pesar que el derecho ecuatoriano tiene antecedentes y estructura y los fundamentos de un sistema de derecho europeo continental, en el que la jurisprudencia tiene únicamente un valor de fuente *secundaria* o de *conocimiento*, a partir de la instauración del nuevo modelo constitucional, tanto el derecho positivo como la práctica –precaria (resolución para la elaboración de precedentes de la Corte Constitucional para el período de transición y primera sentencia de jurisprudencia vinculante) han llegado a reconocer un tipo de sentencias con carácter de precedente. Este carácter se fundamenta en la interpretación sistemática de la Constitución, según la cual, la jurisprudencia, que explicita el contenido normativo de los preceptos normativos, forman parte de ellos, es decir, se constituyen en normas adscritas⁴⁹ con la misma jerarquía y el mismo valor vinculante. Esta práctica es coherente con el respeto del principio de igualdad y con la búsqueda de coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico.

La actual labor judicial exige del juzgador en sus resoluciones un justo equilibrio entre las disposiciones normativas, es decir los textos constitucionales y legales, y las normas aplicables, es decir, las interpretaciones que se han presentado en similares patrones fácticos. Es decir, el acercamiento entre la tradición jurídica del derecho romano germánico, por la que la ley era la fuente primigenia y autentica, la única capaz de otorgar seguridad jurídica y la tradición anglosajona del *common law*, que mantiene su fuerza en la tradición casuística, resulta evidente.

BIBLIOGRAFIA

- Acero, Juan José, Bustos, Eduardo y Quesada, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, ediciones Cátedra, Madrid, 1982.
- Aguiló Regla, Joseph, *Sobre Derecho y argumentación*, Palma, Lleonard Muntaber, 2008.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1997.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- _____, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Barreto Rodríguez, José Vicente, *Acción de Tutela. Teoría y Práctica*, Bogotá, Legis Editores S.A., 1997.
- Bernal Pulido, Carlos, “El precedente en Colombia” en *Revista Derecho del Estado*

⁴⁹Normas *adscritas* son aquellas en las que se requiere para la adscripción con una norma de derecho constitucional una fundamentación iusfundamental correcta. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

No. 21, Bogotá, diciembre de 2008, <http://foros.uexternado.edu.co/economia/institucional/index.php/derest/article/viewFile/493/471>, fecha de revisión 1-09-2011.

- _____, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Borowski, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Carrió, Genero, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 2ª, ed., Abeledo Perrot, 1979.
- Farto Benavides, Roque, “Apuntes básicos del Common Law”, en revista Ruptura, Tomo I, Quito, Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- Gifis, Steven, *Law dictionary*, New York, Barron's, 1984.
- Guastini, Ricardo, “La interpretación de la constitución” en Santiago Ortega Gomero (ed.), *Interpretación y Razonamiento jurídico*, Lima, ARA Editores E.I.R.L., 2010.
- Hesse, Konrad, “Significado de los Derechos Fundamentales”, en Benda y otros (comp.), *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Landa Arroyo, César, *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010.
- _____, “Los precedentes constitucionales. El caso de Perú”, en Claudia Escobar García, comp., *Teoría y Práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Lockhart, *The american constitution*, New York, West publishing, 6ta ed.
- López Mediana, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2006.
- _____, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá, Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Temis, 2008.
- _____, “La jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada”, en Revista de Derecho Constitucional UMBRAL, Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, enero a junio del 2011.
- Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional una introducción*, Bogotá, Universidad del Rosario Editorial, 2009.
- Moral Soriano, Leonor, *El Precedente Judicial*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2002.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999.

Ruiz Manero, Juan, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

Fuentes Legales

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

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 52, 22 de octubre del 2009.

Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial-S No. 544, 9 de marzo del 2009.

Ley 27, Registro Oficial No. 192, 18 de mayo de 1993.

Codificación del Código Civil, Registro Oficial No. 46, 26 de junio del 2005, Art. 3.

Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial-S No. 360, 13 de Enero del 2000.

Decreto Ley de Emergencia No. 10 de 15 de junio de 1959, Registro Oficial No. 847, 19 de junio de 1959.

Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No 001-10-PJO-CC, caso No. 999-09-JP, Juez constitucional ponente, Dr. Roberto Bhrunis Lemarie, Registro Oficial N° 351, 29 de Diciembre del 2010.

Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Sentencia No 045-11-SEP-CC, caso No. 385-11-EP, Juez constitucional ponente, Dr. Patricio Pazmiño Freire, 24 de noviembre de 2011.

Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, Resolución Administrativa No. 0004-10-AD-CC, mediante la cual aprobó el Protocolo para elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios, Agosto, 2010.