



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORES:

JENNY VIVIANA FARINANGO SANDOVAL

ELIZABETH MAYRA PALACIOS CHAMORRO

TUTOR DE CONTENIDOS: MSC SANTIAGO MACHUCA LOZANO

TUTOR METODOLÓGICO: PHD. FRANK MILA MALDONADO

Otavalo, julio, 2021

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotros, **JENNY VIVIANA FARINANGO SANDOVAL; ELIZABETH MAYRA PALACIOS CHAMORRO**, declaramos que este trabajo es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

JENNY VIVIANA FARINANGO SANDOVAL

Cédula N°: 1003292362

ELIZABETH MAYRA PALACIOS CHAMORRO

Cédula N°: 0401616768



MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Trabajo de Titulación

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.

Los autores de este Trabajo de Titulación declaramos que es de nuestra total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y por la normativa vigente.

Otavalo, julio de 2021

Estudiante

Estudiante

Jenny Viviana Farinango Sandoval

C.C.:1003292362

Mayra Elizabeth Palacios Chamorro

C.C.: 0401616768

DEDICATORIA

Dedicamos el presente trabajo a Dios por ser la guía y el que siempre nos acompaña en todo momento, a nuestra familia, padres, hijos, esposos y personas que sin existir un vínculo sanguínea han sido parte importante en nuestras vidas, han sido quienes con sus palabras y alientos nos impulsar a ser mejores; y, a nuestros catedráticos y tutores que con sus conocimientos y paciencia nos han guiado en este camino de forma profesional y constante contribuyendo en nuestro desarrollo intelectual.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos a nuestros docentes, por compartir sus conocimientos y experiencia y habernos motivado en cada clase a través de sus aportes y observaciones, ha sido posible concluir el presente trabajo.

ÍNDICE DE CONTENIDO:

DECLARACIÓN DE AUTORÍA	I
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR	I
DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUCCIÓN	VIII
1.1. CONTEXTO DEL ESTUDIO	2
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	7
1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	8
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.4.1. TEMÁTICA	9
1.4.2. TEMPORAL	9
1.4.3. ESPACIAL	9
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.5.1. OBJETIVO GENERAL	10
1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	10
2. 1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	12
2.1. 1. TEÓRICA	12
2.1.2. PRÁCTICA	13
2.2. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN	14
2.3. REFERENCIAS TEÓRICAS	17
2.4. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	18
3.1. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	21
3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN	21
3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN	22
3.3. 1. ANÁLISIS DOCUMENTAL	22
3.3.2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO	23
3.4. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	23
4.1. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO: ANÁLISIS HISTÓRICO	26
4.1.1.- Etimología de la Jurisprudencia	26
4.1.2. Familia Jurídica Romano- Germánica	27

4.1.3. Familia jurídica del <i>common law</i>	38
4.1.4. Familia jurídica del <i>common law</i> angloamericano	44
4.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. GENERALIDADES	54
4.2.1. STARE DECISIS EN EL COMMON LAW Y EN EL CIVIL LAW	54
4.2.2. STARE DECISIS HORIZONTAL Y VERTICAL	56
4.2.3. VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y PRECEDENTE JUDICIAL	57
4.2.4. CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL	60
4.3. EL PRECEDENTE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DEL 2008	61
4.3.1. ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO 436 NUMERAL 1 Y NUMERAL 6	62
4.3.2 TIPOS DE PRECEDENTES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA	65
4.3.3 ESTRUCTURA, ALCANCES Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES	68
4.3.4 SENTENCIAS PRODUCTO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	77
4.3.4.1 Características de las sentencias emanadas del procedimiento de selección y revisión de la Corte Constitucional	79
4.3.4.2 Ámbito y parámetros aplicables para el proceso de selección y revisión de casos	80
4.3.4.3 Procedimiento de selección y revisión	83
4.3.4.4 Reglas Jurisprudenciales	86
4.3.4.5 Efectos de sentencias de garantías constitucionales emitidas por la Corte Constitucional	87
4.3.4.6 Análisis de la Acción Extraordinaria de Protección	88
4.4. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR FRENTE AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA	91
4.4.1. DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL	91
4.4.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA	99
4.4.3. ALEJAMIENTO ENTRE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE SENTENCIAS 02-09-SAN-CC V/S 012-09-SEP-CC Y 001-10-PJO-CC V/S 045-11-SEP-CC, 001-16-PJO-CC	100

4.4.4. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA RELACIONADA CON EL ALEJAMIENTO ILEGÍTIMO ENTRE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	110
CONCLUSIONES	114
RECOMENDACIONES	116
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

RESUMEN

La presente investigación titulada “El Precedente Jurisprudencial de la Corte Constitucional y la seguridad jurídica” proyectó analizar el rol de la jurisprudencia dentro de la historia en las familias jurídicas del common law y civil law y cómo en el Ecuador han adoptado los dos sistemas en la justicia constitucional. El precedente jurisprudencial en el derecho ecuatoriano fue estudiado mediante un análisis descriptivo y dogmático jurídico desde sus generalidades hasta aterrizar al derecho constitucional ecuatoriano, el cual está revestido de un valor jurisprudencial dictado por la Corte Constitucional. Mediante el estudio jurídico de sentencias de la Corte Constitucional permitió evidenciar que el derecho a la seguridad jurídica puede ser vulnerado por el alejamiento entre precedentes no argumentado por la Corte Constitucional. Ante la vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica, implica transgresión al mismo que ante situaciones similares las decisiones de esta alta corte se alejan de sus precedentes anteriores sin identificar y argumentar de cual precedente se apartan. La Constitución de la República del Ecuador da la atribución a la Corte Constitucional de ser el máximo órgano de interpretación de la Constitución, quien dicta sentencias, reglas jurisprudenciales y precedentes de carácter vinculante y obligatorio en salvaguarda de los derechos constitucionales reconocidos tanto en la norma suprema como en tratados internacionales de derechos humanos.

Palabras clave: precedente, jurisprudencia, seguridad jurídica.

ABSTRACT

This research entitled "The Jurisprudential Precedent of the Constitutional Court and legal security" projected to analyze the role of jurisprudence within history in the legal families of common law and civil law and how in Ecuador they have adopted the two systems in the constitutional justice. The jurisprudential precedent in Ecuadorian law was studied through a descriptive and dogmatic legal analysis from its generalities to landing on Ecuadorian constitutional law, which is covered by a jurisprudential value dictated by the Constitutional Court. Through the legal study of sentences of the Constitutional Court, it allowed to show that the right to legal security can be violated by the separation between precedents not argued by the Constitutional Court. Faced with the violation of the constitutional right to legal security, it implies a transgression to the same as in similar situations the decisions of this high court move away from their previous precedents without identifying and arguing from which precedent they depart. The Constitution of the Republic of Ecuador gives the attribution to the Constitutional Court of being the highest organ of interpretation of the Constitution, which issues sentences, jurisprudential rules and precedents of a binding and obligatory nature in safeguarding the constitutional rights recognized both in the supreme norm as in international human rights treaties.

Keywords: precedent, jurisprudence, legal certainty.

INTRODUCCIÓN

El derecho como ente regulador de la sociedad no es ajeno a los procesos de constante cambio y transformación desde el punto de vista social y jurídico, mismos que se producen en todas las áreas del conocimiento humano; sin dudas el Ecuador no ha sido la excepción, la Constitución de Montecristi dio un giro a la corriente positivista europea y realizó un desplazamiento en el sistema de fuentes formales del derecho al reconocer que, en ciertas circunstancias, la jurisprudencia es fuente de derecho y así mismo tendrá un carácter de vinculante. Es así como de cierta medida la reconoce como fuente formal con carácter erga omnes en algunas ocasiones. Sin lugar a duda esto incide e incrementa su rango jurídico destruyendo la máxima que se conocía referente a que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que se pronunciaren, según indicaba la normativa civil ecuatoriana.

Por ello la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 ha ido evolucionando constantemente, como los gobiernos de turno en la que se ha visto reflejada la voluntad soberana, así como, los derechos y garantías del que son titulares todas las personas. De esta manera, es importante destacar la competencia que le otorga la misma Constitución a la Corte Constitucional, considerando que es el órgano máximo de control e interpretación de normas constitucionales, en el cual, el rol del juzgador constitucional y más aún de la Corte Constitucional pasó a tener gran relevancia a través de los precedentes jurisprudenciales.

Consecuentemente, el órgano judicial está conformado por jueces y profesionales probos y conocedores de la realidad cambiante de la sociedad frente a normas inmersas en rigidez constitucional, misma que deben ser aplicadas en pro de las personas, superando de esta manera el formalismo jurídico en beneficio de la no vulneración de los derechos. Con esto, la normativa constitucional otorgó a los fallos emitidos por la Corte Constitucional, la categoría de vinculantes, constituyendo de esta manera lineamientos jurídicos en beneficio de operadores de justicia, para la aplicación en casos análogos.

Algunos autores concluyen que la finalidad del precedente jurisprudencial es de convertirse en una regla hermenéutica, sin embargo, este es el medio para lograr una finalidad constitucional de garantizar una justicia material aplicable a todos en igualdad de condiciones.

De igual manera, se concluye que la labor de la jurisprudencia se destaca en el desarrollo del derecho, por lo que, es importante determinar la distinción entre jurisprudencia y precedente; estableciendo que, todo precedente implica una labor jurisprudencial, pero no toda jurisprudencia se puede determinar precedente; es así que, la jurisprudencia para adquirir esta categoría en la justicia ordinaria se establece los fallos de triple reiteración sobre asuntos de legalidad, mismos que son emitidos por la Corte Nacional de Justicia y en la Justicia Constitucional se requiere solo un pronunciamiento de la Corte Constitucional, en el cual establecen reglas vinculantes sobre la protección de los derechos garantizados por la Constitución de la República e instrumentos internacional de derechos humanos.

La obtención de un precedente jurisprudencial no implica únicamente la incorporación de una regla de derecho al ordenamiento jurídico, sino todo un proceso argumentativo y de análisis por parte de las altas cortes, para lo cual se establece una estructura en la emisión de sus fallos como es *obiter dictum*, *ratio decidendi* y *decisum*.

Con el análisis práctico se estableció la importante labor de la Corte Constitucional al emitir reglas que se desarrollan en concordancia con la Constitución de la República, creando así derecho objetivo, incorporando por medio de la figura del precedente al ordenamiento jurídico, también se puede observar que no es tan fácil en algunos casos encontrar la razón de la decisión, cuando cada una se compone de varios *obiter dictum*.

Podemos indicar que algunos precedentes emitidos por la Corte Constitucional, que se alejan uno de otros sin la debida motivación aparente por parte de la Corte Constitucional, elemento que es de vital importancia toda vez que cada precedente jurisprudencial emitido por la Corte está o debe estar dotado de una amplia carga argumentativa y motivada en elementos claros, por lo que para apartarse ellos, y es claro que la Corte está en plena facultad de hacerlo, debe emitir de manera

explícita las razones de dicho alejamiento tal y como lo indica la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 2 numeral 3, pues en el supuesto caso de incumplir con este elemento se estaría vulnerando el derecho a la seguridad jurídica.

Finalmente, es preciso indicar que la presente investigación permite constatar el efecto de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y no solo contribuyen al otorgamiento de la certeza jurídica e igualdad, además evitan la arbitrariedad por parte de los operadores de justicia y limitan su accionar a reglas de derecho preestablecidas respetando el ordenamiento jurídico que se traduce en el derecho a la seguridad jurídica, a menos que exista una debida motivación para un cambio de criterio; y considerar que todas las sentencia desarrolladas en la Corte Constitucional tiene efecto vinculante.

Es así como, la presente investigación tiene como objetivo general el análisis del alejamiento entre los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional frente al derecho a la seguridad jurídica. Específicamente se considera oportuno esclarecer dentro del presente trabajo, el origen y desarrollo de la jurisprudencia como fuente de derecho, así también examinar el precedente jurisprudencial desde una perspectiva general que permita establecer los fundamentos constitucionales del mismo en la legislación ecuatoriana y desde esta perspectiva estudiar como la Corte se ha alejado de sus propios precedentes sin motivación aparente lo cual incide directamente en el derecho a la seguridad jurídica.

Para completar este estudio el presente trabajo está compuesto de cuatro capítulos: primero que aborda la situación problemática, segundo referente al marco teórico, el tercero establece el marco metodológico y finalmente un cuarto capítulo que se centra en el análisis y discusión de resultados. Dentro de este último capítulo se estudia el origen y desarrollo de la jurisprudencia como fuente de derecho; seguidamente se examina el precedente jurisprudencial y sus generalidades; de igual forma se analiza cómo se ha desarrollado el precedente en la justicia constitucional ecuatoriana a partir de la Constitución del 2008 y posteriormente se examina el derecho a la seguridad jurídica y las vulneraciones a este derecho, a razón del alejamiento sin la debida motivación entre precedentes jurisprudenciales

emitidos por la Corte Constitucional ecuatoriana para finalmente llegar a las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas

CAPÍTULO I.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1.1. CONTEXTO DEL ESTUDIO

El constitucionalismo ha cobrado vida en diferentes continentes como un mecanismo de democracia, respeto de derechos humanos bajo un principio de constitucionalidad y no únicamente de legalidad como se conocía en años pasados, definiendo de mejor manera el Estado de derecho, precautelando el derecho a la vida, libertad, dignidad humana y derechos fundamentales que permitan el desarrollo del ser humano en armonía con la sociedad y entorno natural. En América Latina con el paso de las colonias españolas y portuguesas los países han heredado un sistema de justicia constitucional con influencia del sistema americano, en el cual rige el control difuso y un sistema europeo con un sistema concentrado. Es así en países de la región como Perú se creó el Tribunal Constitucional, en Colombia la Corte Constitucional y en el Ecuador en sus inicios el Tribunal Constitucional mediante la Constitución de 1945, el cual daba una respuesta a un problema jurídico, mas no era una herramienta de tutela de derechos.

Con la Constitución de la República del Ecuador 2008, a través de las garantías constitucionales los derechos son exigibles ante los jueces constitucionales a fin de obtener una reparación ante la vulneración de un derecho o derechos. Las decisiones judiciales en materia constitucional son dictadas por jueces constitucionales de instancia o por la Corte Constitucional del Ecuador. La Corte Constitucional a través de sentencias y dictámenes, fallos vinculantes, precedentes o jurisprudencia constitucional, no solo para las partes procesales sino para todos, valor contundente otorgado a la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico interno previsto en la Carta Fundamental. La autora Aguirre (2019) realiza la siguiente anotación:

La distinción entre jurisprudencia y precedente es un punto de partida para el análisis de la creación judicial del derecho, puesto que en el caso ecuatoriano se advierte en la justicia ordinaria un sistema de “jurisprudencia vinculante” de características de origen en la familia del civil law, dado que el requisito de reiteración –tres fallos– para la generación es propio de esta familia jurídica. En tanto que, al no existir tal requisito en la formación del precedente constitucional ecuatoriano, se lo asimila al propio de las familias cuyo origen radica en el common law. (p.277)

En virtud de ello, la justicia ordinaria y constitucional en el Ecuador posee estos dos modelos que constituye un aporte al desarrollo de la jurisprudencia con diferentes matices que permite a los juzgadores fundamentar sus decisiones sobre la base de los precedentes emitidos por la Corte Constitucional y fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia. El precedente distingue tres posiciones: primera, el precedente del *Common Law*, o *stare decisis* que significa estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, decisiones dictadas por tribunales y una sola decisión genera obligaciones y constituye derecho; segunda, en el *Civil Law*, no existe el precedente y se resolvía los casos en sus inicios con la opinión de juristas quienes establecieron reglas y procedimientos para administrar justicia con la imposibilidad de interpretar reglas; y tercera, es una mezcla en Latinoamérica entre *el Common Law* y *Civil Law*, al reconocer la fuerza vinculante del precedente y por otra parte el derecho escrito con el sistema francés al implantar la casación.

En el trabajo de tesis de Maestría, Guerra (2014), con el tema las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador como una garantía directa de los derechos, sus límites frente a la potestad legislativa, menciona que la Constitución del Ecuador ha traído consigo un implícito activismo reforzado de la Corte Constitucional, necesario para la defensa de los derechos consagrados en la carta magna y que pasan a ser el principal fundamento de todo el modelo de Estado.

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control e interpretación constitucional, existe un control concentrado, en virtud del cual, solamente le corresponde a la Corte dictaminar si una norma jurídica mantiene contradicción con la Constitución, no permitiendo, bajo ningún concepto que los operadores jurídicos puedan inaplicar una norma jurídica para la resolución de un caso concreto, bajo el pretexto de la aplicación directa e inmediata de la Constitución de la República.

Las sentencias emitidas de la Corte Constitucional son de carácter vinculante, conforme el artículo 436.1.6 de la Constitución. Ávila, L (2012) distingue las sentencias el efecto de vínculo *erga omnes*, *inter pares*, *inter partes* e *inter comunis*, sin embargo, la norma constitucional determina el carácter vinculante de todas las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, las cuales deben ser aplicadas por

jueces de instancias existiendo sentencias contradictorias y falta de aplicación de las mismas generando hegemonía en el criterio al aplicar la ley.

Montaña (2012), determina que la sentencia manipulativa tiene el objeto de no crear un vacío legislativo cuando la disposición que es impugnada padece de inconstitucionalidad, razón por la cual, el órgano constitucional no expulsa la disposición del ordenamiento; en este sentido la Corte Constitucional no puede crear derecho legislativo nuevo, pues su descubrimiento siempre tiene que estar vinculado a un marco preexistente, que es la Constitución, para lo cual se verá en la argumentación de las sentencias, en la motivación razonable, o la modulación efectuada en un precepto legal acorde con la Constitución, es decir, sostener por qué ese significado tiene prevalencia, o por qué la modulación es necesaria.

Entonces aquí el primer límite con respecto al legislador que sí crea derecho legislativo nuevo dentro de un marco constitucional, mientras que la Corte Constitucional no lo hace, pues su papel es descubrir la regla implícita en la disposición constitucional e incluso modular disposiciones legislativas si estas no están acorde a la Constitución de la República.

Como indica Ávila (2012): “Un precedente constitucional es fundamental para reafirmar el rol creativo de los jueces constitucionales y da vida al texto constitucional desde sus decisiones, con el fin de materializar una democracia constitucional desde la actuación de los jueces constitucionales” (p. 240). Problema que tiene raíz en las diferentes sentencias dictadas de la Corte Constitucional ante lo cual, los operadores de justicia aplican y no permite tener una certeza de la posible decisión judicial pese a ser casos análogos, lo cual constituye incertidumbre y afectación al principio de seguridad jurídica. La definición de seguridad jurídica para Sagüés (1997) considera:

Cabe añadir que la seguridad jurídica solicita que el juez constitucional desempeñe sus funciones represivas y creativas de modo ordenado, mediante respuestas jurídicas coherentes y, en lo posible, persistentes. Ello implica una respetable dosis de continuidad jurídica en el razonamiento y en las decisiones judiciales, con un marcado respeto por los precedentes y la doctrina jurisprudencial pacíficamente aceptada. Ello conduce, asimismo, a imaginar vías legales o jurisprudenciales de uniformización de la jurisprudencia, para evitar veredictos divergentes. (p. 225)

Es importante destacar que, la norma suprema otorga a la Corte Constitucional un rol protagónico en la protección de derechos respetando el derecho a la igualdad ante ley y en el trato de los tribunales encargados de administrar justicia, evitando que un juzgador desconozca una línea jurisprudencial de un alto tribunal referente a un tema ya resuelto, es necesario que el juez al momento de emitir sus decisiones guarde uniformidad con los criterios mantenidos en las resoluciones de los casos puestos a su conocimiento, generando confianza y certeza en los usuarios externos del sistema de administración de justicia para evitar inseguridad e incertidumbre respecto a un fallo. Por ello, la definición de certeza según Luño (2000) manifiesta:

La certeza del Derecho supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica, se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido. En función de ese conocimiento los destinatarios del Derecho pueden organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del Derecho. (p. 29)

Por consiguiente, también es importante analizar que si bien las decisiones emitidas por la Corte Constitucional ecuatoriana como máximo intérprete de la ley suprema, poseen carácter vinculante y se constituyen en sí mismas como precedentes jurisprudenciales de obligatoria aplicación, la propia Corte en numerosas ocasiones se ha apartado de la aplicación de estos. Ciertamente la Corte está en la facultad de apartarse de sus precedentes, pero en tal caso debe hacerlo de manera explícita y debidamente motivada, así lo indica la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 2 numeral 3 al establecer que:

Art. 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:

3. 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.

Como bien indica la norma, alejarse de un precedente jurisprudencial debe hacerlo la Corte especificando claramente los motivos que dan lugar a la siguiente decisión, y motivar en tal sentido debidamente las razones por las cuales se alejan de los criterios jurídicos fijados con anterioridad. Todo lo anterior tiene el objetivo de garantizar la plena aplicación directa y eficaz de los derechos constitucionales y la seguridad jurídica.

Por lo anterior, la comunidad jurídica ecuatoriana al conocer el ordenamiento jurídico de forma clara, decisiones homogéneas en beneficio de los derechos y garantías de los ciudadanos, refleja confianza en el aparato estatal encargado de administrar justicia garantiza la justicia e igualdad en la aplicación del derecho, sin embargo, por el carácter vinculante de las sentencias constitucionales, en los argumentos de demandas, escritos y fallos emitidos en juicios sean en materia constitucional o no, se transcribe o enuncia sentencias dictadas por la Corte Constitucional, independiente del efecto que aquella tenga, cuando los criterios de interpretación y argumentación debe ser conforme al verdadero espíritu de la Constitución en su integralidad observando los principios de supremacía constitucional, igualdad y seguridad jurídica.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Dentro del orden jurídico ecuatoriano no hay discusión alguna que, con la vigencia de la Constitución del 2008, la jurisprudencia cobra fuerza como fuente de derecho por su obligatoriedad y persuasión en lo referente al conocimiento de la de la Ley fundamental y la norma en sí. Diversos han sido los debates con respecto de la categoría de fuente y si efectivamente la jurisprudencia entra dentro de estas, según algunos criterios doctrinarios, no es más que un juicio de valor razonado que va a establecer cuál es el derecho que se debe aplicar a un caso específico, teniendo un carácter concreto y por ende no debe ser aplicado a otros casos. Más allá de las diversas opiniones al respecto, lo que debemos analizar es que, con esta facultad, la Corte Constitucional instaura su competencia desarrollando un sistema de precedentes vinculantes y por consiguiente obligatorios a través de los cuales dicta reglas con efecto erga omnes al conocer las acciones extraordinarias de protección y otros procesos constitucionales como lo indica el propio artículo 436 numeral 1 y numeral 6.

En virtud de aquello, la Corte Constitucional se constituye como máximo órgano de control e interpretación constitucional, institución que tutela los derechos constitucionales a través de decisiones con carácter vinculante conforme el ya mencionado artículo precisamente a través de las sentencias y dictámenes que son expedidos de las diferentes acciones constitucionales o por el conocido proceso de selección y revisión.

De igual forma el numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) establece que se tendrán en cuenta los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento con fuerza vinculante; estableciéndose la posibilidad explícita y argumentada de la Corte Constitucional para alejarse de sus precedentes, siempre y cuando garantice la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia (Asamblea Nacional Constituyente, 2009).

Las sentencias expedidas por la Corte Constitucional tienen efectos *erga omnes*, *inter partes e inter comunis*, sin embargo, la norma constitucional determina el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, las cuales son aplicadas por jueces de instancia existiendo diferentes criterios al aplicar la ley, al encontrar varios precedentes que deben ser analizados a través de la analogía y encontrar la *ratio decidenci* a ser aplicada.

En el presente trabajo se pretende analizar la problemática que se funda a razón de que la Corte Constitucional una vez fijados sus criterios o precedentes jurisdiccionales se aleje de los mismos sin establecer debidamente los argumentos que conllevan a esta ruptura. Ciertamente la Corte está en la facultad real de alejarse de sus precedentes, pero debe hacerlo de manera motivada, explícita y argumentada. En la presente investigación en concreto se demuestra que existen sentencias de la Corte Constitucional que fijan precedentes diferentes sobre la misma problemática y no se realiza motivación, ni argumentación alguna al respecto, de hecho, ni siquiera se realiza referencia a la sentencia que fija el precedente anterior.

Por lo anterior, es evidente que se atenta contra el derecho a la seguridad jurídica, toda vez que no hay certeza en lo referente a que argumento se acogerá la Corte al momento de decidir aún y cuando existe un precedente anterior para el caso, lo que sin dudas provoca incertidumbre y falta de certeza de una posible decisión judicial pese a ser casos análogos.

Esta práctica ha permitido que ante la mirada al sistema de administración de justicia genere desconfianza y por tanto inseguridad jurídica al ver plasmado en sentencias la inobservancia en hechos fácticos análogos, puesto que dentro de las atribuciones conferidas a la Corte Constitucional es ser el máximo intérprete de la Constitución y sus sentencias tienen el carácter de vinculante.

1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Cómo afecta al derecho a la seguridad jurídica el alejamiento no argumentado entre los precedentes emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador?

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. TEMÁTICA

Por lo expuesto, la investigación se enmarca en la línea de investigación general de la carrera de derecho de la Universidad de Otavalo de Derecho Constitucional ecuatoriano y comparado que está enfocada en atender las complejidades que presentan la práctica judicial y argumentación jurídica en el contexto, en el cual se vincula la carrera. En este marco, atiende a la realidad jurídica del derecho constitucional ecuatoriano enmarcado en los reales efectos de las sentencias vinculantes emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador.

El trabajo de investigación se encuentra enmarcado en el estudio del carácter vinculante de las sentencias constitucionales y definición del precedente constitucional con sus características bajo la luz del principio de seguridad jurídica, a fin de contrastar contradicciones en las decisiones emitidas en casos análogos existiendo alejamiento entre precedentes no explícito.

1.4.2. TEMPORAL

La presente investigación se realizará del análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y el derecho de seguridad jurídica frente al alejamiento entre los precedentes constitucionales, es una investigación nacional de procesos tramitados en el Ecuador desde la vigencia de la Constitución de la República desde el año 2008 hasta el 2021.

1.4.3. ESPACIAL

La investigación se centra sobre el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y el principio de seguridad jurídica frente al alejamiento no argumentado, misma que se desarrollará mediante una investigación nacional de procesos tramitados en el Ecuador de acuerdo al nuevo modelo de estado constitucional de derechos y justicia establecido con la Constitución de Montecristi.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la aplicación y alejamiento entre los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional frente al derecho a la seguridad jurídica.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1.5.2.1. Determinar el origen y desarrollo de la jurisprudencia como fuente de derecho.

1.5.2.2. Analizar el precedente jurisprudencial desde una perspectiva general.

1.5.2.3. Examinar los fundamentos constitucionales del precedente jurisprudencial en la legislación ecuatoriana.

1.5.2.4. Estudiar el derecho a la seguridad jurídica frente a la aplicación y alejamiento entre los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2. 1. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. 1. TEÓRICA

La historia del Constitucionalismo hasta la actualidad ha demostrado que los cambios generados se han dado a partir de dos hechos relevantes, tal como lo asevera, en su opinión, Suero (2018) que son:

La limitación del poder y la garantía de los derechos, entre la limitación del poder se puede enmarcar la existencia o no de una especificidad de la interpretación de la Constitución, la cual puede ser conferida a un juez constitucional concentrado en un órgano expreso, como lo sería en el Ecuador la Corte Constitucional, que se diferenciaría de la interpretación de la ley, siempre y cuando esa competencia de interpretación y aplicación de una y otra sea conferida por el mismo ordenamiento a los sujetos. Sin embargo, si el ordenamiento prevé por el contrario, un control de constitucionalidad difuso no habría especificidad de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley en cuanto hay un único sujeto competente para la interpretación/aplicación de una y otra. (p. 345)

Ciertamente en los sistemas de control constitucional concentrado, las sentencias del juez constitucional tienen efectos erga omnes, mientras que, en el control difuso, el valor es inter partes. Aquella potestad difusa de control constitucional estuvo supeditada a cualquier juez o tribunal, a quien se le otorgó la facultad de no aplicar cualquier norma que se contraponga a la Constitución.

Kelsen sostenía que la idea de defensor de la Constitución apunta a las garantías que deben establecerse respecto de los órganos constitucionales capaces de provocar infracciones, de esta manera el órgano que defiende la Constitución no debe ser el mismo que el que puede violarla. En tal caso, el garante de la Constitución no debiera ser ninguno de los tres órganos clásicos: gobierno, parlamento o judicatura ordinaria.

Dentro del dinamismo jurídico observamos a la jurisprudencia constitucional, precedente o reglas jurisprudenciales tomar un rol importante como fuente del derecho y es así que, la norma fundamental concede a la Corte Constitucional del Ecuador ser la máxima instancia de interpretación y control constitucional, así con sus sentencias y dictámenes con el carácter de obligatorios a toda la comunidad

jurídica. Conlleva tal situación el análisis de sentencias vinculantes, sus efectos. De igual forma se debe estudiar el alejamiento sin fundamentos y sin la debida argumentación en el que incurre la propia Corte Constitucional en sus precedentes, lo que debe ser analizado a la luz de su incidencia directa en el derecho constitucional a la seguridad jurídica, para garantizar un verdadero estado constitucional de derechos y justicia social.

2.1.2. PRÁCTICA

Sin lugar a duda el estudio de esta problemática se justifica desde el punto de vista práctico, si se considera la importancia que reviste considerar a la jurisprudencia como fuente de derecho, pues la argumentación jurídica que encierra el fallo es lo que se constituye como precedente jurisprudencial, sirviendo de guía y medio de solución para casos análogos. Es por lo que, al igual que sucede con la norma, estos precedentes deben estar dotados de argumentos y elementos jurídicamente sólidos que den certeza y seguridad jurídica a las personas sometidas a la aplicación de los mismos.

Así mismo si la Corte Constitucional luego de haber dictado un precedente decide alejarse del mismo, debe necesariamente establecer las causas reales y debidamente fundamentadas en virtud de las cuales se aparta de sus argumentos anteriores, pues caso contrario esto ubicaría a las personas en una situación de incertidumbre en la cual la Corte a su libre albedrío podría aplicar uno u otro precedente según su convicción, y estaría vulnerando derechos como a la igualdad y esencialmente el de seguridad jurídica.

Es así como el trabajo enmarca en el estudio de sentencias dictadas por la Corte Constitucional del Ecuador y el alejamiento entre precedentes dictados por la misma Corte sin la debida fundamentación, lo cual afecta el derecho a la seguridad jurídica con un enfoque cualitativo. Es una investigación de tipo teórico-descriptivo; teórico, porque parte del análisis del concepto de jurisprudencia constitucional, principio de seguridad jurídica mediante derecho nacional y comparado; y, descriptivo, porque contiene el estudio de sentencias dictadas en materia constitucional que se constituyen como precedente jurisprudencial en un tema análogo, y que se alejan unas de otras sin causa real argumentada y fundamentada

por la Corte Constitucional. Es igualmente una investigación a base de recolección de datos en forma directa, a través de revisión de causas en sistema informático de consulta de causas del Consejo de la Judicatura y de la Corte Constitucional del Ecuador.

2.2. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN

El presente estudio investigativo parte del análisis del derecho constitucional de información, las sentencias vinculantes emitidas por la Corte Constitucional y el derecho a la seguridad jurídica; por lo tanto, debe abordarse el presente trabajo investigativo; con el fin de asegurar el objeto de la investigación, es así que, resulta necesario revisar los principales aspectos legales y doctrinales.

a) Precedentes

Dentro de la presente investigación se realizará el estudio de los precedentes que, según Iturralde (2014) determina que es:

Una decisión de un tribunal constituye una autoridad obligatoria para el mismo tribunal y para otros de igual o inferior rango. La doctrina del precedente, surgida en el sistema jurídico del *common law*, tiene en la actualidad una relevancia destacada en todos los sistemas jurídicos dada la importancia de las decisiones judiciales no sólo en la vertiente que le es propia (aplicación del derecho), sino en la medida en que han adquirido relevancia como fuente formal de derecho. (p. 1)

Al respecto, se considera que un precedente es una regla de ley establecida por un tribunal en un determinado caso y referida posteriormente a la hora de decidir en casos similares, es un tercer tipo de derecho como los estatutos, códigos promulgados por órganos legislativos; además sirven para tomar ciertas decisiones, servir como apoyo en el marco de un proceso judicial, por lo tanto un precedente, se convierte en una fuente que crea derechos, en sí, el precedente lo constituyen las razones específicas que sirvieron para fallar en determinado caso, que se pueden encontrar al indagar en una sentencia específica.

De la misma manera, en el numeral 1 del artículo 436 de la Constitución señala, entre las atribuciones de la Corte Constitucional, “[...] 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”.

Con la exégesis de esta disposición se puede determinar que existen diferencias entre dictámenes y decisiones. En efecto, un dictamen representa una opinión de la Corte con carácter obligatorio, cuando sea requerida, de esta manera la Corte ejerce un control previo de constitucionalidad. Las decisiones o sentencias, en cambio, resuelven conflictos, pudiendo suprimir decisiones de menor jerarquía y obviamente, tienen fuerza vinculante.

b) Jurisprudencia

El paso del Estado Legal a Estado Constitucional, reformula el valor de las fuentes del derecho entre ellas la jurisprudencia, a la cual Schiele (2017) manifiesta:

Se refiere a un conjunto de pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia -en nuestro sistema la Corte Suprema de Justicia- que son los llamados a formar jurisprudencia a través de la uniformidad del derecho, que se logra justamente en la aplicación del mismo al caso concreto (p.183).

La actividad judicial, es un medio necesario para unificar en una sola solución judicial los conflictos jurídicos respetando derechos y principios, el valor de la jurisprudencia es el resultado del rol asignado a los órganos judiciales en un estado constitucional el cual a partir de una generalidad de reglas subsume al caso concreto.

La jurisprudencia se constituye como verdadera fuente de derecho, fundamentada en el artículo 11.8 de la Constitución, el desarrollo progresivo de derechos a través de la jurisprudencia ante la imposibilidad de que el legislador prevea todos los posibles casos, obliga a la jurisprudencia al perfeccionamiento del sistema jurídico e impide que casos iguales sea resueltos de manera distinta.

c) Jurisprudencia Vinculante

La Constitución de Ecuador vigente, otorga de manera formal la competencia y facultad, a la Corte Constitucional, de generar jurisprudencia vinculante, a partir de sus decisiones y mediante el proceso selección y revisión de sentencias de

garantías jurisdiccionales, así para el autor Casal (2004), determina la jurisprudencia vinculante:

[...] sostenido reiteradamente que el carácter vinculante de sus decisiones abarca tanto el dispositivo del fallo –contentivo de la anulación del precepto, del mandato de restablecimiento del derecho o de otra consecuencia propia de los procesos constitucional-, como las razones principales que los fundamentan, concerniente a la interpretación constitucional. (p. 325)

Esta facultad se fundamenta, esencialmente, en el respeto al principio de igualdad formal y material de todas las personas, además del derecho a la seguridad jurídica, permitiendo conocer a la sociedad en general el contenido de los enunciados normativas adoptadas por el legislativo y los mecanismos de cumplimiento de las mismas.

d) Efecto Erga Omnes

Las sentencias constitucionales, tienen diversos efectos de acuerdo al pronunciamiento de la Corte Constitucional, uno de ellos es el efecto *erga omnes*, según Revorio (2008) determina que el efecto *erga omnes*:

Aunque la cuestión no es pacífica, suele entenderse que, técnicamente, los efectos erga omnes de una sentencia suponen su capacidad para modificar o transformar el ordenamiento jurídico, obligando así a ciudadanos y poderes públicos. Y, en este sentido, suelen predicarse de los fallos de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de leyes, y en las cuales el Tribunal Constitucional actúa propiamente como “legislador negativo”; aunque también puede entenderse que dichos efectos son producidos por los fallos de las sentencias interpretativas, que declaran la conformidad con la Constitución de determinadas interpretaciones o normas derivadas de un precepto legal (p.38).

Por lo que, los efectos que producían las decisiones tomadas por la Corte Constitucional no podían ser objeto de apelación y constituían obligatorio cumplimiento para todos los poderes del Estado.

e) Seguridad jurídica

Es importante señalar que a partir de los precedentes constitucionales y de la jurisprudencia existe el respeto Marínon a la garantía de tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica. Marínon (2012) nos indica:

La seguridad jurídica puede ser vista en otra perspectiva, o sea, en una dimensión objetiva. Es necesario que el orden jurídico y, así, la ley y las decisiones judiciales, tengan estabilidad. Ella debe tener un mínimo de continuidad incluso porque para que el Estado de Derecho no sea Estado provisorio, incapaz de imponerse en tanto orden jurídico dotado de eficacia y potencialidad delante de los ciudadanos. (p.256)

La estabilidad se traduce en el respeto en el derecho legislado y continuidad en los fallos emitidos por las altas cortes, evitando arbitrariedad y quebrantamiento del principio de seguridad jurídica, dotando a los ciudadanos de confianza en el ordenamiento jurídico vigente y la única forma de apartarse del criterio anterior es debidamente fundamentado.

f) Igualdad

Cualquier sistema jurídico requiere un trato igual a sus habitantes y en el mismo sentido en la emisión de fallos, es así que Hernández, M. (2011), menciona “El juez debe atender al principio de igualdad, debido a que está obligado a interpretar la ley en la misma forma, para que casos iguales sean fallados en igual manera” (p.91).

Se colige que, ante situaciones similares sean tratadas en la misma forma, dotando un papel importante al precedente constitucional, el cual es una creación del juzgador en casos concretos a través de la interpretación soluciona conflictos jurídicos, en una sociedad cambiante y evolutiva donde el legislador no contempló tal situación, este principio se vincula con la seguridad jurídica.

2.3. REFERENCIAS TEÓRICAS

En el trabajo de tesis de Maestría, Intriago (2016), con el tema Control Constitucional en el Ecuador, menciona que a raíz de la expedición de la Constitución del 2008, se clarifica la supremacía constitucional y el mandato de que las normas y los actos del poder público deben imperativamente mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, pues en caso contrario el efecto es que estas carecerán de eficacia jurídica, siendo obligación de las Juezas y Jueces, autoridades administrativas, servidoras y servidores públicos aplicar directamente tales normas constitucionales, además que la Corte Constitucional, se constituye en el máximo órgano de control e interpretación constitucional y de

administración de justicia, fijándose exclusivamente este rol en este organismo del Estado, despojándoles a los administradores de justicia la potestad de ejercer este control constitucional como ocurría con el sistema anteriormente vigente.

En el trabajo de tesis, realizado por Suárez (2015), con el tema Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional, menciona que la Corte Constitucional tiene la gran responsabilidad de crear los lineamientos necesarios para que los administradores de justicia pueden precautelar y reparar los derechos constitucionales de la ciudadanía aplicando las garantías jurisdiccionales correctas.

2.4. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

El desarrollo del trabajo de investigación se basa en el estudio del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) el cual expresa:

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; 6.- Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión; como norma suprema. (pp. 191,192)

Además, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) (en adelante LOGJCC) respecto a la naturaleza y efectos del fallo de la Corte Constitucional precisa en el artículo 143 cuando se trate de compatibilidad de la disposición jurídica de normas constitucionales será semejante al de sentencia de control constitucional abstracto y cuando es referente a la constitucionalidad de aplicación de normas tiene efecto para las partes y de casos análogos, tal diferenciación evidencia una clasificación de los fallos que en la norma suprema es general.

En el artículo 3 de la LOGJCC el precedente está revestido una fuerza vinculante, afirmando la Corte Constitucional en Sentencia Nro.109-11-IS/20 (2020) expone:

Los precedentes judiciales emanados de las decisiones de la Corte Constitucional son vinculantes, de conformidad con la Constitución (art. 436 núm. 1 y 6) y la LOGJCC (art. 2 núm. 3). Dicha obligatoriedad se proyecta, horizontalmente, respecto de la propia Corte, y verticalmente, respecto de todas las demás autoridades jurisdiccionales¹. Las indicadas disposiciones normativas –que dotan de vinculatoriedad a los precedentes emanados de las decisiones de esta Corte– se fundan, a su vez, en el derecho constitucional a la igualdad formal (art. 66 núm. 4), que demanda tratar igual a casos con iguales propiedades relevantes, y en el derecho a la seguridad jurídica (art. 82), que exige dotar a las expectativas de las personas de una previsibilidad razonable respecto de las decisiones judiciales. (párr. 21)

Los precedentes jurisprudenciales irradian el carácter vinculante de forma horizontal y vertical, garantizando los derechos constitucionales como es igualdad, seguridad jurídica y tener una expectativa razonable de los fallos a dictarse.

CAPÍTULO III.- MARCO METODOLÓGICO

3.1. ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque de la presente investigación es cualitativo, según Mesías (2010) determina que:

La investigación cualitativa parte de la epistemología pos-positivista, sus diferentes métodos encuentran el espacio para hacer énfasis en un enfoque estructural, sistémico, gestáltico y humanista; preocupándose de la descripción de los resultados con la respectiva riqueza de sus detalles, como una vivencia profunda que se pueda transmitir al lector (p. 2).

Al respecto el presente método permite analizar y desarrollar el alejamiento por parte de la Corte Constitucional de sus precedentes constitucionales incidiendo en el quehacer jurídico de los operadores de justicia y abogados litigantes afectando de manera directa al derecho a la seguridad jurídica que es primordial en un Estado constitucional que permite la realización y aplicación de derechos y libertades.

3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

En el estudio, al desarrollar términos de carácter doctrinario, jurisprudencial y normativo, el tipo de investigación a desarrollar en el trabajo es descriptiva, según Ñaupas (2013) determina que:

La investigación descriptiva son las que sirven para la recolección, de datos para la verificación de las hipótesis como: la observación, la entrevista, el test, el análisis de contenido, etc. Sirven de base para construir los instrumentos de investigación, para conducir experimentos, para la observación y control de variables dependientes, independientes y extrañas. (p.135)

Por lo que, en el presente trabajo se observará la descripción y análisis de sentencias emitidas por jueces constitucionales de instancia y de la Corte Constitucional, además, analizar leyes, doctrina nacional y comparada referente al tema para poder llegar a la conclusión de la investigación. Además, según Abreu (2015) determina que el método descriptivo:

Busca un conocimiento inicial de la realidad que se produce de la observación directa del investigador y del conocimiento que se obtiene mediante la lectura o estudio de las informaciones aportadas por otros autores. Se refiere a un método cuyo objetivo es exponer con el mayor rigor metodológico, información significativa sobre la realidad en estudio con los criterios establecidos por la academia. (p.208)

Al respecto, el presente trabajo se basa en el estudio y la interpretación de la información siguiendo algunos requisitos del objeto de estudio, como es el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y el derecho a la seguridad jurídica sobre el cual se lleva a cabo la investigación. Es una interpretación subjetiva, pero no es arbitraria ya que la misma se encuentra establecida dentro de una norma suprema.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

3.3. 1. ANÁLISIS DOCUMENTAL

El presente trabajo de investigación por su esencia dogmática y carácter técnico se realizará un análisis documental, para Hurtado (2010) define a la revisión documental:

Se entiende por revisión documental el proceso mediante el cual un investigador recopila, revisa, analiza, selecciona y extrae información de diversas fuentes, acerca de un tema particular (su pregunta de investigación), con el propósito de llegar al conocimiento y comprensión del mismo. (p.198)

Por lo expuesto, se analizará el contexto de la Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 436.1.6 del carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto a la naturaleza y efectos de las sentencias constitucionales y precedentes. Para Quintana (2006) determina que el análisis documental constituye:

El punto de entrada a la investigación e, incluso en muchas ocasiones, es el origen del tema o problema de investigación. A través de ellos es posible obtener información valiosa, misma que incluye, básicamente, describir los acontecimientos rutinarios así como los problemas y reacciones más usuales de las personas o cultura objeto de análisis, así mismo, conocer los nombres e identificar los roles de las personas clave en esta situación sociocultural. (p.66)

De esta forma, el presente análisis permite seleccionar la documentación, material importante para el desarrollo del presente trabajo de investigación, a fin de poder realizar el análisis y obtener las tendencias más importantes para el desarrollo del

mismo, considerando además que, el presente trabajo es mas de ámbito doctrinario en el cual se va poder determinar el alcance de las sentencias vinculantes emitidas por la Corte Constitucional y el derecho a la seguridad jurídica.

3.3.2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO

Analizar las sentencias dictadas por la Corte Constitucional, a fin de determinar el alejamiento no argumentado de forma explícita como instituye la Constitución de 2008 por parte de la Corte obteniendo como resultado vulneración al derecho a la seguridad jurídica.

3.4. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Por la naturaleza de la investigación se perfiló en el método descriptivo con análisis crítico, debido a que este método busca resolver los problemas que se plantean por fuera de ordenamiento jurídico, mas no ajenos al mismo, es decir consiste en llegar a conocer las situaciones, costumbre y actitudes predominantes a través de la descripción exacta de las actividades, objetos, procesos y personas. Su meta no se limita a la recolección de datos, sino a la apreciación e identificación de las relaciones que existen entre la variable que se presentan dentro de una problemática de la investigación.

Por otro lado, fue pertinente aplicar el método dogmático- jurídico o normativo en la presente investigación, el cual comprende a la investigación, análisis, interpretación y aplicación de las normas jurídicas existentes relacionada con la temática relacionada con el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional y el derecho al debido proceso, con el cual, se busca obtener resultados de la presente investigación generando de esta manera un aporte predominante desde el ámbito jurídico.

En razón de lo determinado, en la presente investigación dentro del marco jurídico se realizó la descripción y análisis de la normativa nacional referente a los conceptos de las sentencias vinculantes y el derecho a la seguridad jurídica, misma que se encuentra contemplada en la Constitución de la República del Ecuador

2008, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como, el análisis e interpretación de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional utilizando la operación lógica, la razonabilidad y principios que emplean los legisladores cuya aplicación resulta genérica en los operadores de justicia.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

4.1. ORIGEN Y DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO: ANÁLISIS HISTÓRICO

4.1.1.- Etimología de la Jurisprudencia

La jurisprudencia es la doctrina jurídica que establecen los órganos judiciales de un Estado, mediante sus resoluciones judiciales emitidas en el tiempo, denominando también a la jurisprudencia como la ciencia que estudia el derecho o la filosofía del derecho, el autor Vallejo (2005) determina que:

La palabra jurisprudencia viene del latín *iurisrudentia* compuesto del genitivo *ius, iuris* (Derecho) y *prudentia*, contracción de *providentia* (previsión), designa así la ciencia del derecho, el conjunto de sentencias de los tribunales y la doctrina que contiene los criterios establecidos ante cualquier problema jurídico fundamentados en una extensa pluralidad de sentencias acordes. (p. 32)

La jurisprudencia es la comprensión e interpretación de las normas jurídicas basada en las sentencias emitidas por órganos oficiales del poder judicial de una nación. Es decir que, para comprender como funciona las normas vigentes de un sistema jurídico, necesariamente se debe revisar como aplicaron en el pasado, de esta manera el autor Burgoa, I (1984) indica que:

Ulpiano definió como *iurisprudentia est divinarum etque humanarum, rerum notitia iusti atque injusti scientia*, esto es, la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y ciencia de lo justo y de lo injusto. (p. 257)

De esta concepción se determina que, la jurisprudencia se forma a partir de los fallos y decisiones de los tribunales, de modo tal que la decisión de un juez no solo cumple un cometido, sino también a futuro. La jurisprudencia significa que un juez sienta un precedente para futuras interpretaciones judiciales, como criterio auxiliar son las decisiones y reglas dispuestas por otros órganos y autoridades judiciales distintas a los órganos de cierre, que son criterio auxiliar de interpretación. De la misma forma Burgoa, I (1984) expresa que:

La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho

especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos y semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley. (p. 257)

Con todas las acepciones, se determina que la jurisprudencia es el nombre genérico que se da a las sentencias proferidas por los jueces, los tribunales y las cortes. Son las reglas contenidas en las sentencias proferidas por los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, las que vinculan a tribunales, jueces y al propio órgano productor, así como a las demás autoridades públicas y los particulares.

De igual manera Taruffo (2007), determina que "...en los sistemas de *civil law* que se hace verdaderamente un amplio uso de la jurisprudencia" (p. 3), por lo que, podemos determinar que la jurisprudencia se hace generalmente referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos en concreto.

Según Bandeira (2013), determina que la jurisprudencia es indudablemente "una fuente de derecho, son los órganos que dan la visión intelectual de la realidad misma que solucionan e intervienen en el caso concreto señalando el criterio al que deben someterse los tribunales inferiores" (p. 7). Como tal, la jurisprudencia debe ser considerada fuente de derecho distinta a las otras fuentes, en la aplicación práctica y en definitiva la sistematización de las otras fuentes de derecho.

4.1.2. Familia Jurídica Romano- Germánica

En el presente capítulo se acotará el desarrollo de la jurisprudencia de la familia jurídica romano-germánica, dentro de las cuales se establecerá cuatro corrientes en la cual, la primera corriente se subdivide en el estudio del Derecho Romano y su influencia, en lo posterior, aspectos relevantes del Derecho Germano y sus generalidades, consideraciones de la jurisprudencia en el derecho francés, desde la Revolución Francesa hasta la actualidad y finalmente se enfoca a la doctrina legal en España.

a) Derecho Romano

Para establecer el origen y la naturaleza jurídica de la jurisprudencia en los sistemas del *Civil Law*, es necesario referirse a ciertas particularidades del Derecho Romano que proporciona los primeros elementos para comprender la evolución de la jurisprudencia hasta nuestros días, por lo cual se divide en cuatro etapas:

Empezamos a tratar la primera etapa que destaca que el Derecho Romano fue eminentemente consuetudinario y con características religiosas:

1) Época Arcaica: Coincide con la época del sistema político de la monarquía y primeros momentos de la república según Fernández, J (2012) determina lo siguiente:

Esta época va desde el siglo VII A.C. hasta el siglo V A.C., en concreto hasta la publicación de la *lex XII Tabularum*, encontramos una total fusión entre el *ius* (norma jurídica) y *fas* (normas religiosas), hasta el punto que en suscripciones arqueológicas de esta etapa aparece la expresión *iusfasque* mostrando la plena confusión entre el mundo de la religión y el Derecho y con el aparece las XII tablas. (p.3)

Hay que destacar que los romanos adoptaron algunos enfoques filosóficos griegos de la justicia, por ejemplo, se pudo mencionar que tanto las palabras latinas que distingue la justicia y el derecho nacen de la misma raíz, su concepto.,

Además, esta etapa del derecho coincide con la etapa de la Monarquía y parte de la República de la historia de Roma, siendo las fuentes del derecho principalmente la costumbre y posteriormente la ley, los plebiscitos, senadoconsultos eran quienes dictaban la jurisprudencia. En el primer momento, la fuente principal del derecho durante este periodo es la costumbre ya que a su inicio no existió un órgano legislativo establecido con una estructura y funciones propias, esto dentro de un contexto profundamente religioso.

2) Época Preclásica: De igual forma Castillo (2012) determina lo siguiente:

Esta época va desde mediados del siglo V A.C. hasta el siglo I D.C., es una etapa que coincide con el sistema republicano e inicio del principado. Durante la misma se separa el *ius* y el *fas*. Desarrollándose el *fas*, como norma religiosa interpretada por los sacerdotes y pontífices, mientras que el *ius* como norma estrictamente jurídica, será interpretada por los juristas. (p.3)

En este periodo el imperio romano tiene lugar a una de las primeras manifestaciones claras de desconcierto con la administración de justicia; pues los pontífices fueron acusados reiteradamente de emitir de manera arbitraria sus decisiones y de favorecer los intereses patricios, situación que generó molestia y reclamo de la plebe, ocasionando así la necesidad de expedir la ley de las XII Tablas, la cual a pesar de no ser ciertamente favorable para el pueblo, si proporcionó mayor certeza, pues contenía al menos por escrito y de modo público alguna de las costumbres antiguas.

Durante este periodo, la costumbre sigue siendo fuente de derecho, pero poco a poco deja pasar a otras fuentes y deja tener tanta fuerza como lo tenía en el periodo anterior; la ley adquiere mayor presencia y se estructura su proceso de creación y vigencia. Los cónsules elaboran un proyecto de ley que es presentado a los comicios para su aprobación, pues cuenta con el derecho de intercesión para vetar la ley, una vez aprobada debe ser ratificada por el senado.

3) Época Clásica: en esta época Fernández, J (2012) determina lo siguiente:

Este periodo histórico- político que coincide con el principado (finales del siglo I A.C) hasta la época del emperador Diocleciano (S. III D.C.). Es el periodo en el que se produce el gran desarrollo y desenvolvimiento de las Escuelas Jurídicas (Sabinianos Prosuleyanos). En esta etapa aparecen distintas definiciones del ius, que marca la forma decisiva la interpretación de los juristas. (p.5)

Este periodo del derecho coincide con la etapa del principado, de la transformación entre la República y el Imperio, cuando se intenta consolidar el poder en el príncipe, incluyendo la facultad legislativa y jurisdiccional, por lo que, continua la costumbre como fuente secundaria pudiendo modificar o derogar las leyes; los comicios tienden a desaparecer y solamente a principios del principado se siguen aprobando leyes a propuesta del príncipe.

4) Época posclásica y justiniana, determina Andrade (2008) en su parte pertinente lo siguiente:

Abarca este periodo desde el emperador Diocleciano (S. II D.C) hasta Justiniano (S. VI D. C.). En este momento histórico, el termino ius perdió su carácter clásico para quedar entendido como el derecho que desarrollo la

jurisprudencia (*iura*), adquiriendo el termino *leges* el significado del derecho que nace directamente del poder del emperador por medio de las constituciones imperialistas. Es una etapa en la que se produce lo que se conoce como la vulgarización del Derecho o etapa de Derecho Romano vulgar, esto es, un periodo poco innovador y donde se repite constantemente las soluciones jurídicas que crearon los juristas clásicos. Denominados, la etapa final de esta época, periodo Justiniano por deberse al emperador Justiniano la elaboración del *Corpus Iuris Civilis* y posibilitando que, tras la caída del Imperio Romano, su Derecho se perpetuase en el tiempo y convirtiéndose en la base de los ordenamientos jurídicos actuales. (p.42)

Esta es una época de tiranía, llegando al nombramiento de Diocleciano como emperador con lo que, se inicia el periodo del imperio absoluto, llegando al nombramiento de Diocleciano como emperador, inicia el periodo de imperio absoluto. El emperador Diocleciano se enfrenta a una gran desestabilización social y política, por lo que, debe asegurar el poder en contra de las constantes guerras civiles, defender el territorio en contra de las invasiones bárbaras, reorganizar el aspecto político para frenar la crisis económica.

Cuando accede al poder el emperador Justiniano, el Código Teodosiano resultó insuficiente puesto que, se había dictado muchas constituciones imperiales posteriormente. De esta forma, le interesa consolidar el derecho vigente y reestructurándole; una vez más, existía una gran incertidumbre de las cuales deriva el *Corpus Iuris Civilis*, en sus diferentes partes, el *Codex*, digestos e instituciones y complementado por las novelas.

Con estos antecedentes, se determina que la jurisprudencia se refiere a las opiniones emitidas por los llamados jurisconsultos, que al principio eran sacerdotes y sus competencias tenían un contingente religioso. Emitían su opinión respecto a asuntos que les eran presentados por los particulares o por los magistrados y de esta manera se va generando una doctrina como fuente del derecho. Poco a poco se fue cambiando la función jurisprudencial y se convirtió en una función laica. La labor de los jurisconsultos tiene varias funciones: consistente en dar consultas verbales sobre casos prácticos; que consiste en redactar las resoluciones o soluciones a una cosa determinada en documentos jurídicos mediante la asistencia de las partes durante un litigio.

b) Derecho Germano

El primitivo Derecho Germánico procede de la participación del pueblo en su producción jurídica, manifestación de una voluntad colectiva y de origen popular su contenido está formado por un conjunto de normas que apoyándose en los valores de justicia y equidad determinan lo que es justo, profundizando en la costumbre de cada situación o elaborando en caso de laguna soluciones acordes con uso tradicional, no se conoce reglas abstractas o elaboraciones teóricas y su desarrollo se lleva a cabo porque es un Derecho cuyas normas están en la vida y de esta manera se encuentra relacionada con el *common law*.

Se puede observar que, el primitivo derecho germánico propende al mantenimiento de la paz general de los individuos o de los grupos con propósitos sociales, esta paz general se concreta en una serie de paces especiales, entre las que se encuentra la paz de la casa como fuerte componente religioso, por considerar el hogar sagrado cuya misión es la de proteger al morador que habita.

Es el derecho de los diversos pueblos germánicos desde el momento de su contacto inicial con los romanos hasta el cambio del derecho trivial al nacional territorial, este cambio se produjo en diferentes momentos con diferentes pueblos, así, algunas de las características de las colecciones legales escandinavas del siglo XII con similares a las leyes visigóticas del siglo VI.

Según el doctor Reig (2019) en su libro Manual de Historia el Derecho en el Ecuador determina lo siguiente:

El Derecho Germánico reconocía una distinción entre personas libres y no libres, por lo que solo los primeros tenían capacidad legal y estaban subdivididos en nobles y hombres libres; los nobles disfrutaban de una mayor participación en la distribución de la tierra, fueron elegidos preferentemente para cargos públicos y estaban `protegidos por una mayor compensación monetaria si resultaban lesionados; también reconocían a las persona medio libres que podían realizar transacciones legales y casarse pero no tenían derechos políticos. (p.38)

Por lo que podemos determinar que, una tribu germánica era una liga de clanes, sus principales instituciones de gobierno fueron el rey, sus consejos y las tribus monje. El Rey era líder militar, sacerdote principal y presidente de la asamblea y su consejo de ancianos y nobles superiores por todos los miembros libres de la tribu en clanes.

Dentro de los aspectos jurídicos y sociales de este derecho el doctor Reig (2019) indica lo siguiente:

Entre los germanos primitivos la condición jurídica y social de las personas libres se establece la *sippe*, un término que significa tanto un clan (la familia extendida compuesta de todos los relacionados por sangre, aunque sea de forma remota y sujetos a un jefe de clan) y también una familia o familia angosta, cuyos miembros estaban bajo el *mando mund* (tutela) del jefe de familia. (p.39)

Determina como concepto primitivo de la *sippe*, esta descansa en la igualdad de derechos de sus miembros y en un concepto radical distinto de la familia respecto a toda la antigüedad clásica y en particular del *pater familias* romano o similares. La *sippe* a su vez incluía un hondo sentido religioso, orientado a la visa económica, militar y del derecho. De la misma manera la *sippe* era la construcción de las más antiguas asociaciones de paz, por lo que, se incluía toda hostilidad o enemistad entre los miembros y se aseguraba la protección y venganza cuando era necesario. De la misma manera la autora Medina (2015) en su libro el Derecho Germano y la Paz de la Casa menciona lo siguiente:

Se reconocieron varias formas de propiedad limitada, la tierra fue tratada de manera diferente a los bienes muebles, originalmente había pertenecido colectivamente a cada familia. La propiedad familia se convirtió gradualmente en propiedad privada del jefe de familia, pero durante mucho tiempo pudo alienar la tierra solo con el consentimiento de los herederos más cercanos, la transformación de la tierra requería mucha formalidad. (p.226)

La finalidad perseguida en relación con la morada, la construcción de la casa, la comunidad de la vida doméstica, la regulación reglamentaria de la casa, la paz de la casa, la violación del domicilio, todos estos conceptos giran en relación a un eje que es la paz de la casa, a través de la cual se puede entender la inviolabilidad del domicilio, mismo que se determina en el Derecho Visigodo, específico del pueblo germano que domina Hispania.

El Visigodo es el Pueblo más viejo de Germania, convivió con el Imperio Romano en sus horas más corruptas y recibió su influencia, mismo que se asentaron en la Península Ibérica sus usos, las costumbres influenciaron en el Derecho Castellano, base del indiano y llegaron incluso a su aplicación directa en las pocas instancias de las audiencias de América, con la aparición del *Corpus iuris civilis* de Justiniano.

c) Derecho Francés

La evolución de la jurisprudencia en el derecho francés en el sistema *del civil law*, en Francia se fundamenta en varios fenómenos sociales y jurídicos que terminaron influenciando a gran parte del mundo occidental, principalmente la revolución francesa, sus consecuencias e instituciones jurídicas. El ordenamiento jurídico francés ha sido fuente de referencia; razón por la cual, al estudiar la concepción de la jurisprudencia francesa, sin duda se tocan tópicos asimilables a varios ordenamientos europeos y americanos. Por cuanto se hace referencia al derecho continental, por ser lo más relevante la influencia de las instituciones contenidas en el Código Napoleónico o Código del Pueblo Francés, expedida en el año 1840. De esta manera el autor Álvarez (2017) expresa lo siguiente:

El código Napoleónico se caracteriza por contemplar la igualdad legal de todos los ciudadanos y define un sistema judicial en el que se presume la inocencia del acusado que recibe la asistencia legal del estado. El ciudadano cuenta con el derecho de habeas corpus que le protege de cualquier detención que no se ajuste a las leyes. (p.8)

Por lo que, el código no solo en Francia, sino que se difundió por buena parte de los países europeos conquistados por las tropas francesas. Además, la revolución dejó como legado la existencia de la libertad de expresión y de la libertad religiosa, abriendo camino a la separación de la iglesia y el Estado, requisito imprescindible para el buen funcionamiento de un régimen liberal o democrático. De esta manera Belair (1978) determina que:

Este cuerpo normativo contiene, sobre la evolución e importancia del derecho romano, postulados establecidos en el Corpus Civilis y del derecho germánico, es así que la influencia romana y la de sus antiguos jurisconsultos, perdure en el ordenamiento de corte continental. (p.25)

Con la Revolución Francesa los parlamentos provinciales se encargaban de administrar justicia, por ello adoptaban resoluciones mediante las cuales anunciaban que pensaban establecer y seguir, en sus decisiones posteriores, tal o cual principio de derecho. Estas decisiones eran lo que todavía se denomina sentencias reglamentarias, es así que, la jurisprudencia puede ser considerada como una verdadera fuente de un derecho e incluso, en algunas ocasiones, como un contrapeso del poder despótico de la monarquía, lo cual en aquellos tiempos le

valió un estatus de prestigio en parte de la sociedad francesa. Consecuentemente García, F (1994) establece lo siguiente:

Que los tribunales del antiguo régimen imponían la desconfianza, dado su poder revisión de los derechos de soberano cuando se consideraban contrarios a las leyes fundamentales del reino, con una justificación en leyes no escritas, y en algunas ocasiones respondían al arbitrio de su conservadurismo y a la necesidad de mantener el statu quo en beneficio de su clase. (p.47)

Es así que, a base del mecanismo de adopción de decisiones, los tribunales se constituyeron como órganos impredecibles, que operaban de manera arbitraria, ya que su poder para desconocer leyes de decretos no tenía ninguna justificación racional. La secuela de este proceder sirvió de fundamento para que cada tribunal sea creador del derecho.

1) La Revolución Francesa y la Organización Judicial

Ahora veamos que una vez acaecido todo el proceso revolucionario, en las discusiones para la conformación del nuevo ordenamiento jurídico, surge la fuerte idea de los antiguos parlamentos, los mismos que deben estar sometidos al nuevo orden político preestablecido mediante reglas, por lo cual, era inviable que continuarán exteriorizándose sus antiguas facultades, pues, en definitiva aquellos vendrían a otorgarles un poder incontrolable que se convertiría en un obstáculo para el nuevo statu quo de Francia. Por lo que, de Gaudusson (2009) indica lo siguiente:

Los revolucionarios no evadieron la importancia que los parlamentarios habían tenido en el antiguo régimen, pues incluso en el dictamen de la Asamblea Nacional Constituyente recorrieron expresamente lo que estos significaron para el orden jurídico, con la aclaración de su posición respecto a ese protagonismo, en cuanto establecen que “la nación no ha olvidado lo que se debe a los parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía”; ellos solos han defendido los derechos de la nación. (p.89)

La idea se considera que, los tribunales judiciales no ejercerán directa o indirectamente el poder legislativo, ni impiden o suspenden la ejecución de decretos expedidos por la Asamblea. Las reflexiones de Robespierre reflejan claramente el pensamiento de la época, atinente al valor que se debe dar a la jurisprudencia.

En el mismo sentido reflexionaba Picazo (1983) al señalar que: “El Tribunal de casación no debe tener jurisprudencia, si la jurisprudencia de los tribunales, la más destacables de todas las instituciones, existiera en el Tribunal de Casación, habría que distribuirla [...]” (p. 123).

Consecuentemente, esta ideología revolucionaria quedará plasmada en el sistema jurídico francés y en la mayoría de sistemas de *civil law*, a partir de la vigencia del Código Napoleónica de 1804, dichos cuerpos normativos contienen dos principios que definieron el accionar del Tribunal de Casación, restringido a la verificación del orden legal y la separación de poderes, sin facultad para realizar ningún tipo de interpretación, cuestión restringida.

De estas características se refiere que Francia se constituyó en el escenario más influyente en el desarrollo moderno del *civil law*, a partir del predominio absoluto de la creencia en la soberanía parlamentaria, traducida a la supremacía jerárquica de la ley, como fuente del derecho y la nula actividad interpretativa del juez. En este periodo prima las ideas de democracia representativa, otorgándole valor a la participación del pueblo al escoger sus representantes y por conseguir la prevalencia del legislador por sobre el juez y la noción de una rígida separación de poderes. Entonces, a partir de la ideología predominante no se ha otorgado ninguna influencia jurídica a los pronunciamientos jurisdiccionales, limitada solo a la resolución del caso concreto.

2) La reacción antiformalista: Los inquietos franceses frente a la Escuela de la Exégesis

Desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a reconocer el valor cognitivo de la jurisprudencia, que se iba formando con los criterios constantes generando mediante las decisiones de los tribunales, fenómeno denominado en Francia como jurisprudencia constante, es importante resaltar que a la par en EEUU. también germinaba un realismo sociológico. El surgimiento de la jurisprudencia constante resultó un cambio relevante en el concepto de derecho, que el legislador liberal instauró en este país europeo. De esta manera según Hidalgo (2014) indica lo siguiente:

Es necesario precisar que el formalismo francés se manifiesta principalmente con la Escuela de la Exegesis, expresión jurídica de la revolución que hunde sus raíces en la filosofía racionalista de la mentalidad ilustrada, la doctrina de la separación de poderes, el contractualismo antropocéntrico y la doctrina de la soberanía nacional. (p.3)

Determina que el legislador racional, representante de la nación, crea leyes que serán la única autoridad legítima. La ley tiene un valor en sí misma y solo en virtudes de ellas se podrán limitar derechos y libertades, que son para todos, gracias a su generalidad y abstracción; la interpretación radical del principado de la ley apostaba a que todos los casos debían ser resueltos por el juez en estricta y liberal obediencia de alguna disposición legal. Sin embargo, la práctica jurídica puso de manifiesto que varios casos no podían resolverse con exclusiva referencia a la ley; de hecho, los códigos tenían vacíos, ambigüedades, contradicciones, choques de intereses y derechos, situación que por necesidad generó que los criterios jurídicos anteriores de los jueces fueran considerados con el tiempo, de esta manera Hidalgo (2014) determina:

Las principales características de la escuela exegética, pueden resumirse de la siguiente forma: 1) el Derecho positivo lo es todo y todo el derecho está constituido por la ley; 2) El juez al interpretar debe buscar la intención del legislador, este no puede por ningún motivo, asumir una función creadora del derecho, pues dicha labor corresponde con absoluta exclusividad al legislador nacional; 3) El juez al descubrir dicho espíritu debe extraer de él, deductivamente, todas las consecuencias que se desprendan de la norma; 4) la costumbre como fuente del derecho no tiene valor, la analogía legis, es suficiente para superar las insuficiencias de la ley, 5) los argumentos de autoridad, las obras de predecesores son muy importantes; 6) estabilidad del derecho. (p.4)

En este sentido, la pretensión de que la letra de la ley era suficiente para fijar el derecho y para su conocimiento está ligada a la ilustración y sus efectos, especialmente la codificación de las normas que regían al actuar del pueblo.

En cuanto a la interpretación de la ley, se afirmaba que las palabras y proposiciones no eran sino medios o instrumentos que servían para traducir un pensamiento o voluntad, el cual no podía ser sino el del legislador, es decir el de los autores de la ley.

A los interpretes no debían interesarle lo que el texto legal en sí decía o el sentido en que ellos lo podían entender, sino que debían averiguar lo que el legislador quiso decir al elaborar el texto, los fines que persiguió y las necesidades que pretendió satisfacer, pues sostenían que el contenido del código civil en sí mismo era letra muerta, pues su valor dependía del pensamiento del autor, de esta manera Halperin (2017) indica lo siguiente:

La Práctica Jurídica puso de manifiesto que varios casos no podían resolverse con exclusiva referencia a la ley; de derecho, los códigos tenían vacíos, ambigüedades, choque de intereses y derechos, situación que por necesidad generó que los criterios jurídicos de los jueces fueran considerados con el tiempo. Contra el espíritu revolucionario del legalismo y de la estricta exégesis de textos, empezó a aceptar con lentitud que la jurisprudencia tenía incidencia en la resolución de los casos, lo cual evidencia una rehabilitación limitada de su valor como fuente de derecho. (p.48)

Con el espíritu revolucionario del legalismo y de la estricta exégesis de textos, empezó aceptarse con lentitud que la jurisprudencia tenía incidencia en la resolución de los casos, lo cual evidencia una rehabilitación limitada de su valor como fuente de derecho para el análisis del derecho judicial, distinto del legislador, que pueda generar una lectura adecuada de la jurisprudencia y en consecuencia un método apropiado para su esquematización.

d) Derecho español

La evolución de la jurisprudencia en el derecho español para deducir cómo es concebida la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español, hay que referirse a su sistema de casación, que está integrado por dos sistemas de casación donde surge una principal diferencia: mientras el modelo de casación francés procura la integralidad y supremacía de la ley para lo cual la Corte de Casación controla el ejercicio jurisdiccional de los tribunales sin llegar a resolver la cuestión de fondo.

En cuanto a los sistemas jurídicos existentes en la época medieval, podemos destacar que en algunas zonas cristianas de España sigue estando vigente el *Lider Iudiciorum* que se hereda de la época visigoda, este fue el caso del Reino de Toledo cuando se reconquistó en el siglo XI. En esta época aparece el derecho territorial que se aplica en todo territorio del reino, por otro lado, existe el derecho personal,

dentro de cualquier territorio se aplica el derecho canónico, jurídico en función de la religión de las personas en los supuestos concretos.

Para el autor Delgado (2009) “[...] la casación española, además de procurar salvaguardar el ordenamiento jurídico, se constituye en un recurso jurisdiccional, es decir, en el caso español si se resuelve el fondo de la cuestión, esto en caso in examine...” (p.33). En otras palabras, ambos sistemas de casación persiguen fines diferentes: la casación española procura salvaguardar la materia subjetiva, permitiendo protagonismo a las alegaciones de la Litis, y de este modo la función de unificación también va a cambiar; en tanto que, la casación francesa cumple con un rol netamente de verificación de la interpretación de la ley de manera objetiva, es decir, de modo abstracto.

De la misma manera el autor Delgado (2009) “Otra diferencia de la casación española con la francesa es que el ordenamiento jurídico español existe la posibilidad de presentar un recurso de casación ante la eventual infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la misma jurisprudencia” (p.33). Es así, que esta facultad indica que el valor se da a la jurisprudencia en el derecho español, es diferente al otorgado en el ordenamiento jurídico francés, pues la jurisprudencia del tribunal superior español, en este orden ideas, es asimilable a la ley. Estas diferencias conciben que la naturaleza jurídica de la jurisprudencia, emitida por el órgano de casación español, pueda ser apreciada como fuente de derecho, y como resultado, su obligatoriedad varía con relación a la casación en el ordenamiento jurídico francés.

Al estudiar el ordenamiento jurídico español se demuestra, como sucede con la mayoría de sistemas jurídicos de origen *civil law*, que existen algunos mecanismos por los que se crea el derecho judicial.

4.1.3. Familia jurídica del *common law*

Dentro del estudio de la jurisprudencia a través de la historia se puede distinguir diversas familias jurídicas y sistemas de derecho como es el *common law* o llamado derecho común en español, en los ordenamientos jurídicos ingleses y estadounidenses, con origen en Inglaterra se extendió en sus inicios a Gales,

Escocia e Irlanda del Norte traspasando países y continentes hasta llegar al continente americano.

Los países que han recibido a este sistema de acuerdo a Pedro Fernández (2001) son: Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte, Escocia, Canadá (con excepción de Quebec), EUA (con excepción de estados sureños), Jamaica, Trinidad y Tobago, Barbados, Dominica, Santa Lucía, Granada, Guyana, Bermudas, Cayman, Malvinas, Bangladesh, Singapur, Chipre, India, Australia, Nueva Zelanda, Islas Fiji, Islas Salomón y Países de África Central.

El *common law* en su traducción literal significaría ley común, pero la palabra *law* no es sinónimo de ley sino derecho, como una fuente primigenia de derecho, independiente del nivel de jerarquía, al ser conocida y practicada por todos, pero no es promulgada al ser un derecho no escrito, es un derecho jurisprudencial, donde el juez actúa de forma diferente al rol de la familia romano-germánica.

Entre las características principales del *common law*, la costumbre no era la principal fuente del derecho, salvo el reconocimiento en la jurisprudencia. La jurisprudencia es la principal fuente de derecho y su valor lo constituye el *stare decisis*, que es el respeto por lo decidido en el pasado y aplicado por analogía a casos presentes, destacando como una característica notable la no reiteración de fallos para ser considerado como un precedente, siendo suficiente un solo pronunciamiento, a diferencia del *civil law*.

Además, cabe anotar que en el *common law* no existe una constitución escrita en estricto sentido, asimilando como constitución a un conjunto de reglas de origen legislativo o parlamentario y jurisprudencial, permitiendo garantizar los derechos de los ciudadanos con preeminencia a la jurisprudencia por excelencia y al mismo tiempo es una fuente sociológica de derecho al desenvolverse basada en la costumbre social, en la realidad con parámetros que el juzgador debe observar a fin de evitar violación de derechos.

En el *common law* el derecho jurisprudencial es el centro del ordenamiento jurídico, los jueces en sus orígenes para resolver los casos empleaban principios o reglas, dentro de una dimensión sociológica, los jueces eran considerados como creadores de derecho y fue destacable la organización judicial dentro de esta familia jurídica,

por ello Lapasta (2000) menciona “El Derecho Inglés es un Derecho Jurisprudencial, tanto el elaborado por los Tribunales de Westminster, como la Equity desarrollada por el Tribunal de la Cancillería. Como consecuencia, existe una Administración de Justicia centralizada y concentrada” (p. 75).

El *common law* tuvo dos reglas importantes la del precedent o Rule of precedente a través de la Royal Court y la *equity* desarrollada por los magistrados de la Chancery Court dando el carácter de jurisprudencial.

La Monarquía Inglesa enmarcada en no modificar el derecho sino en conservarlo, empieza a utilizar la técnica de la analogía referente a decisiones adoptadas en el pasado siguiendo patrones fácticos similares, conocido como el precedente. Y es así que la *Royal Court* instauro el *rule of precedent*, para el autor Alarcón (2018) es: “Como una forma para garantizar seguridad jurídica, igualdad, predictibilidad, pero esta vez a través de una fuente distinta a la ley” (p. 59). La regla del precedente es la columna vertebral del Derecho inglés, empero, el *common law* estuvo compuesto de leyes emitidas por el parlamento, así como las decisiones de tribunales con conocimiento práctico en resolución de conflictos.

El *Rule of precedent*, parte de la verificación de los hechos o circunstancias fácticas iguales, un seguimiento de la línea del precedente y en caso de existir una disanalogía fáctica como hechos diferentes, puede el juzgador alejarse del precedente conocido como *distinguish*. Es así, para el autor Lancharos (2012) respecto al *distinguish* expresa:

Quando existan razones fundadas para no seguir un precedente que a priori resulta aplicable, el juez debe justificar de manera amplia y suficiente las razones que lo llevan a apartarse de él. En sentido estricto, la distinción no supone un desconocimiento de la jurisprudencia constitucional, sino una diferenciación que puede llevar al inicio de una nueva línea jurisprudencial que puede ser o no confirmada por la Corte siempre que las razones hayan sido convincentes para ella. Las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permiten la diferenciación deben ser relevantes. (p. 182)

En el caso en concreto a resolver, el juzgador debe analizar y encontrar que parte difiere de los precedentes anteriores respecto a hechos relevantes y por tal motivo decide apartarse con suficientes argumentos. En cambio, cuando existe un re conceptualización de un criterio en el precedente por los cambiantes hechos sociales y es necesario hacerlo se denomina *overruling*, un alejamiento del

precedente debidamente fundamentado, siendo necesario como indica Abellan (2011) de la siguiente manera:

Las decisiones *overruling* sin una justificación adecuada son siempre peligrosas, pero son mucho más peligrosas cuando las lleva a cabo un alto tribunal. Más aún si ese alto tribunal es el mismo que ha creado la regla de vinculación a los propios precedentes. (p. 144)

El abandono de un precedente por una incorrecta aplicación e interpretación de las normas y sustitución por otro, es necesario una especial justificación de forma expresa, clara y adecuada que cumpla un principio de universalidad y concurra una fuerte razón para hacerlo.

a) Fuentes del *common law*

En el derecho inglés conceptualizado como un derecho creado por los jueces como fuente primigenia la jurisprudencia o *case law*, se deriva la obligatoriedad del precedente judicial o *stare decisis* y la necesidad a través de la publicidad sea conocido por todos para su aplicación. Por ello Zarate (2018) manifiesta:

Para que esta regla sea operativa, es necesario que los jueces y abogados conozcan los casos y éstos se puedan consultar en los reportes judiciales (*Year Books*), los cuales cambiaron de nombre a partir de 1870 y se denominaron *Law Reports*, por lo que se constituyó un organismo creado y compuesto por abogados que se encargan de su compilación y publicación. (p. 84)

Estos registros eran repertorios los cuales fueron publicados con el Rey Eduardo II de forma anual en medios privados como el *The law Reports* mismo que previamente eran revisados por los jueces. De esta manera, con la publicidad se garantizó el derecho a la seguridad jurídica y el sistema de *common law*, los precedentes debían ser varios y debían ser conocidos y estudiados por los juristas. Esta publicidad permite la exigibilidad que hasta nuestros días es necesaria para conocer el derecho y aplicar al caso en concreto en tema de analogía con un precedente. Y es así que, dentro del *common law* podemos identificar las siguientes fuentes del derecho:

Primera. - El reconocimiento del derecho jurisprudencial o *case law* que es el conjunto de reglas y principios que son adoptados por los jueces al pronunciar la

decisión, es fuente principal del sistema de fuentes que permite cambios esenciales en la concepción del derecho y en consecuencia en la escuela de pensamiento jurídico predominante, si la jurisprudencia constituye la fuente de validez del sistema de fuentes, esto no determina que su derecho sea estático. La jurisprudencia es una fuente sociológica del derecho porque se basa en la costumbre social de acuerdo a la evolución de la sociedad y ese es su nivel de eficacia, el reconocimiento como fuente del derecho, refiere que el derecho no es sinónimo de ley y que a partir de otras fuentes del derecho también se puede llegar a la seguridad jurídica.

Segunda. - El *statute law* o derecho estatutario formado por fuentes de origen parlamentario escritas emitidas por una función legislativa como códigos, leyes y surge a partir de la Segunda Guerra Mundial, siendo la fuente hegemónica el derecho jurisprudencial con el cual debe guardar armonía al ser aplicado tanto el derecho codificado como el jurisprudencial, el juez al emitir sentencia recurre a los códigos, normas establecidas y la jurisprudencia.

Tercera. - Es la costumbre la cual debe guardar coherencia con el derecho estatutario y el derecho jurisprudencial. De acuerdo al autor Alarcón (2018) “La costumbre será considerada como fuente del derecho en la medida que se encuentre materializada en la jurisprudencia, caso contrario, de manera individual o aislada, se constituye únicamente en un parámetro de referencia para la decisión del juzgador” (p. 66). La costumbre es un sistema de fuente no escrita dentro del derecho inglés y una de sus principales, los jueces al momento de fallar recurrían a los usos y costumbres del lugar para comprender el escenario en el cual se suscitaba el conflicto a ser resuelto.

El sistema de fuentes de derecho del *common law* le permite al juzgador acudir a todas sin un orden o prelación, sin embargo, en casos difíciles deberá seguirse un orden por la trascendencia del caso, utilizando el método inductivo porque se parte del problema en particular al sustentar las decisiones. Para el autor Godoy (2019) las fuentes del *common law* originado en Inglaterra fueron:

Los repertorios de jurisprudencia (*law reports, statute/statutory reports*).

Costumbres generales y particulares del reino, así como la costumbre que se ha llegado a adoptar dentro de los tribunales. Se denomina *case law* y es

desarrollada por los *magistrates, judges* y los *lords* y *ladies*. Fuentes originales e históricas del derecho, como son los escritos de Bracton y Coke, entre otros.

Equity (equidad). Mandamientos, deberes y obligaciones. Parte del derecho natural. (p. 517)

La importancia de una norma consuetudinaria en el derecho inglés, con la tesis de Blackstone de la importancia del precedente, del cual los jueces no se podían alejar de lo decidido en el pasado, sumado a los repertorios que fueron compilados y registros judiciales de los estudiosos del derecho y magistrados en el siglo XIX en Inglaterra, se arraigó la doctrina del precedente otorgando de autoridad tal a las decisiones provenientes de la Corte Suprema, resultando el *stare decisis* una aplicación obligatoria de las decisiones judiciales para todos los habitantes.

b) *Stare decisis*

Partiendo desde su terminología la palabra *law* no significa ley sino derecho, la principal fuente del derecho es el *case law* o derecho jurisprudencial no es un derecho de costumbres sino de jueces, conocida en la doctrina del precedente vinculante las decisiones adoptadas en el pasado con las presentes, denominado *stare decisis* y su trascendencia es por el carácter práctico en el *common law*, con un sistema flexible. Garner (2001) menciona al *stare decisis*:

[...] en la tradición jurídica anglosajona se desarrolló la doctrina reflejada en la máxima latina *stare decisis et non quieta movere*. De acuerdo con lo dispuesto por esa doctrina, también llamada del precedente, una corte está obligada a seguir la decisión de otras cortes que hayan resuelto un caso con las mismas condiciones. (p. 319)

El *stare decisis* analiza las situaciones fácticas del derecho a las necesidades sociales, costumbres sociales y su dimensión, es la eficacia del derecho el cual no se reduce a la ley, sino un respeto al precedente sustentando al patrón de la analogía, en caso de encontrar analogía fáctica, el juez debe reconocer el criterio del precedente y si se ajusta al caso en concreto debe seguir la línea jurisprudencial, no es necesario reiteración de los fallos, se puede generar por un solo pronunciamiento.

Para el autor Legarre (2014) distingue dos tipos de *stare decisis*, un horizontal que es estar a lo decidido con una política judicial sabia, brinda guías más que una obligación es un principio; y, un vertical que es un mandato inexorable una regla, el

juez no tiene otra opción que seguir el precedente para estar dentro del marco de legalidad.

La doctrina del precedente garantiza los principios de seguridad y certeza jurídica en el *common law*, sin embargo, esta teoría generaba contradicciones en la esencia del derecho consuetudinario respecto a la flexibilidad del mismo y en la inmutabilidad del precedente. Es así que, a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX alcanza un nivel importante esta doctrina simplificando el sistema judicial, constituyendo únicamente las decisiones de la Corte Suprema precedentes obligatorios con efecto horizontal y vertical, eran considerados precedentes en estricto sentido respetados por la propia judicatura y las instancias inferiores; y, las decisiones adoptadas por las demás judicaturas tenían un efecto vertical como fuente del derecho para instancias inferiores. Por tal circunstancia la regla del *stare decisis* se efectiviza en su mayoría en el siglo XIX cuando existía una organización judicial jerarquizada.

El derecho inglés a través de la doctrina del precedente de Inglaterra permitió el desarrollo del sistema del *common law*, con los precedentes adoptados reconocieron ratificar la coexistencia de la costumbre, la creación de normas y estándares de práctica del derecho como una herramienta defensora de la certeza del derecho.

De la historia del *common law* inglés la jurisprudencia o precedente era únicamente obligatorio para las partes y la creación de leyes era facultad del Parlamento y del Rey, con el pasar del tiempo evolucionó esta doctrina partiendo del concepto que los jueces solo enunciaban el derecho y la doctrina del *stare decisis* donde los tribunales estaban en la obligación de seguir las decisiones judiciales tomadas anteriormente respecto de hechos que guarden completa armonía entre sí, el juez es activo y el derecho se reduce a la jurisprudencia como fuente primaria de derecho y no a la ley únicamente como era entendido en épocas pasadas, además el jurista hace un análisis de derecho comparado inclusive.

4.1.4. Familia jurídica del *common law* angloamericano

Como parte del *common law* inglés encontramos un subsistema o para otros como sistema que es el de Estados Unidos de Norteamérica, aunque la doctrina comparativa ha denominado como un sistema híbrido porque posee influencia de más de dos familias jurídicas. Este carácter híbrido con origen del *common law* inglés, ha ido generando rasgos propios con características especiales debido a los procesos colonizadores de franceses e ingleses desarrollados en aquel país, por esta circunstancia existen países sureños con influencia de la familia romano germánica o del *civil law*, cada estado posee sus particularidades por ello se dice que existen alrededor de cincuenta tipos de *common law*, considerando que el derecho federal es superior al estatal.

Como características del *common law* de Estados Unidos, para Domingo Belaunde (2017), destaca al precedente un carácter no obligatorio, el cual puede ser modificable por motivo de cambio y utilidad social, concibiendo al Derecho como un instrumento de convivencia pacífica, trascendiendo fronteras la doctrina del precedente junto con una Constitución escrita, constituyendo únicamente un precedente válido el emitido por la Corte Suprema Federal, los cuales no se denominan todos precedentes son resoluciones judiciales, la obligatoriedad surge cuando el caso es muy notorio y de repercusión.

Cada estado es autónomo, con un sistema judicial propio, gobernado por un derecho federal, con una constitución escrita como fuente hegemónica la norma escrita esta revestida de un gran valor y posteriormente las decisiones judiciales las cuales interpretan a la constitución le dan el alcance, por cuanto la norma de forma aislada como tal no cumpliría su función, necesita de alguien que le dé sentido a la misma y es el juez, encasillando a la jurisprudencia como una fuente secundaria dentro del sistema de fuentes y junto a ella los principios del *common law* y tratados internacionales que no necesitan de una ley para formar parte del ordenamiento jurídico. Es así que, para el autor Lapasta (2000) expone:

El Derecho Norteamericano, es un Derecho Jurisprudencial, pero enriquecido por la Legislación. La Constitución, es la norma jurídica fundamental, la cual ha sido objeto de interpretación por la Corte Suprema y aplicada en ese sentido por los demás Tribunales y un control judicial de la constitucionalidad de la ley, que se caracteriza por ser difuso y "a posteriori". (p.75)

Se habla de un derecho escrito en su contexto jurídico, el juez no es creador de derecho sino un intérprete de las normas de acuerdo al momento social, gozando de un papel destacado el legislador, es una mezcla de la familia romana – germánica y del *common law* inglés, existe una interdependencia de las fuentes como es la norma escrita y la jurisprudencia.

Al respecto Zarate (2018) indica “Sin embargo, consideramos de importancia puntualizar que en los EUA las leyes y los reglamentos son sólo correctivos del derecho jurisprudencial, cuya composición primordial son los precedentes y la razón” (p. 89).

Cada estado tiene su propio sistema judicial con una Suprema Corte, existen múltiples fuentes de derecho jerarquizado, producto de un sistema federal con una Constitución Federal y la Constitución de cada Estado, encontrando tribunales federales y estatales y en ocasiones comparten una jurisdicción concurrente.

a) Organización judicial norteamericana

La organización judicial consta de jurisdicciones federales y estatales, en los tribunales federales existen jurisdicciones tradicionales o de derecho común. En los distritos hay tribunales de base existiendo en EE UU alrededor de 100, constan en cada distrito las *divisions* que son jueces únicos y de las decisiones pueden recurrir ante las Cortes de apelación conformadas por tres jueces y de ésta al Tribunal Superior de EE UU. El Tribunal Supremo dirige un jefe de justicia o *Chief of justice* y *associates of justice*, conociendo alrededor de 2500 casos por año. De acuerdo al autor Londoño (2007) enuncia:

En el sistema federal de justicia de los Estados Unidos se distinguen tres niveles de cortes, Cortes de Distrito (*United States district courts*) o “trial courts”, que son las cortes de primera instancia; subiendo un nivel encontramos las Cortes de Circuito (*United States circuit courts*) o “*appellate courts*”, las cuales constituyen la segunda instancia; y, por último, la Corte Suprema de Justicia (*Supreme Court of the United States*), la cual conoce de la apelación de las decisiones tomadas por las cortes de apelación. (p. 61)

Los tribunales federales especiales con competencia en distritos federales conocen casos que esté involucrada la responsabilidad del Estado, como cortes de daños y

perjuicios o *Courts of claims*, conocen materia fiscal, patentes y aduanas, la apelación es tramitada por Tribunales federales ordinarios. Los jueces federales guardan semejanza con los jueces ingleses, al ser elegidos por el Gobierno de acuerdo a su experiencia y renombre, el cargo es vitalicio.

En cada estado pueden existir una, dos o tres jurisdicciones y como órgano máximo un Tribunal Supremo Estatal conocidos en algunos estados como *Court of Errors*, la figura del jurado es garantizada en la séptima enmienda de la Constitución. New York posee cuatro cortes supremas y una división de apelación.

Los tribunales estatales es la generalidad son los competentes y los tribunales federales son la excepción y para identificar el actuar en un caso concreto, primero recurren a la base legal conforme disposiciones de la Constitución o leyes del Congreso en el cual debe constar la competencia de los Tribunales Federales vinculado a la naturaleza de la controversia. Los jueces estatales en algunos estados son elegidos a través de elección popular necesitando aprobación de la Asociación de juristas en determinados casos.

La Constitución escrita constituye como base del sistema de fuentes del derecho norteamericano a diferencia del *common law* británico no posee una Constitución escrita y su primera fuente es el *case law*. Las fuentes del derecho en el derecho norteamericano encontramos a la jurisprudencia y a la ley, dotando importancia a un punto intermedio entre estas dos denominado *Restatements of the law*.

b) Fuentes del derecho

La primera fuente en el derecho federal es la Constitución escrita junto a ella está las decisiones judiciales de interpretación de la Constitución, en el derecho americano la prescripción normativa requiere de alguien que le dé sentido y surge el aforismo “la constitución es lo que el juez dice que es”, por esta razón la Constitución de Estados Unidos es la que menos cambios ha tenido, pero si numerosas enmiendas, cambios incluso sustanciales producto de la interpretación en las decisiones judiciales dictadas por la Suprema Corte adecuándose a la realidad y a los principios del *common law* cumpliendo un papel importante la jurisprudencia.

Al ser un sistema de fuente netamente escrito que diferencia del *common law* británico la doctrina comparada asimila a la familia romano - germánica y la jurisprudencia es fuente interpretativa con poca creación jurisprudencial.

1) La jurisprudencia hace referencia al *case law* o *decisions* judiciales, pero el rigor en la aplicación del precedente no es tan fuerte como en Inglaterra, en ocasiones desconocen sus propios precedentes debido al sistema federal que poseen, al gozar de autonomía en la organización judicial interna de cada estado, por tal circunstancia, el *stare decisis* es flexible, para no generar conflicto entre tribunales federales y estatales, distinguiendo la *ratio decidendi* y *obiter dicta*. La jurisprudencia es parte central de la actividad del jurista, pero no de forma total, existe una interrelación entre norma escrita y jurisprudencia. Las resoluciones se publican en repertorios y colecciones privadas como en el *American Reports*.

2) Una fuente importante dentro del *common law* angloamericano son los ***Restatements of de law*** publicados por el *American Law Institute* (ALI), son obras actualizadas de sentencias y principios, en la especie Furnish (1996) señala:

No obstante, hemos evolucionado en los EE.UU. con los *Restatements* una especie de fuente uniforme y armónica aceptada, confiada y referida por abogados y tribunales estadounidenses. En el sentido formal, los *Restatements* no son legislación porque no los promulga un poder legislativo propiamente reconocido y elegido por el pueblo, ni estatal, ni federal. Los redactan comités de especialistas en cada materia, y los debaten y aprueban en un foro de alrededor de 500 juristas elite, procedentes del poder judicial, abogados en ejercicio, y académicos quienes componen el ALI. (p.83)

Estas compilaciones son una especie de digesto de cada rama del Derecho, elaborada por profesores universitarios y de la magistratura en pro de un *common law* unificado y son enunciados por los jueces en las sentencias, una característica destacable es la actualización constante de los mismos que se ajustan a la realidad social.

3) La ley o *statute law*, más importante es la Constitución promulgada en 1787 y el control constitucional de las leyes es a partir de 1803 por vía judicial mediante el caso *Marbury vs. Madison*, el carácter del *common law* deriva del respeto a la Constitución. La ley integra un sistema cuando son interpretadas, en el Estado

federal la Constitución de EE UU está en primer lugar después las leyes federales decretadas por el Congreso y junto a ellas los tratados internacionales, después las reglas de procedimiento y leyes de departamentos administrativos.

Las leyes federales prevalecen en los estados y las leyes aprobadas por el Congreso son publicadas de forma inmediata al ser promulgada por el presidente como *Slips Laws*, al final de cada periodo de sesiones son publicadas todas las leyes aprobadas, sistematizadas de forma cronológica en el *United State Statutes at large*, además, en los estados las leyes aprobadas en el periodo de sesiones son publicadas con el nombre de *Session Laws*.

El control constitucional existió antes del caso *Marbury vs. Madison*, como el caso *Commonwealth vs. Caton Virginia 1782*, al fallar que ante conflicto entre el poder ejecutivo y el legislativo los tribunales judiciales son los encargados de resolver de forma imparcial. El caso de la Corte Municipal del Condado de Fairfax en Virginia 1785, concerniente a la regularización de nombramientos de jueces de la Corte de Fairfax. El caso *Bayard vs. Singleton Carolina del Norte 1787*, declara la inconstitucionalidad de la ley por considerar que el poder legislativo no puede aprobar leyes que alteren o deroguen la Constitución. Caso *Vanhorne's Lessee vs. Dorrance, Pennsylvania, 1795*, invalidó una ley estatal de Pensilvania porque despojaban a los ciudadanos de su propiedad sin compensación justa, siendo contrario a los principios de lealtad social y el espíritu de la Constitución. Para Quintero (2011) destaca:

La decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Marbury* declara también la pertinencia del control constitucional sobre las actuaciones de los miembros del poder ejecutivo. La Constitución es ley suprema, y la judicatura es el poder llamado a declarar lo que es la ley. Así, los agentes del ejecutivo – el presidente incluido – han de actuar dentro de dicho marco constitucional, y serán los jueces los que calificarán la concordancia de esas actuaciones con el marco expuesto. (p. 23)

Esta decisión de la Corte Suprema del Juez Marshall en 1803, fue hito para el control judicial constitucional estadounidense y el *common law* en la cual la Corte Suprema anula una ley del Congreso Federal, al razonar que las leyes no deben ser contrarias a la Constitución, en caso de ser, las mismas se invalidan por ser contrarias a derecho y bajo el principio de supremacía de la constitución todos los poderes públicos están sometidos a ella.

Las decisiones adoptadas antes de la independencia por la Corte Provincial de Maryland, dieron mayor importancia a criterios de estudiosos del derecho y no a decisiones judiciales, situación que fue producto de la ausencia de repertorios que en Inglaterra si existían, los cuales eran confiables pero no oficiales, no existía el mismo carácter de publicidad, empero, ante la ausencia fue subsanada por la organización de los órganos judiciales y fueron ampliando los registros y reportes judiciales en semejanza con el derecho inglés.

La Corte Warren adoptó una Doctrina flexible, porque se alejó de una doctrina del precedente y centro su estudio a las técnicas de aplicación del precedente como *narrowing*, *distinguish*, *following*, respondiendo a las necesidades de la sociedad, concomitante Schor (2011) explica “La Corte Marshall y la Corte Warren generaron conflicto político, pero esta última facilitó el ascenso de una poderosa y violenta reacción conservadora que transformó la política estadounidense” (p. 103). Esta transformación no debilitó el sistema de precedentes sino fortaleció al comprender que, el precedente jurisprudencial requiere de un ejercicio argumentativo fuerte para adoptar una decisión, es preciso indagar si existe una decisión previamente aceptada que permita resolver el caso actual y analizar la analogía entre casos pasados y el actual.

c) *Stare decisis*

La regla del *stare decisis* en este sistema fue similar al de Inglaterra, a diferencia en Estados Unidos con una constitución escrita, la organización del sistema judicial piramidal jerarquizado y con influencia de la doctrina del liberalismo revolucionario francés. De acuerdo a Furnish (1996) indica:

El principio de *stare decisis* decretaba que una regla esencial a la resolución de una controversia, derivada y aplicada por el tribunal para fundar y motivar su decisión, regía desde ese entonces y tenía que aplicarse a todas las controversias semejantes que se presentarían en la misma jurisdicción después. No cabía volver a cuestionar la regla una vez identificada y expresada en una sentencia judicial emanada del nivel judicial más alto de la jurisdicción, o *ex cathedra*. (p.159)

Las sentencias que dictan los jueces enmarcan las normas legales y precedentes aplicables al caso en concreto y esta nueva sentencia puede traducirse en nuevo precedente para casos futuros dependiendo del organismo que emitió el fallo. El

juez está vinculado a los precedentes sustentando el derecho a la seguridad, predictibilidad y certeza jurídica.

Un jurista notable fue Chancellor James Kent quien siguió como base los Comentarios de Blackstone, permitiendo una naturaleza flexible a la doctrina del precedente y apartándose del *stare decisis* rígido propio del *common law* inglés. La flexibilidad permitió que los jueces puedan desarrollar jurisprudencia a la luz del realismo jurídico alejándose del formalismo que era característico del precedente de Inglaterra, al entender que el derecho evoluciona a través de los precedentes y los criterios de los juristas con prestigio nacional.

Los casos *Plessy vs Ferguson* y *Brown vs Board of Education* eran respecto al tema de discriminación racial, el criterio aplicado para el primero fue “separados, pero no iguales” el cual no fue aplicado para el segundo, por cuanto la Corte indicó que, el primero era un caso de uso del transporte y el segundo de educación hizo una distinción la Corte y pudo alejarse del precedente sin anular. El pasado sirvió para analizar, seguir, distinguir o crear otro precedente, la argumentación permite modificar el *stare decisis* por cuanto debe dotar de una justificación especial suficiente y razonada. El Tribunal Supremo norteamericano ha sido flexible en la aplicación del precedente por el carácter cambiante de la sociedad y por consecuencia del derecho a diferencia del sistema inglés.

El desarrollo de la doctrina del precedente norteamericano ha tenido más auge en el derecho constitucional como en el caso *Marbury vs. Madison*, fue el inicio del activismo judicial, permitió el judicial *review* a través de *Writ of certiorari* y *Writ de Mandamun* garantizando la supremacía de la Constitución y la jerarquía constitucional, el desarrollo del judicial *review* analizó decisiones de cortes inferiores.

El siguiente caso importante en el derecho norteamericano fue *McCulloch v Maryland* donde la Corte analizó si un acto normativo del poder legislativo de uno de los Estados o del Estado Federal es contrario o no a la constitución. La adopción de *Miranda Warnings*, precedente que impuso la obligación de dar lectura de los derechos constitucionales a los sospechosos antes de ser detenidos, es otra

decisión de la Corte permite y reconoce el matrimonio entre personas del mismo género

De lo antes citado, el precedente se enfoca en el litigio, en la interpretación, el razonamiento de la decisión y ha permitido el avance de las garantías y derechos, el derecho moderno de Estados Unidos ha dotado de autoridad a las decisiones judiciales.

Los jueces americanos usan con discrecionalidad el precedente, existe el *stare decisis* explicando porque no continúan con el precedente, por ello la eficacia del precedente parte cuando un segundo juez comparte el criterio judicial. A efecto Londoño, (2007) expresa “La doctrina del precedente es una herramienta de control para evitar el cambio jurisprudencial arbitrario, sin embargo, no opera de manera fatal, es un principio procesal, un esquema formal” (p.63).

La función del juez en el *common law* difiere del rol que cumple en la familia romano-germánica, los jueces podían emplear principios y reglas que confirmaban ejercer justicia, considerados por esta dinámica como creadores de derecho, escenario que cambiaría con el pasar del tiempo. Apareció la técnica de analogía de las decisiones adoptadas en el pasado con patrones fácticos similares, debían respetar el precedente *stare decisis*, como mecanismo garantizador de la seguridad jurídica y la organización judicial fue un pilar importante en esta familia jurídica.

El sistema de fuentes del *common law*, parte de la teoría de la existencia de lagunas y antinomias, por ende, la característica de plenitud y coherencia que existe en la familia romano-germánica en este sistema es mínimo. Para dinamizar el derecho, las reformas de tipo formal no es la solución sino el recurrir a la jurisprudencia, permite la interacción entre el método inductivo y deductivo, porque el jurista va a emplear el derecho codificado legislado y la jurisprudencia. Alarcón, (2018) expresa: “... La exégesis y la analogía jurisprudencial son dos técnicas a las que el jurista debe recurrir constantemente en aras de alcanzar seguridad jurídica” (p. 79). En este sistema el derecho no se reduce a la ley únicamente o a la jurisprudencia sino está compuesto por diversas fuentes en defensa de garantizar la justicia y el respeto de derechos de los ciudadanos.

Al ser un sistema predominante escrito, la función del juez no es netamente creadora de derecho, sino interpretación o hermenéutica que puede reducirse a aplicar las prescripciones de normas existentes que le permitan resolver el caso. Es el resultado de una mezcla de la escuela formalista y la escuela realista. Según Hernández, J. (2001) distingue:

El profesor David Lyons considera que la única diferencia entre ambas concepciones jurídicas es que para los formalistas el derecho no tiene lagunas, o sea, ellos no admiten que exista una textura abierta en las reglas ; mientras que para los escépticos (o instrumentalistas) las fuentes autoritarias (authoritative) del derecho, o sea, las reglas jurídicas legales o judiciales, tienen lagunas, son insuficientes desde el punto de vista lógico para decidir todos los casos que se presentan ante los jueces. (p. 280)

La escuela formalista se refiere a la actitud teórica, las reglas tienen un significado fijo y es determinante siendo válido aplicar a una situación presente, la regla es un derecho vigente como la ley o un precedente aplicado de forma textual y los conceptos no caducan; y, a diferencia de la escuela realista con la gran cantidad de juristas como el Juez Oliver Wendell Holmes quien consideraba que, el derecho no es la lógica sino la experiencia; otro exponente fue Karl LLewellyn con la distinción de reglas en el papel y reglas efectivas, sostenía que el derecho es un medio para fines sociales; también Jerome Frank, consideraba la importancia de establecer los hechos del caso y la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma.

El realismo norteamericano ha colocado al juez como una figura principal y los precedentes judiciales, considera que las reglas no son eternas y es necesario una reforma o sustitución por otra diferente, el derecho es un fenómeno social y requiere de una actualización permanente rechazando la deducción lógica.

En el *common law* angloamericano la escuela dominante es el realismo jurídico el cual analiza desde la dimensión de eficacia, el juzgador es creador de derecho con un sistema pre ordenado hegemónico. El *common law* tuvo como fuente la costumbre, normas no escritas, el análisis de este sistema parte de la relación entre el poder judicial y el legislativo, si los jueces pueden o no crear derecho en el ordenamiento jurídico, por esencia y naturaleza esa facultad es atribuida al legislador. El uso del precedente crea un mecanismo de continuidad de las

decisiones de los tribunales, incluso en el derecho civil e internacional acuden a la doctrina y jurisprudencia para resolver casos en concreto.

El derecho inglés y norteamericano han marcado en la doctrina el papel del juez como creador del derecho y de legislador como generador de leyes manteniendo un equilibrio al ser un sistema flexible y no rígido como el inglés, este rol del juez ha permitido avances en la protección de derechos humanos.

4.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. GENERALIDADES

4.2.1. STARE DECISIS EN EL COMMON LAW Y EN EL CIVIL LAW

Como se ha indicado anteriormente *Stare decisis* en la doctrina es el término que significa en palabras simples, "estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido", es decir, se traduce en el respeto o la observancia frente a las decisiones precedentes tomadas por los jueces ante casos específicos, lo que comúnmente en el lenguaje jurídico convencional conocemos como precedente. Son en teoría las decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. En este sentido se debe indicar que en las últimas décadas se ha evidenciado una tendencia a la afinidad entre las dos grandes familias jurídicas del mundo occidental, nos estamos refiriendo específicamente al *common law* y *civil law*.

Es así como se hace importante señalar una diferencia entre la aplicación del precedente en estos dos sistemas, y es que por ejemplo en países como Inglaterra, Estados Unidos y exponentes del *common law*, basta que haya una decisión, aplicable al caso concreto para que un juez se vea obligado a seguirla. En este sentido no sucede así si se analiza en líneas generales en países como Francia y en los demás países de tradición civilista, donde en cambio si bien es cierto existe un indiscutible respeto por la jurisprudencia, y en sí por los "precedentes", pero no por un precedente único sobre un caso concreto. En palabras de los autores Legarre & Rivera (2006) "en el *common law*, bajo ciertas condiciones, el precedente obliga; en el *civil law*, la jurisprudencia tiene poder persuasivo, pero en

general, no es reconocida como fuente de derecho, es decir como generadora de obligación jurídica” (p.109)

Según la práctica jurídica latinoamericana se puede entonces entender que esta línea planteada por los autores se manifiesta de manera latente en casi todos los países latinoamericanos, donde la preferencia es concedida a la ley y se enfrenta a la relativa debilidad en la aplicación de la jurisprudencia a través de los precedentes, donde la principal diferencia se centra en la distinción entre fuentes formales donde evidentemente se encuentra la ley y las fuentes materiales que contienen la jurisprudencia.

Sin duda la aplicación de los precedentes en ambos sistemas jurídicos denota arduos problemas teóricos, y es por ello por lo que en la práctica judicial se muestra que la aplicación del principio del *stare decisis* funciona de una manera diversa dentro de las altas Cortes. Esto responde evidentemente a la prudencia y capacidad con que los jueces deben aplicar el mismo dentro de cualquier ordenamiento jurídico que se encuentre, ya sea de tipo continental romanista o de tipo anglosajón. Los precedentes si bien deben ser observados y respetados, se deben aplicar y analizar con mucha precisión en la determinación de la similitud o analogía de casos, y sobre todo en el análisis de la norma aplicada en la sentencia precedente.

A la luz de este análisis se puede concluir entonces que, en nuestro sistema jurídico la sola emisión de un fallo no ha conseguido el reconocimiento o la relevancia necesaria y ha sido necesaria sino proviene de una alta corte y es por ello que en base a sus criterios se depende su carácter vinculante, por lo que si tuviéramos que definir o conceptualizar el precedente jurisprudencial podríamos acogernos a la definición de autores como Sierra (2016) que indican que son:

(...) aquellas razones, que hacen parte de la sentencia, que expone un juez para sustentar la decisión judicial (la *ratio decidendi*), que son tomadas por otro juez u otro operador jurídico para aplicarlas a un nuevo caso, por la similitud de lo que se discute. (prr.9)

Se concluye entonces que, el precedente será la parte argumentativa de la sentencia o del fallo, ese fundamento teórico, jurídico y fáctico aplicado a cada caso concreto y que da motivación a la sentencia. Esto es precisamente lo que distingue al precedente de la jurisprudencia como concepto, pues la clara diferencia entre

ambos radica esencialmente, en que la jurisprudencia se genera con el criterio repetido o frecuente de una interpretación realizada por los jueces a la norma.

En palabras simples es una reiteración del argumento que resuelve la sentencia lo que configura la jurisprudencia. Mientras que el precedente, se refiere al análisis de un caso concreto es así que Dworking (2017) determina que como parte del proceso de juzgamiento, deben reconocer que los casos judiciales pueden ser decididos de múltiples formas o mediante razonamientos diversos, como consecuencia de que son personas humanas las que los fallan (p.145).

Por lo que, las decisiones previas contribuyen efectivamente a la formulación de reglas nuevas y controvertidas y dichas decisiones tienen fuerza vinculante. De ahí que la discusión por las reglas nuevas, en la decisión de un problema, está en el poder de justificación entre la ley y la interpretación del juez, porque el juez no puede asumir una actitud de independencia absoluta.

4.2.2. STARE DECISIS HORIZONTAL Y VERTICAL

Para hablar de este principio es necesario definir sus alcances en lo referente a la dimensión en que se dictan los precedentes jurisprudenciales. Es así como la doctrina reconoce dos variantes en este sentido, la primera que identificaremos como *stare decisis* horizontal y una segunda como *stare decisis* vertical. La primera se refiere a los fallos emitidos por el mismo tribunal y a la obligación de estos tribunales de seguir sus propios precedentes o decisiones anteriores. La segunda dimensión se centra en el deber de los tribunales inferiores de seguir los precedentes de las cortes jerárquicamente superiores a ellos. En ambos casos lo relevante es que existe una dualidad en la obligación de aplicar el precedente, pero en el caso de la dimensión vertical se evidencia con más claridad esta obligatoriedad precisamente traducida en una consecuencia jurídica o sanción frente al caso de incumplimiento, es decir si un tribunal se aparta de los precedentes dictados por un tribunal superior este último puede dejar sin efecto la sentencia dictada.

Esto no significa que las altas cortes no puedan apartarse de un precedente jurisprudencial, de hecho, es algo que pasa muy frecuentemente. En virtud de

aquello la decisión de apartarse de un precedente es conocida en la doctrina anglosajona como *overruling*. En palabras de Ortiz (2018) “Se puede entender esta técnica como la capacidad que tiene un juez para modificar o anular una regla de precedente” (p. 209). Se puede decir que consiste en una especie de anulación o derogación de carácter judicial. Por ende, la simple posibilidad de aplicar el *overruling* implica necesariamente la desaparición de la obligatoriedad del precedente horizontal y si en ciertas circunstancias el tribunal puede desligarse de un precedente, quiere decir que en definitiva no está obligado por él. Sin embargo, este alejamiento o derogación del precedente no puede realizarse de manera arbitraria e injustificada, sino que se debe fundamentar debidamente este alejamiento con elementos jurídicamente válidos y razonados.

4.2.3. VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y PRECEDENTE JUDICIAL

En el ámbito de aplicación del derecho es necesario establecer distinciones entre las diversas ramas y sus límites de aplicación. En este sentido cuando se habla de justicia constitucional las restantes ramas del derecho suelen subordinarse a la misma, siempre que exista una manifestación de vulneración de derechos, sin que ello implique que la justicia constitucional deba necesariamente invadir el ámbito de aplicación de la justicia ordinaria en sus diversas ramas. En lo referente a los precedentes jurisprudenciales pasa exactamente lo mismo, es necesario diferenciar entre dos clases de precedentes, el constitucional emanado de la justicia constitucional y el legal de la justicia ordinaria, es decir el primero son las cogniciones o argumentaciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y el segundo, las motivaciones que se encuentran por ejemplo en la jurisprudencia de casación.

En esto juega un rol fundamental el ente jurisdiccional que emite el fallo, por un lado, tenemos a la Corte Constitucional con las facultades que ostenta como máximo intérprete de la Ley Fundamental como lo indica el artículo 429 de la propia Constitución al establecer que “la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia” (Constitución del Ecuador, 2008); y por otro lado la Corte Nacional de Justicia. En

este sentido la justicia constitucional también ha extendido sus alcances a la justicia ordinaria con respecto a la valoración de las decisiones de esta Corte.

En virtud de ello, la Constitución del 2008 regula una garantía jurisdiccional para precautelar que las sentencias de la justicia ordinaria no violen o vulneren derechos constitucionales, nos estamos refiriendo a la Acción Extraordinaria de protección, la que en sí misma crea precedentes jurisprudenciales de carácter constitucional. La relevancia del tema radica en que necesariamente se debe determinar qué tipo de derecho se ha vulnerado, o sea si es de carácter constitucional o si se trata de otro derecho de diferente naturaleza. Doctrinarios como Ferrajoli (1995) hacen especial referencia a la contextualización de los diferentes tipos de derecho al establecer que:

A diferencia de los derechos patrimoniales -del derecho de propiedad a los derechos de crédito- los derechos fundamentales no son negociables y corresponden a «todos» y en igual medida, en tanto que condiciones de la identidad de cada uno como persona y/o como ciudadano. (p.908)

Evidentemente existe una clara diferencia entre los tipos de precedentes y responde precisamente al órgano jurisdiccional que lo emite. En este sentido lo que no queda muy claro es precisamente determinar los límites en la aplicación de estos precedentes, aunque si se analiza de manera literal tenemos a la Corte Constitucional como la máxima instancia de interpretación de la Constitución, por lo que tiene un poder normativo superior que induce necesariamente a la obediencia de la justicia ordinaria frente a sus decisiones.

En este orden de ideas es menester indicar que en el sistema jurídico ecuatoriano se reconoce la vinculatoriedad con respecto a la aplicación de los precedentes. En la doctrina se establecen diferentes tipos de vinculatoriedad, por ejemplo, autores como Ratti Mendaña (2021) en su obra "Dimensiones del precedente judicial" apuntan una clara distinción en lo referente a la vinculatoriedad de los precedentes al establecer que:

- a) Vinculatoriedad formal sin posibilidad de overruling o modificación del precedente. Puede tratarse de:

- **Obligatoriedad absoluta:** el precedente debe ser aplicado siempre, sin excepciones. Este es el modelo rígido que adoptaron las cortes inglesas en el siglo XIX y que fue mantenido hasta la segunda mitad del siglo XX.
 - **Obligatoriedad relativa:** el precedente debe ser aplicado, a menos que se configuren ciertas excepciones, que pueden estar o no definidas en el ordenamiento. Las excepciones a que se refiere esta categoría están relacionadas con excepciones a la regla de derecho que surge del holding o con excepciones que eliminan el precedente del sistema (por ejemplo, el hecho de haber sido dictado *per incuriam*).
- b) **Vinculatoriedad formal con posibilidad de overruling o modificación del precedente:** en estos casos el precedente se reconoce como obligatorio, pero se admiten ciertas circunstancias que justifican su modificación o eliminación del sistema.

En virtud de ello esta vinculatoriedad debe ser analizada en contexto y no en abstracto, pues al constituirse el fallo como derecho hecho por los jueces a través del análisis y argumentación de los casos sometidos a su consideración, su carácter vinculante debe ser definido a partir de los criterios doctrinarios referentes al principio de *stare decisis*, teniendo en consideración que su finalidad es condicionar una decisión futura en casos semejantes que le preceden. Así lo indica el autor Santofimio (2010):

El precedente —*precedent*—, entendido como la decisión anterior de una autoridad que fija posición interpretativa en relación con ciertas circunstancias fácticas y jurídicas, para ser aplicadas en el futuro, esto es, como antecedente vinculante generador de regla, principio o concepto aplicable a casos sustancialmente similares, constituye una de las instituciones básicas y fundamentales del sistema jurídico con influencia anglosajona —*common law*—, o sistema del derecho de los jueces o jurisprudencial, basado en la experiencia doctrinal derivada de la solución de casos —*case law*—, dentro del cual se consolida como una evidente e indiscutible fuente de derecho. (p.1)

Sin embargo, nuestro sistema a pesar de reconocer la vinculatoriedad del precedente, se afilia en mayor medida a la aplicación de una vinculatoriedad formal con posibilidad de *overruling* o modificación del precedente, este, pues si bien las altas cortes aceptan el deber de seguir sus precedentes como principio general y reconocen su vinculatoriedad, también han determinado circunstancias en las que necesariamente es posible alejarse de dichos precedentes según la facultad establecida. Por ejemplo, en el caso de Ecuador la Ley Orgánica de Garantías

Constitucionales y Control Constitucional en el ya citado artículo 2 numeral 3 explícitamente establece que Los parámetros interpretativos de la Constitución aportados y fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante y en ese sentido la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos.

4.2.4. CRITERIOS DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Cuando se habla de aplicación y alcances de los precedentes sobre todo en materia constitucional no se puede dejar de analizar el rol que juegan los jueces en este ámbito, el precedente tiene un uso de servir de antecedente de interpretación para la resolución de un caso en concreto, de la misma manera López, D (2013), indica que “[...] el juez puede y debe usarlo según la Constitución y la ley para aplicarlo en casos similares [...]” (p. 139). Es que necesariamente existen criterios de aplicación de los precedentes dentro de la actividad creadora de derecho que desarrollan los jueces constitucionales, definamos inicialmente un elemento pragmático en la argumentación que los mismos emiten dentro de sus fallos. En palabras de Soriano (2002), “el pragmatismo, se identifica un elemento ejemplificativo, por el cual un argumento permite que a un enunciado normativo se le atribuya el significado que le ha sido atribuido por alguien, y por ese solo hecho” (p.15). En palabras simples esto significa que este argumento pragmático necesariamente denota el uso del precedente como una herramienta de interpretación, con independencia de su carácter vinculante, tomando en consideración una regla de derecho evidenciada en lo que se denomina “*ratio decidendi*” dentro de la sentencia.

Posteriormente tenemos un segundo criterio que hace referencia al argumento de justicia formal que explica la consagración del principio de igualdad, a decir de autores como Sagüés (1998) “es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante. La igualdad como principio moral básico incluye no sólo a los iguales en un momento contemporáneo, sino a los que nos precedieron y nos seguirán en el tiempo [...]” (p.129). En este sentido para hacer válido el principio de justicia

formal y por consiguiente el principio de igualdad jurídica, se debe exigir que las personas inmersas en situaciones jurídicas análogas sean tratados de forma equivalente.

Otro elemento de vital importancia con respecto a los criterios de aplicación de los precedentes en materia constitucional son sin duda las diferentes formas de interpretación constitucional. En el caso ecuatoriano específicamente se puede decir que con la Constitución de Montecristi se apartó del viejo paradigma de interpretación funcional que operaba con la Constitución de 1998 y se asumió un nuevo sistema de interpretación jurisdiccional exclusiva, al eliminarse la facultad de interpretación política de la Constitución por parte la Función Legislativa y determinándose que sea la Corte Constitucional el máximo intérprete en esta materia como lo indica el artículo 436 numeral 1 de la Ley fundamental:

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. (Constitución del Ecuador, 2008)

En este sentido se le otorgó a la Corte Constitucional la facultad de cerrar cualquier tipo de interpretación en esta materia, constituyéndose como una fuente privilegiada de derecho y por consiguiente del desarrollo de los derechos con carácter vinculante que emanan del texto constitucional. Es por lo que los jueces adquieren un papel fundamental frente a la tutela de derechos fundamentales y los criterios de aplicación de precedentes a los que se adhieren, actuando por medio de las garantías jurisdiccionales y creando derecho con sus fallos. Se erigen entonces como intérpretes privilegiados del contenido formal y material de la Constitución de manera primigenia.

4.3. EL PRECEDENTE EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

4.3.1. ANÁLISIS DEL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL A LA LUZ DEL ARTÍCULO 436 NUMERAL 1 Y NUMERAL 6

La Constitución del Ecuador del año 2008, trae consigo una importante y trascendental institución jurisdiccional como lo es la Corte Constitucional. Esta Corte no solo alcanza una relevancia excepcional en relación al rol que jugaba el anterior Tribunal Constitucional ecuatoriano, sino también que dentro del nuevo modelo de Estado constitucional de derechos, asume la competencia de ser el máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional; aquello se ve complementado con una serie de nuevas facultades atribuidas a este órgano. Refiriéndose a estas nuevas facultades otorgadas a la naciente Corte, autores como Cabo y Soto (2015) indican:

Sin duda, las competencias de control otorgadas a la Corte Constitucional constituyen una innovación transformadora del desarrollo estatal, y societal ecuatoriano, por cuanto, si bien en 1945 se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, y solo hasta 1996 se observa un fortalecimiento de la institucionalización de este órgano jurisdiccional al señalar al Tribunal Constitucional como la instancia de cierre en materia de control constitucional, el reconocimiento de la Corte Constitucional como el máximo órgano del control de interpretación constitucional, así como, de administración de justicia en materia constitucional, a partir de la Constitución de 2008, permite a los jueces y juezas constitucionales limitar las acciones tanto de los poderes del Estado, como de las personas al contenido impuesto por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, con la finalidad de garantizar un desarrollo social anclado al respeto de los derechos constitucionales.(pp. 29-30)

En este orden de ideas y en virtud de la relevancia del tema relacionado con la creación y aplicación de precedentes constitucionales es preciso analizar las facultades atribuida a la Corte constitucional en su artículo 436, específicamente se examinará las atribuidas en los numerales 1 y 6 del anteriormente citado precepto legal. Para este efecto el numeral 1 indica que la Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, será 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, indica además que sus decisiones tendrán carácter vinculante.

A la luz de este numeral del artículo 436 se puede deducir que la Corte establece que existen diferencias entre sus decisiones, las que emite a través de dictámenes y las que resuelve a través de sentencias. Es así como según el artículo 438 de la Constitución “un dictamen representa una opinión de la Corte con carácter obligatorio, cuando sea requerida”, en cambio las decisiones materializadas en las sentencias resuelven conflictos específicos, pero en ambos casos afirma la norma constitucional que obviamente tiene fuerza vinculante. Ello se debe a que, al ser este órgano el máximo intérprete de la Constitución sus razonamientos deben imperar sobre cualquier otra interpretación adyacente.

Si analizamos de forma literal este numeral 1 se debe indicar que la Corte no hace mayor énfasis en delimitar a qué tipo de sentencias se está refiriendo al otorgarle un carácter vinculante, por lo que se infiere una generalidad en la vinculatoriedad de las decisiones emitidas por este órgano, convirtiendo los argumentos emanados de estas decisiones en precedentes de obligatorio cumplimiento. En virtud de ello la conclusión a la que se puede llegar es que según este apartado toda decisión adoptada por la Corte Constitucional es vinculante, toda vez que las sentencias constitucionales ponen fin a todo proceso que llegue a su ámbito de competencia.

Aunando en este punto es preciso igualmente analizar el numeral 6 del citado artículo 436 de la Constitución de Montecristi en el que se indica lo siguiente:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

En este punto es necesario realizar un análisis exhaustivo de estos dos numerales, pues cabe la pregunta de por qué la Corte si ya había fijado la vinculatoriedad de sus decisiones en el numeral 1 del artículo de referencia, vuelve a regular tal facultad en el numeral 6. En este sentido lo que se puede inferir inicialmente es que, las decisiones que se considerarán como jurisprudencia vinculante serán las que resulten de las acciones o garantías de conocimiento señaladas en el numeral 6. No obstante, confusamente el propio numeral 6 más adelante indica la frase “y

demás procesos constitucionales”, lo que nos lleva nuevamente al numeral 1 del artículo y da a entender que todas las decisiones de la Corte Constitucional tendrán este carácter vinculante y no solamente las que recaigan en las acciones que describe el propio numeral 6.

Ante ello la propia Corte Constitucional ecuatoriana ha emitido una interpretación al respecto en la Sentencia No. 001-10-PJO-CC de 22 de diciembre de 2010 que además se considera la sentencia fundadora de esta facultad de la Corte donde indica que:

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. (párr.27)

Atendiendo entonces a esta facultad constitucional y que se reconoce el reconoce el principio *stare decisis*, y por consiguiente esto significa reconocer a la jurisprudencia como fuente directa de derecho la Corte Constitucional tiene entonces el deber de establecer criterios claros y estándares para la aplicación de estos precedentes para marcar una línea de consolidación del derecho en materia jurisprudencial en el Ecuador.

De igual manera en la propia sentencia de referencia más adelante se señala con referencia a los casos seleccionados por la Corte para su revisión que “deben además existir condiciones adicionales que denoten la necesidad de su selección para la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado” (p. 8). A pesar de que no se aclara cuáles son específicamente esas condiciones que deben concurrir para la selección de un caso el objetivo esencial o el trasfondo de esta competencia de la Corte es la de velar por la protección y reparación de los derechos constitucionales de las personas a través de la labor de los jueces.

Sin embargo, el precedente jurisprudencial constitucional fue sometido al señalamiento o condicionamiento de ser etiquetado, o sea debían expresar

explícitamente su carácter erga omnes. Posteriormente la Corte hace una referencia similar este particular del carácter vinculante de estas decisiones en la Sentencia No. 001-16-PJO-CC (2016) al establecer que:

De lo cual se colige entonces que todas los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución. (parr.25)

Con esta decisión la Corte hace referencia nuevamente a la facultad tipificada en el numeral 6 del artículo 436 de la Ley Fundamental ecuatoriana, claramente indica de manera tácita que no únicamente las sentencias productos del proceso de selección y revisión son vinculantes y obligatorias, sino ampliando a las decisiones resultantes de los “demás procesos constitucionales” también se constituyen como jurisprudencia vinculante.

4.3.2 TIPOS DE PRECEDENTES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ECUATORIANA

En la justicia constitucional ecuatoriana encontramos los precedentes vinculantes, los cuales deben ser seguidos en el futuro cuando resuelven casos idénticos y los persuasivos que no son obligatorios, pero existen buenas razones para seguirlos, distinción necesaria para identificar su valor de vinculatoriedad. La Corte Constitucional en sentencia Nro. 1035-12-EP/20 (2020), distingue:

Los precedentes pueden ser, o bien, verticales, cuando provienen de una decisión judicial adoptada por un órgano jerárquicamente superior al de referencia, o bien, horizontales, cuando provienen de una decisión adoptada por un órgano del mismo nivel jerárquico que el de referencia. (párr. 17)

La clasificación de los precedentes vinculantes horizontales y verticales, para que un precedente sea vinculante depende del órgano judicial que emite la decisión judicial y en virtud de aquello el precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano puede ser horizontal o vertical, de acuerdo a la sentencia

dictada por la Corte Constitucional Nro.1035-12-EP/20 (2020), concibe al precedente horizontal:

19. En opinión de la Corte, en cambio, el precedente horizontal auto-vinculante es una necesidad racional y jurídica. Dicha auto-vinculatoriedad quiere decir que el fundamento (centralmente, la *ratio decidendi*) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a esos mismos jueces cuando, en el futuro, tuvieren que resolver un caso análogo; de manera que dichos jueces pueden apartarse de su propio precedente solo si lo justifican suficientemente. Esto es así porque, si bien un juez resuelve casos singulares, debe universalizar el fundamento de sus decisiones para casos análogos futuros: resultaría irracional y contrario al derecho fundamental a la igualdad formal si un juez que, en el caso A, ha dicho que debe hacerse X por darse las circunstancias 1, 2 y 3, posteriormente, en el caso B, sostuviera lo contrario ante esas mismas circunstancias y sin justificar su cambio de opinión. (p. 4)

El carácter vinculante del precedente horizontal proviene de las decisiones del mismo nivel jerárquico o rango, añadiendo en la referida sentencia el valor *auto-vinculante* que con lleva por la lógica el seguimiento de las propias decisiones de un juez o tribunal donde el fundamento es la *ratio decidendi*, obligando a resolver casos análogos aplicando los mismos argumentos, confirmando la Corte Constitucional en sentencia Nro. 1797-18-EP/20 (2020), define:

Sobre el precedente horizontal auto vinculante, es preciso enfatizar que su inobservancia no constituye de manera automática una vulneración al derecho a la igualdad. Si bien los jueces se encuentran vinculados a sus propios precedentes en virtud del principio *stare decisis*, cada caso es un universo distinto en el cual los jueces deben conocer y analizar los argumentos y pruebas de cada una de las partes [...]. (párr. 70)

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no prevé el precedente horizontal hetero-vinculante, es decir, que las decisiones de las cortes provinciales u otras judicaturas no son de observancia y seguimiento por sus homólogos, diferencia que existe con el precedente horizontal auto-vinculante el cual sigue la Corte Constitucional.

Según Fernández, G (2005), determina que el precedente auto-vinculante “es calificado como una necesidad racional y jurídica, ya que eso implica que un juez está condicionado por sus propios razonamientos y argumentaciones en los casos análogos que conozca” (p.42). Esto además abona a la seguridad jurídica, ya que llama a la coherencia al juzgador, en el sentido de que debe resolver casos

similares de la misma forma, a menos que tenga para un caso específico un cambio de criterio, cambio que debe ser suficientemente argumentado y justificado.

En derecho comparado se conoce al auto-precedente donde los precedentes emitidos por una corte deben seguir la misma línea y de esta manera se respeta el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin embargo, la posibilidad de cambiar la orientación del precedente puede responder a cambios económicos o sociales que influyen en la decisión posterior o ciertas particularidades que aparecen en el caso actual.

El precedente vertical, procede cuando la decisión viene de un órgano jerárquico superior y la norma jurídica le atribuya la calidad de vinculante el *stare decisis*, deben seguir los razonamientos jurídicos de los órganos superiores cuando la situación actual sea similar a otra tratada con anterioridad. En el Ecuador el precedente dictado por la Corte Constitucional es seguido por los jueces de instancia como fundamento de las sentencias, por ello la Corte Constitucional en sentencia Nro. 139-15-SEP-CC (2015), expresa:

La doctrina del *stare decisis*, demuestra su autoridad en el modo de concebir la vinculación de la jurisprudencia, porque son razonamientos de los jueces constitucionales que explican y figura el sentido de las leyes o dictan reglas para solucionar cuestiones aún no legisladas. Tiene importancia como fuente del derecho, ya que el prestigio y la autoridad de la Corte Constitucional influyen a menudo sobre la labor del legislador y en la interpretación judicial. Los razonamientos expuestos en las sentencias constitucionales influyen en el quehacer de la actividad jurisdiccional, deben ser asumidas por los jueces constitucionales, partiendo desde el derecho objetivo hacia el caso concreto. (p. 17)

El fundamento del precedente es la obligatoriedad, el respeto por las propias decisiones y de los tribunales superiores, operando el precedente de forma horizontal y vertical, el juez debe obedecer y aplicar a un caso identificando analogía fáctica, lo cual resulta complejo y en el camino puede desviarse del sentido que le dio un juez anterior al precedente.

Sin embargo, para que exista pronunciamiento por parte de un Juez o tribunal respecto a inobservancia de un fallo no *hetero-vinculante*, el recurrente debe alegar de forma expresa, conforme establece la Corte Constitucional en sentencia Nro.1791-15-EP/21 (2021):

Además de esto, la Corte Constitucional considera que para que un dictamen, resolución o sentencia no *hetero-vinculante* sea objeto de pronunciamiento por la judicatura que conoce una causa, el mismo debe ser alegado expresamente por el recurrente. Ello, porque no es razonable exigir a un juzgador que sepa de la existencia de un pronunciamiento de otro juzgador que no es vinculante para el primero. (párr. 25)

Resulta imposible que una decisión no vinculante por ende no es de obligatorio cumplimiento, deba conocer un juzgador de otro homologa a él y para que exista respuesta por parte de la administración de justicia del porque no se ha observado dicho fallo, es necesario que la defensa técnica indique el fallo a ser aplicado.

4.3.3 ESTRUCTURA, ALCANCES Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Es importante establecer que las sentencias constitucionales tienen el carácter de una decisión jurídica en firme con efectos o consecuencias jurídicas que adquieren la calidad de cosa juzgada formal y material y tienen efecto obligatorio y vinculante. Se estableció que el término vinculante solo se refiere al carácter de la jurisprudencia: su cumplimiento obligatorio, y que el alcance depende de los efectos: erga omnes, inter partes, inter pares, inter comunis. La jurisprudencia goza de rango constitucional ubicándola dentro del Bloque de Constitucionalidad, estando por encima de la ley.

Hablar de carácter vinculante, implica no solo la consecuencia inmediata de la vigencia de una resolución que adquiere el carácter de precedente, sino, de un proceso intelectual o de cognición, que permita identificar que el problema que se pretende resolver está relacionado con una determinada razón jurídica de la decisión o es una situación idéntica resuelta anteriormente por el Tribunal Constitucional. Según Asbun (2008) determina que:

[...] si el sustantivo precedente hace referencia a una fase de creación del Derecho distinta y posterior a la de su configuración dispositiva, mientras que el adjetivo vinculante entraña la fuerza con que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros, sustancialmente idénticos a aquél en el que fuera establecido (p.236).

Por lo tanto, se puede hablar de precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional se incorpora al Derecho objetivo, con carácter general, obligatorio, aquella disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto, que el Tribunal Constitucional ha decidido establecer como regla general y deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza análoga.

En el sistema constitucional ecuatoriano las decisiones las encontramos a través de: sentencias, dictámenes o decisiones, adquiriendo trascendencia la carga argumentativa del precedente siendo amplia y requiere de razonamiento profundo, por tal circunstancia no es fácil extraer la razón principal de la decisión y diferenciar el argumento vinculante principal de los secundarios, resultando una tarea complicada, confluyendo una operación lógico funcional para diferenciar las partes de la decisión y conocer cuál es el precedente conocido como *ratio decidendi* y las líneas de apoyo el *obiter dicta* y la *decisum*. En sentencia Nro. 109-11-IS de la Corte Constitucional (2020), manifiesta:

22. Existen varios tipos de fuente del Derecho de origen judicial. Una de ellas es el precedente judicial en sentido estricto, al que atañe el presente caso.

23. Dicho precedente judicial en sentido estricto está conectado íntimamente con la motivación de las decisiones judiciales. Según la Constitución (artículo 76 núm. 7 letra I), toda decisión judicial debe tener una motivación; dentro de esta, sin embargo, cabe distinguir la *ratio decidendi*, o sea, el conjunto de razones que son esenciales para la justificación de lo decidido (las demás consideraciones contenidas en la motivación suelen denominarse *obiter dicta*). Y, dentro de la *ratio decidendi*, cabe todavía identificar su núcleo, es decir, la regla en la que el decisor subsume los hechos del caso concreto para, inmediatamente, extraer la decisión (lo que queda fuera de dicho núcleo son las razones que fundamentan la mencionada regla (p. 5).

La interpretación que realiza el juez al emitir un fallo recurriendo al precedente le obliga a realizar un análisis de diferenciación de las partes y encontrar la idea principal del caso y como fue el pronunciamiento en ese sentido, resulta ineludible identificar la *ratio decidendi* y *obiter dicta*.

a. *Ratio decidendi*

De acuerdo a la definición de Pérez,R (2007), expone “*La ratio decidendi*, la define como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la

base necesaria de la decisión judicial específica. Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial” (p. 11). La *Ratio decidendi* es la razón principal del fallo y establece el precedente obligatorio, es la razón que explícitamente da el juez una justificación de la cuestión del caso y es premisa necesaria.

Londoño (2007), indica “ La *ratio decidendi*, la define como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica. Esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial” (p. 13) y para la autora Aguirre (2016) “El argumento principal por el cual el juez falla de determinada forma en un caso concreto. Este argumento, para ser legítimo, debe encontrarse revestido de una fuerte argumentación que acredite el apego de su razonamiento a la ley” (p. 86).

La distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, la constitución da el carácter de vinculante a las decisiones de la Corte Constitucional y es necesario saber cuál de sus partes tiene esta fuerza, para encontrar la *ratio* del caso se debe identificar los hechos relevantes que condujeron al juez llegar a la decisión, por ejemplo, el test de Goodhart, el cual parte de la identificación del vínculo que existe entre los hechos controvertidos y la decisión que abordó el juzgador. Para Pérez (2007), expone “considera que la *ratio decidendi* se encuentra en el vínculo o nexo que existe entre los hechos del litigio y la decisión concreta a que llegó el juez” (p. 13). Siendo el vínculo que existe entre los hechos y la decisión en concreto que llegó el juzgador. Además, para identificar la *ratio decidendi* es posible a través de dos visiones:

- 1. Visión formalista.** - El juez determina cuál de los argumentos es *ratio decidendi*, impide que el juez realice una interpretación más extensiva o reconstruya el precedente, una actividad pasiva del juez al utilizar *la ratio decidendi* recurriendo únicamente razonamientos relevantes.
- 2. Visión antiformalista-** La interpretación y aplicación del precedente es respecto a una práctica hermenéutica de coherencia y de fidelidad del significado de la decisión, para recurrir al precedente deben entender la decisión en su integralidad, resultando una mayor actividad del juez.

El juez constitucional debe definir la *ratio decidendi* ante iguales situaciones, las personas deben recibir igual trato, una vez identificada la *ratio decidendi*, los hechos materiales o relevantes del caso y no confundir con *obiter dicta*. Taruffo (2007) manifiesta:

A propósito, la doctrina del precedente distingue entre *ratio decidendi*, es decir la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y *obiter dictum*, o sea todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión. (p. 91)

La *Ratio decidendi* es el propio precedente y debe ser observado por los operadores de justicia porque es el fundamento de la parte resolutive, es la regla obligatoria para casos análogos en el futuro, se constituye como una sub regla.

b.- *Obiter dicta*

Por otro lado, los argumentos secundarios que forman parte de la decisión, es denominado *obiter dicta*, al respecto Álvarez (2019), manifiesta, “Toda consideración o argumento ajeno a la litis es sencillamente la opinión del juzgador (*obiter dicta*), sin efectos jurídicos a futuro puesto que no constituye una respuesta a la controversia específica que debe resolver” (p. 127). Pronunciamientos que refuerzan el fallo los cuales no son obligatorios más bien persuasivos para los tribunales inferiores, pero no adquieren el carácter de *stare decisis*, son argumentos auxiliares de refuerzo, depende del prestigio y jerarquía del tribunal que dictó. Por su parte, David y Bravo (1969), menciona “se considera *obiter dictum* todo aquello que el juez expuso sin que le asistiera alguna necesidad de hacerlo” (p. 267) es decir, temas jurídicos abordados “de paso” en una sentencia, generalmente relacionados a cuestiones secundarias mencionadas dentro del proceso pero que el Juez considera necesario tratar, a fin de aprovechar la oportunidad que tiene para aclarar la aplicación o vigencia de un punto del derecho.

c.- *Decisum*

Es la parte resolutive del fallo donde se acepta o niega la acción planteada de acuerdo a las pretensiones del accionante y contestación del accionado, es la resolución del juez con un efecto inter partes, no es precedente que deben obedecer, salvo reglas jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento.

Las disposiciones normativas deben ser lógicas y coherentes para que no existen múltiples interpretaciones debido a indeterminación, ambigüedad o vaguedad que pueden existir. Las normas crean supuestos fácticos que es la acción u omisión y ante ello una consecuencia jurídica o efectos en abstracto el legislador regula supuestos de hechos que pueden suceder creando una norma.

El papel que desempeñan las altas cortes es de vital importancia al crear precedentes mediante la interpretación crean una norma adscrita o subregla al ordenamiento jurídico en casos relevantes siendo una norma de origen jurisprudencial, tomando como antecedente disposiciones constitucionales adecuando al caso en concreto a través de una interrelación. La característica básica de la jurisprudencia está dada por la tarea de adoptar decisiones basadas en la autoridad y con ello vinculantes. Bankowski-MacCormick-Marshall (1992), citado por Taruffo (2007) menciona:

[...] en aquel ordenamiento el precedente se encuentra dotado de notable fuerza, en cuanto se espera encontrar en él una línea de máxima a seguir por el juez sucesivo – como en efecto sucede generalmente –, pero esta fuerza puede siempre ser anulada, dado que el segundo juez puede desatender el precedente cuando crea oportuno hacerlo, con la finalidad de formular una solución más justa al caso que debe decidir. (p. 92)

La jurisprudencia es vinculante por naturaleza, sin vinculación sencillamente la jurisprudencia se vuelve vacía, es simple papel. Sin embargo, el 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.

De allí que la jurisprudencia de las altas cortes sea vinculante no solo para las partes que intervinieron en un proceso jurídico, sino que la vinculación sea una necesidad de igual trato para casos posteriores con similares características, es decir, con identidad tanto fáctica como conceptual. La vinculatoriedad de las sentencias se encuentra necesariamente relacionada con el principio de

universalidad de la argumentación jurídica, siendo en este aspecto que la vinculación se puede quedar corta debido a los problemas que representa tener en cuenta fallos anteriores.

En el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional determinó que sus precedentes tienen el mismo valor que la Constitución dentro del sistema de fuentes, así en la sentencia Nro. 071-16-SEP-CC (2016) dispone:

Cabe precisar que estos criterios fijados por la Corte Constitucional en sus reiterados precedentes, han sido producto de un ejercicio de interpretación de la Constitución y de una interpretación conforme de las disposiciones normativas infraconstitucionales relacionadas al recurso de casación, en armonía con la Constitución de la República. En consecuencia, dichos criterios se ubican al mismo nivel de la Constitución de la República, y prevalecerán sobre cualquier fuente normativa infraconstitucional que sea contraria a estos lineamientos de carácter vinculante.

La interpretación constitucional adquiere el mismo valor que la norma constitucional al estar vigente un sistema de fuentes dinámico adecuándose a la realidad social y progresividad de derechos que permite el goce de los mismo.

Como inicio en la transformación del nuevo modelo de estado con la vigencia de la Constitución, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición determinó en sentencia Nro. 045-11-SEP-CC (2011):

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", 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. (p. 12)

La Corte Constitucional en las decisiones que emite, realiza interpretación de la Constitución generando criterios vinculantes, configurándose la regla del *stare*

decisis ante lo cual, los operadores de justicia deben acoger de manera obligatoria sus fallos, tomando en cuenta, que el artículo 436.1 de la Constitución de la República, no realiza ninguna distinción ni etiquetamiento que distinga que sentencias son vinculante y cuáles no, entendiéndose que las decisiones originadas de procesos constitucionales adquieren el mismo valor conforme el artículo 436.6 del cuerpo legal antes mencionado.

Realizando un símil en derecho comparado, en Colombia mediante la sentencia T960 de 2001 generó fuerza vinculante del precedente en el siguiente sentido según Pérez, R (2007) manifiesta:

[...]el precedente judicial plasmado en la *ratio decidendi*, se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al igual que las demás reglas jurídicas para la corte el supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez, de ahí que cuando en una situación similar se observe que los hechos determinantes no concuerdan con los supuestos de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente. (p. 13)

Las decisiones adoptadas con anterioridad sirven como líneas jurisprudenciales para resolver casos futuros y el vínculo entre las dos es la analogía entre los presupuestos fácticos del caso anterior y el presente, verificando los patrones y la regla general es el seguimiento del precedente y la excepción el alejamiento y la palabra precedente no engloba a toda la sentencia sino a una parte de ella denominada holding.

Para aplicar el precedente vinculante en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en la resolución de un caso en concreto es necesario aplicar la analogía, para el autor Taruffo (2007), explica “La analogía entre los dos casos es afirmada o excluida por el juez del caso sucesivo según retenga prevalentes los elementos de identidad o los elementos de diferencia entre los hechos de los dos casos” (p.88).

La analogía permite contrastar los hechos del caso anterior del cual existe el precedente frente al actual y de existir presupuestos fácticos similares a seguir, puede ser el caso que el juez se encuentre ante un caso novedoso y no existen sentencias anteriores similares, o puede apartarse con una justificación suficiente y adecuada sin vulnerar el principio de igualdad.

El respeto y cumplimiento del precedente garantiza el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución, una igualdad ante la ley y ante los tribunales para evitar que desconociendo el precedente o líneas jurisprudenciales adopten decisiones arbitrarias ante situaciones fácticas análogas, con una justicia constitucional que armoniza la producción de decisiones judiciales en pro de derechos constitucionales

Una vez analizada la estructura y alcances de las sentencias constitucionales, es preciso referirse también a los efectos que las mismas suponen. Para ello y atendiendo al control concreto de constitucionalidad, los efectos del fallo dictado por la Corte Constitucional se encuentran establecidos en el artículo 143 de la LOGJCC refiere a:

Efectos del fallo. - El fallo de la Corte Constitucional tendrá los siguientes efectos:

1. Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad.
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado.

En la lectura del artículo indica el carácter erga omnes en el numeral 1 y en el numeral 2 un efecto inter partes en casos de analogía fáctica, empero de acuerdo al espíritu de la Constitución y sentencias interpretativas de la Corte Constitucional las decisiones del máximo órgano jurisdiccional son vinculantes.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia Nro. 031-09-SEP-CC (2009), explica los distintos tipos de alcances que las sentencias que expiden, puede tener:

- a) Efectos inter partes: es decir, que vinculan, fundamentalmente a las partes del proceso.
- b) Efectos inter pares: una sentencia de esta naturaleza supone que la regla que ella define debe aplicarse en el futuro, a todos los casos similares.
- c) Efectos *inter comunis*: es decir, que alcanzan y benefician a terceros que no habiendo sido parte del proceso, comparten circunstancias comunes con los peticionarios de la acción.

d) Estado de cosas inconstitucionales, por la cual ordena la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no interpusieron la acción de tutela. (p. 6)

a) Efecto inter partes

En control concreto de constitucionalidad tiene efecto inter partes, como en la acción de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección y acción de incumplimiento, sin embargo, puede existir excepciones mediante la modulación de sentencias.

b) Efecto inter pares

El efecto inter pares es el que mejor explica al precedente, y consecuentemente a través de la analogía para casos similares en futuro resuelve de la misma forma que el caso anterior, garantizando el derecho a la seguridad jurídica y el efecto vinculante, como por ejemplo una sentencia de acción extraordinaria de protección, sin olvidar que en esta acción puede tener otros tipos de efectos inclusive.

c) Efecto *inter comunis*

Este efecto permite beneficiar a terceros que no han sido parte del proceso existen situaciones comunes con los accionantes de una acción.

d) Efecto de cosas inconstitucionales

Es la adopción de políticas o programas que benefician a personas que no han interpuesto la acción, por ejemplo, puede ampararse de los programas de los derechos a mujeres embarazadas y lactantes de la sentencia Nro. 3-9-JP/20.

c) Efecto *erga omnes*

El producto del control abstracto de constitucional como en acciones de inconstitucionalidad, control constitucional de enmiendas, reformas y cambios constitucionales, el control constitucional de estados de excepción y otras, por regla general tiene efecto erga omnes de acuerdo al artículo 96 numeral 4 de la LOGJCC, significa que es para todos con alcance general, empero en la acción extraordinaria

de protección la Corte Constitucional puede desarrollar reglas jurisprudenciales con efecto erga omnes.

Así, en la Sentencia Nro. 001-10-PJO-CC, indica los efectos de las sentencias del proceso de selección y revisión: a) Si la Corte dicta jurisprudencia vinculante a través del caso seleccionado el efecto es erga omnes. b) Al seleccionar el caso y revisar encuentra violación de derechos constitucionales, el efecto de la sentencia es inter partes, inter pares o *inter comunis*. Posterior la Corte Constitucional en sentencia Nro. 001-12-PJO-CC indica que los efectos de esa sentencia es inter pares al existir varios casos similares en conocimiento de la Corte Constitucional.

4.3.4 SENTENCIAS PRODUCTO DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Constitución ecuatoriana del 2008 como se ha abordado anteriormente significó un paso de avance con respecto a su predecesora del año 1998, específicamente en lo referente al sistema de garantías constitucionales, pues anteriormente era mucho más simple, teniendo en consideración que reconocía únicamente 3 mecanismos de protección de derechos, denominados Habeas Corpus, Habeas Data y Acción de amparo. Es así que en el 2008 con la nueva Ley Fundamental del 2008 se asumieron nuevos retos en materia de protección de derechos incluyéndose nuevas garantías constitucionales como la Acción extraordinaria de protección, acción por incumplimiento entre otras, consolidándose así el criterio de que en la medida en la que el Estado sea capaz de proveer mecanismos que garanticen los derechos fundamentales estará siendo o cumpliendo con sus funciones como Estado constitucional de derechos.

Esta reformulación constitucional por llamarlo de algún modo, abrió la puerta a nuevos escenarios en virtud de la protección de los derechos. Respecto a este cambio de atribuciones de la Corte Constitucional, autores como Grijalva (2009) han indicado que:

La Carta de 2008 elimina la competencia del Tribunal o Corte Constitucional para conocer las apelaciones de procesos de garantías (amparo o acción de protección, hábeas corpus, hábeas data, etc.) y hace de la Corte

Constitucional fundamentalmente una Corte para generar jurisprudencia vinculante. (p. 282)

En este sentido la Corte adquiere una facultad de una importancia extraordinaria y que hasta ese momento era inexistente en nuestro ordenamiento jurídico: generar jurisprudencia vinculante en materia de garantías constitucionales, conforme lo determina lo indica el ya referenciado artículo 436 numeral 6 de la Constitución:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Esta nueva facultad de la Corte se constituye en sí misma como fuente de derecho y de ahí deviene precisamente su importancia, pues estos fallos emanados del proceso de selección y revisión de la Corte Constitucional pasan a ser de directa e inmediata aplicación a los casos determinados como análogos a estos razonamientos. Esto resolvía un problema que se había evidenciado en el anterior Tribunal Constitucional, que al verse imposibilitado de la creación de estos precedentes en muchas ocasiones resolvía casos análogos de manera contradictoria y esto vulneraba el principio de igualdad y de seguridad jurídica de las personas. Ante estos inconvenientes se hacía necesario que la Corte tuviera la posibilidad de dictar jurisprudencia vinculante que permitiera la resolución de casos fácticamente similares. La autora Aguirre (2013) acertadamente define el objeto de esta facultad al indicar que:

Mediante 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 los derechos y cómo ejercerlos. (p. 87)

En este sentido la Corte creaba derecho a través de sus fallos en procesos de selección y revisión de casos, o lo que es lo mismo dictaba precedentes vinculantes, no es otra cosa que la incorporación a las normas objetivas al ordenamiento jurídico conlleva que el mismo tenga como elementos esenciales su

carácter general, es decir que no tiene un destinatario específico sino que es aplicable a todas las personas en situaciones fácticas análogas, y por otro lado la universalidad en lo referente a que sus consecuencias se aplican a todos los individuos sin excepción.

Esta facultad cobra mayor validez en el caso específico de Ecuador si se analiza que la facultad de atender o sustanciar garantías jurisdiccionales en nuestro sistema jurídico es de todos los jueces en primera instancia, sin crear o establecer una jurisdicción especializada en materia constitucional en estos niveles inferiores. Por esta razón es necesario que la Corte Constitucional revise y seleccione casos para crear a través de los precedentes jurisprudenciales directrices claras en la manera de aplicar y ejecutar las garantías constitucionales y evitar así vulneraciones de derechos.

4.3.4.1 Características de las sentencias emanadas del procedimiento de selección y revisión de la Corte Constitucional

Los procesos de selección y revisión tienen como objetivo principal la unificación de la jurisprudencia constitucional en relación con la aplicación que realizan los jueces de instancia las disposiciones constitucionales y consecuentemente tutelan derechos subjetivos, permitiendo la armonización de la doctrina constitucional y vinculan a casos similares posteriores.

De acuerdo a Suárez (2015), encontramos como características de las sentencias producto de selección y revisión las siguientes:

Son generales no poseen un destinatario en específico.

Son universales aplicable todos sin distinción.

Permanencia al ser empleadas como línea jurisprudencial en varias decisiones.

Requiere de un acto posterior para ser efectivas o ejecutables por sí solas no los son.

Según las características brindadas por el autor se debe entender que estas sentencias o decisiones de la Corte constitucional se configuran con fuerza de ley

por lo tanto tienen un carácter general como se indicaba y serán aplicables a todas las personas, al mismo tiempo que no hacen referencia a características específicas de los destinatarios. Se entiende además que no son temporales, sino que al convertirse en jurisprudencia vinculante será prolongada en el tiempo su aplicación a casos análogos, aunque en este sentido se debe hacer la salvedad de que la propia Corte constitucional se puede apartar del precedente dictado solo cuando de manera motivada y argumentada justifique tal decisión.

Otro tema que es necesario abordar cuando hablamos de las sentencias resultantes de este proceso de revisión y selección de la Corte Constitucional, es establecer cuáles son las sentencias o fallos que son susceptibles de este procedimiento de revisión y selección. En este punto lo primero que se debe dejar claro es que en el sistema jurídico ecuatoriano tanto la ley ordinaria como la Constitución establecen que esta competencia de la Corte Constitucional es aplicable directa y únicamente frente a las sentencias de garantías jurisdiccionales de protección de derechos. En virtud de ello se puede decir que otra característica de las sentencias de este proceso de revisión y selección es que solo se va a referir a fallos de garantías jurisdiccionales, y no a otros temas como materia penal, civil o de otra índole.

En este orden de ideas y si se analizan las características antes abordadas de estos fallos, es evidente que el objeto del sistema de selección y revisión de sentencias como facultad de la Corte Constitucional, se centra en la creación de precedentes jurisprudenciales respecto de las garantías constitucionales. En virtud de ello busca el fortalecimiento de la jurisprudencia constitucional en temas de garantías jurisdiccionales, para que los jueces apliquen e interpreten de forma correcta estos mecanismos de defensa de los derechos.

4.3.4.2 Ámbito y parámetros aplicables para el proceso de selección y revisión de casos

En este punto se debe definir a detalle que como se explicó anteriormente este proceso de selección y revisión de casos tiene un ámbito de aplicación específico, toda vez que únicamente pueden ser seleccionadas las sentencias que son el

producto de garantías jurisdiccionales, conforme determina los artículos 86 numeral 5 de la Constitución y 25 numeral 1 de la LOGJCC, que han sido conocidas por un juez ordinario de primera instancia y de apelación por la Corte Provincial.

Ahora bien, la selección y revisión de sentencias es una facultad oficiosa de la Corte Constitucional, que tiene por propósito el desarrollo de jurisprudencia vinculante sobre el alcance de las garantías jurisdiccionales, a partir de la selección de un caso en concreto. Es decir, es un mecanismo que permite a la Corte Constitucional la generación de precedentes a partir de problemas jurídicos concretos que han sido resueltos por los jueces de instancia.

Los procesos de selección y revisión es una selección de casos de garantías jurisdiccionales que cumplen con parámetros de relevancia constitucional determinados y una vez seleccionados mediante auto pasan a revisión, configurándose la potestad de crear precedentes obligatorios de garantías jurisdiccionales que no son conocidas de forma directa por la Corte Constitucional como son, acciones de protección, habeas corpus, habeas data, acceso a la información pública. Este escenario garantiza el modelo constitucional elegido por el constituyente, en este sentido, en sentencia Nro. 001-10-PJO-CC (2010), expone:

Tres son los efectos esenciales que trae consigo el Estado Constitucional, y que, en un alto grado, su eficacia descansa en las labores que deben desempeñar las Salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional:

- a) El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales;
- b) El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y
- c) La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales. (p.6)

Estas características son los que efectivizan a un estado constitucional de derechos actual, sin ataduras formalistas, en beneficio del desarrollo y tutela de los derechos humanos. Para garantizar la protección de derechos las salas de selección y revisión según sentencia 001-10-PJO-CC (2010), expone:

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. (...)

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. (p.8)

Si bien, conceptualmente, este mecanismo de la Corte Constitucional no es una suerte de tercera instancia en materia de garantías jurisdiccionales; ni tampoco un mecanismo legislativo; la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional se ha decantado en señalar que, en caso de evidenciarse una grave vulneración de derechos en el caso concreto, dicho organismo puede abrir el proceso y declara la vulneración de derechos disponer su reparación integral, creando un acápite en la sentencia antes referida de revisión de casos. Es decir, en este escenario; al menos en teoría excepcional; se revisa el fondo del asunto controvertido, generando efecto *inter partes*, *inter pares* e *inter comunis*.

Evidentemente, para que la Corte Constitucional pueda seleccionar una sentencia y revisarla, es necesario que ésta no sea susceptible de modificación alguna, es decir, que adquiera la calidad de cosa juzgada material, esto es, que sea inmutable. De lo contrario, la Corte Constitucional no podría seleccionar la decisión jurisdiccional, pues es un sinsentido revisar un fallo que puede ser modificado o revocado dentro del mismo proceso o en uno diferente.

Para concluir el análisis del ámbito de aplicación de esta facultad de la Corte es perentorio también hacer referencia a que en ocasiones la misma ha invadido la competencia de la esfera legislativa, lo cual claramente desnaturaliza el objeto real de esta facultad. Ejemplo de ello se puede hacer referencia a la Sentencia revisada 159-11-JH/19, la misma declara la inaplicabilidad del numeral 6, artículo 25 de la

LOGJCC, que establece el plazo máximo de 40 días para seleccionar una sentencia. La Corte explicó al respecto que:

La LOGJCC estable el término de tres días para el envío de la sentencia ejecutoriada a la Corte Constitucional por parte de los jueces que han conocido la garantía institucional (artículo 25.1), el término para que las sentencias escogidas por la Sala de Selección puedan ser revisadas (artículo 25.6), el término de cuarenta días para la expedición de la sentencia (artículo 25.8). Cada uno de estos términos señalados han sido de imposible cumplimiento por la cantidad de causas que conocen los jueces y tribunales de instancia, por la cantidad de causas que llegan a la Corte y que se deben analizar individualmente, por la complejidad de muchas causas que requieren un profundo estudio y por la carga procesal que tiene la Corte con relación a las otras competencias. Estos términos responden a una regulación legislativa ajena a la realidad procesal y que hacen que sea necesario que la Corte pueda pronunciarse, por su relevancia en el desarrollo de los derechos, sobre cada caso seleccionado para revisión. Estimó que los términos responden a una realidad legislativa ajena a la realidad procesal. (parr. 9)

Con respecto a esta decisión de la Corte y específicamente en lo relacionado al ámbito de aplicación de este proceso de revisión es necesario hacer referencia a cómo en ocasiones invade competencias, en mayor medida la legislativa. Se puede indicar que decisiones como la anteriormente referenciada dan cavidad para que en el futuro se declare la inaplicabilidad de otras normas que a entender de la Corte no resulten adecuadas, atendiendo específicamente al juicio de valor de los jueces, sin reflexionar si efectivamente son o no constitucionales.

En virtud de ello, lo más cuestionable de esta decisión de la Corte en un proceso de selección y revisión de casos es que la persistencia de las decisiones constitucionales sea relativa, pues atendiendo a esta última posición adoptada por la Corte todas las decisiones constitucionales podrán ser revisadas, a lo que se suma los interminables términos procesales de estos procesos, lo que genera por consiguiente inseguridad jurídica.

4.3.4.3 Procedimiento de selección y revisión

Remitida la sentencia ejecutoriada a la Corte Constitucional, es recibida en la Secretaría General, es asignado un número correspondiente al orden de llegada, el año y el tipo de acción, una vez rotulado por el área de Documentología de la Secretaría General es enviado a la Secretaría Técnica Jurisdiccional y mediante la

Coordinación Técnica de Selección, analizan cada expediente creando una ficha técnica y redactan un informe jurídico, para conocimiento de los jueces constitucionales, la Sala de Selección en el término de 20 días puede seleccionar o no, transcurrido dicho término en caso de no hacerlo estaría excluida la sentencia, si el caso es seleccionado pasa a la Sala de Revisión y en caso de no ser seleccionada la Sala de Selección remite a la Secretaría General para el archivo.

La Sala de selección está conformada por tres jueces titulares y tres alternos, mediante sorteo del pleno del organismo preceptuado en el artículo 25 del RSPCCC. En caso de ser seleccionado por la Sala de Selección emiten una ficha de sentencias con datos generales como: tipo de acción, número de expediente, judicatura de procedencia, hechos relevantes como la situación fáctica y la decisión adoptada en la unidad de origen, es decir, el problema constitucional resuelto por el juez *aquo*, las razones por las cuales la Corte Constitucional analiza el caso y argumentos de relevancia constitucional. Dentro de la función oficiosa de la Corte Constitucional puede también la Defensoría del Pueblo o cualquier juez de la Corte Constitucional solicitar la selección de sentencia cuando cumpla los requisitos determinados en el numeral 4 del artículo 25 de la LOGJCC.

Posteriormente pasa a la Sala de Revisión conformada por tres jueces uno de ellos es el ponente quien presenta un proyecto de sentencia en el término de 5 días, una vez aprobado es remitido a la Secretaría General y posterior envío al Pleno de la Corte Constitucional y en el término de 20 días emiten sentencia definitiva con efecto *erga omnes* y la decisión es remitida al juez de instancia para notificación a las partes procesales y su cumplimiento.

La elaboración del precedente requiere la identificación de la interpretación de las fuentes de derecho o de la interpretación de la *ratio decidendi*, más el caso en concreto, en consecuencia, el precedente puede ser de origen cuando no existen sentencias anteriores o derivado cuando existen sentencias anteriores.

La Sala elabora el problema o problemas jurídicos a partir del caso en concreto en cómo afectaría a un derecho o derechos constitucionales, si existen o no precedentes anteriores y que principios o derechos se relacionan con los problemas constitucionales, la decisión debe contener el pensamiento jurídico de la Corte

Constitucional, fundamentación de los efectos del precedente y reparación integral de derechos vulnerados si fuese el caso, el precedente debe constar al final de la sentencia.

Los procesos de selección y revisión permiten reparaciones integrales de derechos subjetivos cuando exista vulneración de derechos de forma excepcional y la figura de cosa juzgada sería relativa y se configuraría en una garantía diferente, figura que en un Estado constitucional de derechos y justicia se vería afectado en el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso.

Todas estas sentencias, que pasan por el tamiz; por así decirlo; de la selección y revisión son vinculantes, esto significa simplemente que es de cumplimiento obligatorio. En sentido amplio, toda sentencia es vinculante, y de obligatorio acatamiento; no obstante, las diferencias de las sentencias de un juez ordinario o constitucional *a quo* o *ad quem* con las de la Corte Constitucional versan en sus efectos o alcances; es decir, para quién o quiénes es vinculante.

La Corte Constitucional con el nuevo rol asignado con la Constitución de la República del 2008 el cual fue inutilizado con la Corte Constitucional para el periodo de transición, inicia con la sentencia Nro. 001-10-PJO-CC, en la cual tenía un efecto erga omnes y regula el recurso de apelación por parte de los jueces al estar impedido de calificar dicho recurso, la obligación de subsanar omisiones y aplicar el principio *iura novit curia*. En línea cronológica está la sentencia Nro. 001-12-PJO-CC jurisprudencia constitucional vinculante al unificar la línea jurisprudencial respecto a casos de identidad objetiva, al indicar que la jurisprudencia que no sea vinculante conforme al artículo 436 numeral 6 de la Constitución es jurisprudencia indicativa no es obligatoria en sentido horizontal y vertical, situación errada. En el año 2014 mediante sentencia 001-14-PJO-CC, la Corte Constitucional se pronuncia referente a una acción de habeas data puntualizando que la representación legal se justifica con los documentos que ley únicamente indica, además, realiza una distinción de términos entre información y datos.

En el año 2016, la Corte Constitucional mediante sentencia Nro. 001-16-PJO-CC (2016), indicó “Vale destacar que la jurisprudencia identificada corresponde a sentencias de jurisprudencia vinculante, así como a sentencias emitidas dentro de

las acciones constitucionales que conoce la Corte Constitucional, sobre la base de que todos los criterios de la Corte Constitucional son vinculantes” (p.6). Ratificó que el artículo 436 numeral 1 del Constitución de la República, todas las sentencias dictadas por aquel órgano son vinculantes, considerando que desde el año 2008 fue obviada e ignorada por parte de la misma Corte.

4.3.4.4 Reglas Jurisprudenciales

El precedente como producto notable a seguir son las reglas jurisprudenciales con rasgos formalistas, por ello se entiende al precedente como la *ratio decidendi* que se encuentra en la *decisum*, tomando en cuenta que no todas las sentencias tienen reglas jurisprudenciales, incluyendo en algunas de ellas sanción a jueces que inobservaron el precedente como en el caso Nro. 0063-10-IS.

No es posible decir, si una sentencia de la Corte Constitucional no contiene reglas jurisprudenciales como parte de la *decisum* no es precedente, por cuanto todas son vinculantes, en concordancia con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) en el artículo 3 establece la obligatoriedad del precedente constitucional garantizado el respeto al mismo.

Las reglas jurisprudenciales requieren de una conexión como afirma Aguirre (2019) entre la aplicación del derecho constitucional y un derecho de origen legislado, la doctrina del precedente posee dos visiones, una formalista que aplica de forma estricta el precedente o *ratio decidendi* que son los argumentos centrales de la decisión; y una visión contraria des formalizada o antiformalista con un análisis más complejo, descomponer el fallo a partir de los hechos y llegar a los argumentos de la decisión, deslumbrar la *ratio decidenci* y aplicar las técnicas de *distinguish* y *overruling*.

En este sentido Taruffo (2007) expresa:

El precedente provee una regla – susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. (p. 88)

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se instauró como fuente de derecho el derecho constitucional el cual ha sido citado en sentencia por jueces de instancia y los abogados litigantes como fundamento de las pretensiones en una contienda legal, adquiriendo un carácter universal.

4.3.4.5 Efectos de sentencias de garantías constitucionales emitidas por la Corte Constitucional

Conforme determina la Constitución de la República, existen seis garantías jurisdiccionales, cuatro ordinarias y dos extraordinarias, las ordinarias son: la acción de protección (artículo 88 CRE); la acción de Hábeas Corpus (artículos 89 y 90); la acción de Acceso a la Información Pública (artículo 91), y la acción de Hábeas Data (artículo 92); se llaman ordinarias porque se presentan ante los jueces de la justicia ordinaria; las garantías jurisdiccionales extraordinarias, son: la acción por Incumplimiento (artículo 93); y, la acción Extraordinaria de Protección (artículo 94), y se llama extraordinaria porque se presentan ante la Corte Constitucional.

Entiéndase en cambio que la Acción de Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes Constitucionales establecido en la Constitución del 2008, no es aparentemente una garantía jurisdiccional, pues la acción por incumplimiento, como garantía jurisdiccional está regulada en el artículo 93 CRE y 52 a 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; mientras que, el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales, está regulado en los artículos 162 al 165 de la LOGJCC.

Los fallos en cuanto a los tres tipos de garantías de conocimiento de la Corte Constitucional; para el caso la acción por incumplimiento, de incumplimiento y extraordinaria de protección; constituyen precedente vinculante para el caso en concreto con efecto inter pares.

Al manifestar supra, que todas las sentencias tienen el carácter de vinculantes, se debe determinar el alcance de estas. Con esto, se puede apreciar que una sentencia por una garantía jurisdiccional es vinculante de acuerdo a los efectos que tenga la misma. Es así que, la Corte Constitucional en sentencia Nro. 001-10-PJO-CC (2010) expresa: “Se insiste: el efecto inter partes para las garantías es la regla

general, pero pueden existir excepciones a la misma” (p. 9). Por tal circunstancia el efecto de las garantías es inter partes, contemplando la posibilidad de poseer un carácter diferente indicada en aquella.

Ahora, cuando adquiere la calidad de jurisprudencia, en términos simples podemos afirmar que es cuando no se refiere a una sentencia como tal, sino a un conjunto de sentencias que van a conjugar, elementos fácticos, normativos y conceptuales, diferencia del precedente que un solo pronunciamiento es suficiente.

4.3.4.6 Análisis de la Acción Extraordinaria de Protección

Si una sentencia ha sido impugnada vía acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional no podría ni debería seleccionar dicha decisión jurisdiccional mientras no concurren los siguientes presupuestos: (i) que la acción extraordinaria de protección sea inadmitida o (ii) que la acción extraordinaria de protección sea rechazada por improcedente.

La inadmisión se trata de una posición que se dispone ante aquellos casos sobre los que no cabe dar paso a la sustanciación, debido a condiciones formales que se muestran en el desarrollo o presentación de la demanda, lo que obliga a un tribunal a rechazar lo propuesto en una demanda.

Según Hernández, R (2009), determina que “la Corte Constitucional inadmite la demanda por considerar equivocada su desestimación, con lo que se produce un juicio de fondo anticipado” (p. 197). Por lo que la improcedencia se refiere a la falta de oportunidad cuando la acción no se ajusta a derecho, es decir no cuenta con la fundamentación suficiente en la interposición de la demanda.

De igual manera Figueroa (2010), indica que la “inadmisión en carácter positivo consiste en la simple concurrencia de los elementos procesales que permite entrar en conocimiento de un asunto” (p.279). Es decir que las condiciones que cumplan condiciones de fondo y acredite una posible vulneración de derechos constitucionales será admitida a trámite. Además, es importante determinar que la admisibilidad o la inadmisibilidad se encuentran vinculado a la concurrencia de los

requisitos formales previos que deben cumplir de manera obligatoria con el objeto de dar trámite a una determinada pretensión.

Consiguientemente de acuerdo al análisis de Auto de inadmisión Nro. 9-20-EP, la inadmisión de la Acción Extraordinaria de Protección establece un tratamiento diferente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a la admisibilidad de las garantías jurisprudenciales ordinarias (acción de protección, habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública), la inadmisión es percibida como una cuestión excepcional, pues la verificación de los aspectos sustanciales, deben ser despejados necesariamente en la sustanciación de la causa y la evaluación de las pruebas de manera que forme la convicción del juez.

Por lo que, a la Sala de Admisión le corresponde revisar que la demanda de Acción Extraordinaria de Protección cumpla con los requisitos de fondo los cuales pasarán a ser objeto de análisis conforme lo determinado por la LOGJCC, lo que implica que los actores expongan de manera clara el más elemental de los presupuestos que configuran la esencia misma de una acción constitucional, que es el amparo de los derechos consagrados en la Constitución de 2008.

En el caso que una acción extraordinaria de protección haya sido admitida a trámite, automáticamente la Corte Constitucional se encuentra impedida de seleccionar la decisión o decisiones jurisdiccionales cuestionadas, pues estas potencialmente pueden sufrir modificaciones. Lo dicho, pues mediante acción extraordinaria de protección la Corte Constitucional podría: (i) dejar sin efecto la decisión o decisiones impugnadas y ordenar que se vuelva a resolver la controversia, o, (ii) dictar una sentencia de mérito en reemplazo de la que dictaron los jueces que resolvieron la dicha garantía jurisdiccional.

En este contexto la admisión a trámite de una demanda de acción extraordinaria de protección debe tener una carga argumentativa clara y suficiente, que cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 59, 61 y 62 de la LOGJCC, así como también obviar pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el mismo punto de derecho.

La admisión de la demanda se establece por la procedencia de la admisibilidad de la Acción Extraordinaria de Protección, en la medida que percibe la necesidad de recoger argumentos básicos sobre los aspectos sustanciales que configuran las garantías, es decir la calidad en la que comparece el accionante, la constancia de ejecutoriedad del auto o sentencia y el agotamiento de recursos, así como la determinación de la judicatura, sala o tribunal que vulneró los derechos objeto básico de la admisibilidad.

En este aspecto realizamos un análisis del Auto de admisión del caso N° 3059-19-EP, en el que podemos observar la posibilidad de corregir la inobservancia de precedentes de la Corte relacionados con la existencia de un *stare decisis* horizontal, es decir existe cuando dicha obligatoriedad lo es respecto a las decisiones de otro juez del mismo nivel.

La Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia que revocó en todas sus partes la sentencia subida en grado y rechazó la Acción de Protección planteado por el accionante alegó que se vulneró sus derechos al debido proceso y a la garantía de la motivación y la seguridad jurídica. La Sala de admisión de la Corte Constitucional consideró que la demanda contiene un argumento claro y que el caso es relevante para la justicia constitucional porque permite corregir la inobservancia de precedentes relacionados con la existencia de *stare decisis* horizontal.

Según Sosa (2012), determina que “los parámetros que es verificado por la Sala de Admisión corresponden a la carga argumentativa de la demanda, también denominados requisitos de fondo” (p.9), los cuales pasarán a ser objetos de análisis conforme lo determina Fernández, G (2005) como son los siguientes:

[...] el elemento de fondo a ser verificado indica que el ejercicio de fundamentación debe concentrarse en torno al derecho violentado y su relación directa e inmediata por acción u omisión de la autoridad judicial, este requisito hace que el actor exponga de manera clara el más elemental de los presupuestos que configura la esencia de una acción constitucional. (p.25)

El carácter extraordinario de la Acción Extraordinaria de Protección hace que los argumentos permitan atribuirle la vulneración de los derechos al acto judicial recurrido con el fin de direccionar la reparación de un derecho vulnerado.

Además, se debe observarse el mandato de justificar argumentadamente la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión conforme lo determina la LOGJCC, en su artículo 62 numeral 2. Aquí se configura una carga demostrativa para el accionante, que permite vincular la aparente violación de un derecho constitucional.

4.4. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR FRENTE AL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

4.4.1. DEFINICIÓN Y ANÁLISIS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

La seguridad jurídica puede entenderse desde cuatro puntos de vista distintos: como garantía, principio, valor y derecho. Estos puntos de vista son complementarios y se encuentran desarrollados en la doctrina y, en algunos casos, en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional del Ecuador. Considerándola como una garantía, Gordillo (2015), parte de un concepto etimológico y afirma que el término “seguridad” procede de la expresión latina *securus* que puede entenderse como:

[...] estar seguros de algo y libre de cuidados, por consiguiente, la seguridad jurídica es la garantía que el Estado como valor o atributo esencial brinda al ser social, de que su persona, sus bienes y derechos no serán vulnerados y que en caso de hacerlo le serán protegidos y reparados en la certeza de que su situación jurídica no será modificada sino a través de los procedimientos legalmente previstos. (p. 418)

Sin duda la seguridad jurídica se manifiesta a través de la estabilidad dentro de un ordenamiento jurídico que fomente la certeza y la confianza en lo referente a su sistema de justicia, sin que tengan lugar arbitrariedades ni un uso extralimitado de las normas por parte de los operadores de justicia. Por lo que, esta concepción de seguridad jurídica se ha ido construyendo como mecanismo para conseguir la legitimación del derecho. Autores como García, R (2007) al respecto han indicado que:

La idea de seguridad jurídica aglutina buena parte de la historia de esfuerzos por legitimar el poder político ejercido mediante el derecho (...) los modelos

de legitimación jurídica sirven en última instancia a la labor de justificación del deber de obediencia al derecho, de manera que la función histórica de la teoría de la seguridad jurídica ha sido la de servir como razón justificativa de tal deber. (p. 15)

Siendo así, la seguridad jurídica se configura como un derecho inherente a las personas y se construye a través del convencimiento de que, lo determinado por las normas garantiza la protección del individuo, así también el cumplimiento de las mismas. Aunque en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano la seguridad jurídica en un derecho consagrado, se debe analizar también como principio y todo lo que ello implica, a decir de autores como Romero (2012):

La seguridad jurídica es aquel principio por el cual el actuar de los poderes públicos debe contener y ostentar una regularidad o conformidad a derecho, de tal manera que se obtenga previsibilidad en la actuación, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. La previsibilidad, entonces, permite otorgar a los particulares cierto grado de certeza respecto del actuar del poder, es decir, permite tener cierta seguridad respecto del actuar de la autoridad en su sometimiento y cumplimiento a la ley. (p. 227)

Otros autores como López, J (2011) también han conceptualizado su dimensión principialista considerando a la seguridad jurídica al indicar que, surge como una de las principales conquistas intelectuales de la revolución francesa (aunque ya haya rezagos de su existencia dentro del derecho romano) ya que *“representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público”* (p. 123), por ello, posee una estrecha relación con el principio de publicidad normativa que obliga a que toda norma expedida por el legislador o por quien posea capacidad legislativa sea convenientemente difundida a fin de asegurar que el mayor número posible de habitantes del Estado la conozcan, para García, A (2018), puesto que *“el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento”*.

Ávila, L (2012), indica que los principios de seguridad jurídica y de legalidad *“derivan directamente del principio mayor o principio superior del Estado de Derecho”* (p. 20), en este sentido, se encuentran estrechamente relacionadas con la potestad coercitiva del Estado ya que sus instituciones solo pueden emplear la potestad sancionatoria, coercitiva o coactiva, e incluso a tomar cualquier tipo de decisiones, luego de cumplir con el procedimiento previsto en la ley para el efecto

Gallego (2012), lo cual incluso se relaciona con la garantía de motivación. León (2012) va más allá al afirmar que “la seguridad jurídica es un principio del *ius Gentium*” que solo es aplicable en los regímenes democráticos que se amparan en el *imperium* de la ley, en efecto para Ossorio (2000):

Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. A su vez la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la seguridad jurídica solo se logra en los Estado de Derecho, porque, en los de régimen autocrático y totalitario, las personas siempre están sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder. (p.906)

Los principios obligan a hacer algo en la mayor medida de lo posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso concreto Alexy (1993), determina “son normas téticas que establecen un mandato de maximización, normalmente constan en el plano constitucional y que tienen carente de hipótesis y de obligación concreta” (p. 24), en este sentido la seguridad jurídica es uno de los pilares más importantes del Estado que obliga a que la norma se aplique en su tenor literal, lo que la relaciona directamente con las técnicas de interpretación y con la argumentación jurídica como herramientas privilegiadas para su aplicación en cada caso concreto.

En efecto, Guastini (2015), afirma que “la interpretación es el presupuesto necesario para la aplicación de la norma” (p. 18) lo que significa que la seguridad jurídica, en cuanto principio, no puede aplicarse por sí misma, sino únicamente mediante esta herramienta; esto trae como consecuencia el problema de la existencia de cientos de posibles interpretaciones siendo aplicables solo las que se adaptan a la Norma Suprema en su integridad, para lo cual ha sido necesario desarrollar los precedentes jurisprudenciales.

Considerándola como un valor, la seguridad jurídica parece originarse en la antigua Grecia, para el autor Álvarez (2009), menciona que Sócrates ya sostenía “la obligación del hombre de obedecer las leyes, al nacer, crecer y permanecer en la ciudad” (p. 185), de este modo, no es vista como una consecuencia de la existencia de las leyes (que parece ser la tendencia al considerarla como una garantía o como un principio), sino como presupuesto para la aplicación del ordenamiento jurídico,

enfoque que nos remite al contrato social como pacto para la convivencia, así para Aramayo (2015), “en cuyas cláusulas debe constar un seguro que permita a los contratantes presentar reclamos a fin de sancionar al infractor de la ley”(p. 57). Además, para Pérez, L (2000) expresa:

La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva. (p. 28)

Por esta razón, García, M (2002), en su clasificación de los valores jurídicos, considera que la seguridad jurídica, la justicia y el bien común son los tres valores jurídicos fundamentales. En este mismo sentido, Von Ihering (1974) manifiesta que la seguridad jurídica puede presentarse como valor, siempre que los postulados normativos vayan encaminados a luchar por la justicia, la paz y la seguridad, pero si la norma se desvía de estos fines, la seguridad jurídica se convierte en antivalor. Además, si consideramos que la Norma Suprema contiene los fines del Estado. Para Aldana (2017), el cumplimiento social de este valor es “ineludible para el logro de los fines constitucionales” (p. 26).

Carbonell (2018), también considera a la seguridad jurídica como un valor y afirma que este se puede comprender y estructurar a través de seis principios: la adecuada promulgación de la norma general (o el principio de publicidad normativa) y su oportuna difusión a través del uso de las redes sociales, internet y medios de comunicación; claridad y comprensibilidad, que se relaciona con las técnicas de producción legislativas; plena regulación, es decir, que se eviten las lagunas e imperfecciones realizando un trabajo cuidadoso; la reserva de ley, es decir, que solo el legislador, como representante popular, puede regularlas; la irretroactividad de las normas; y, la estabilidad del ordenamiento jurídico en el tiempo, que impide la continua reforma de las mismas.

A pesar de las ventajas que posee abordar la seguridad jurídica desde este punto de vista, Ordóñez (2009), cree que “existe una propensión a interpretar este valor “seguridad jurídica” como sinónimo de inmovilidad del Derecho, lo cual puede

afectar otros valores como la justicia y el bien común” (p.4) actitud que ya fue la tónica en Ecuador y en otros muchos estados latinoamericanos hasta la introducción del neoconstitucionalismo.

Finalmente, la mayoría de países occidentales considera a la seguridad jurídica como un derecho; en el caso ecuatoriano, la Constitución, en el artículo 82 indica que el mismo: “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Esta disposición de la Norma Suprema se puede dividir en dos partes: La primera, hace referencia al respeto a la Constitución y, la segunda, trata del cumplimiento del resto del ordenamiento jurídico del Estado. Esta forma de concebir este derecho implica que no se puede respetar la ley si antes no se ha respetado la Constitución o, dicho de otra forma, el autor León (2012), manifiesta “la única norma que se puede respetar es aquella que se encuentre acorde con el texto integral de la Norma *normarum*” (p. 231). En efecto, siguiendo la teoría de Kelsen (2011) la Constitución:

[...] representa el escalón superior del derecho positivo. Su función esencial es la de regular los órganos y el procedimiento para la creación del derecho que tenga un carácter general, o sea, la de regular la actividad legislativa. Puede prever asimismo el contenido de las futuras leyes, y de hecho las constituciones positivas lo hacen con no escasa frecuencia al imponer o prohibir determinados contenidos. (p. 91)

El Ecuador, al ser un estado constitucional, de derechos y justicia, coloca a la norma de normas por encima de cualquier disposición normativa, con la excepción estipulada en el inciso dos del artículo 424 de la Constitución que indica que “los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) Por ello, para Oyarte (2015) al elaborar una ley se debe tener presente la adecuación por la forma (procedimiento de creación) y por el fondo (contenido armónico) de las normas inferiores a los dispuesto en la Carta magna

La segunda parte del artículo *in commento* hace referencia a la observancia de las normas dictadas por quienes tienen potestad legislativa (función legislativa),

reglamentaria (función ejecutiva) o regulatoria (otras funciones e instituciones del Estado), ya que todas estas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico del Estado según lo expresa el artículo 425 de la Constitución:

Art. 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. (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

La segunda parte del artículo 82 de la Norma Suprema también indica que las únicas normas jurídicas que se deberían respetarse son aquellas que reúnen todos los siguientes requisitos: “previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008). Las normas previas de acuerdo a Gordón y Macas (2014) menciona que son aquellas que existían previo al surgimiento de actos jurídicamente relevantes; la claridad hace referencia a la sencillez con la que debe estar redactada la norma, sin tecnicismos que vuelvan compleja su comprensión y en un lenguaje comprensible para todos los ciudadanos pues son los destinatarios de la misma; la publicidad, según el artículo 5, inciso uno del Código Civil, implica que “La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho registro” (Congreso Nacional del Ecuador, 2005).

Blacio (2014), indica que la norma sea aplicada por las autoridades competentes hace relación entre los contenidos normativos y la regla de la competencia material, misma que se desprende de la potestad jurisdiccional. En efecto, los jueces y cualquier autoridad que posee algún tipo de jurisdicción se encuentren impedidos de aplicar normativa diferente a la materia sobre la que ejercen potestad, esto impide que un juez de lo penal declare el divorcio entre cónyuges, o que un juez de lo civil sentencie a pena privativa de libertad a una persona que ha sido hallada culpable del delito de violación, o que un juez de lo laboral declare la interdicción de un ciudadano ebrio consuetudinario.

Comentando este requisito de las normas Garrido (2010) señala que, aunque no sea frecuente que un juez se inmiscuya en el ámbito material de otro (con las salvedades debidamente estipuladas en la ley) es necesario aclarar que “si un juez dicta sentencia fuera de su competencia material esta no debe obedecerse, se tiene que impugnarla inmediatamente y se ha de pedir la expulsión del juez del poder judicial ya que su actuación simplemente es inexcusable” (p. 213).

Además de las características citadas anteriormente, la doctrina tradicional, especialmente en materia penal, hace referencia a algunas cualidades que debe tener la norma para que brinde seguridad jurídica, Muñoz (1975), expresa: “ley escrita, estricta y cierta” (p. 89), mismas que también son aplicables al resto de ramas del derecho ya que Ciuro (2019), menciona “las mismas certezas que recogen estos postulados brindan seguridad en otros ámbitos de la vida jurídica” (p. 178).

Como características, para Piqué (2013) distingue: La primera especifica que la ley, para ser aplicable, debe expresarse por escrito y rodeada de los requisitos y solemnidades propios de los documentos públicos; la segunda, indica que el contenido debe ser claro y preciso, prohibiendo la indeterminación; y, la tercera, afirma que la ley debe dar la certeza al ciudadano de las consecuencias jurídicas que tengan los actos jurídicos que realice.

La Corte Constitucional del Ecuador, a través de sus precedentes jurisprudenciales ha presentado nuevas definiciones y ha señalado nuevas precisiones sobre la aplicación de este derecho, por señalar algunas, la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 045-15-SEP-CC (2015) esta Corte Constitucional definió que la seguridad jurídica “consiste en la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho” (p. 9). Este derecho, recogiendo algunos puntos de vista analizados anteriormente en este trabajo, posee dos ámbitos de actuación: uno de certidumbre y otro de previsibilidad.

El primero se refiere a brindar certeza al individuo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad, y el segundo permite proteger legítimas expectativas respecto de cómo el derecho deberá ser aplicado e interpretado en el futuro. (p. 21)

Por mucho tiempo, al presentar una garantía jurisdiccional (acción de habeas corpus, acción de habeas data, acción de incumplimiento, acción por incumplimiento, acción de protección, acción extraordinaria de protección y acción de acceso a la información pública) entraba como argumento “de cajón” que tal o cual resolución vulneraba el derecho a la seguridad jurídica llegando al extremo que de varias demandas en la justicia constitucional se sustentaban solo en la presunta vulneración de este mandamiento constitucional La Corte Constitucional en sentencia Nro. 989-11-EP/19 (2019) define a la seguridad jurídica:

En general, del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitarla arbitrariedad. (párr. 20)

La Corte Constitucional en Sentencia Nro. 1763-12-EP/20 (2020) precisó que este derecho no puede exigirse por sí solo sino en conjunto con otros derechos constitucionales, en efecto:

[...] la sola inobservancia de normas legales no implica la vulneración del derecho a la seguridad jurídica [...] Así pues, para que se produzca una vulneración al derecho a la seguridad jurídica es necesario que las transgresiones normativas tengan una trascendencia constitucional consistente, sobre todo, en una afectación a uno o varios derechos constitucionales. (párr. 14.4 y 14.5)

Ahora bien, varios investigadores han detectado que en la actualidad la seguridad jurídica, como principio, valor, garantía y derecho, posee algunos problemas para su aplicación, entre los más relevantes se encuentran según Hernández, C (2017), la injerencia de la política dentro de la función judicial, a tal punto que el principio de independencia interna y externa parece más utópico que antes, asimismo conforme Rubio (2020) la falta de difusión de la norma jurídica en la era digital y la dificultad en la lectura de las leyes por el lenguaje arcaico y, en ciertos casos, excesivamente técnico

Clavijo (2015) desarrolla que los cambios continuos de regulación mediante reformas legislativas y jurisprudenciales, las lentas acciones y contradictorios precedentes jurisprudenciales de las altas cortes de justicia con cuya demora se

retarda la subsanación de la una norma atentatoria de derechos o cuyos fallos vinculantes se contradicen unos con otros.

Dentro del ordenamiento jurídico interno los elementos de la seguridad jurídica la Corte Constitucional en sentencia Nro.1357-13-EP/20 (2020) enumera los siguientes:

Esta Corte ha manifestado que la seguridad jurídica parte de tres elementos: confiabilidad, certeza y no arbitrariedad. La confiabilidad está garantizada con el proceso de generación de normas, es decir, la aplicación del principio de legalidad. En cuanto a la certeza, los particulares deben estar seguros de que las reglas de juego no sean alteradas, para lo que se debe contar con una legislación estable y coherente, así como un conjunto de normas que hagan valer sus derechos. Finalmente, debe evitarse una posible arbitrariedad por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales en la aplicación de preceptos legales. (párr. 52)

Al cumplir los requisitos de confiabilidad, certeza y no arbitrariedad buscan proteger un ordenamiento jurídico estable y previsible, el respeto no es únicamente a la aplicación de normas de carácter legislativo sino de parámetros constitucionales y jurisprudenciales cuando son empleados ante situaciones de arbitrariedad.

4.4.2. EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA

Como bien indica el propio texto constitucional, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. En virtud de alcanzar ese concepto de justicia se le ha otorgado a la Corte Constitucional la posibilidad de dictar precedentes vinculantes y al ser el órgano de cierre y máximo intérprete en materia constitucional. Siendo así tiene la obligación de velar por el cumplimiento de sus pronunciamientos, caso contrario los mismos carecerían de eficacia como se ha abordado en subtemas anteriores.

De igual manera se ha abordado el derecho constitucional a la seguridad jurídica, y su impacto directo precisamente en la confianza que el mismo significa en el sistema de justicia. Es así como se hace necesario establecer la relación directa que existe entre la correcta y adecuada aplicación de los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el derecho a la seguridad jurídica,

pues como bien ha señalado la propia Corte Constitucional en su sentencia No. 0016-13-SEP-CC “mediante un ejercicio de interpretación integral del texto constitucional se determina que el derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos”. De no realizar esta importante labor interpretativa, se estaría permitiendo la posibilidad de que se generen serias vulneraciones a este derecho a la seguridad jurídica.

Un tema que es perentorio analizar es que a la luz de la facultad de la Corte del artículo 436 numeral 6 es que la Corte Constitucional dicta jurisprudencia vinculante ejerciendo la competencia no solo a través de este proceso de revisión y selección de casos, sino que la propia Carta magna indica que los fallos emanados de otros procesos constitucionales se constituirán de igual forma con el mismo grado de vinculatoriedad, a pesar de que la misma Corte Constitucional, parecería que restringe esta facultad para la generación de jurisprudencia vinculante en materia de garantías jurisdiccionales de protección de derechos en la sentencia No. 001-10-PJO-CC, en la cual indica que “En cuanto a la construcción de problemas jurídicos, esta Corte Constitucional, considerando que la presente sentencia se constituye como fundadora de la competencia prevista en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución.”

Esto es un tema que a menudo se relaciona con el derecho a la seguridad jurídica, pues sin dudas no existirá certeza con respecto a que fallos la Corte va a aplicar de manera obligatoria cuando conozcan garantías jurisdiccionales. Si se revisa literalmente la norma constitucional en virtud de técnicas de redacción legislativa, cuando existen términos tan generales en la norma como lo es sin duda el que se refiere a “otros procesos constitucionales” según expone el 436. 6, evidentemente pueden generar este tipo de conflictos en su ámbito de aplicación y por consiguiente irradia directamente en el derecho constitucional a la seguridad jurídica.

4.4.3. ALEJAMIENTO ENTRE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA. ANÁLISIS DE SENTENCIAS 02-09-SAN-CC V/S 012-09-SEP-CC Y 001-10-PJO-CC V/S 045-11-SEP-CC, 001-16-PJO- CC

Como ha quedado claro las cortes pueden establecer dos criterios con respecto a los casos que se someten a su conocimiento, primero tenemos el que se refiere a la observancia del precedente o también conocido en la doctrina como *following*, que como su nombre lo indica es simplemente aplicar el precedente, y esta aplicación se realizará a la luz del análisis de las condiciones fácticas de un hecho específico, es decir la analogía entre casos resueltos con anterioridad. Ejemplo sobre este *following* u observancia entre precedentes hay muchos, sin embargo, se pueden citar sentencias como la Nro. 013-13-SEP-CC y la sentencia Nro. 102-13-SEP-CC, en la primera la Corte es enfática al establecer que:

“El juez constitucional está obligado a examinar la descripción de los hechos que ante él se exponen, así como las pretensiones del actor, y a verificar, si por sus características, el caso puede ser resuelto en relación con los derechos constitucionales posiblemente afectados y con la efectividad indispensable para su salvaguardia”. (p.7)

En el caso de la sentencia Nro. 102-13-SEP-CC, la Corte ratifica este criterio con respecto al rol del juez constitucional al indicar que:

En consecuencia, de lo dispuesto en la Constitución y en la ley, la obligación del juez de garantías constitucionales radica precisamente en sustanciar el proceso para que, una vez que se hallan cumplido todas las etapas procesales, se pueda juzgar sobre la existencia o no de vulneraciones a derechos constitucionales. (p.10)

Estos fallos de la Corte son una muestra de la observancia o seguimiento entre sus precedentes, en la medida que la Corte va reiterando criterios en sus sentencias, se crean líneas jurisprudenciales que en cierta medida determinan con claridad, a través de este ejercicio hermenéutico el contenido y alcance de algunos temas establecidos en la Carta Fundamental, en este caso específico se refiere al rol de juez constitucional al sustanciar garantías jurisdiccionales como la Acción de Protección

Luego de realizado todo el análisis sobre el seguimiento entre los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional y su debida y directa aplicación se debe estudiar un fenómeno normativo que, sin dudas, también es muy frecuente en esta temática, es precisamente el alejamiento entre los precedentes dictados por la propia Corte Constitucional en el ámbito de sus competencias. En este sentido se debe distinguir entre dos categorías doctrinarias la primera ya se

ha identificado con anterioridad, es el conocido *overruling*, donde se realiza una modificación del precedente anterior en un proceso posterior, en este caso solo altas cortes pueden aplicar este tipo de técnica. En el caso de la segunda categoría se refiere al denominado es el *distinguishing*, el mismo consiste en analizar el relato fáctico de la resolución anterior que crea precedente con respecto al hecho concreto actual y en virtud de ello se debe determinar si verdaderamente existe analogía con los hechos de ambos casos. En el caso de que el juzgador considere que tiene motivos para dictar una resolución distinta, deberá identificar los hechos concretos que son diferentes en el proceso actual con respecto al anterior.

En tal caso lo fundamental es reconocer que cuando se determina que un fallo tendrá el carácter de vinculante, la regla jurisprudencial que se construye en virtud de ello es de obligatorio cumplimiento; sin embargo, esta condición no es estática, también el derecho en ciertas circunstancias y atendiendo a determinados criterios puede modificarse, como bien lo señalan las categorías antes mencionadas, con lo que, las cortes pueden alejarse de los precedentes generados horizontalmente. Es necesario resaltar que el alejamiento del precedente puede obedecer a causas legítimas o ilegítimas:

a.- Ilegítimo: Puede el juzgador apartarse del precedente sea por ignorancia o desconocimiento de la jurisprudencia o por desobediencia. 1. La observancia y respeto del precedente es la regla *sine qua non*, cuando el juzgador ignora o desconoce la existencia de un precedente trae como consecuencia una sentencia con falta de motivación, debido a múltiples causas una de ella es el desconocimiento de la gran cantidad de sentencias de la Corte Constitucional que contienen líneas y reglas jurisprudenciales.

2. El caso de desobediencia o renuncia, cuando conociendo el precedente el juzgador decide no aplicarlo sin argumentación fundada, dando como resultado una sentencia inmotivada, por cuanto los argumentos descritos en las sentencias serían ilegítimos al emitir una decisión sin justificación adecuada, como ejemplo en las acciones de protecciones al rechazar el argumento era de legalidad mas no un análisis en la vulneración del derecho alegado.

b.- Legítimo: al no ser las sentencias eternas, En sentencia Nro. 109-11-IS de la Corte Constitucional (2020) expone:

Ahora bien, los precedentes judiciales no son inmutables. Hay dos formas en que ellos pueden ser afectados: la reversión y la distinción. 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. (p. 7)

La Corte actual contempla la posibilidad de alejarse del precedente siempre de forma argumentada en respeto de los derechos humanos siempre y cuando no exista analogía entre el caso resuelto que es precedente y el que va a ser resuelto. Pueden concurrir los siguientes escenarios:

a.- La indeterminación de sentencia previa. - la producción de sentencias de la Corte Constitucional, sin definir líneas jurisprudenciales obliga a los jueces constitucionales a tener que elegir entre dos o más doctrinas, cuando las sentencias deberían seguir una línea y la vigente será la más reciente, sin embargo, el juzgador debe encasillar el caso a la sentencia que se adapte de mejor manera de forma técnica.

b.- Disanalogia.- el juez de la revisión del caso puesto a su conocimiento y del caso que fue resuelto y es precedente constitucional llega a la conclusión que los hechos no son los mismos y puede el operador de justicia apartarse del precedente invocado de una forma legítima denominado disanalogia. El juzgador se aparta del precedente invocado y aplica el correcto, y al ser un caso nuevo y no existir precedente puede resolver mediante la interpretación y aplicación directa de la constitución en base del principio de independencia judicial. Para apartarse del precedente constitucional es necesario una fuerte carga argumentativa y justificación.

c.- Cambio de la jurisprudencia. - el principio del *stare decisis* no es absoluto, el cual es modificable en el tiempo a fin de corregir, modificar, la línea jurisprudencial.

Y sucede debido a los cambios sociales o un precedente inconstitucional o diversos factores que el juez constitucional ante esta situación debe apartarse en beneficio del respeto de los derechos, sin una verdadera justificación sería una arbitrariedad

Un ejemplo paradigmático de este tipo de actuaciones de la Corte Constitucional se presenta en el Dictamen Nro. 3-20-EE/20 (2020) considerando que el Presidente de la República había decretado por tercera vez el estado de excepción con ocasión de la pandemia generada por la enfermedad COVID-19 amparado en el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia Nro. 0003-09-SEP-CC (2009) que le permitía al ejecutivo prolongar indefinidamente este régimen hasta que desaparecieran las causas que le dieron origen, el Pleno de este organismo se apartó de dicha decisión argumentando que:

[...] esta Corte reconoce que otra composición de este Organismo validó, erróneamente, la constitucionalidad de estados de excepción, cuando los hechos presentados eran exactamente los mismos, sin que hubiere fundamentación alguna para justificar estas decisiones. Esto ocurrió, pues, quien representaba al Ejecutivo en ese entonces, no había demostrado haber efectuado acciones tendentes para retornar a la normalidad, revelando que hubo fraude a la Constitución. (párr. 67)

Del mismo modo otra sentencia en la que consta de manera expresa el alejamiento de un precedente respecto a un derecho constitucional determinado la Corte Constitucional en sentencia Nro. 2971-18-EP/20 (2020) se aparta de un precedente: “[...] En consecuencia, este Organismo se aparta del precedente sentado en la Nro. 229-16-SEP-CC en cuanto no considera que la inobservancia del precedente constitucional constituye, por sí sola, una vulneración al derecho a la igualdad.” (párr. 71)

En este orden de ideas la Corte en observancia con el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional realiza un alejamiento fundamentado de sus anteriores fundamentos y por ende este alejamiento entre precedentes en estos casos responde a causas legítimas. Sin embargo, existes casos en los que la Corte Constitucional no ha realizado este alejamiento de manera argumentada como los que se exponen a continuación:

1. 02-09-SAN-CC v/s 012-09-SEP-CC

En la sentencia de la Corte Constitucional No. 002-09-SAN-CC (2009), la Corte entre sus argumentos declaró a la ponderación constitucional como una técnica interpretativa en el Estado Constitucional que resultaba idónea para resolver conflictos o colisiones entre derechos constitucionales. En esta sentencia la Corte apunta que:

Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales.

Bajo esos parámetros, compete al Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición. a partir de la ponderación de derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina; "ley de la ponderación" y que se puede formular de la siguiente manera:

(..) Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro. (p.30)

Como se puede observar en esta decisión de la Corte Constitucional quedaba realmente claro cual era el criterio del foro constitucional en cuanto a resolución de conflictos se refiere, pues con esta sentencia se incitó o se legitimó el uso de la ponderación como técnica interpretativa en materia constitucional. Resolvía así la Corte la dicotomía entre la aplicación de los principios y las reglas con la Ponderación como vía más legítima para dilucidar una solución justa ante estos escenarios contradictorios.

Parecería entonces que el tema se encontraba resuelto, sin embargo, meses posteriores la propia Corte Constitucional emite la sentencia es la No. 012-09-SEP-CC donde aborda de igual manera esta problemática de la colisión de derechos, pero lo hace desde otra perspectiva argumentativa. En este último fallo se expone lo siguiente:

La determinación del contenido esencial puede y debe operar como pauta para resolver los aparentes conflictos entre derechos; la metodología adecuada para intentar armonizar los derechos pasa especialmente por pensar cada una de las libertades o derechos desde aquel contenido

esencial. Algunos detractores de esta teoría manifiestan que en ocasiones la determinación del contenido esencial puede conducir a un resultado idéntico al que se ha llegado o podría haberse llegado por la vía de los métodos de jerarquización y sobre todo de ponderación; sin embargo, los fundamentos teóricos de este método son completamente diferentes, ya que determinar el contenido esencial es mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, el bien que protegen, su finalidad y su ejercicio funcional. (p.19)

En este fallo en cambio la Corte Constitucional al parecer cambia radicalmente su razonamiento en cuanto al método interpretativo y eficaz para la resolución de conflictos entre derechos, dejando a la sentencia anterior referida a la ponderación en serias condiciones de debilidad. El tema de relevancia en estos casos concretos no es el hecho de que la Corte Constitucional reacomode o modifique sus criterios, pues como ya se ha establecido está en la facultad de alejarse de sus precedentes anteriores, pero debe hacerlo de manera argumentada y establecer claramente la razón por la cual modifica su postura ante un caso concreto.

En esta última sentencia referente al contenido esencial de los derechos como vía para resolver conflictos entre derechos en colisión la Corte Constitucional en ninguna de las partes de la sentencia hace referencia o cita de alguna manera la sentencia anterior referente a la Ponderación, lo que no hace sentido si tenemos en observancia que en este caso la ponderación habría quedado desplazada, por la aparición de la nueva tesis del contenido esencial de los derechos. Sin dudas la Corte debía argumentar y justificar el razonamiento que daba lugar a este cambio de postura, lo que significa a todas luces que, de considerarse como precedentes estas sentencias, como en efecto lo son, al ser resultado de procesos constitucionales, existe sin duda un claro alejamiento no fundamentado entre estos precedentes jurisprudenciales.

2. 001-10-PJO-CC v/s 045-11-SEP-CC, 001-16-PJO- CC

En el caso de la sentencia 001-10-PJO-CC como ya se ha analizado en capítulos anteriores se considera por la Corte Constitucional como la sentencia fundadora de la facultad de este foro establecida en el artículo 436 numeral 6, en la misma explica o clarifica lo referente a la vinculatoriedad y efectos de estos fallos que emanan de la facultad de revisión y selección de casos, así indicó que:

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.

De conformidad con el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, y artículo 2, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional, a través de la Sala de Revisión, emite sentencias que contengan jurisprudencia vinculante, o precedente con carácter erga omnes, en los casos que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección. La Corte Constitucional, en ejercicio de dichas competencias constitucionales y legales, está facultada para, de manera paralela al desarrollo de jurisprudencia vinculante, efectuar la revisión con efectos inter partes, pares o communis de aquellos casos en los que se constate en la sustanciación o decisión de la causa una vulneración a derechos constitucionales. (p. 4)

Sin duda esta sentencia hacía una clara diferencia entre los disímiles fallos de la Corte atendiendo precisamente al proceso de donde emanan, parecería incluso que fija dos tipos de precedentes, los que respondan a la facultad del numeral 1 del citado artículo 436 y los que correspondan al numeral 6 de este precepto legal. En tal sentido el objeto de este fallo era esclarecer la jurisprudencia vinculante en relación a los derechos y garantías jurisdiccionales. Punteando el camino, y creando líneas jurisprudenciales para determinados casos o situaciones frente a la justicia constitucional.

Según esta sentencia fundadora como también se le conoce, solo aquellos fallos emanados de los procesos constitucionales de selección y revisión serían considerados precedentes jurisprudenciales obligatorios, sin embargo el fallo a pesar de ser clave para la interpretación de la facultad otorgada a la Corte Constitucional en el numeral 6 del artículo 436 de la Ley fundamental, no hace referencia alguna ni aclara el alcance de la parte del artículo donde refiere el término “y demás procesos constitucionales”, que es precisamente lo que genera la mayor confusión en cuanto a que fallos de este foro van a ser considerados precedentes vinculantes y por consiguiente obligatorios.

Así mismo volviendo al tema del alejamiento entre los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional se debe analizar que posteriormente la

Corte emitió el fallo Nro. 045-11-SEP-CC (2011) donde establece el siguiente criterio:

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"², 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. (p. 8)

Esta sentencia según su análisis literal da a entender que el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional no sólo está presente en las sentencias marcadas como precedente jurisprudencial obligatorio (PJO), sino que abre la puerta a la interpretación de que esta vinculatoriedad también está presente en las otras acciones constitucionales que conozca la Corte Constitucional, de esta forma se alinea a lo que establece el propio numeral 6 del artículo 436 al indicar que la Corte Constitucional dictará sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y "demás procesos constitucionales".

De igual manera es necesario analizar otro fallo de la Corte Constitucional que ciertamente se aleja de lo indicado por la sentencia fundadora, es el caso de la Sentencia Nro. 001-16-PJO- CC (2016) en la misma el foro constitucional indica que:

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

Constitucional, sobre la base de que todos los criterios de la Corte Constitucional son vinculantes. (p.6)

De este criterio de la Corte se puede discernir que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución, o al emitir sus fallos en cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución y que por consiguiente son de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, a pesar de la concordancia de este fallo 001-16-PJO- CC y el 045-11-SEP-CC con el texto constitucional, claramente ambos se alejan del criterio emitido en la sentencia fundadora 001-10-PJO-CC de esta facultad del foro constitucional. Lo relevante del caso es que en ninguna parte de la sentencia fallo 045-11-SEP-CC se hace referencia a la sentencia fundadora mencionada, y en el caso 001-16-PJO- CC solo se hace mención a su numeración para indicar que la misma advierte sobre la existencia de jurisprudencia en que se desarrolla la garantía jurisdiccional de la acción de protección, más no se analiza su contenido con respecto al numeral 6 del artículo 436, ni tampoco se menciona o se analiza lo que dicha sentencia fundadora expone respecto de los fallos de la Corte Constitucional que se consideran vinculantes, que es su mayor relevancia sin dudas. Lo que es realmente paradójico si se tiene en cuenta la relevancia de un fallo de esta índole considerada sentencia fundadora de una facultad de la Corte, es que debería necesariamente existir un argumento o un análisis por parte del foro constitucional de las razones por las cuales se aleja de este criterio precedente.

Sin dudas los casos analizados denotan un alejamiento ilegítimo e injustificado por parte de la Corte Constitucional de sus precedentes antes declarados. Téngase en observancia que como se ha expuesto anteriormente la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es clara al establecer que todo alejamiento de precedentes anteriores debe realizarse bajo estándares claros, o sea “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, 2009)

4.4.4. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA RELACIONADA CON EL ALEJAMIENTO ILEGÍTIMO ENTRE PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como se analizó en el subtema anterior, la Corte Constitucional en diferentes escenarios se ha alejado de sus precedentes jurisprudenciales de manera ilegítima y no fundamentada. A la luz de esta problemática cabe preguntarse que incidencia tendrá esta actuación de la Corte frente al derecho constitucional a la seguridad jurídica. Precisamente si se analiza que este derecho se fundamenta esencialmente en el respeto a la Constitución, y al mismo tiempo es concebido como la certeza frente a las diversas situaciones jurídicas. Así lo ha definido la propia Corte en su Sentencia Nro. 020-09-SEP-CC (2009) al indicar que:

[...] la seguridad jurídica es uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos y cuya inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta. En este contexto, el principio de seguridad jurídica va de la mano con el principio de justicia, pues una causa juzgada es lícita cuando la sentencia o razonamiento que acepte o niegue derechos es justa y bien fundamentada. (p. 15)

Sin dudas al reconocerse la jurisprudencia como una fuente de derecho, específicamente si se habla de precedentes jurisprudenciales, se hace para consolidar el derecho a la igualdad jurídica de las personas en situaciones fácticas análogas, por lo que deben recibir el mismo tratamiento y por lo tanto una decisión similar por parte de los juzgadores. Al mismo tiempo la seguridad jurídica de las personas vista como un derecho constitucional, debe reflejar la previsibilidad, es decir, debe necesariamente existir coherencia entre los fallos en casos similares dictados con anterioridad al proceso, esto es lo que le otorga el carácter de previsible a los fallos futuros, constituyéndose en sí mismos como una expresión de seguridad jurídica.

En este orden de ideas se puede establecer entonces que cuando la Corte Constitucional se aleja de un precedente jurisprudencial sin emitir argumentos claros y específicos que justifiquen su cambio de criterio, no solo está contraviniendo la norma jurídica específicamente el mencionado numeral 3 del

artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sino que está vulnerando el derecho a la seguridad jurídica de las personas sometidas a su jurisdicción en el caso concreto, pues para alejarse de un precedente debe sustanciarse en el hecho de lograr emitir una decisión más justa que la anterior, es decir la Corte está en la obligación de expresar de manera tácita los motivos por los que no acoge el precedente ya emitido.

Según ha señalado la propia Corte Constitucional en la citada sentencia 989-11-EP/19 claramente define elementos esenciales que son inherentes al derecho a la seguridad jurídica, pues las personas “debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas”. Cuando la Corte Constitucional aplica sus precedentes de manera correcta, está cumpliendo de cierta manera con los estándares de previsibilidad, estabilidad y coherencia que ella misma ha indicado, pues la persona sujeta a su jurisdicción tiene la posibilidad de conocer de qué manera le será aplicado el derecho en el caso concreto.

Sin dudas estos elementos aportados por la Corte responden precisamente a que cada proceso debe brindar certeza y confianza a las partes procesales, respeto a la Constitución como ley suprema y a las normas. Como ha quedado claro en los ejemplos analizados, la Corte de manera deliberada se aparta de sus argumentos anteriores sin emitir razón alguna para ello, ni siquiera hace referencia a los fallos anteriores y finalmente emite su decisión basándose en otros criterios hermenéuticos, que si bien pueden estar o no acertados, esta circunstancia que de no ser debidamente justificada puede generar desconcierto e inseguridad jurídica, pues la Corte estaría emitiendo fallos contradictorios continuamente sin tener en observancia sus precedentes anteriores, a los que la misma Ley Fundamental le otorga la fuerza de vinculantes y obligatoria.

Estas actuaciones por parte de la Corte pueden generar consecuencias bastante desventajosas para el sistema de justicia en general, pues se traducen en la desconfianza, recelo, desconcierto y el sentir de la sociedad de que se encuentran jurídicamente desprotegidos, lo cual puede desencadenar a una sociedad tendiente a la desobediencia en materia jurídica, pues se crea la idea de que no tiene sentido respetar normas que no les protegen.

En este sentido se convierte en incierto el panorama subsiguiente en materia de aplicación de precedentes de la Corte Constitucional en lo que, a la seguridad jurídica se refiere, siendo un marco jurídico cada vez más inestable, que impide se promueva un adecuado desarrollo de los derechos constitucionales. En virtud de ello, si bien es cierto que la Corte ha emitido una serie de sentencias referentes al carácter vinculante de sus decisiones, utilizando el término “jurisprudencia vinculante” para referirse específicamente a un fallo, también en otras decisiones no etiquetadas de esta manera ha denotado el carácter de precedente de sus decisiones y la necesidad de seguir esta institución jurídica.

Es por ello, que no existe claridad con respecto a este tema, teniendo en cuenta la importancia que reviste dentro de un Estado constitucional de derechos como el Ecuador, la aplicación del precedente y la jurisprudencia como fuente de derecho. Si se analiza que la Constitución de Montecristi menciona o da entender la existencia de dos clases de precedentes, el primero que responde a la facultad de 436.1 en los casos de interpretación de la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos; y más adelante un segundo grupo referente a los fallos emanados de garantías constitucionales según establece la facultad del propio artículo 436.6, siendo que en posterior jurisprudencia establece que se deben dar ciertas condiciones para la selección y revisión de un caso, sin que se especifique de manera explícita la naturaleza de estas condiciones.

A lo anterior se suma el hecho de que el propio numeral 6 del citado artículo 436 es ambiguo al establecer el término “y otros procesos constitucionales” por lo que se deduce que esta facultad de la Corte se extiende a todos los procesos de naturaleza constitucional. Es así como, la solución a esta problemática es precisamente que la Corte a través de la técnica de modulación de sentencias, utilizada precisamente por los jueces constitucionales para determinar el sentido o sentidos en que debe o no debe ser interpretada una disposición ya sea constitucional o de otra índole, establezca una sentencia interpretativa en materia de aplicación de precedentes jurisprudenciales y esclarezca una serie de elementos como por ejemplo el alcance y sentido de la facultad del numeral 6 del artículo 436, que a pesar de contar con una sentencia fundadora la misma no clarifica a que se

refiere el precepto legal al establecer “otros procesos constitucionales “ como fuente de jurisprudencia vinculante.

Esta sentencia debe indicar también los elementos claros bajo los cuales la corte puede alejarse de sus propios precedentes anteriores. Teniendo en observancia que si bien el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional indica que dicho alejamiento debe ser forma explícita y argumentada, es decir que cuando la norma se refiere a que se haga de manera explícita, se está refiriendo a que debe declarar de forma expresa que se está alejando del precedente preliminar. Igualmente, cuando se indica que dicho alejamiento se realice de manera argumentada significa que la Corte debe brindar un conjunto de razonamientos o de argumentos que respalden o apoyen el alejamiento entre ambos criterios. Sin embargo, la norma es muy general al respecto y no se clarifican los elementos a tener en cuenta por la Corte para sustentar la argumentación al momento de alejarse de un precedente dictado por ella misma.

Situaciones como esta han traído como consecuencia que el foro constitucional no considere en ocasiones necesario fundamentar este alejamiento entre sus criterios, lo que atenta en primera instancia contra el derecho constitucional a la seguridad jurídica y se puede decir que irradia directamente también en el derecho a la igualdad en lo referente no existe equivalencia en la aplicación del derecho tanto para los afectados por la primera decisión, así como para los de la última decisión.

CONCLUSIONES

1. Se puede concluir luego de la investigación que el precedente se consagra o materializa con la identificación de las razones de la "decisión" (*ratio decidendi*) que se plasman en una sentencia, con el fin de resolver casos análogos en el futuro. Es por lo que los jueces adquieren un papel fundamental frente a la tutela de derechos fundamentales y los criterios de aplicación de precedentes a los que se adhieren, actuando por medio de las garantías jurisdiccionales y creando derecho con sus fallos.
2. La Corte Constitucional según la facultad del artículo 436 numerales 1 y 6 el máximo órgano de interpretación y administración de justicia en materia constitucional, mediante sus pronunciamientos realiza un ejercicio hermenéutico proporcionando sentido y alcance a las normas constitucionales e infra constitucionales y del bloque de constitucionalidad. En virtud de ello se concluye que la Corte a pesar de establecer ciertas clasificaciones con respecto a la vinculatoriedad de los precedentes que emite, a la luz de esta facultad del 436 se considera que todos los fallos de este foro son de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento.
3. El sistema de selección y revisión de sentencias es una institución novedosa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano pues fue concebido en la Constitución ecuatoriana de 2008 y desarrollado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como en la normativa secundaria dictada por la Corte Constitucional.
4. Se puede concluir además que la seguridad jurídica es un derecho constitucional que tiene estrecha relación con la aplicación de los precedentes jurisprudenciales, pues la misma se compone de tres elementos: certeza, confiabilidad y no arbitrariedad, mismos que deben ser observados por todos los poderes públicos no solo en la aplicación de las normas sino también en lo que a aplicación de precedentes se refiere, por lo

que estos últimos no deben aplicarse o modificarse de manera arbitraria e ilegítima

5. Con la investigación se pudo establecer que la Corte Constitucional se ha alejado de manera no fundamentada de sus propios precedentes, pues ha emitido sentencias de carácter vinculante en las que modifica su criterio interpretativo con respecto a un caso, sin observar el precedente anterior y sin fundamentar de manera clara y explícita su cambio de argumento, lo que es contradictorio con el numeral 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
6. Finalmente se concluye que este alejamiento injustificado o no argumentado de la Corte Constitucional con respecto a sus precedentes anteriores, desencadena la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica, pues al no existir consonancia en la aplicación del derecho a través de precedentes, tanto para los afectados por la primera decisión, así como para los de la última decisión, genera una afectación a los tres elementos esenciales de este derecho, pues no va a existir certeza ni confiabilidad en el sistema de justicia y al no fundamentar el cambio de argumento la Corte está ejemplificando una conducta arbitraria.

RECOMENDACIONES

1. En virtud del rol esencial que juegan los jueces en lo referente a la aplicación de precedentes jurisprudenciales se recomienda fomentar el respeto a la jurisprudencia y se debe establecer y reconocer como un mecanismo para garantizar el derecho a trato igualitario ante la justicia y así mismo proteger los derechos constitucionales de las personas inmersas en el proceso ; pues, la interpretación y aplicación de la norma cuando existe un precedente vinculante y obligatorio al Juez aplicar de la misma forma al caso futuro.
2. Se recomienda además que la Justicia Constitucional dimensione adecuadamente su atribución de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante. Esto la Corte lo puede solventar a través de su jurisprudencia, estableciendo una sentencia de carácter interpretativo en materia de aplicación de precedentes jurisprudenciales. En dicha sentencia deberá esclarecer una serie de elementos que son ambiguos y confusos en el texto constitucional, como por ejemplo, el alcance y sentido de la facultad del numeral 6 del artículo 436, que a pesar de contar con una sentencia fundadora la misma no clarifica a que se refiere el precepto legal del texto constitucional al establecer “otros procesos constitucionales” como fuente de jurisprudencia vinculante.
3. Se recomienda además que la Corte también desarrolle mediante su jurisprudencia elementos y parámetros claros bajo los cuales puede alejarse de sus propios precedentes anteriores. Teniendo en observancia que si bien el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdicciones y Control Constitucional indica que dicho alejamiento debe ser forma explícita y argumentada, sin embargo, estas causales son muy generales, no son específicas y omiten establecer la distinción fundamental entre el *obiter dictum* y *ratio decidendi*, por lo que no se establecen los elementos a tener en cuenta por la Corte para sustentar la argumentación al momento de alejarse de un precedente anterior.

En tal sentido la Corte al desarrollar este tema en sentencia, deberá plasmar técnicas legítimas para justificar su cambio de criterio, cuyos elementos de

análisis podrían ser por ejemplo, en primer lugar analizar si ambos criterios se adecuan a la misma normativa vigente, identificar la analogía fáctica y verificar si existe concordancia entre los elementos de ambos casos, establecer cuáles son los criterios argumentativos del precedente primero aplicados al caso en análisis, para a partir de ello establecer si el precedente anterior contiene un argumento equivocado o una interpretación desafortunada y por ende debe corregirse; y por último, otro elemento que se debe definir claramente por esta sentencia para justificar o argumentar un alejamiento entre precedentes por parte del juzgador, es si el precedente inicial es claro y está debidamente delimitado en lo referente a su argumento vinculante, pues puede darse el caso que el precedente no presente una delimitación clara entre el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. Todo lo anterior con el objetivo legítimo de evitar la arbitrariedad judicial y que se vulneren derechos como la seguridad jurídica.

4. Finalmente se recomienda que la justicia constitucional se proyecte como garante de los derechos constitucionales de las personas, específicamente el derecho a la seguridad jurídica argumentando y fundamentando de manera clara sus decisiones y observando principios doctrinales como lo es el principio del precedente: aplicable para casos futuros, lo que brindará seguridad, certeza y confianza en el sistema de justicia constitucional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abreu, J. L. (2015). Análisis al Método de la Investigación analysis to the research method. *Daena: International journal of good conscience*, 10(1), 205-214. Recuperado de [http://www.spentamexico.org/v10-n1/A14.10\(1\)205-214.pdf](http://www.spentamexico.org/v10-n1/A14.10(1)205-214.pdf)
- Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara. Recuperado de https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55241904/14_-_2014
- Aguirre Castro, P. J. (2016). *La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional*.
- Aguirre, P. (2019). *El precedente constitucional, la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicación.
- Aldana Caviedes, X. A. (2017). *Una aproximación al estudio sobre el comercio electrónico de dispositivos médicos en Colombia*. Recuperado de <https://refworks.proquest.com/combinedexport/?detoken=YBYaL9YCPcFiXgptL%5B44>
- Álvarez Gálvez, Í. (2009). Utilitarismo y derechos humanos: la propuesta de John Stuart Mill. *Utilitarismo y derechos humanos*, 1-406. Recuperado de <https://www.torrossa.com/en/resources/an/2482858>
- ÁLVAREZ, J. R. G. (2017) *Ratio Decidendi y Obiter Dicta: matices necesarios en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos*. Consejo Editorial, 121. http://edkpublicaciones.com/up/pdf/perspectiva_juridica_13.pdf#page=121
- ÁLVAREZ, J. R. G. (2017) *Ratio Decidendi y Obiter Dicta: matices necesarios en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos*. Consejo Editorial, 121. http://edkpublicaciones.com/up/pdf/perspectiva_juridica_13.pdf#page=121
- ÁLVAREZ, J. R. G. (2017) *Ratio Decidendi y Obiter Dicta: matices necesarios en la Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos*. Consejo Editorial,

121.

http://edkpublicaciones.com/up/pdf/perspectiva_juridica_13.pdf#page=121

Álvarez-Bravo, P. (2019). Educación y derechos humanos en Chile, una relación necesaria. *Revista Educación*. Recuperado de https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-26442019000100649

Andrade Sánchez, J. E. (2008). Derecho constitucional. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. México: Oxford University Press. Recuperado de [repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4813/EL ABUSO DEL DERECHO ENTRE LA MODERNIDAD Y LA POSMODERNIDAD-1.pdf?sequence=1](https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4813/EL_ABUSO_DEL_DERECHO_ENTRE_LA_MODERNIDAD_Y_LA_POSMODERNIDAD-1.pdf?sequence=1)

Aramayo Soliz, R. (2015). El Derecho al Desarrollo en América Latina: reivindicación de un derecho legítimo de los pueblos. *Revista Jurídica Derecho*, 2(3), 49-58. Recuperado de https://digital.csic.es/bitstream/10261/188514/1/Filosofia_hoy_ROLDAN_Concha.pdf.

Ávila Santamaría, R. (2008). Ecuador, Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En: Ávila Santamaría (Ed.). *Constitución del 2008 en el contexto andino: análisis de la doctrina y el derecho comparado*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Ávila, L. (2012). Teoría y praxis del precedente constitucional. Recuperado de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1982/1/teoria%20y%20praxis%20de%20precedente%20constitucional.pdf>

Bandeira, G. (2013). El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Bandeira, G, Ureña, R., y Torres, A. *Protección Multinivel de Derechos Humanos*. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28408.pdf> (Consultado el 02 de enero de 2021).

Belaunde, D. G. (2017). El precedente constitucional: extensión y límites. *La Constitución y sus garantías*, 379. Recuperado de:

https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2016&q=celtas+common+law&btnG=

Blacio, L. (2014). La responsabilidad ética de las Juezas y los Jueces en el Estado constitucional de derechos y justicia. En: *Ética judicial*. Quito, Ecuador. Corte Nacional de Justicia.

Burgoa, I. G. N. A. C. I. O. (1984). *derecho constitucional mexicano (5ª edición Burgoa ed.)*. México, México: Porrúa.

Cabo, A., Soto, F. (2015) "Métodos y parámetros de interpretación en tutela contra sentenciasll, en *Investigación jurídica comparada*". Quito: CEDEC.

Carbonell, E. M. (2018). Derecho y la seguridad jurídica. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6888459>

Casal, C. H. (2004). *Constitución y justicia constitucional*. Universidad Católica Andrés Bello. Recuperado de <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=LKxIJxTbB4AC&oi=fnd&pg=PA3&dq=casal+2004+justicia+constitucional&ots=TfpbQmvZW8&sig=53kn7aG09COKjA2n5190lakOjq0#v=onepage&q=casal%202004%20justicia%20constitucional&f=false>

Castillo Córdova, L. (2012). Análisis de los precedentes vinculantes en torno al arbitraje. *Gaceta Constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (59), 170-180.

Ciuro Caldani, M. (2019). *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Rosario, Argentina: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Clavijo, F. (2015). *Introducción a la casuística jurídica*. Rosario, Argentina: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

De Gaudusson, J. D. B. (2009). La influencia del derecho francés en las instituciones jurídicas del Tercer-Mundo. *Iusta*, (30).

- Delgado Pérez, C. E. (2009). El principio de la fe pública registral en la jurisprudencia". *Diálogo con la Jurisprudencia*, 15(134).
- Dworkin, R., & Jaramillo, L. G. (2007). ¿ Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿ Pueden ser filósofos?. *Estudios de Derecho*. Recuperado de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2523>
- Fernández Germán, (2005) El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma, Fundación Alternativas,. Recuperado de: <http://www.falternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-recurso-de-amparo-constitucional-una-propuesta-de-reforma>, consultado el 6 de noviembre de 2014
- Fernández-Valmayor, J. L. C. (2012). Mínimo existencial y jurisprudencia. Hacia la construcción jurisprudencial de un derecho fundamental. En *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (pp. 3825-3850).
- Ferrajoli, L. (1995). *"Derecho y razón"*. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta.
- Figueroa Guitarra, Edwin, "La improcedencia de los procesos constitucionales: un examen doctrinario jurisprudencial", en *Gaceta Constitucional*, No 35, Lima, Gaceta Jurídica, 2010.
- Furnish, D. B. (1996). Fuentes del Derecho en los Estados Unidos: la muerte del Derecho consuetudinario, las fuentes escritas en la edad del Derecho positivo, y el papel y efecto de los Restatements of the Law. *IUS ET VERITAS*, (13), 143-162. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&lr=lang_es&as_sdt=0%2C5&q=comon+law+de+estados+unidos+fuentes&btnG=
- Gallego, J., Mancha, C. L., & Rodríguez, A. E. (2012). Oviedo.-Miguel Álvarez Ferrón, Colaborador del Área de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de Jaén-Francisco J. Augusto-Barbajero, Profesor Asociado de la Universidad de Oviedo. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. Recuperado de

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-E-2012-10134301345.

García Máynez, E. (2002). *Filosofía del derecho*. México D.F., México: Editorial Porrúa.

García R. (2007) *El valor de la Seguridad Jurídica*. México. Editorial Fontamara.

García, A. (2018). *Catálogo de principios jurídicos: constitucionales, legales e internacionales*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

García, F. J. C. (1994). *Perspectiva jurídica de la objeción de conciencia del personal sanitario*. Cuadernos de Bioética, 3.

Garrido, A. (2010). *Ensayos sobre democracia judicial en el Estado de Derecho*. Aragón, España: Fons Sapiens.

Godoy Tena, F. (2019). Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o common law) y el sistema judicial español (civil law). *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52(154), 513-538. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v52n154/2448-4873-bmdc-52-154-513.pdf>

Gordillo, D. (2015). *Manual Teórico Práctico de Derecho Constitucional*. Quito, Ecuador: Workhouse Procesal.

Gordón, M. N. (2014). *La diligencia de citación en los procesos civiles como causa de retraso en la administración de justicia en la ciudad de Quito*. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/3975>.

Grijalva, A. (2009) "Interpretación constitucional, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional" en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009. Recuperado de <https://vlex.ec/vid/constitucional-ordinaria-515871878>

Guastini, R. (2015). *Interpretación y construcción jurídica*. *Isonomía*, (43), 11-48. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182015000200002&script=sci_arttext

- Guerra Coronel, Marcelo. "Las sentencias modulativas de la Corte Constitucional del Ecuador como una garantía directa de los derechos, sus límites frente a la potestad legislativa". Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4281/1/T1558-MDE-Guerra-Las%20sentencias.pdf>
- Hernández Meza, N. (2011). Los principios de igualdad y seguridad jurídica como presupuestos de la doctrina probable. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/851/85101806.pdf>
- Hernández Ramos Mario (2009). El Nuevo Trámite de Admisión del Recurso de Amparo Constitucional. Editorial Reus SA, Madrid-España.
- Hernández, C. (2017). ¿Para qué sirven los jueces? Reflexiones sobre la actividad judicial luego de diez años de correísmo. Quito, Ecuador: El Conejo
- Hernández, J. L. (2001). El formalismo en la teoría jurídica estadounidense. Anuario de filosofía del derecho, (18), 267-300. Recuperado de: https://scholar.google.es/scholar?hl=es&lr=lang_es&as_sdt=0%2C5&q=escuela+formalista+y+realista+del+common+law&btnG=
- Hurtado, J. (2010). Metodología de la investigación. Caracas, Venezuela: Quiron, Ediciones.
- Intriago Guerra, Erika. "El principio de universalidad de los derechos humanos frente el derecho a la seguridad social de las mujeres trabajadoras remuneradas del hogar en movilidad humana interna, pertenecientes a diversos grupos culturales del Ecuador desde la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador de 2008". Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4765/1/T1777-MDP-Intriago-EI%20control.pdf>
- Iturralde, V. (2014). Precedente judicial. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 194-201. Recuperado <https://ojs2017.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2105>

- Iturralde, V. (2014). Precedente judicial. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, 194-201. Recuperado <https://ojs2017.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2105>
- Lancheros-Gómez, J. C. (2012). El precedente constitucional en Colombia y su estructura argumentativa. Síntesis de las experiencias de un sistema de control mixto de constitucionalidad a la luz de la sentencia T-292 de 2006 de la Corte Constitucional. *Díkaion*, 21(1), 159-186. <https://www.redalyc.org/pdf/720/72024685006.pdf>
- Kelsen, H. (2011). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional). *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (15), 249-300. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3764308.pdf>.
- Lapasta, I. M. R. (2000). El sistema del Common Law en el derecho inglés y el derecho de los Estados Unidos de América. *Revista de la Facultad de Derecho*, (18), 69-78. Recuperado de: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/268/291>
- Legarre, S. (2014). La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema Argentina y el Stare Decisis. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, (4), 237-254. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4790088>
- Legarre, S., y Rivera, J. (2006). "Naturaleza y dimensiones del "stare decisis ". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N°1. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007#13
- León, R. (2012). 2500 preguntas y respuestas a la Constitución. Quito, Ecuador: EL FORUM.
- Londoño, N. R. (2007). La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los Estados Unidos. *Revista facultad de derecho y ciencias políticas*, 37(106), 55-68. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/1514/151413530003.pdf>
- López Medina, D. (2013). El derecho de los jueces. Bogotá, Colombia: LEGIS.

- López, J. (2011). La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la revolución francesa de 1789. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. 14 (28), pp. 121 – 134. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3849989> (Consultado del 01 de enero de 2021).
- Luño, A. E. P. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, (15), 25-38. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF>
- Marinon, L. G. (2012). El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica. Ius et Praxis, 18(1), 249-266. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v18n1/art08.pdf>
- Medina, D. L. (2015). Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho. Precedente. Revista Jurídica, 7, 9-42.
- Mesías, Á. T., Pantoja, R. B., & Pantoja, M. V. E. (2010). EL ESTADO DEL ARTE DE LA INVESTIGACIÓN EDUCATIVA Y PEDAGÓGICA EN EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO, LA METODOLOGÍA ABORDADA EN LOS TRABAJOS PRESENTADOS EN LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO. Recuperado de <https://refworks.proquest.com/combined-export/?detoken=XBLgMbjCLc5nYg1wJ%5B44>
- Meza, N. H. (2011). Los principios de igualdad y seguridad jurídica como presupuestos de la doctrina probable. Revista de derecho. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/851/85101806.pdf>
- Montaña, J.(2012) Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 3, (Quito: Corte Constitucional del Ecuador, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012), 215.
- Muñoz Conde, F. (1975). Introducción al Derecho Penal. Barcelona, España: Bosch, Casa Editorial.

- ÑAUPAS, H., VALDIVIA, M., PALACIOS, J., & ROMERO, H. (2019). 4.1. El Método científico. Metodología de la Investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis. Recuperado de https://refworks.proquest.com/combined-export/?detoken=Zt-pNF1HMB9h_OQxMP44
- Ordóñez, G. (2009). La seguridad jurídica y su aplicación en la ejecución de los Ortiz contratos de concesión de servicios de telefonía (tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia, Quito). Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec> (Consultado el 01 de enero de 2021).
- Ordóñez, G. (2009). La seguridad jurídica y su aplicación en la ejecución de los contratos de concesión de servicios de telefonía (tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia, Quito). Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/877/1/T802-MDGT-Ord%C3%B3%C3%B1ez>
- Ortiz, F. (2018). “Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial”. Bogotá: Universidad de La Sabana.
- Ossorio, M. (2000). Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliasta
- Oyarte, R. (2015). Derecho constitucional ecuatoriano y comparado. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez Luño, A. (2000). La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. En: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. 15, pp. 25 – 38. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/> (Consultado el 01 de enero de 2021).
- Pérez Vásquez, R. (2007). La jurisprudencia vinculante como norma jurídica. Recuperado de: <http://repositorio.uac.edu.com>.
- Piqué, M. (2013). Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. En: Alonso Regueira, E. (Dir.). La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino. Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

- Quintana Peña, A. (2006). Metodología de investigación científica cualitativa. Recuperado de: <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx:8080/jspui/handle/123456789/2724>
- Quintero, R. G. (2011). LEY FUNDAMENTAL, SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL: UNA APROXIMACION DISTINTA A LA SENTENCIA MARBURY VS. MADISON, YA LOS ORIGENES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista Jurídicas*, 8(2).
- Ratti Mendaña, F. (2021). Dimensiones del precedente judicial: una metodología de estudio de la doctrina del precedente. *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*. Vol. 11, N° 1 (enerojulio). Santa Rosa: FCEyJ (UNLPam); EdUNLPam; pp. 75-107. ISSN 2250-4087, e-ISSN 2445-8566. <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2021-v11n1a05>
- Reig Satorres, J. y Larrea Holguín, J. (2000). Manual de historia del derecho en el Ecuador. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://isbn.cloud/9789978863213/manual-de-historia-del-derecho-en-el-ecuador/>
- Reig Satorres, J. y Larrea Holguín, J. (2000). Manual de historia del derecho en el Ecuador. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Recuperado de <https://isbn.cloud/9789978863213/manual-de-historia-del-derecho-en-el-ecuador/>
- Reig, C. P., Rodríguez, C. M. Á., Caballero, T. N., Pérez, A. E., & Págs, G. (2019). CRÓNICA ADMINISTRATIVA ESPAÑOLA Y DE LA UE. INDICE BIBLIOGRAFICO JURIDICO EXTRANJERO, 7.
- Revorio, F. J. D. (2008). La interpretación constitucional y la jurisprudencia constitucional. *Quid iuris*, (6), 7-38. Recuperado de <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/57520558/17326-15562-1-PB-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1626825011&Signature>
- Romero J. (2012) La acción por incumplimiento: garantía de la seguridad jurídica. Apuntes de Derecho Procesal Constitucional tomo 2

http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Apuntes_2/Apuntes_derecho_procesal_Montana_t2_1ra_reimp_2012.pdf

Rubio, F. (2020). *La ley para los débiles: reflexiones y retos para la transformación del orden jurídico en pro de los grupos vulnerables*. Valencia, España: Utopía.

Rubio, F. (2020). *La ley para los débiles: reflexiones y retos para la transformación del orden jurídico en pro de los grupos vulnerables*. Valencia, España: Utopía.

Sagües, N. P. (1997). La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro. In *Inconstitucionalidad por omisión*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5343251>

Sagües, N. P. (1997). La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la provincia de Río Negro. In *Inconstitucionalidad por omisión*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5343251>

Santofimio, J. (2010) “La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del Derecho positivo Colombiano”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*.

Schiele, C. (2017). La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia. *Ars Boni et Aequi*, (4).

Schor, M. (2011). *Un Ensayo Sobre el Surgimiento de Cortes Constitucionales: Los Casos de México y Colombia (An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The cases of Mexico and Colombia)*. *Revista de Economía Institucional*, 13(24), 85. Recuperado de: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1865264

Sierra, D. (2016). “El precedente: un concepto”. *Revista Derecho del Estado* n.º 36, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2016,. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n36.09>.

Soriano, M. V., & Alférez, F. J. G. (2002). *El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna*. *Revista Española de Derecho Europeo*.

Recuperado de <https://refworks.proquest.com/combined-export/?detoken=YBYaJo1CNoviXgptL%5B44>

Sosa Sacio Juan, Tutela del “contenido constitucionalmente protegido” de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo, Gaceta Jurídica, 2012. Recuperado de: http://www.academia.edu/3827699/Tutela_del_contenido_constitucionalmente_protegido_de_los_derechos_fundamentales_a_traves_del_proceso_de_amparo.

Suárez Salazar, Emilio. “Distorsiones del sistema de selección y revisión de sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2015. Recuperado de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4769/1/T1781-MDE-Suarez-Distorsiones.pdf>

Suero, J. (2018). Contradicción de tesis jurisprudenciales. México D.F., México: Instituto de la Judicatura Federal

Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. Precedente. Revista Jurídica, 86-99. Recuperado de: <https://www.icesi.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434/1831>

Universidad de Otavalo, (2020). Manual de pautas metodológicas para la elaboración del Perfil del Proyecto del trabajo de titulación, Programa de la maestría en Derecho Constitucional. Otavalo-Imbabura.

Vallejo, M. S. (2005). Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico. Anuario de historia del derecho español, (75), 967-1012. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2029208.pdf>.

Von Ihering, R. (1974). La lucha por el derecho. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Sentencias:

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 045-11-SEP-CC (2014), Caso Nro. 0385-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Auto de fecha 4 de junio de 2020, Caso Nro. 9-20-EP (2020).

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 020-09-SEP-CC, Caso Nro. 0038-09-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro.1791-15-EP/21 (2021), Caso Nro.1791-15-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 1797-18-EP/20 (2020), Caso 1797-18-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro.1357-13-EP/20 (2020), Caso Nro. 1357-13-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 2971-18-EP/20 (2020), Caso Nro. 2971-18-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Auto de fecha 4 de febrero de 2020, Caso 3059-19-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 989-11-EP/19 (2019), Caso Nro. 989-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 1035-12-EP/20 (2020), Caso Nro. 1035-12-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 1763-12-EP/20 (2020), Caso Nro. 1763-12-EP

Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Dictamen Nro. 3-20-EE/20.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 0003-09-SEP-CC (2009), Caso Nro. 0064-08-EP

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 071-16-SEP-CC (2016), Caso Nro. 008-13-EP

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 031-09-SEP-CC (2009), Caso Nro. 0485-09-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 139-15-SEP-CC (2015), Caso Nro. 1096-12-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 229-16-SEP-CC (2016), Caso Nro. 1906-15-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 001-10-PJO-CC (2010), Caso Nro. 0999-09-JP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 109-11-IS/20 (2020), Caso Nro. 109-11-IS

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 001-12-PJO-CC (2012), Caso Nro. 0893-09-EP y Acumulados.

Corte constitucional del Ecuador. Sentencia Nro. 159-11-JH/19. Caso Nro. 159-11-JH.

Corte Constitucional, Sentencia Nro. 0016-13-SEP-CC. Caso Nro. 1000-12-EP

Corte Constitucional, Sentencia Nro. 013-13-SEP-CC (2013). Caso Nro. 0991-12-EP

Corte Constitucional, sentencia Nro. 002-09-SAN (2009). Caso Nro. 0005-08-AN.

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia Nro. 012-09-SEP-CC (2009). Caso Nro. 0048-08-EP

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 102-13-SEP-CC. Caso Nro. 0380-10-EP.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nro. 3-19-JP/20 (2020), Caso Nro. 3-19-JP y Acumulados.

Normativa:

Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador.
Montecristi - Manabí.

Asamblea Constituyente. (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y
Control Constitucional.

Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. Quito, Ecuador: Registro
Oficial Suplemento 46.

Corte Constitucional del Ecuador. (2015) Reglamento de Sustanciación de
Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.