

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIA JURÍDICAS

“DERECHO JURISPRUDENCIAL EN ECUADOR: EL CASO DE LA
JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
ECUATORIANA EN PERSPECTIVA AL DERECHO COMPARADO”

DANIEL FERNANDO URIBE TERÁN

DIRECTOR: DOCTOR JULIO MICHELENA

QUITO, MARZO DE 2012

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	1
INTRODUCCIÓN	3
1. CAPÍTULO I: SOBRE EL VALOR DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO	6
1.1. LA TRANSFORMACIÓN DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES HACIA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	6
1.2. LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 1998	9
1.2.1. <i>El Tribunal Constitucional y sus competencias en la Constitución Política de 1998</i>	10
1.2.2. <i>Ley de Control Constitucional</i>	12
1.3. LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008	14
1.3.1. <i>La Corte Constitucional para el período de transición en cumplimiento de sus competencias</i> 15	
1.3.2. <i>Las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición.</i>	17
1.4. LA LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	21
2. CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO	27
2.1. EL PRECEDENTE EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.....	28
2.1.1. <i>El stare decisis aplicado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América</i> 32	
2.1.2. <i>El control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia. El caso del Judicial Review</i>	34
2.1.3. <i>El control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia. El caso del Writ of Certiorari</i>	37
2.2. LA FAMILIA ROMANO – CANÓNICA COMO ANTECEDENTE DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO EN LATINOAMÉRICA	45
2.3. ESTUDIO DE LAS NORMAS GENERALES SOBRE LA SELECCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	47
2.4. DESARROLLO DEL DERECHO JURISPRUDENCIAL EN ECUADOR: EL CASO DEL TRIPLE FALLO REITERADO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA (EX – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA)	60

3. CAPÍTULO III: EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR	66
3.1. PROCESOS DE SELECCIÓN Y REVISIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES	73
3.1.1. <i>Sobre la selección de sentencias constitucionales</i>	<i>76</i>
3.1.2. <i>La competencia del Defensor del Pueblo y de las juezas o jueces de la Corte Constitucional para requerir la selección de una sentencia constitucional para su revisión.</i>	<i>80</i>
3.2. DESARROLLO DE JURISPRUDENCIA VINCULANTE	81
3.2.1. <i>La Constitución como un instrumento vivo. La “ratio decidendi” de la Corte Constitucional y el valor de la jurisprudencia constitucional.</i>	<i>85</i>
3.3. LA NATURALEZA DE LA REVISIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES	94
3.3.1. <i>Cumplimiento del debido proceso en el caso de la reapertura de los procesos de garantías constitucionales</i>	<i>97</i>
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	102
4.1. CONCLUSIONES.....	102
4.2. RECOMENDACIONES.....	109
5. BIBLIOGRAFÍA	114

Agradecimientos

A mi madre y padre, que con su tenacidad y esfuerzo, siempre han sido un ejemplo de vida, enseñándome a luchar día a día por lograr mis metas. Ellos son la razón y motivo del presente trabajo académico.

A Anita, quien me ha acompañado durante mi proceso de formación académica, y que sin saberlo ha colaborado de más de una manera en la producción de este trabajo con su entusiasmo crítico, alegría y cariño.

A mi hermano, quien siempre ha sabido escuchar y debatir estas ideas en todos los ámbitos, por su confianza y cariño que forman parte de estas palabras.

ABSTRACT

El presente trabajo consiste en una investigación documental y bibliográfica cuyo objetivo es el establecer con claridad los fundamentos que convierten a la Corte Constitucional en el órgano encargado de desarrollar jurisprudencia vinculante mediante el proceso de selección y revisión de sentencias constitucionales.

En primer lugar se analiza la evolución de de las facultades y competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales a la actual Corte Constitucional, estudiando brevemente las razones y resultados de su transformación.

Posteriormente, se realiza un estudio comparativo de la legislación de Estados Unidos, Colombia y Ecuador respecto a los procesos propios de cada uno de estos países en la construcción y producción de líneas jurisprudenciales mediante el *writ of certiorari* y el *judicial review* estadounidenses, la selección de sentencias en el ordenamiento jurídico colombiano y el fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia en Ecuador.

Por último, se analizan los parámetros de selección y revisión de sentencias constitucionales que utiliza la Corte Constitucional para configurar su línea jurisprudencial y la relación que guarda con los principios establecidos en la Constitución de 2008.

Se concluye observando que la aprobación de la Constitución de 2008, trae consigo un nuevo sistema de fuentes del derecho, que toma como antecedentes el principio de *stare decisis* estadounidense y la disciplina jurisprudencial y precedente constitucional colombiano, garantizando el reconocimiento de la *ratio decidendi* como regla jurisprudencial y fuente de derecho objetivo, lo que genera por tal efectos vinculantes para toda la sociedad.

Introducción

La aprobación de la Constitución de la República del Ecuador en octubre de 2008¹, jugó un papel importante en la conformación de Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia social². La transformación del Tribunal Constitucional ecuatoriano en la Corte Constitucional³ constituye un preciso ejemplo de ello y permite concentrar⁴ el control constitucional en un mismo órgano de justicia en esta materia y además, mediante la selección y revisión de sentencias constitucionales, unifica las decisiones jurisprudenciales de los demás operadores de justicia constitucional en el país, evitando de esta manera contradicciones en sus fallos, o lo que sería aún peor, interpretaciones erróneas que propendan al abuso o vulneración de los derechos constitucionales.

El proceso de selección y revisión de sentencias constitucionales en materia de garantías jurisdiccionales, por parte de la Corte Constitucional, parece ser un medio adecuado para solventar los vacíos, errores o contradicciones en los que podrían incurrir los jueces constitucionales en el conocimiento de las causas puestas a su consideración, además de ser un proceso apropiado para unificar la jurisprudencia constitucional y generar una línea jurisprudencial en materia constitucional, inexistente en el país hasta la actualidad.

De esta manera la Constitución de la República empuña una nueva herramienta en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos constitucionalizados y permite

¹ El proceso constituyente para adoptar la Constitución de la República de Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008, fue llevada a cabo como una revolución planteada por el movimiento político Alianza País y liderado por el Eco. Rafael Correa (actual Presidente Constitucional de Ecuador), con el objetivo pleno de reformar la institucionalidad del país, incluyendo la transformación del Tribunal Constitucional en Corte Constitucional, como el órgano máximo de control e interpretación constitucional.

² El artículo 1 de la Constitución de la República define a Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia social. Una de las mayores implicaciones de esta concepción será analizada a lo largo del presente trabajo y comprende la actuación de los jueces como activistas del derecho.

³ La transformación del Tribunal Constitucional en Corte Constitucional trajo consigo grandes polémicas, en primero lugar porque una parte importante de la academia ecuatoriana no vio la necesidad de un cambio en la denominación de esta institución, mientras otra pensaba que dicho cambio conllevaría también a una transformación de sus competencias, pasando de ser un organismo de control administrativo y político, a un organismo de control y administración de justicia constitucional. En segundo lugar, la polémica fue aún mayor, cuando los integrantes del extinto Tribunal Constitucional, en funciones, decidieron optar por adoptar las competencias otorgadas a la Corte Constitucional por la Constitución de la República; lo que para muchos constituyó una usurpación de funciones, para otros significó una medida para garantizar derechos, evitando una situación de indefensión basada en la ausencia de organismos competentes para garantizar los derechos contenidos en la Constitución.

⁴ Si bien es cierto los artículos 429 y 428 de la Constitución, instauran en Ecuador un sistema de control concreto de constitucionalidad al establecer a la Corte Constitucional como máximo órgano de control constitucional y la consulta de constitucionalidad como mecanismo de control incidental de normas aplicadas en procesos judiciales, también es cierto que el artículo 426 de la Carta Magna contiene el principio de aplicación directa de la Constitución, por lo cual se plantea un escenario constitucional en el cual el sistema de control difuso se dispersa en la actuación judicial, al obligar, a todo funcionario público y a todas las juezas y jueces, a aplicar directamente la Constitución, aunque las partes no la invoquen.

hablar de una evolución jurisprudencial lo que remedia la concepción clásica del actuar de los jueces como “la boca muda de la ley”⁵.

La jurisprudencia se convierte, entonces, en una herramienta que procesa las concepciones cambiantes en el tiempo, pues “una Constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana”⁶ por lo que la Ley Fundamental deja de ser principio y se confunde con regla, desnaturalizándola y propendiendo a generar un estado legalista y no Constitucional.

En ese mismo sentido, la práctica jurisprudencial incluye también el desarrollo doctrinario, que desencadena una concepción más clara para la protección y garantía de los derechos fundamentales, pues la ciencia jurídica no sólo se reduce al estudio del Derecho, al contrario, también cumple con la función de producir derecho y de esta manera deja de ser una ciencia puramente teórica y se convierte en una ciencia práctica⁷, ya que por medio de la jurisprudencia se logra establecer un nexo de unión entre la ciencia teórica y práctica, desentrañando la realidad cambiante de la sociedad. Así podemos hablar de:

“el <<derecho viviente>>, o sea, el derecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento”⁸.

El hecho que la Corte Constitucional logre establecer con claridad los lineamientos de su jurisprudencia amplía el marco de su participación en la sociedad y no sólo la limita a ser la expresión lejana del texto constitucional.

Ecuador cuenta entonces con una carta constitucional que establece el desarrollo jurisprudencial en el marco de sus garantías y además permite que, por medio de dicha

⁵ Victor Pérez Varela, *Código de ética de los jueces y litigantes*. Fuente WEB: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/33/pr/pr31.pdf>, recuperado: 28 de octubre de 2009.

⁶ Gustavo Zagrebelsky, *Jueces Constitucionales*, Discurso oficial pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana. Traducido por Miguel Carbonell.

⁷ Para el profesor Gustavo Zagrebelsky, las ciencias teóricas son aquellas en las que el hombre se pone en relación con el mundo que no cambia ni es cambiante según el interés del ser humano, mientras que las ciencias prácticas se desempeñan en el campo de lo que pudiendo ser de un modo u otro, se encuentra en medio de la influencia del ser humano, perteneciendo la ciencia jurídica, y específicamente la jurisprudencia, al campo de la ciencia práctica.

⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, octava edición, 2008. Pp. 122.

línea jurisprudencial, se extienda el desarrollo doctrinario pertinente al caso, cumpliendo con los elementos característicos del Constitucionalismo actual⁹.

El objetivo de esta disertación es el de establecer con claridad la razón por la cual la Corte Constitucional de Ecuador es el órgano de justicia constitucional encargado de seleccionar y revisar las sentencias sobre garantías constitucionales y posteriormente desarrollar jurisprudencia vinculante en esta materia. Para lograrlo estudiaremos, en primera instancia, la evolución de las facultades y competencias históricas otorgadas al órgano constitucional por las diferentes constituciones del Ecuador, para después realizar un estudio comparativo de las legislaciones de otros países que tienen procedimientos similares, como es el caso de Colombia y Estados Unidos, y así determinar los parámetros utilizados por ellos dentro de la selección y revisión de causas constitucionales. Por último, estableceremos la naturaleza de la selección y revisión de sentencias sobre garantías jurisdiccionales como una facultad de la Corte Constitucional y no como un recurso procesal.

Además, observaremos como el proceso de selección y revisión de las sentencias de garantías jurisdiccionales genera un compendio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para los demás operadores judiciales del país, ya que, mediante la publicación de su *ratio decidendi*, instituye contenidos favorables a los derechos contenidos en la constitución y de esta manera marca un progreso en el ámbito de garantías y protección de los derechos constitucionales. Además integra la jurisprudencia constitucional a un sistema de fuentes de derecho no enmarcado dentro de la teoría clásica del derecho.

Para concluir, estudiaremos los parámetros de selección y revisión que utiliza la Corte Constitucional para configurar su línea jurisprudencial y verificar si ésta servirá como base para la implementación de nuevas fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁹ Miguel Carbonell, *El Neoconstitucionalismo en su Laberinto*, en Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Editorial Trotta, 2007. Pp. 09 - 11.

1. Capítulo I: Sobre el valor del precedente constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

1.1. La transformación del Tribunal de Garantías Constitucionales hacia el Tribunal Constitucional

Si bien el objeto del presente estudio no se basa en el análisis detallado del proceso constitucional llevado a cabo en Ecuador en 2008 o en las circunstancias que motivaron la implementación de un nuevo modelo constitucional en el país y de las teorías en las que se fundamenta, es menester realizar un estudio evolutivo acerca de las competencias y naturaleza del Tribunal Constitucional, desde su nacimiento como Tribunal de Garantías Constitucionales en 1945, hasta su transformación en Corte Constitucional con la Constitución de la República del 2008¹⁰.

Debemos partir por explicar a breves rasgos cual es la necesidad de un Tribunal o Corte Constitucional en los Estados modernos y allanar el camino hacia la práctica de sus competencias dispuestas en la Constitución.

Los tribunales constitucionales nacieron con el objetivo de implementar un mecanismo de control a los poderes gubernamentales establecidos en la Constitución y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos respecto de los actos y decisiones que las autoridades pudieran adoptar. Así es como los tribunales constitucionales deben velar por la supremacía de la Constitución, lo que implica contar con un sistema u órgano jurisdiccional que conozca sobre la vulneración de los principios constitucionales por parte de los poderes constituidos y de esta manera implementar un medio que garantice la validez de la Constitución como eje fundamental del Estado, por lo que es necesario considerar que:

(...) para que la Constitución tenga vigencia, es decir para que sea una ley por sobre todas las demás leyes y normas inferiores a la ley, es necesario un juez ante el cual reclamar por su violación, un juez que determine estas violaciones y que tenga poder para sancionarlas¹¹.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 449 de 20 de octubre del 2008.

¹¹ Agustín Grijalva, *Derechos Humanos, Constituyente y Tribunal Constitucional en Ecuador*. Fuente WEB: <http://www.uasb.edu.ec/padh/Revista18/actualidad/agrijalva.htm#1>, recuperado: 06 de abril de 2010.

El proceso evolutivo de la actual Corte Constitucional inicia con la expedición de la Constitución de 1945, la cual instituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales; aunque sus competencias se veían reducidas a la formulación de observaciones de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que vulneren la Constitución o las leyes. Las observaciones emitidas por éste, debían ser aprobadas por la entidad emisora, caso contrario el Tribunal podía publicarlas en la prensa y posteriormente ponerlas a consideración del Congreso Nacional para que resuelva la inconstitucionalidad o ilegalidad alegadas.

Este Tribunal también podía dictaminar la inconstitucionalidad de un proyecto de Ley, con la condición que dicho proyecto haya sido objetado, por inconstitucionalidad, por el Ejecutivo. Tenía la competencia de suspender, así mismo, la vigencia de una ley o precepto legal que considerara inconstitucional, hasta que el Congreso Nacional dictamine su constitucionalidad o inconstitucionalidad¹².

Si bien es cierto a este Tribunal le competía conocer sobre las diferentes quejas de personas naturales o jurídicas, sobre el quebrantamiento de la Constitución o la ley, también es cierto que la función de control fue adjudicada directamente al Congreso Nacional, bajo la concepción francesa legalista de “*la ley como expresión de la voluntad general*” y la doctrina de la soberanía nacional, por lo que el Congreso, al ser el órgano encargado de legislar y al entender a la ley cómo una declaración de la voluntad soberana¹³, era el único poder del Estado llamado a interpretar la Constitución y realizar el control de su cumplimiento, pues era la representación de dicha soberanía¹⁴.

Esto imposibilitaba crear una línea jurisprudencial, pues sus dictámenes se referían únicamente a proyectos de ley considerados inconstitucionales por parte del Presidente de la República y, en definitiva, el verdadero control constitucional se adjudicaba al órgano legislativo.

Este Tribunal fue sustituido por el Consejo de Estado en la Constitución de 1946, con atribuciones similares. La Constitución de 1967 retoma por segunda ocasión la idea del Tribunal, otorgándole prerrogativas análogas a aquellas otorgadas por la Constitución

¹² Constitución Política de Ecuador (1945), Art. 160, Expedida en Quito por la Asamblea Constituyente el 5 de marzo de 1945, publicada en el Registro Oficial N° 228 de 6 de marzo de 1945.

¹³ Código Civil, Art. 1, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 46 del 24 de junio de 2005

¹⁴ Hernán Salgado Pesantes, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional Ecuatoriana, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004, Pp. 33 y ss.

de 1945¹⁵ aunque reducidas, pues era la Corte Suprema de Justicia la encargada de suspender las leyes inconstitucionales por su forma o fondo. Una vez declarada su suspensión, ésta debía someter al conocimiento del Congreso dicha problemática para dictar su resolución. Una vez más, se otorgó el control constitucional al órgano legislativo y se impulsó la naturaleza administrativa y no jurisdiccional del Tribunal de Garantías.

No es hasta 1996 que, mediante la reforma realizada a la Constitución aprobada en 1979¹⁶, el Tribunal de Garantías Constitucionales se transforma en el Tribunal Constitucional, otorgándole nuevas funciones, prestando mayor atención a su actividad jurisdiccional, aunque en la práctica se observará que en definitiva el carácter político y partidista de la institución lo transformaba en ocasiones simplemente en una institución de carácter administrativo.

Mediante estas reformas, el Tribunal Constitucional ya no sería más el organismo encargado de realizar observaciones sobre las normas inconstitucionales, observaciones que después pasarían a ser estudiadas por el Congreso Nacional; al contrario, se trataba ya de un tribunal jurisdiccional por naturaleza, que más allá de conocer las demandas de inconstitucionalidad de normas y actos administrativos, también debía resolverlas y así generar, de esta manera, fallos y resoluciones con carácter vinculante para las partes. Gozaba, además, de la competencia para conocer aquellas resoluciones que denegaran las garantías dispuestas en la Constitución y podía pronunciarse también sobre las consultas y apelaciones del recurso de amparo.

En este punto debemos considerar que nos encontramos frente al primer antecedente de la justicia constitucional en Ecuador, aunque, salvo honrosas excepciones, la historia posterior de nuestro país brindará ocasiones al Tribunal Constitucional para desvirtuar su papel como organismo de control constitucional. Resulta necesario tomar en cuenta, además, que a partir de su conformación se generaron nuevas corrientes doctrinarias y conceptuales, que posteriormente se verán reflejadas en las decisiones del Tribunal.

La reforma y codificación realizada en 1997 de la Constitución Política de Ecuador de 1978, continuó prestando atención al control constitucional; no varió en este sentido la

¹⁵ Constitución Política de Ecuador (1967), Art. 220, Expedida en Quito por la Asamblea Constituyente el 25 de mayo de 1967, publicada en el Registro Oficial N° 133 de 25 de Mayo de 1967.

¹⁶ A pesar de que la Constitución Política de Ecuador fue aprobada en 1979, existieron diversas y variadas reformas, entre las que podemos observar las de 1984 y la de 1996. Entre las cuales intermediaron también las reformas referidas a la Constitución de 1978, en los años de 1984 y 1993.

existencia del Tribunal Constitucional que continuó ejerciendo las competencias a él otorgadas por la Constitución de 1979, codificada en 1996. Sin embargo, ambas constituciones delegaban la interpretación de la Constitución al Congreso Nacional en pleno, por lo que el Tribunal Constitucional no cumplía aún con su papel de máximo órgano de interpretación constitucional.

Hasta este momento podemos observar como la evolución de las competencias del Tribunal Constitucional en Ecuador, variaron significativamente desde el momento de su creación en 1945 hasta 1997 (codificación de la Constitución de 1978). Es sin embargo preciso, en orden de alcanzar nuestro objetivo, dar un vistazo a la Constitución expedida en 1998.

1.2. La Constitución ecuatoriana de 1998

La Constitución Política de nuestro país, adoptada en 1998, fue el resultado de la crisis política que vivió el país a partir del regreso a la democracia en 1978 y tuvo como antecedente la ruptura del Estado Constitucional de Derecho en 1997, derivado de la destitución de un presidente constitucionalmente elegido, sin ser reemplazado por quien ostentaba el cargo de Vicepresidente de la República¹⁷. De dicho episodio, surgió la necesidad de convocar a una nueva Asamblea Nacional Constituyente, con el objeto de establecer un nuevo texto constitucional que replantee el orden constitucional ecuatoriano.

La conceptualización de un nuevo orden constitucional trajo consigo la esperanza de un Estado Constitucional que permitiera restablecer la estabilidad democrática, reduciendo el conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo, ampliando la participación democrática, estableciendo nuevas garantías institucionales para el correcto desenvolvimiento de los poderes del Estado, haciendo asequible la gobernabilidad del país. Sin embargo, un año y medio después, la inestabilidad económica trajo consigo nuevos problemas políticos impidiendo la terminación del mandato constitucional del Dr. Jamil Mahuad y la posterior elección del Coronel (en servicio pasivo) Lucio Gutiérrez, quien en un nuevo levantamiento popular, fue también destituido sin que haya podido completar el periodo por el cual fue elegido.

¹⁷ Hernán Salgado Pesantes, *El Proceso Constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones*. Fuente WEB: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2728/11.pdf>, recuperado: 17 de agosto de 2010.

De todas maneras la Constitución de 1998 propuso un nuevo modelo de control constitucional que, de manera novedosa en Ecuador, instauró un modelo de control mixto, permitiendo establecer las características del control difuso¹⁸, por el cual los jueces ordinarios eran quienes tenían la potestad de inaplicar una norma dentro de un caso concreto puesto a su conocimiento. Así por ejemplo, el artículo 274 de la Constitución de 1998 disponía que cualquier juez o tribunal pudiera inaplicar un precepto jurídico de oficio o a petición de parte, cuando este sea contrario a las normas de la Constitución. De la misma forma se contaba con la existencia de un órgano especializado constitucional que efectuaba el control constitucional abstracto de las normas¹⁹, así el segundo inciso del artículo 274 de la Constitución disponía que los jueces debían presentar un informe sobre las normas inaplicadas al Tribunal Constitucional para que éste resolviera sobre la inconstitucionalidad de manera general y obligatoria.

De lo expuesto, se observa que el Tribunal Constitucional contaba con nuevas y más amplias competencias que sus antecesores, permitiendo establecer las bases para la consolidación del Tribunal Constitucional como órgano máximo de control constitucional, incorporando además, nueva teorías jurídicas para la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas en el territorio ecuatoriano. Ahora bien resulta necesario realizar un estudio acerca de las nuevas competencias otorgadas al Tribunal Constitucional en materia de derecho judicial respecto a sus resoluciones y dictámenes constitucionales.

1.2.1. El Tribunal Constitucional y sus competencias en la Constitución Política de 1998

El Título XIII, de la Constitución Política de Ecuador de 1998, consagraba el principio de supremacía constitucional y creaba además el Tribunal Constitucional como órgano competente para conocer las demandas de inconstitucionalidad de leyes y actos normativos²⁰, además de conocer las resoluciones²⁰ que denieguen el *hábeas corpus*,

¹⁸ El Control Difuso de Constitucionalidad es más conocido como *Judicial Review*, pues nace de la tradición jurídica norteamericana, implementada por primera vez en la sentencia emitida por el Juez Marshall en el caso *Madbury Vs. Madison* de 1803, por la cual los jueces pueden inaplicar una norma emitida por el Parlamento, toda vez que esta resulta contradictoria a los postulados constitucionales.

¹⁹ Jorge Benavides Ordóñez, *Origen y tipos de control de Constitucionalidad*. Fuente WEB: http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5166&Itemid=426, recuperado: 18 de agosto de 2010.

²⁰ La Constitución Política de Ecuador, promulgada por Decreto Legislativo 000, publicado en el Registro Oficial N° 1 de 11 de Agosto de 1998, disponía que una de las competencias del Tribunal Constitucional

hábeas data y amparo constitucional y los casos de apelación respecto de la acción de amparo.

De igual manera, era el órgano competente para conocer y dictaminar las objeciones de inconstitucionalidad realizadas por el Presidente respecto de la formación de leyes y la conformidad constitucional de los tratados o convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, lo que representaba una amplia gama de competencias que permitía al Tribunal Constitucional el correcto desempeño de sus funciones como órgano de control constitucional.

Si bien es cierto, podemos observar que la importancia brindada por la Constitución al Tribunal Constitucional permitió su conceptualización como órgano responsable de garantizar el cumplimiento del principio de supremacía constitucional, su actuación en el futuro lo convertiría en un órgano político – jurídico, estableciendo terribles precedentes para el derecho constitucional ecuatoriano²¹.

Sin embargo, no es posible obviar que la Constitución de 1998 permitió al Tribunal Constitucional contar con competencias suficientes para decidir, de manera definitiva, las cuestiones sometidas a su conocimiento; pero, la interpretación del texto constitucional era una competencia otorgada únicamente al Congreso Nacional, lo que impedía que un órgano jurídico, como lo era el Tribunal Constitucional, pueda crear jurisprudencia obligatoria respecto de la interpretación de las normas contenidas en la Carta Fundamental o leyes de nuestro país, generando una interrupción en el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional vinculante emitida por el máximo órgano de control constitucional²².

era la de conocer las demandas de inconstitucionalidad “de fondo o de forma, que se presenten sobre leyes orgánicas y ordinarias, decretos - leyes, decretos, ordenanzas; estatutos, reglamentos y resoluciones, emitidos por órganos de las instituciones del Estado, y suspender total o parcialmente sus efectos”, además de proferir la revocatoria de un acto normativo expedido por una autoridad pública, cuando este sea considerado inconstitucional.

²¹ Por ejemplo, se observó su debilidad como organismo independiente y jurídico cuando en diciembre de 2004, el presidente Lucio Gutiérrez, decidió destituir a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y reorganizar el Tribunal Supremo Electoral y Tribunal Constitucional.

²² Miguel Camba Campos, *Justicia y Control Constitucional*. Fuente WEB: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=29, recuperado: 19 de agosto de 2010.

1.2.2. Ley de Control Constitucional

La Ley de Control Constitucional²³ no sólo regulaba las competencias otorgadas al Tribunal Constitucional por la Carta Fundamental de 1998, sino que también, hacía referencia a dos tipos de resoluciones cuyos efectos eran generales y obligatorios para todos los funcionarios del Estado y cuyo incumplimiento implicaría su destitución.

Así podemos observar que las resoluciones emitidas por el Pleno del Tribunal Constitucional respecto de las acciones de inconstitucionalidad de actos normativos y administrativos, suponía la generación de efectos de carácter general y obligatorio para todos los jueces y autoridades, prohibiendo su invocación a futuro. El artículo 22 de dicho cuerpo normativo disponía que:

Las disposiciones de ley, decreto - ley, decreto, ordenanza o reglamento materia de la demanda, que el Tribunal las declare inconstitucionales, cesarán en su vigencia y desde que tal resolución se publique en el Registro Oficial, no podrán ser invocadas ni aplicadas por juez o autoridad alguna.

Dicha resolución, no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas y antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad.

Con claridad se observa el valor otorgado a las resoluciones del Tribunal Constitucional respecto de sus decisiones de carácter general y abstracto, es decir, de sus decisiones relacionadas a la declaratoria de inconstitucionalidad de normas y actos de carácter general. Si bien es cierto el efecto de dichas decisiones se relacionaba con la obligación de cumplimiento inmediato por parte de todas las autoridades públicas e incluso de otros operadores judiciales, no lo es respecto del carácter vinculante de sus precedentes.

Como es conocido, el objeto y finalidad de la acción de inconstitucionalidad es justamente el de declarar la incompatibilidad normativa existente entre las normas jurídicas inferiores respecto de los principios y normas contenidas en la Constitución, ya sea respecto del fondo de dichas normas o respecto de la formación de dichos enunciados normativos, lo que implica la expulsión de aquellas normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico nacional y la prohibición de aplicarlas,

²³ Ley de Control Constitucional, promulgada en el Registro Oficial N° 99 de 2 de Julio de 1997. Calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial N° 280 de 8 de Marzo del 2001.

hacia el futuro²⁴, por parte de cualquier autoridad pública, juez o ciudadano. Ahora bien, no existe en principio, ningún pronunciamiento acerca de la validez del precedente constitucional (respecto de dichas decisiones), lo que implicó una práctica común por la cual se confundían las reglas y subreglas creadas jurisprudencialmente, con la decisión (*decisium*) del caso concreto.

Así la referencia a la obligatoriedad de inaplicación y prohibición de invocación de las normas declaradas como inconstitucionales se refiere a la inaplicación de la norma extraída del ordenamiento jurídico ecuatoriano, prohibiendo su invocación hacia el futuro, pero no trataba del valor del precedente constitucional en el sistema de fuentes relacionado a la creación de reglas y subreglas jurisprudenciales, entendidas como la *ratio decidendi* de las sentencias²⁵.

De igual manera no existe ninguna disposición que aclare el valor del precedente respecto de las garantías constitucionales contenidas en la Constitución de 1998. Sin embargo, existen ciertos criterios que proponen la existencia de un sistema fuerte de precedentes constitucionales, basado principalmente en el reconocimiento y protección del derecho a la igualdad, por el cual se asegura que en principio se debe “aceptar lo ya resuelto en el pasado y no alterar lo decidido, todo lo cual confluye en la obligatoriedad del precedente”²⁶ haciendo referencia a la aplicación de la regla del *stare decisis et quieta non movere* del derecho anglo americano, la cual hace referencia a la política de los tribunales de atenerse a los precedentes y no desvirtuar una situación ya establecida²⁷. Dicha formulación tiene como fundamento la aplicación de cánones interpretativos en materia constitucional por parte del máximo órgano de control constitucional, lo que impediría que otros órganos alteraran dicha interpretación, aplicándola de manera diferente²⁸.

²⁴ Esto también lo señala el artículo 278 de la Constitución de 1998, que determinaba la inaplicabilidad de la norma dejaba sin efecto por inconstitucional hacia el futuro.

²⁵ Lo mismo es propuesto por el profesor colombiano Diego López Medina, que en referencia al proceso histórico constitucional y evolución de la jurisprudencia en Colombia, asegura que la expresión “de obligatorio cumplimiento”, contenida en el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, hace referencia a que las sentencias en firme de la Corte Constitucional tienen que ser obligatoriamente cumplidas por las partes. López Medina, Diego. El Derecho de los Jueces, Legis Editores, Séptima reimpresión, Segunda Edición, Bogotá DC., febrero 2009. Pg. 35.

²⁶ Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Andrade y Asociados Fondo Editorial, Segunda Edición, 2006. Pp. 28.

²⁷ Black's Law Dictionary, *stare decisis et quieta non movere*, séptima edición, 1999.

²⁸ Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional*. Pp. 29

Esta primera aproximación resulta paradigmática en el ordenamiento jurídico ecuatoriano correspondiente a la Constitución de 1998 y propone además un sistema de precedente absoluto u obligatorio, que a pesar de no estar contenido normativamente, debe ser respetado en base a la aplicación de la supremacía constitucional. Al respecto diremos que este sistema debía ser aplicado en nuestro país; sin embargo, se prefirió rendir mayor importancia al sistema de precedente legal, por el cual, sólo el fallo de triple reiteración emitido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia generaba jurisprudencia obligatoria, de la cual ningún juez o autoridad pública podía alejarse excepto la propia Corte Suprema, lo que trajo consigo la necesidad de un cambio en el sistema de fuentes ecuatoriano, como lo veremos más adelante.

1.3. La Constitución ecuatoriana de 2008

Como habíamos dicho con anterioridad, las exigencias sociales provenientes de la llamada “crisis del Estado” en Ecuador, llevó a la necesidad de plantear una reestructuración de las instituciones del Estado, inclusive respecto del papel del sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico nacional.

En este estado de la cuestión resulta imperante observar, en primera instancia, cuales son las nuevas competencias otorgadas a la Corte Constitucional respecto de la construcción de líneas jurisprudencias y la valoración de dichos precedentes en caso de existir.

Para hacerlo cabe distinguir de manera clara la existencia de tres mecanismos de creación jurisprudencial en la Constitución. En primera instancia, nos referimos a la corriente tradicional e imperante en Ecuador desde 1974 que implica la adopción, por parte de un órgano colegiado, de una resolución generalmente obligatoria que evitan la contradicción de fallos de la Corte Suprema de Justicia mediante la tercera instancia y, desde 1994, mediante el recurso de casación. Este modelo, como veremos más adelante, evoluciona hasta el día de hoy y se transforma en el reconocimiento del fallo de triple reiteración emitido por la Corte Nacional de Justicia. En este aspecto observamos el artículo 185 de la Constitución de la República que dispone que “las sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere (...) sobre su conformidad”.

De igual manera encontramos en el artículo 221 de la Constitución de la República, que el reconocimiento de los fallos y resoluciones que adopte el Tribunal Contencioso Electoral será considerado jurisprudencia en materia electoral, lo que nos lleva a observar otra línea jurisprudencial en Ecuador, remitiéndonos al artículo 436.1 y 436.6 de la Carta Magna, en el cual se observa claramente la voluntad del constituyente en otorgar el carácter vinculante de las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en el marco de sus competencias y su obligación de expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las garantías constitucionales mediante el proceso de selección y revisión.

A diferencia de las anteriores constituciones que rigieron el país, la actual Constitución de la República instituye el carácter vinculante de las sentencias emitidas por los máximos órganos en materia judicial, electoral y constitucional del país mediante la emisión de un enunciado normativo expreso, ya no sólo por los efectos que estos debían generar, lo que aporta un nuevo debate acerca de la construcción de líneas jurisprudenciales y los resultados provenientes de su incumplimiento por parte de jueces, funcionarios públicos y otros operadores de justicia en el país.

1.3.1. La Corte Constitucional para el período de transición en cumplimiento de sus competencias

Tras la adopción de la Constitución de la República el 20 de octubre del 2008, se planteó la necesidad de establecer un período de transición institucional, por el cual las instituciones anteriores a la existencia del nuevo ordenamiento constitucional debían dar por concluidas sus funciones y dar paso a la selección de nuevos integrantes de la Función Electoral, Consejo de la Judicatura y Corte Nacional de Justicia de manera transitoria. Sin embargo, el artículo 25 del Régimen de Transición sólo se pronunciaba acerca del método de selección de los 9 vocales que conformarían la Corte Constitucional, que serían proclamados una vez que hayan sido constituidas las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social, sin mencionar que ocurriría durante el periodo en el cual dichas funciones todavía no fueran constituidas.

Este vacío normativo dentro del Régimen de Transición hubiese permitido que durante aquel lapso se produjera un escenario de indefensión constitucional pues las competencias otorgadas a la Corte Constitucional por el artículo 436 de la Constitución, no podían ser ejercidas por el extinto Tribunal Constitucional, y al no existir un método de selección de los nueve magistrados que conformarían la Corte Constitucional para el

período de transición, no podría instaurarse tan importante órgano de control constitucional para producir una transición armónica y coordinada.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, mediante resolución de 20 de octubre de 2008, tomó en cuenta la aplicación directa de la Constitución, contenida en los artículos 11 ordinales 3 y 5; y, 426 de la Constitución de la República vigente, y con el objeto de dar “efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución”²⁹, observó que:

(...) al existir nuevas garantías de los derechos y nuevas competencias atribuidas a la Corte Constitucional y al ser éstas directa e inmediatamente aplicables, se hace imperativo regular los procedimientos para el ejercicio de dichas garantías y competencias, durante el período de transición.

Lo que llevó a la instauración de la Corte Constitucional para el período de transición, conformada por los ex – vocales del extinto Tribunal Constitucional, debido a que no podía justificarse la violación o el desconocimiento de los derechos contenidos en la Constitución, peor aún de los mecanismos que garanticen su pleno ejercicio. Sin embargo, esta decisión no fue compartida en su totalidad, siendo la Corte Constitucional para el período de transición, conocida como la “autoproclamada”³⁰ Corte Constitucional, trayendo consigo críticas sobre la legitimidad de sus decisiones y su naturaleza como institución jurídica y no política³¹

Nacieron entonces las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición, adoptadas por el Pleno de la Corte Constitucional. Posteriormente surge, ahora proveniente del órgano legislativo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³², que norma las competencias de la Corte Constitucional de manera general, ya no sustrayéndose al caso único de la Corte Constitucional para el periodo de transición sino al ejercicio de todas las garantías jurisdiccionales establecidas por la Carta Magna. Lo que nos lleva a la

²⁹ Tribunal Constitucional, Resolución de 20 de octubre de 2008, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 451 de 22 de octubre de 2008.

³⁰ “El Tribunal Constitucional se declaró Corte Constitucional”, en diario *El Universo*, 22 de octubre de 2008, sección Política, fuente WEB: <http://www.eluniverso.com/2008/10/22/0001/8/85C3986420F742FDB40A25902802E24A.html>, recuperado el 25 de julio de 2011.

³¹ “Autoproclamada Corte, lista para interpretar Constitución”, en diario *El Hoy*, 16 de noviembre de 2008, fuente WEB: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/autoproclamada-corte-lista-para-interpretar-constitucion-318866.html>, recuperado el 25 de julio de 2011.

³² Ley de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

tarea indispensable de observar cual era el valor que en ambos momentos se otorga a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su competencia-obligación de generar jurisprudencia vinculante respecto de garantías jurisdiccionales.

1.3.2. Las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Los artículos 17 y 18 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, regulan el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte de la siguiente manera: en primer lugar, en el artículo 17, reconoce los efectos de cosa juzgada de las sentencias constitucionales, asegurando que aquellas tendrán efectos de cosa juzgada material o formal. Posteriormente señala, en el artículo 18, que el precedente constitucional estará compuesto sólo de aquellas sentencias cuyos efectos sean de cosa juzgada material. Esto nos lleva en primera instancia a comprender aquello que significa cosa juzgada material y diferenciarla de la cosa juzgada formal.

La cosa juzgada constitucional parte de la conceptualización del actuar de los jueces dentro de sus competencias como órganos de control constitucional³³ respecto a la especialidad de sus decisiones enmarcadas en el aseguramiento de la supremacía constitucional, lo que implica de manera directa que el producto resultante de su actuación es la “pretensión de vigencia general y exclusiva en la formulación de reglas de derecho constitucional secundarias”³⁴.

La cosa juzgada material, en el ámbito civil, ha sido entendida como la determinación necesaria para que el fallo surta efecto directo, lo que se traduce en la existencia de un ámbito dispositivo con límites en la *res iudicata*, es decir entre la identidad subjetiva, objetiva y la *causa petendi*; lo cual responde a la aplicación de ciertos principios como la inmutabilidad de la decisión adoptada en una sentencia³⁵, lo que implicaría además, la irreversibilidad de las cuestiones resueltas por el juez al momento de conocer un caso concreto.

³³ En el caso ecuatoriano, nos referimos al actuar del Tribunal Constitucional como órgano de cierre de la justicia constitucional, ya sea por sus competencias como corte de apelación de las garantías constitucionales o como órgano de control e interpretación constitucional.

³⁴ Antonio Lizana Aldunate, *Jurisdicción Constitucional y cosa juzgada constitucional*, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 20, Número 2 – 3. 1993. Pp. 359.

³⁵ Enrico Liebman, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJE, 1980. Pp. 569.

Lo cierto es que vincular la existencia del precedente a la cosa juzgada material, entendida como las disposiciones adoptadas por un juez para la resolución de la litis en un caso concreto, conlleva a un desentendimiento de la importancia y naturaleza de la cosa juzgada constitucional, pues el proceso constitucional guarda ciertas particularidades que deben ser entendidas y clarificadas en orden de solucionar problemas que propendan al incumplimiento del principio de la supremacía de la Constitución.

Así por ejemplo, resulta imperante entender que la Constitución es un conjunto de principios y reglas, lo cual hace posible su permanencia respecto del carácter cambiante del fenómeno social – jurídico al que responde, y así cumplir con las expectativas y demandas sociales resultantes de este fenómeno. El Tribunal Constitucional Federal de la República de Alemania acoge dicho criterio y toma al precedente desde un doble punto de vista, uno estático, a partir del carácter dispositivo del fallo y, otro dinámico, a partir de los fundamentos de aquellas decisiones:

(...) la jurisprudencia de ese Tribunal ha sostenido reiteradamente que el carácter vinculante de sus decisiones abarca tanto el dispositivo del fallo – contenido 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 (tragende Gründe), concerniente a la interpretación constitucional³⁶.

La razón de este doble ámbito responde a la naturaleza de la Constitución como un orden abierto, que no puede conservar la misma rigidez del Derecho Civil, al contrario, debe impregnarse de adaptabilidad y dinamismo característico del constitucionalismo moderno y de esta manera evitar la petrificación de la interpretación constitucional³⁷. Sin embargo, existen dos supuestos de aplicación de este principio, ambos deben ser estudiados en el marco del artículo 18 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición.

El primero de ellos se refiere al manejo del precedente y la cosa juzgada constitucional dentro del control abstracto de constitucionalidad de normas y actos administrativos de carácter general. En este aspecto podríamos asegurar que la idea de una cosa juzgada material rígida e inadaptable traería consigo graves consecuencias en el orden jurídico y

³⁶ Jesús M. Casal Hernández, *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 1, 2004. Pp. 299 – 325.

³⁷ Jesús M. Casal Hernández, *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*. Pp. 307.

social de un país. Por ejemplo, si hablamos de una rigidez completa, entonces aquellas normas declaradas constitucionales, lo serían de forma definitiva, y ningún otro tribunal en el futuro podría verificar la constitucionalidad de dicha norma a pesar de ser contradictoria con nuevos preceptos constitucionales resultantes de una reforma constitucional; de igual manera resultaría lo contrario, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, esta no podría ser reeditada por el legislador en el futuro³⁸.

En este aspecto inicial la formulación planteada en el artículo sujeto a este análisis impediría la flexibilización del control constitucional, imposibilitando la permanencia de la Constitución hacia el futuro, esto podría promover conflictos dentro de la realidad jurídico – social, toda vez que dicha norma ampara la teoría del precedente absoluto y obligatorio, enmarcado no en la *ratio* de la decisión, sino en su parte dispositiva o resolutive, convirtiendo al sistema de interpretación constitucional en un sistema pétreo de convicciones definitivas, atentando inclusive el principio evolutivo de los derechos contenidos en la Constitución.

En un segundo ámbito, el más importante para el objeto de nuestra investigación, debemos observar el carácter de la cosa juzgada material respecto de aquellos casos donde se defina la presunta violación y reparación de un derecho contenido en la Constitución. En una primera aproximación, es necesario reivindicar que dentro de los procesos constitucionales donde se discute la vulneración y reparación de un derecho³⁹, se entabla una controversia de carácter concreto, lo que implica respetar la seguridad jurídica contenida en la resolución dictada por un juez constitucional, en base al derecho a la igualdad, por lo que se otorga mayor importancia a la cosa juzgada material.

Respecto a este criterio debemos anotar que si bien, la cosa juzgada material tiene preeminencia, ésta se refiere solo a la parte resolutive de la sentencia, donde el juez resuelve el conflicto y obliga a los demás tribunales a respetar dicho antecedente en aplicación del derecho a la igualdad y al principio de seguridad jurídica. Sin embargo, lo propio no sucede en relación a los fundamentos utilizados por el juzgador al

³⁸ *Ibíd.* Pp. 308

³⁹ En nuestro ordenamiento jurídico dichos procesos son denominados garantías jurisdiccionales y se encuentran contenidas en el capítulo tercero del Título III de la Constitución de la República.

momento de interpretar la disposición constitucional que antecede a su resolución, cuestión que puede variar obteniendo el mismo resultado.

De lo dicho, observamos la existencia de un primer criterio que debe ser tomado en cuenta en relación a los precedentes constitucionales provenientes de garantías jurisdiccionales, el cual corresponde a la inmutabilidad del criterio resolutivo del juez pero no de los fundamentos usados dentro de su decisión, lo que implicaría nuevamente respetar la decisión pero no reconocer la *ratio* por la cual un juez resolvió una situación de una u otra manera. Esto traería como consecuencia el desconocimiento de las subreglas provenientes de la *ratio*, confundiéndolas, como se dijo con anterioridad, con la *decisium* de la sentencia y como tal irrespetaría y desconocería el objeto principal del estudio de líneas jurisprudenciales de un órgano jurisdiccional que implica justamente la *ratio* de sus decisiones.

Un segundo criterio que debe ser observado y se relaciona aún más con nuestro objeto de estudio, es el reconocimiento de la cosa juzgada formal dentro de las sentencias de garantías jurisdiccionales, ya que permitiría discutir nuevamente los temas resueltos vía revisión⁴⁰ de sentencias de garantías constitucionales por parte del órgano de Control Constitucional, asuntos que serán revisados con mayor profundidad en el tercer capítulo. Por ahora nos referiremos a la competencia que faculta a la Corte Constitucional a revisar las sentencias emitidas por los jueces constitucionales y pronunciarse sobre la cosa juzgada material decidida en los fallos seleccionados para dicha revisión.

El resultado de este razonamiento no es un desconocimiento de la cosa juzgada material, sustituyéndola por la cosa juzgada formal, al contrario se propende a un reconocimiento parcial de la primera, ya que los casos sujetos a revisión deben ser seleccionados de manera motivada, mientras aquellos que no lo son surten efectos de cosa juzgada material, de los cuales no cabe otro pronunciamiento; de igual manera surten efectos de cosa juzgada material ya que no puede presentarse otra garantía de la misma naturaleza con análogas pretensiones e identidad objetiva y subjetiva. Así, el segundo criterio analizado hace énfasis en el modelo de jurisprudencia relativa, mientras el primero da mayor importancia al carácter vinculante de la cosa juzgada material, y es justamente este criterio el que respalda el artículo analizado.

⁴⁰ Jesús M. Casal Hernández, *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*. Pp. 312.

Ahora bien, respecto del tema que nos ocupa debemos observar que el artículo 80 de las Reglas de procedimiento disponía el ejercicio de la facultad de la Corte para seleccionar y revisar las sentencias ejecutoriadas sobre garantías jurisdiccionales, pero no puntualizaba los métodos a ser usados para seleccionar dichas sentencias. El artículo 81, ibis, disponía la creación de una sala, conformada por 3 miembros, quienes seleccionarían y revisarían las sentencias remitidas por los jueces competentes. Sin embargo, durante el período de validez de las Reglas de procedimiento, la Corte Constitucional no seleccionó, ni revisó sentencia alguna; primero, por la complejidad de los asuntos encargados a ellos provenientes de los casos pendientes del Tribunal Constitucional, y, segundo, por la falta de remisión de las sentencias de garantías jurisdiccionales por parte de los jueces competentes.

Una vez revisados los dos modelos de reconocimiento del precedente constitucional surgidos a partir de los artículos 18 y 80 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, podemos concluir que éste es un primer acercamiento, aunque con ciertas limitaciones, a un sistema de fuentes del derecho fundamentado en la actividad judicial, y promulga la importancia del precedente constitucional como un medio para asegurar el derecho a la igualdad y sobre todo la supremacía de la Constitución como norma fundamental del Estado.

Sin embargo, como veremos más adelante, estos criterios no fueron tomados en cuenta para la redacción de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo que en definitiva impidió que las decisiones de la Corte Constitucional, hasta la expedición de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional, pudiera servir como precedente y jurisprudencia obligatoria para los demás operadores jurídicos del país.

1.4. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Si bien las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional solucionaron, de manera emergente, la necesidad de contar con mecanismos de control de constitucionalidad y protección de los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos en general, resultó más que pertinente optar por una norma proveniente del legislativo que regularice las actividades del

máximo órgano de interpretación constitucional y, además, permita el correcto desenvolvimiento de las competencias a él otorgadas en la Constitución.

Como dijimos con anterioridad, la nueva Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional normó las competencias de la Corte Constitucional y estableció como objeto y finalidad de la ley el de:

(...) regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.

La Transitoria Décimo Sexta de la Constitución de la República vino a reformar implícitamente el contenido del artículo 18 y 80 de las Reglas de procedimiento al establecer que los efectos de las sentencias interpretativas, dictámenes, actos jurisdiccionales y demás resoluciones de la Corte, tendrán validez únicamente para los casos y situaciones resueltas antes de la promulgación de la Ley, lo que implicó el desconocimiento de la vinculatoriedad del precedente y jurisprudencia emanada del órgano constitucional, lo cual no resultaba del todo contraproducente por las observaciones realizadas *up supra*, sin embargo, podría resultar lesivo respecto del derecho a la igualdad para aquellas personas que presentaren acciones posteriores a la adopción de la LOGJCC y que, en casos similares o análogos, la decisión no haya sido la misma, generando una situación de desigualdad. En estos casos la Corte pudo optar por seguir la doctrina generada por el *stare decisis*, y establecer, en principio, el respeto a las decisiones emanadas de su Pleno alejándose de ellas de manera motivada, siempre que sus antecesoras resultaren perniciosas para la protección de los derechos que se encontraban en conflicto.

Así el numeral 3 del artículo 2 de la LOGJCC dispone la fuerza vinculante de los parámetros interpretativos de la Constitución, fijados por la Corte Constitucional, para los casos sometidos a su conocimiento. Por lo que este organismo podría alejarse de dichos precedentes de manera motivada y respetando el principio de progresividad de los derechos y la vigencia del Estado Constitucional, lo que implicó un cambio de paradigma sobre el reconocimiento de la jurisprudencia en Ecuador, de manera tal que el precedente no se vinculaba ya a la decisión adoptada por el órgano competente en un caso concreto, al contrario, se vinculaba directamente con la relación y congruencia

entre la *ratio decidendi* y la *decisum*, es decir, entre la argumentación usada por el juez y la decisión a la que lleva dicha argumentación.

Para establecer el análisis jurisprudencial estático es necesario partir de la identificación de los elementos que forman parte de una decisión judicial. Al realizar un corto análisis de la jurisprudencia de tribunales internacionales⁴¹, podemos identificar los elementos que forman parte de los fallos emitidos por órganos jurisdiccionales, pero antes es necesario comprender que el derecho judicial plantea también una corriente formalista, similar a la legal, respecto de la creación de subreglas, lo que no impide la existencia de un criterio hermenéutico referente al precedente emanado, ya que el juez está obligado a observar el contexto social en el cual aplica dicho precedente, observando la posibilidad de alejarse de él en situaciones concretas que ameriten una mayor protección del derecho en un momento dado. Pero ¿por qué se otorga tal importancia a las circunstancias sociales en las que se aplica un ordenamiento jurídico y que relación guarda con la jurisprudencia? para Alf Ross⁴² la respuesta se encuentra en un doble sentido del positivismo jurídico, que nos permite:

*(...) establecer la existencia y describir el contenido del derecho de un determinado país en un momento determinado en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de derecho sociales (conducta y actitudes humanas)*⁴³

Continúa explicando la relación que guarda esta tesis con el derecho natural y asegura que:

Los principios del derecho natural, (...), especialmente la idea de justicia, están necesariamente implícitos en el concepto del derecho. Ello significa que ningún orden puede ser reconocido como jurídico sino encarna esos principios (...). Un

⁴¹ Hacemos énfasis en la producción de precedentes vinculantes de la Corte Constitucional Colombiana, que en el marco de sus sentencias, ha identificado el valor referido a la *Ratio Decidendi, obiter dicta* y *decisum*, permitiendo un mejor manejo del análisis del precedente.

⁴² Alf Ross, propone la existencia de una doble tesis del positivismo jurídico. La primera tesis se relaciona directamente con la inexistencia del derecho natural, al ser este un método de conocimiento de interpretación metafísica, mientras que el positivismo jurídico se relaciona con la idea de principios empíricos que niega la existencia de un conocimiento ético o una moral absoluta. El segundo criterio en cambio acepta la existencia del derecho natural, toda vez que cualquier ordenamiento jurídico guarda relación con principios de justicia.

⁴³ Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires D.F., Distribuciones Fontamara S.A., Cuarta Edición, 2001. Pp. 15

*Orden que de ninguna manera esté inspirado por las ideas de justicia, (...) no es un orden jurídico sino un orden de fuerza bruta, un régimen de gánster*⁴⁴

De allí que el análisis de la realidad social que inspira la existencia de un determinado ordenamiento jurídico sea necesario para establecer los mecanismos idóneos para alcanzar tan anhelado principio de justicia. Si tomamos en cuenta la teoría, generalmente observada por el positivismo realista, donde los jueces son un nexo entre las normas aplicables y la realidad social en la que existen, entonces comprendemos que la jurisprudencia es el resultado del actuar del juez en la búsqueda de dar primacía a ese principio de justicia y, por tal, es parte fundamental de este ordenamiento jurídico; lo que impediría que el juez actúe a su arbitrio y desconozca el actuar de sus pares en el futuro, pues al contrario, la jurisprudencia emanada de otros órganos de su misma naturaleza servirán como herramientas para la consecución de estos fines.

El análisis estático de la jurisprudencia nos permite descifrar justamente los elementos⁴⁵ que componen una sentencia, lo cual nos servirá posteriormente para realizar el análisis dinámico de líneas jurisprudenciales y así observar la existencia o no de un sistema jurisprudencial dentro de un ordenamiento jurídico determinado. Como anteriormente observamos, la naturaleza y alcance de los artículos 18 y 80 de las Reglas de procedimiento para el ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, confundía la decisión con la *ratio decidendi* y promulga la vinculatoriedad del precedente para casos análogos, pero no hacía lo propio respecto de los parámetros interpretativos nacientes de la jurisprudencia, lo cual resulta presuntamente superado con el numeral 3 del artículo 2 de la LOGJCC, por lo que resulta imperante diferenciar los componentes de la sentencia con el objeto de relacionar los parámetros de interpretación que configuran la jurisprudencia en Ecuador respecto de los elementos que establecen dicho fallo jurisprudencial.

La *obiter dicta* debe ser entendida como la argumentación que, de manera incidental, se encuentra contenida en la sentencia. Se caracteriza por no ser indispensable para el fundamento de la parte dispositiva, por lo que son “todos aquellos razonamientos o consideraciones que no constituyen *ratio decidendi* en una sentencia (...)”⁴⁶.

⁴⁴ *Ibíd.* Pp. 15

⁴⁵ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá D.C., Legis, Séptima reimpresión, 2009. Pp. 216 – 260.

⁴⁶ *Ibíd.* Pp. 223.

Por otra parte, la *ratio decidendi* es “la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica”⁴⁷, de la misma manera es la formulación general del principio que fundamenta la decisión judicial⁴⁸. Por último, la *decisum* es la decisión tomada por la Corte respecto a la resolución de un caso.

Este tipo de análisis hace posible entender a la *ratio decidendi*, como el argumento jurídico que permita unir los nexos entre los hechos del caso y su decisión. Si bien, la hermenéutica es aplicable a casos donde no se distinga de manera explícita la *ratio*, también es necesario asegurar que los jueces deben buscar el método más apropiado para identificar las subreglas que conforman la *ratio decidendi* de los casos puestos a su consideración como precedente.

Pero, qué tipos de jurisprudencia o precedentes provienen de las decisiones de la Corte Constitucional. Si bien el artículo 2, número 3 de la LOGJCC, dispone la obligatoriedad del precedente, la Constitución dispone dos criterios o sistema de jurisprudencia vinculante y obligatoria. La primera se relaciona con todas las sentencias y dictámenes provenientes de la Corte Constitucional, vinculados al control de constitucionalidad (art. 436.1 CRE), mientras el segundo criterio se relaciona con la facultad de selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales remitidas por los jueces de instancia (art. 436.6 CRE). Sobre este punto, la LOGJCC en los artículos 198 y 199, dispone la creación de una sala de selección y revisión de sentencias en materia de garantías jurisdiccionales y las resoluciones de medidas cautelares. La sala de selección estará compuesta por tres juezas o jueces, quienes actuarán mensualmente de manera rotativa, igualmente contará con salas de revisión, compuestas de manera rotativa.

Así la selección y revisión de sentencias en materia de garantías jurisdiccionales resulta un gran aporte para el establecimiento real de un sistema de jurisprudencia obligatoria en nuestro país, generando un mecanismo de garantía para los derechos constitucionales y permite además cumplir el principio de supremacía de la Constitución al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la justicia constitucional, más adelante observaremos con mayor profundidad las implicaciones que trae consigo la selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales en el plano constitucional, al mismo

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 1300/01, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, Santa Fe de Bogotá, 6 de diciembre de 2001.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 0047/99, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria, Santa Fe de Bogotá, 29 de enero de 1999.

tiempo que haremos una revisión sobre la aplicación de estos procedimientos en Ecuador.

2. Capítulo II: Derecho Comparado

En Ecuador históricamente no ha existido un sistema de jurisprudencia fuerte que la vincule al ordenamiento jurídico nacional como una fuente objetiva del derecho. Observamos que en nuestro país, la jurisprudencia ha sido concebida como un criterio auxiliar para jueces y operadores de justicia; sólo a partir de la Constitución de 1998 la jurisprudencia intentó erguirse como fuente directa de derecho, equiparándola con la ley y sentó las bases para la ampliación de su reconocimiento en la Constitución de 2008, que plantea un sistema de jurisprudencia obligatoria.

Resulta necesario entonces realizar un acercamiento al concepto jurisprudencial en Ecuador, donde en principio, la jurisprudencia ha sido concebida como un medio para lograr la uniformidad de las decisiones judiciales de los máximos tribunales de justicia, hasta lograr entenderla como fuente directa de derecho, siendo un instrumento de creación de derecho y no simplemente un medio para aplicar la ley.

Ya desde los albores del derecho jurisprudencial como “doctrina práctica” en Francia gracias a la compilación de fallos por parte de tratadistas y conocedores del derecho⁴⁹, hasta el reconocimiento de la jurisprudencia y el precedente jurisprudencial en nuestro país, podemos decir que el derecho ha evolucionado de tal forma que en la actualidad la jurisprudencia es reconocida ya como fuente directa y como herramienta de producción de derecho.

Resulta necesario realizar un estudio de esta denominada evolución del precedente, tomando como primera consideración la existencia del *stare decisis*, del *Common Law* anglo – americano, pasando por el debate del establecimiento de la doctrina del precedente legal, la jurisprudencia libre y la doctrina probable en Colombia, mediante la selección y revisión de sentencias de tutela y por último el proceso que ha seguido Ecuador para adoptar un sistema de fuentes del derecho, apartado ya de la tradicional familia legicéntrica romanista que caracteriza nuestro sistema de fuentes desde la adopción del Código Civil Ecuatoriano, escrito por Andrés Bello, en 1859.

⁴⁹ Armand Dalloz, se percató de la gran producción jurisprudencial de los juzgados en la Francia de 1827, lo que lo llevó a procurar recopilar todos los fallos de los tribunales franceses y crear el primer diccionario del razonamiento jurídico francés, denominado “*Dictionnaire general et raisonne de legislation, de doctrine et de jurisprudence*”, que sirvió como medio de conocimiento de los operadores jurídicos de la época y permitió usar la jurisprudencia como herramienta de persuasión en las decisiones de los tribunales de la época. (Diego López Medina. *El Derecho de los Jueces*. Pp. 11)

2.1. El precedente en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América

La mayoría del Derecho Continental Europeo guarda una relación directa con la consideración del Derecho desde el punto de vista romanista, sin embargo, por la propia tradición territorialista de Inglaterra, como también por su lejanía de Europa continental y la poca influencia romana en su historia, el derecho inglés varía del romanista y se expresa dentro del *Common Law*.

La conquista normanda de la isla, en 1066 por Guillermo el Conquistador, Duque de Normandía, permite asegurar que el derecho anglosajón se caracteriza sobre todo por contar con una continuidad histórica casi imperceptible en los demás países del continente europeo, pues si bien es cierto la isla inglesa fue asediada por diversas culturas, como los romanos, sajones y normandos, también es cierto que la cultura de los pueblos antes allí asentados era impermeable respecto de estas últimas, al punto de constituirse en uno de los únicos países donde la religión cristiana fue impartida en la lengua nativa del lugar, y no en latín como se hizo en otras localidades, incluyendo a nuestra región⁵⁰. Esto también permitió que las primeras leyes de la localidad sean escritas en el mismo idioma, lo que generó un reconocimiento mucho más homogéneo de la realidad jurídica de los pueblos asentados en lo que hoy conocemos como Inglaterra y evitó el desmembramiento y mutilación del proceso histórico jurídico de la región, al contrario de lo que sucedió en la Europa continental.

Aunque la historia del alumbramiento del Derecho Anglosajón resulta de lo más interesante, no es objeto de este estudio realizar una esquematización de la evolución histórica del país, pero si el de retomar sus inicios como antecedente para un hito histórico de la época moderna que implica la independencia de Estados Unidos de América y la recepción de ciertos elementos del Derecho Anglosajón para configurar la familia del Derecho Angloamericano y su principal institución el *Stare Decisis*.

Con la llegada de Guillermo I, los reinos y pueblos ubicados en el territorio de Inglaterra se unieron bajo el poder de una sola corona y adoptaron el modelo feudal continental, traído desde Normandía por Guillermo I. Ahora bien, dicho modelo contaba con características propias diseñadas para garantizar la seguridad del poder de la Corona. En primera instancia se limitaba el poder de los feudos mediante la entrega de

⁵⁰ Keith James Eddey, *The English Legal System*. Londres, Sweet and Maxwell, Segunda Edición. 1977.

territorios que no podían ser mayores a los territorios de la Corona, además el tamaño del feudo representaba la cuota o tributo que debía pagarse al Rey. De la misma manera Guillermo I, inició con la centralización de las cortes y tribunales de justicia, lo que resultó en la creación de los Tribunales Reales y del *Common Law*.

Los objetivos que pretendía conseguir Guillermo I al centralizar la Justicia, era el de controlar los poderes de los señores feudales al retirar de sus competencias la administración de justicia y lograr la unificación de la producción jurídica por medio del poder de los jueces, por lo que creó en la ciudad de Londres los Tribunales de Westminster, que consistían en tres tribunales especiales conocidos como *Court of Exchequer*, *Court of King's Bench* y *Court of Common Pleas* (Tribunal del Tesoro, Tribunal Supremo del Rey y el Tribunal de los Comunes); sin embargo, no fue hasta 1272, durante el reinado de Eduardo I, que estos tribunales se conformaron a la perfección y lograron su objetivo de unificar la producción jurídica en Inglaterra.

Desde una perspectiva simple, estos tribunales debían observar lo característico y común de las costumbres de todos los pueblos que conformaban el Reino y mediante la extracción de aquello que resultaba “común”, procurar resolver los casos y conflictos presentados ante ellos, generando principios comunes del Derecho Anglosajón, que a pesar de la inexistencia de una ley que los promulgue, surtían efectos directos en la aplicación del Derecho en las causas sometidas a su competencia; en otras palabras eran “*las normas aplicables en todo el país, o sea, que se convertirían en un derecho común a todo el territorio, y así surgió el Common Law, la común ley, como la llamaron los normandos*”⁵¹.

Sin embargo, al pasar el tiempo, la formalidad y tecnicidad característica de los Tribunales del *Common Law*, impedía el despacho ágil de las causas, por lo que la población volvió hacia su Rey, para que este administre justicia respecto de los conflictos sociales; por lo que las causas presentadas ante el Rey, eran remitidas al Canciller, lo que profirió en la creación de un tribunal especial, conocido como *Court of Chancery*. Este tribunal en principio, gozaba de un respeto hacia el principio de *equidad*, por lo que sus casos eran resueltos en base a sus hechos y circunstancias, la solución en el menor tiempo posible y el criterio del propio Canciller, lo que hizo que sus decisiones fueran discrecionales.

⁵¹ Marta Morineau, *Una Introducción al Common Law*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Estudios Jurídicos. Número 4. 2004.

Ahora bien, en el desarrollo de sus propias decisiones, los Tribunales de la Cancillería otorgaron mayor respeto a lo resuelto por otros tribunales inferiores, tomándolos en cuenta para la conformación de su jurisprudencia. Esto obligó a que los magistrados de esta institución observen los fallos emitidos por sus antecesores, más aún al tratarse de casos con características fácticas similares, lo que permitió establecer la obligatoriedad del precedente jurisprudencial del Tribunal y una limitación directa a la discrecionalidad de la que alguna vez disfrutó el Canciller.

Podemos entonces establecer que uno de los principales antecedentes del derecho jurisprudencial y del precedente obligatorio es justamente la jurisprudencia del *Equity* en Inglaterra, pero nos interesa conocer aún más que relación guarda, tanto el *Common Law* y la *Equity* en la producción jurisprudencial del *Stare Decisis* en el marco del derecho Anglo – americano.

En lo principal, los comuneros ingleses que se asentaron en las tierras de América del Norte, trajeron consigo las mismas costumbres y principios que compartían con sus iguales en la Metrópolis, lo que derivó en la producción del derecho anglo – americano.

En este punto es necesario trasladar nuestro estudio hacia la construcción del derecho estadounidense a partir de las poblaciones que se asentaron en la región de América del Norte, pues la composición diversa de la población norteamericana es un rasgo característico de la producción del derecho en la región. Las poblaciones que se asentaron en el territorio norteamericano incluyen españoles, holandeses, británicos y franceses, los cuales formaron diferentes colonias en la región. Por ejemplo los conquistadores españoles lograron establecerse en la región próxima a Nuevo México y en las Grandes Llanuras de Arizona; mientras que las colonias británicas, que dieron inicio a la nación estadounidense, se asentaron en la parte más septentrional de la costa del atlántico: Virginia, Massachusetts y Nueva York, en las cuales también se asentó población proveniente de Holanda y Francia⁵².

Si bien es cierto la mayoría de sus habitantes era angloparlante, otra gran parte se dividía entre poblaciones provenientes de Francia, Holanda, Suecia y España, lo que

⁵² Bureau of International Information Programs, *La Historia de los Estados Unidos en síntesis*, fuente WEB: <http://www.america.gov/media/pdf/books/historybrief.pdf#popup>, recuperado el 22 de agosto de 2011.

trajo una mixtura relevante de costumbres y producción normativa⁵³, que posteriormente caracterizaría al sistema jurídico norteamericano.

A partir del asentamiento de la primera colonia inglesa en 1607⁵⁴, la constitución de sus circunscripciones territoriales se realizó de manera diferenciada entre cada una de ellas, de manera tal que algunas se constituyeron como provincias de la Metrópoli con la presencia de Gobernadores del Rey, otras fueron dirigidas como empresas comerciales y algunas como simples entidades privadas formadas por patentes reales o cartas reales, lo que las hacía gozar de mayor autonomía que las demás.

Cada una de estas colonias contaba con una producción legislativa y normativa propia, proveniente de sus asambleas y tribunales. Esto generó una producción normativa heterogénea entre todas ellas y permitió la creación de un derecho local, caracterizado sobre todo por la rica aglomeración de costumbres propias que los colonos impregnaron con sus saberes.

Siguiendo en la misma línea argumentativa, tanto la libertad legislativa de cada colonia, como la lejanía con la Metrópoli, permitieron a los jueces de los tribunales coloniales, gozar de una amplia discrecionalidad, apartándose de los principios del *Equity* inglés. La solución a este problema fue la codificación de las costumbres de las colonias inglesas y el estudio, por parte de los juristas, de los principios del *Common Law* inglés. De hecho, la publicación de los comentarios de Blackstone en 1771 y 1772⁵⁵, sirvieron como un mecanismo para incentivar el interés en el estudio del Derecho Inglés y también permitieron unificar los principios entre las colonias, generando una costumbre propia de los nuevos territorios norteamericanos.

Tras la declaración de la independencia de Estados Unidos de Norteamérica el 4 de julio de 1776, seguida por la firma de la paz y reconocimiento de los Estados Unidos por parte de Gran Bretaña, realizado en 1783, se adoptó la Constitución que serviría como norma suprema y que limitaría los poderes del gobierno, al mismo tiempo que establecería la soberanía de los Estados que formaban parte de la unión⁵⁶. Los principios del *Common Law* eran aplicables sólo en aquellos casos que no derivasen en

⁵³ Martha Morineau, *Una Introducción al Common Law*.

⁵⁴ La primera colonia fundada en las costas del Atlántico en Norteamérica fue Jamestown en Virginia; después de ella siguieron algunas otras, fundándose a lo largo de la costa atlántica conformando las 13 colonias originales de Estados Unidos de América.

⁵⁵ René David y Camille Jauffret – Spinosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneo*, México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

⁵⁶ Lawrence M. Friedman, *A history of American Law*, New York, W. Norton & Company, 1984.

una contradicción de las prácticas constitucionales y geográficas de cada uno de los Estados⁵⁷, y se establecería de esta manera una práctica del *Common Law* inglés *sui generis*, pues sus principios eran aplicados de acuerdo a las características inherentes de los Estados Unidos de América.

En este estado de la situación observamos que existen tres elementos que diferencian con claridad el Derecho Inglés del Derecho Norteamericano. En principio, la existencia de una Constitución que permite establecer las prácticas de los poderes constituidos; en segundo lugar, el reconocimiento de un gobierno federal y gobiernos locales; y, por último, la repartición de las competencias entre el primero y los segundos, sobre todo respecto a la producción normativa.

Sobre el primer punto, la sección 1 del Artículo III de la Constitución de Estados Unidos, otorga el poder judicial a la Corte Suprema de Justicia, de lo que se deduce la aceptación de la jurisprudencia como una de las principales fuentes del Derecho, al ser ésta concebida como el *case of law* inglés, basado en el conjunto de decisiones judiciales adoptadas por los tribunales de justicia en el país.

2.1.1. El *stare decisis* aplicado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América

Es necesario entonces realizar un análisis comparativo del *case of law* inglés y el *stare decisis* anglo – americano, para de esta manera identificar sus diferencias y similitudes. En principio, habíamos hablado que uno de los objetivos de crear el *Common Law* inglés y procurar el respeto jurisprudencial del precedente era justamente el de unificar las costumbres de los pueblos asentados en el territorio inglés mediante la creación de tribunales centralizados, ahora bien, en el caso estadounidense, esta situación resultó contradictoria por la autonomía brindada a los Estados de la Unión, ya que tanto las Cortes Superiores de los Estados, como la Corte Federal generaban precedentes obligatorios en el ámbito de su jurisdicción. Por lo que era necesario establecer un mecanismo de unificación de aquellas decisiones, sin que lo dicho limitara la autonomía de la que gozaban los Estados de la Unión. Así el *stare decisis*, tomo una doble cara, primero fue entendido como el compendio de las decisiones judiciales, que en cumplimiento de determinadas características, sirve para fundamentar la motivación del juez en la toma una decisión en un caso concreto, lo que permitía entonces resguardar la

⁵⁷ Peter De Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, Lóndres, Cavendish Publishing Limited, 1995.

autonomía de los estados; mientras que la segunda consideraba el precedente como normativa, lo que impedía la aplicación arbitraria del Derecho por parte de los jueces⁵⁸.

Es así como el *stare decisis*, por una parte, es la razón por la cual un juez toma una decisión sobre determinado asunto, en este caso, los magistrados hacen uso de la motivación establecida por sus antecesores como fundamento de sus decisiones⁵⁹.

Este criterio puede ser observado desde un doble punto de vista; primero, la aplicación que realiza el juez del fundamento de sus antecesores como base para el suyo, se establece cuando dicho magistrado se identifica con el precedente y hace uso de él como muestra de su preferencia; mientras el segundo criterio determina que, una vez que el juez observa su preferencia respecto de un determinado asunto, este estudia los precedentes y, en caso de ser contrarios los respeta, yendo en contra de sus preferencias personales⁶⁰.

Ahora bien, el *stare decisis* puede también ser entendido como una herramienta que constriñe a las decisiones del juez, de esta manera éste deja de actuar bajo sus propias preferencias y toma sus decisiones procurando establecer un razonamiento jurídico de manera tal que sirva como norma de efectivo cumplimiento y como tal, guíe las decisiones futuras del Tribunal. De lo que se extrae que el “*Stare Decisis* es una forma por la cual las cortes respetan las expectativas establecidas por la comunidad”⁶¹.

El *stare decisis* puede ser entendido como el principio por el cual “*un juez o tribunal queda vinculado por sus propias decisiones para casos futuros*”⁶², respetando de esta manera los principios de seguridad jurídica e igualdad formal y material, por lo que la sociedad reconocerá toda decisión que guarde coherencia y consistencia con anteriores precedentes y rechazará aquellos que no cumplan con estos requisitos, logrando uniformar sus decisiones y procurando establecer un mecanismo de producción normativa en base a la jurisprudencia, de allí que sea un principio de aplicación en los casos de control de constitucionalidad y peticiones de revisión a la Corte Suprema de Justicia, como pasaremos a revisar.

⁵⁸ Jeffrey Segal y Harold J. Spaeth, *The influence of Stare Decisis on the votes of the United States Supreme Court Justices*, American Journal of Political Science. Vol. 40. N° 4. Texas. 1996.

⁵⁹ Jack Knight, *Interpretation as Social Interaction*. Typescript. Washington University in St. Louis. 1994

⁶⁰ Jack Knight y Lee Epstein, *The norm of Stare Decisis*, American Journal of Political Science. Vol. 40. N° 4. Texas. 1996

⁶¹ Jack Knight y Lee Epstein, *The norm of Stare Decisis*.

⁶² Franciso de Paula Blasco Gascó, *Derecho Judicial y Derecho Jurisprudencia (nobles sueños, pesadillas y vigilia)*. en Jueces para la Democracia, N° 41, 2001.

2.1.2. El control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia. El caso del *Judicial Review*

Dentro de la expresión del *Judicial Review* estadounidense, resulta necesario observar los criterios más conocidos acerca de su aplicación y los debates que surgen a partir del conocido “gobierno de los jueces” respecto del principio democrático revestido en las decisiones adoptadas por el poder legislativo.

En ese sentido, es necesario comprender que la cuestión del *Judicial Review*, ha planteado un debate entre originalistas y seguidores del realismo jurídico y del *Common Law*, para estos últimos es posible prescindir de las constituciones como máximas de aplicación en la protección de los derechos fundamentales y proponen el uso de los principios del *Common Law*, como mecanismo para que los jueces puedan garantizar el control efectivo de los estados democráticos.

Cabe recordar, que una de las sentencias que inició el proceso del *Judicial Review*, es justamente el caso de *Madbury vs. Madison*, al cual nos referiremos con posterioridad en conjunto con la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia pueda verificar la legalidad – o bien podría hablarse de una revisión constitucional – de las sentencias emitidas por los Tribunales de Circuito en Estados Unidos.

Como se observará en el estudio del caso de *Dickerson vs. Estados Unidos*, la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad para determinar que no es posible inaplicar una decisión constitucional mediante la emisión de un acto proveniente del poder legislativo.

En ese sentido el *Judicial Review* pone en consideración la real necesidad de que un texto fundamental establezca cuales son los derechos de los que gozan las personas pertenecientes a una sociedad. Esta disyuntiva nace en la concepción de que la Constitución no garantiza el respeto inmediato de esos derechos por parte de los legisladores, que pueden evadirla con la creación de las leyes, quedando en manos de los jueces realizar un control adecuado ésta.

Así, el “*Common Law theory of Judicial Review*”⁶³ genera un marco bastante amplio de participación de los jueces en el quehacer cotidiano, ya que el poder legislativo se enfrasca en previsiones generales, al contrario, los jueces que aplican el derecho frente a

⁶³ Término apadrinado por Wil Waluchow, en su libro *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge University Press, 2007.

situaciones reales, objetivas y concretas⁶⁴. El límite de la interpretación judicial se presenta entonces en manos de la propia sociedad, quienes deben expresar el contenido moral constitucional respecto de su propia voluntad.

Es en este punto donde se circunscribe la diferencia entre la teoría del control de constitucionalidad basado en el *Common Law*, y el *Judicial Review* constitucional, pues el primero emerge de la moralidad constitucional de la sociedad, ya que las personas no pueden comprometerse a garantizar un derecho reconocido en la Constitución, si no conoce el significado de aquel derecho en la actualidad⁶⁵ lo que permitiría el desarrollo legislativo contrario al contenido de la Constitución.

Para plantear el análisis del *Judicial Review* desde el segundo punto de vista, resulta necesario hacer un pequeñísimo recuento del caso *Madbury vs. Madison*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, con el que se instauró el control constitucional como una competencia de los jueces.

El caso *Madbury* tiene sus inicios en 1801, pocos días antes de que el Presidente Jefferson llegara al poder. En este entorno, el Presidente Adams había nombrado a 42 jueces de paz que servirían por un periodo de 5 años al distrito judicial de Columbia y Alejandría, entre ellos a *Madbury*. Dichos nombramientos fueron ratificados debidamente por el Senado, sin embargo, el Secretario de Estado de Adams, quien coincidentalmente era John Marshall, no tuvo tiempo para certificar dichos nombramientos e insertar el sello de los Estados Unidos. Un día después tomó posesión como Presidente Thomas Jefferson y con él su nuevo Secretario de Estado, James Madison, quien se negó a sellar y entregar los nombramientos que faltaban. Posteriormente, el Senado optó por modificar la ley que regulaba la función judicial, eliminando las plazas de los jueces nombrados por Adams.

Madbury decidió entonces presentar una demanda contra Madison ante la Corte Suprema de Justicia, para que ésta, por medio de una orden de *mandamus*, oficié a Madison la entrega de su nombramiento. A la fecha, Marshall era Presidente de la Corte Suprema de Justicia y juez ponente de la causa.

Ahora bien, el criterio usado por la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Madbury vs. Madison*, es una demostración del segundo punto de vista, ya que si bien resulta ser el

⁶⁴ Tom Campbell, *The case for Judicial Review of legislation*, México D.F., Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 2008. Pp. 27.

⁶⁵ *Ibid.* Pp. 23

primer fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que dispone el *Judicial Review*, a pesar de la existencia de algunos antecedentes doctrinales y del *Common Law*, este lo hace enmarcado en el respeto al texto fundamental, como es de esperarse en los albores de dicha nación⁶⁶.

De esta manera resulta imposible que los poderes del Estado puedan evadir la obligación de cumplimiento de la Constitución, más aún cuando se trata de garantizar los derechos contenidos en ella, pues la mayor demostración de voluntad soberana es aquella inmersa en la adopción de la ley suprema, que es el resultado de una decisión tomada por el pueblo soberano, tal y como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia pues “el pueblo tiene un derecho original a establecer, para su futuro gobierno, principios que, en su opinión, sean los más conducentes a su propia felicidad”⁶⁷

De esta manera, la Constitución resulta ser la muestra de la voluntad de la propia sociedad que instaure los principios que desea establecer para su futuro vivir, de igual manera esos principios plantean limitaciones a los poderes establecidos, límites que deben ser considerados como superiores en el actuar del Estado, que impidan, en la mayor medida posible, cualquier decisión contraria a la Constitución.

Pero, ¿qué relación guarda el *Judicial Review* respecto del Derecho Jurisprudencial? La respuesta a dicha interrogante resulta sencilla, aunque no por eso poco interesante. La sentencia *Madbury vs. Madison* establece uno de los pilares fundamentales de la institucionalidad de Estados Unidos, pues instaure el control difuso de constitucionalidad de las leyes emitidas por el legislativo estadounidense, otorgando una enorme facultad a los jueces para determinar el derecho aplicable, lo que incluía el control de constitucionalidad de las leyes⁶⁸.

Gracias a posteriores fallos, como el caso *McCulloch vs. Maryland*⁶⁹, la Corte Suprema de Justicia instauró un principio por el cual la interpretación de la Corte obliga a todos

⁶⁶ El caso de *Madbury vs. Madison* es resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 24 de febrero de 1803, sólo 16 años después de la adopción del texto original de la Constitución el 17 de septiembre de 1787.

⁶⁷ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, *Madbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), 24 de febrero de 1803. Juez ponente; John Marshall. Texto original (*That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness*)

⁶⁸ Miguel Carbonell, *Madbury Vs. Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad*, fuente WEB: www.iidpc.org/pdf/ajr5Carbonell.pdf, recuperado el 16 de febrero de 2011.

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *McCulloch Vs. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), febrero de 1819. Juez Ponente: John Marshall

los poderes públicos⁷⁰, posibilitando la facultad de los jueces de determinar la inconstitucionalidad de una norma infraconstitucional y, por tal, inaplicarla.

Así, las decisiones e interpretaciones del máximo órgano de justicia estadounidense son de obligatorio cumplimiento por parte de todos los organismos del Estado, inclusive por la propia Corte, que debe aplicar dichos parámetros como jurisprudencia obligatoria en casos futuros, pero ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, también desarrollo otro mecanismo para realizar el control de constitucionalidad de los actos del poder judicial de los Estados de la Unión, con el objeto de establecer precedentes que debían ser respetados por los demás tribunales superiores, concibiendo la figura del *Writ of Certiorari*.

2.1.3. El control de constitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia. El caso del *Writ of Certiorari*

El *Writ of Certiorari* tiene sus antecedentes en el *Common Law*, donde pronto el *Writ*, una suerte de demanda, se convierte en el mecanismo adecuado para solicitar la actuación del Estado, por medio del Poder Judicial, en la solución de controversias planteadas creando “una solución jurídica a un problema de hecho”⁷¹. De esta manera, y al crecer el aparato gubernamental, el Rey debió solicitar por primera vez un *Writ of Certiorari*, para verificar las ocupaciones de sus funcionarios, lo que posteriormente dio paso a su utilización en el campo jurídico, en el cual el Rey solicitaba información sobre un determinado caso a un juez, mediante la súplica de sus súbditos⁷².

Si bien los principios del *Common Law*, fueron decisivos en la conformación de Estados Unidos, tal y como hemos visto en la anterior sección, no es hasta 1891 que el *Writ of Certiorari* forma parte de la organización jurisdiccional de los Estados Unidos, pues mediante el *Judiciary Act* de dicho año, el Congreso permitió a la Corte Suprema de Justicia aceptar o negar ciertas apelaciones en base a su criterio discrecional. Es, sin embargo, en el *Judiciary Act* de 1925, que ésta institución cobra mayor fuerza y mediante la emisión de una nueva regulación en 1988, la discrecionalidad en la selección de casos a ser revisados por la Corte Suprema de Justicia es mucho mayor, permitiéndole tener mayor control en la carga jurisdiccional.

⁷⁰ Miguel Carbonell, *Madbury Vs. Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad*.

⁷¹ Ignacio Gómez – Palacio, “Reforma Judicial: El Criterio de importancia y trascendencia y su antecedente en el *Writ of Certiorari*”, en *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, N° 29, México D.F., Editorial Themis S.A., 1999. Pp. 497

⁷² *Ibid.* Pp. 497

En la actualidad, el máximo órgano de justicia de éste país selecciona los casos en base a los criterios de gravedad e importancia general – “*gravity and general importance*”⁷³ – en base a una sólida facultad discrecional, como lo determina la regla 19 del *Revised Rules of the Supreme Court of the United States*⁷⁴; lo que en la reforma de la justicia mexicana ha sido comprendido como “el criterio de importancia y trascendencia”⁷⁵, y en Colombia en cambio ha decidido optar por la discrecionalidad de la sala de selección⁷⁶ de la Corte Constitucional, como también en Ecuador que ha hecho del término de “relevancia constitucional y problema jurídico”⁷⁷ otorgando dicha competencia a la Corte Constitucional, lo que no obvia la discrecionalidad en la decisión de los jueces.

El *Writ of Certiorari* – además de rebajar la carga laboral de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia – posibilita la existencia de un recurso para que, una vez agotados los recursos ordinarios en el Circuito de apelación de cada circunscripción, la persona afectada pueda solicitar a la Corte Suprema de Justicia la revisión del caso y se cerciore⁷⁸ de que en la opinión de la Corte Inferior no se encuentren errores legales o a su vez se pronuncie sobre:

(...) la validez de un tratado o de una ley federal o, donde la validez de una ley estatal es cuestionada por encontrarse en contra de la Constitución federal, tratado internacional o ley federal o, donde cualquier título, derecho, privilegio o, inmunidad es impuesto con fundamento en la Constitución (...)⁷⁹

Una vez presentado dicho recurso, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia⁸⁰, junto a sus asesores, revisan los casos que llegan a su despacho (*docket*). Después cada uno de los jueces toma una decisión respecto del caso, el cual será discutido por los nueve jueces en conjunto dentro de una sesión especial que se realiza los días viernes.

⁷³ Peter J. Messitte, *The Writ of Certiorati: Deciding which cases to review*, fuente WEB: <http://www.america.gov/st/usg-english/2005/April/20080814211720XJyrreP0.5789301.html>, recuperado el 17 de febrero de 2011.

⁷⁴ Ignacio Gómez – Palacio, “Reforma Judicial: El Criterio de importancia y trascendencia y su antecedente en al *Writ of Certiorari*”. Pp. 499.

⁷⁵ *Ibid.* Pp. 500.

⁷⁶ Decreto 2591, Diario Oficial No. 40.165, del 19 de noviembre de 1991, artículo 33.

⁷⁷ Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, Registro Oficial N° 127, 10 de febrero de 2010, artículo 13.

⁷⁸ Justamente la palabra *Cerciorari*, es el presente del pasado infinitivo de la palabra en Latin *Certiorare*, que significa cerciorarse.

⁷⁹ Ignacio Gómez – Palacio, “Reforma Judicial: El Criterio de importancia y trascendencia y su antecedente en al *Writ of Certiorari*”. Pp. 498 - 499.

⁸⁰ La Corte Suprema de Justicia se conforma por nueve magistrados, cada uno de ellos tiene un despacho de cuatro asesores o actuarios (*law clerks*), excepto por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que tiene una oficina compuesta por cinco asesores.

Tras la discusión realizada, únicamente los casos que han sido aprobados por cuatro de los nueve jueces son revisados por la Corte Suprema de Justicia, los demás son inadmitidos, lo que no implica una negativa a la solicitud realizada por el peticionario, aunque sus efectos sean similares al rechazo de la solicitud.

La decisión tomada por los cuatro jueces del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se considera como una minoría sustancial⁸¹ por lo que el caso debe ser conocido y revisado por la Corte; este criterio es conocido como “*Rule of Four*”. Una vez aceptada o negada la petición de *Certiorari*, la Corte da paso al proceso correspondiente. En el primer caso, la causa pasa al orden del día de la sesión llevada a cabo los días lunes; en caso de ser negada simplemente es archivada sin mayor fundamentación.

En definitiva, el *Writ of Certiorari*, es una garantía a la que pueden acceder todas las personas que creen que sus derechos han sido vulnerados dentro de un proceso jurisdiccional en el cual existe un error legal, además de ser una facultad discrecional de la Corte, por la cual revisa los casos de importancia y gravedad nacional en el que puedan existir contradicciones con la Constitución federal o vulneración de derechos constitucionales; pero sobre todo, el *Writ of Certiorari* ha sido concebido como la facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia para generar jurisprudencia obligatoria para todos los poderes del Estado.

Uno de los casos más memorables del uso del *Writ of Certiorari*, es el caso Escobedo Vs. Illinois. El caso en referencia corresponde a una solicitud de *Writ of Certiorari*, por el cual el ciudadano mexicano de apellido Escobedo, fue procesado por el crimen de homicidio después de haber sido obligado a testificar en su contra y por tal autoincriminarse⁸². Durante la detención y posterior interrogatorio por parte de la policía no fue informado sobre sus derechos y se le negó el acceso a un abogado. La Corte inferior observó que el derecho a guardar silencio y acceder a un abogado, son derechos exclusivos del procesado durante la etapa de juicio y no durante la detención o interrogatorio, por lo cual la evidencia obtenida en esa etapa podía ser tomada en cuenta.

⁸¹ Peter J. Messitte, *The Writ of Certiorati: Deciding which cases to review*.

⁸² Un corto resumen de los hechos del caso es el siguiente: El Sr. Escobedo fue detenido por la policía de Illinois después de ser sospechoso del asesinato de su cuñado debido a las declaraciones de un testigo. A pesar de contar con un abogado, el Sr. Escobedo fue interrogado por la policía, quienes no lo permitieron acceder a su abogado y tampoco le informaron sobre sus derechos constitucionales, incluyendo su derecho a guardar silencio. Dentro del interrogatorio le realizaron preguntas dirigidas a inculparlo, utilizando sus respuestas dentro del juicio, en el que termino siendo sentenciado culpable con el delito de homicidio.

La Corte Suprema de Justicia decidió otorgar el *Writ of Certiorari* y por tal procedió a la revisión del caso, en el cual realizó un intenso análisis de la jurisprudencia propia y de la Corte Suprema del Estado de Nueva York, llegando a la conclusión de que la confesión obtenida de un sospechoso durante su detención, sin tener acceso a su abogado, no puede ser usada dentro del proceso judicial ya que iría contra los principios del propio sistema de justicia, o en palabras de la Corte Suprema de Justicia, refiriéndose al caso de El Pueblo vs. Donovan, adoptado por la Corte Suprema del Estado de Nueva York:

(...) La confesión tomada de un acusado, durante un periodo de detención [antes de la acusación], después de que su abogado haya solicitado y se le haya impedido acceder a su defendido, no puede ser usada en su contra en un juicio penal (...) sería muy incongruente si nuestro sistema de justicia permitiera que el fiscal, el abogado que representa al Estado, pudiera extraer la confesión del acusado mientras que el propio abogado del acusado no pueda tener acceso a él por una restricción policial⁸³.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, tomó en cuenta dicho criterio para sostener que dentro del proceso de interrogación del detenido, operan también todos los derechos reconocidos a la persona sospechosa de cometer un ilícito, siendo informado de sus privilegios y permitiendo la asistencia de un abogado de su elección. La Corte entonces decidió revocar lo decidido por la Corte de Illinois y reenviar el caso para que se lleven los procedimientos respectivos.

Este mismo criterio fue tomado en cuenta por el Juez Warren en el caso *Miranda vs. Arizona*⁸⁴, en el cual revisa cuatro casos con hechos similares, que responden a: *Miranda vs. Arizona*, *Vignera vs. Nueva York*, *Westover vs. United States*, and *California vs. Stewart*, con el objetivo de reforzar la línea jurisprudencial adoptada ya en el caso *Escobedo vs. Illinois* y brindar guías adecuadas para jueces futuros. En palabras del propio juez, el objetivo de la revisión de dichas sentencias era:

⁸³ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Escobedo Vs. Illinois*, 378 U.S. 478, 22 de junio de 1964. Juez ponente: Arthur Goldberg. Texto original *[(...) confession taken from a defendant, during a period of detention [prior to indictment], after his attorney had requested and been denied access to him" could not be used against him in a criminal trial (...) it would be highly incongruous if our system of justice permitted the district attorney, the lawyer representing the State, to extract a confession from the accused while his own lawyer, seeking to speak with him, was kept from him by the police]*

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Miranda Vs. Arizona*, 384 U.S. 436, 13 de junio de 1966. Juez Ponente Earl Warren.

*(...) explorar algunas facetas de los problemas, aquí expuestos, de la aplicación del derecho de prohibición de autoincriminación en la interrogación en custodia, dando directrices Constitucionales concretas que deben ser seguidas por las agencias policiales y tribunales de justicia (...).*⁸⁵

Lo que nos muestra la especial funcionalidad que pronto fue otorgada al *Writ of Certiorari* como mecanismo para revisar las sentencias provenientes de cortes inferiores y fortalecer las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos para convertirlas en una suerte de reglas de aplicación inmediata y obligatoria, no sólo para sus iguales, sino para todas las funciones del Estado.

Así la Corte Suprema de Justicia asumió, en el caso *Miranda vs. Arizona*, la no fácil tarea de recobrar la jurisprudencia emanada de este órgano desde sus inicios en el caso *Cohens vs. Virginia*⁸⁶, para observar con claridad los principios que se encontraban detrás de los privilegios – derechos – que gozan todas las personas detenidas por motivo de su posible responsabilidad o participación en el cometimiento de un ilícito. Llegan inclusive a rechazar las brutales prácticas inquisitivas que se llevaban a cabo por parte de la policía en el interrogatorio de los sospechosos, resultado logrado después de revisar los manuales de prácticas de interrogación de estas instituciones⁸⁷. Además establece con seguridad que la práctica de interrogatorios en aislamiento e incomunicación es una práctica de tortura psicológica, totalmente comparable con la tortura física, obteniendo un testimonio manipulado e involuntario imposible de validar dentro de un proceso judicial, lo que llevaría a la inconstitucionalidad de dicho proceso. El juez Warren lo describe de esta manera:

*(...) Otra vez insistimos que la práctica moderna de los interrogatorios en custodia se orienta más psicológicamente que físicamente (...) esta Corte ha reconocido que la coerción puede ser mental y física, y que la sangre del acusado no es la única marca de una investigación inconstitucional*⁸⁸

⁸⁵ *Ibid.* Texto original [(...) explore some facets of the problems, thus exposed, of applying the privilege against self-incrimination to in-custody interrogation, and to give concrete constitutional guidelines for law enforcement agencies and courts to follow⁸⁵ (...)]

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Cohens Vs. Com. De Virginia*, 19 U.S. 264, 3 de marzo de 1821.

⁸⁷ El juez Warren, revisa los manuales de los organismos encargados de realizar los procesos de interrogación, encontrando en ellos guías máximas sobre como manipular al testigo o sospechoso para obtener de él una testificación en su contra.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Miranda Vs. Arizona*. Texto original [(...)Again we stress that the modern practice of in-custody interrogation is psychologically rather than physically oriented (...) this Court has recognized that coercion can be mental as well as physical and that the blood of the accused is not the only hallmark of an unconstitutional inquisition]

Este tipo de tratamiento llevó a que la Corte observe que los testimonios obtenidos mediante este tipo de procedimientos eran involuntarios e irracionales, por lo que tomó la decisión de que la presencia de un abogado y la declaración de los derechos de las personas durante la detención y posterior interrogatorio es una garantía, tanto para las personas como para el proceso, pues dicha deposición resultaría elocuente, efectiva y sin amenazas, lo que elimina los vicios dentro del proceso.

El caso *Miranda vs. Arizona* instauró lo que hoy día es conocido como “*Miranda warnings*”, institución que en la actualidad es aplicada en todo proceso de detención e interrogación de sospechosos y que sirve como una garantía de los derechos del presunto implicado, frenando los excesos de los mecanismos coercitivos de investigación. En palabras de la Corte:

*A fin de combatir estas presiones y permitir el pleno ejercicio del derecho contra la autoincriminación, el acusado debe ser informado adecuada y eficazmente de sus derechos y el ejercicio de esos derechos debe ser respetado en su totalidad*⁸⁹

Los derechos a los que hace referencia dicha determinación son los que componen la conocida frase: “usted tiene derecho a guardar silencio, todo lo que diga puede ser usado en su contra. Tiene derecho a la asesoría de un abogado, sino lo tiene o no puede pagarlo, el Estado le otorgará uno”, lo que comúnmente ha sido usado por parte de oficiales de policía en Estados Unidos.

El objeto del análisis de estos casos es el conocer el mecanismo de revisión existente en Estados Unidos y posteriormente observar en la práctica su utilidad y por último verificar la fuerza normativa del *stare decisis*, tanto para la producción jurisprudencial de la Corte, como también para la actuación de los demás estamentos de poder del Estado. Para hacerlo cabe analizar un último caso vinculado a la aplicación de la institución de “*Miranda warnings*” en la vida cotidiana de los Estados Unidos, y la fuerza de las reglas constitucionales emanadas de la jurisprudencia de la máxima corte de justicia de los Estados Unidos, nos referimos al caso *Dickerson vs. Estados Unidos*⁹⁰.

El caso *Dickerson vs. Estados Unidos* es de suma importancia para el tema que nos ocupa, pues en él las competencias de la Corte Suprema de Justicia se reafirman

⁸⁹ *Ibíd.* Texto original [*In order to combat these pressures and to permit a full opportunity to exercise the privilege against self-incrimination, the accused must be adequately and effectively apprised of his rights and the exercise of those rights must be fully honored*]

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Dickerson Vs. Estados Unidos*, N° 99-5525, 26 de junio de 2000. Juez ponente: William Rehnquist

respecto del control de constitucionalidad de normas provenientes del legislativo y de las decisiones tomadas por cortes inferiores. En este caso, la Corte Suprema de Justicia conoce un pedido de *Certiorari* con el objeto de revocar una sentencia emitida por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, en la cual la Corte aceptaba como evidencia un testimonio dado por el acusado, Sr. Dickerson, a pesar de que en el momento de ser obtenida no le fueron leídos sus derechos – “*Miranda warnings*” – por lo que dicha confesión resultaría viciada y por tal inadmisibles dentro de un proceso judicial.

La Corte de Apelaciones determinó que en aplicación de la Ley 18 U.S.C 3501 aprobada por el Congreso de Estados Unidos dos años después de la resolución del caso *Miranda vs. Arizona*, dicha confesión resulta admisible siempre y cuando se comprobare la voluntad de la persona detenida, para lo cual el juez debía verificar todas las circunstancias alrededor de la confesión, lo que incluía la declaración de los derechos de la persona sospechosa; sin embargo, la misma norma disponía que la presencia o ausencia de estos elementos no era concluyente siempre y cuando se certificara la voluntariedad de la confesión. El problema presentado entonces era si la aprobación de una ley por el Congreso podía invalidar una decisión jurisprudencial tomada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Ante lo dicho, la Corte se pronunció respecto de su competencia de supervisar las actuaciones realizadas por los tribunales inferiores y de prescribir reglas de procedimiento respecto de la evidencia presentada ante el jurado, siempre y cuando dichas reglas no sean dispuestas por el legislador mediante una ley. Sin embargo, la Corte determinó que el poder legislativo no podía, ni puede en la actualidad, reemplazar las decisiones tomadas por la más alta corte de justicia estadounidense cuando se pronuncie respecto de la interpretación y aplicación de la ley, por lo que el juez Rhenquist se preguntó si:

*(...) Si la Corte que conoció el caso Miranda anunció una norma constitucional o simplemente ejerció su autoridad de control para regular la evidencia o confesión en la ausencia de orientación del Congreso*⁹¹

A lo que la Corte respondió que la regla sostenida en el caso *Miranda vs. Arizona* es una regla constitucional, lo que obliga a todos los administradores y funcionarios de

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Dickerson Vs. Estados Unidos*. Texto original [(...) *whether the Miranda Court announced a constitutional rule or merely exercised its supervisory authority to regulate evidence in the absence of congressional direction*]

justicia a respetarla y aplicarla de manera directa, siendo la Ley 3501 una ley que desaprobaba dicha norma jurisprudencial, esta no garantizaba el mínimo constitucional y por tal su aplicación vulneraba el derecho a no auto-incriminarse dentro de un proceso penal y como tal no satisfacía los requerimientos constitucionales.

De igual manera observó que bajo los principios del *stare decisis* no era procedente reemplazar la norma jurisprudencial con la norma existente en la Ley 3501. Es más, la Corte observó que si bien es cierto existe la posibilidad de no aplicar su jurisprudencia en casos similares, esta inaplicación esta siempre motivada en una causa especialmente justificada, causa inexistente en el caso analizado, más aún cuando la aplicación de las reglas establecidas por la Corte en el caso *Miranda vs. Arizona*, se convirtió en una costumbre nacional, motivo por el cual la Corte revoca la decisión tomada por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos.

Del análisis del caso planteado debemos tomar en cuenta dos criterios principales, el primero, es justamente la aclaración que realiza la Corte respecto de sus dos competencias de revisión, la primera enmarcada dentro del ámbito legal que implica su facultad reguladora en materia de procedimientos jurisdiccionales, siempre y cuando exista un vacío legal y su segunda competencia, que se resume en su potestad excluyente de interpretación constitucional, por la cual la Corte puede interpretar la Constitución generando reglas constitucionales de aplicación y cumplimiento inmediato por parte de todos los operadores de justicia y órganos del Estado.

El segundo criterio se vincula justamente con la fuerza normativa de la jurisprudencia constitucional, institucionalizada mediante el *Stare Decisis* que permite determinar los mínimos requerimientos de la Constitución, mínimos que no pueden ser soslayados por ningún otro poder, inclusive por el legislativo; el cual no está impedido de normar contenidos constitucionales, pero siempre salvaguardando aquel mínimo constitucional incorporado en las decisiones existentes de la Corte Suprema, en caso de haberlas, y en caso de no existir dichos pronunciamientos, la Corte se reserva el derecho de realizar el control de constitucionalidad de las normas provenientes del legislativo mediante la institución del *Judicial Review*.

Por lo pronto hemos observado que la relación existente entre el poder judicial y la supremacía constitucional en los Estados Unidos se mantiene a través de los siglos, fortaleciendo las instituciones previstas para tales efectos, como es el caso del *Judicial Review* y del *Writ of Certiorari*, esta última vinculada, de cierta forma, al proceso de

selección y revisión de las Cortes Constitucionales de Colombia y Ecuador, objeto principal de nuestro estudio, fortaleciendo la existencia de las altas cortes como emblema del Estado Democrático y de Derecho.

2.2. La familia Romano – Canónica como antecedente del sistema de fuentes del Derecho en latinoamérica

El sistema de fuentes latinoamericano se ha caracterizado por el respeto indiscutible a la ley, dejando a un lado el reconocimiento de otras fuentes del derecho, como la jurisprudencia por ejemplo, que pronto fue concebida únicamente como un criterio auxiliar del juez, más no como un mecanismo de integración del derecho. Dicho esto, cabe vislumbrar de manera resumida, algunos de los motivos que llevaron a que países como Colombia y Ecuador pertenezcan a la familia Romano – Canónica.

Tras el descubrimiento de América en 1492 por parte de España, el derecho castellano imperó en el territorio en el que actualmente se asienta América Latina, siendo éste el que definiera las relaciones entre la metrópoli y las colonias.

El derecho castellano se componía, principalmente, por los elementos del Derecho Romano, cuyo principal antecedente fue el código romano de Justiniano o el *Corpus Iuris Civile*, que codificado y publicado en 529 por Godofredo, permitió que el derecho romano clásico pudiera ser concebido por la Europa Continental del Medioevo pero, ¿qué relación guarda el Código de Justiniano entonces con la caracterización de la ley como única fuente de Derecho en el sistema de fuentes castellano?

La respuesta se encuentra en los objetivos que Justiniano impregnó en su código. El primero de ellos era la codificación de las instituciones que se habían plasmado en el derecho romano desde el emperador Adriano hasta la jurisprudencia de los más célebres jurisconsultos de la época, que habían ganado el respeto suficiente para ser considerados concedores del derecho y por tal sus pronunciamientos eran considerandos ley. El segundo objetivo era convertir dicha codificación en fuente positiva de derecho, ya que el emperador Justiniano otorgó fuerza legal y vinculante a todo su contenido, creando normas de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos romanos.

Un tercer objetivo, no previsto por Justiniano, fue la permanencia temporal de su código en la historia, así los pueblos que después conformarían el reino de Castilla y Aragón fueron romanizados en 3 ocasiones; primero cuando fueron incorporados como provincias romanas; segundo, receptaron el derecho de Justiniano desde Italia en la

Edad Media; y, por último, la invasión de España por Napoleón Bonaparte y la abdicación del Rey Fernando VII en 1808.

Esto llevó a que la dinámica jurídica en España, generada a partir del Siglo XIII, con la aprobación de la ley de las Siete Partidas, se caracterizará por el respeto indeleble al *Corpus iuris civilis*; el cual se propagó en otras regiones de Europa. Por ejemplo, el Código Civil francés de 1804 planteaba una especie de comunión entre el derecho escrito y la costumbre, en todo aquello en que ésta no entrara en contradicción con la ley. De esta manera la concepción del *Corpus iuris civilis* más el Derecho Canónico, producto de la expansión cristiana en Europa continental, trajo consigo la conformación de un derecho común que pronto fue sustituido por un sistema de códigos⁹² escritos que contenían las normas que debían ser seguidas por la sociedad.

El Código Napoleónico de 1804 marca una pauta distinta a la operada por el *Common Law* en la producción de derecho fundamentado en los principios de la Revolución Francesa dirigida contra la monarquía, lo que lógicamente traía consigo la desconfianza del poder judicial, toda vez que éste se vinculaba con la realeza, por lo que el resultado del ejercicio de su competencia – la jurisprudencia – era vista como un mecanismo de opresión y asedio a los ciudadanos.

Dicha animadversión hacia el poder judicial hizo que la Asamblea Nacional, conformada en 1789, se consolidara como el poder monopolizador de la producción normativa, trayendo consigo la conformación de un Estado normalizado que ponga fin a la estructura jurídica del Antiguo Régimen e impregne a la ley con norma soberana por excelencia garantizada por un principio democrático del pueblo.

En un claro ejemplo de esta determinación, podemos tomar en cuenta los artículos 4 y 5 del actual Código Civil Francés⁹³, que disponen:

Art. 4 El juez que rehuse juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia, y;

Art. 5 Queda prohibido a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se le sometieran

⁹² Martha Morineau, *La recepción del Derecho Romano en México. Situación de la Mujer en la Familia*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 77. México D.F. 1993

⁹³ Código Civil de Francia, aprobado mediante ley 516 del 18 de junio de 2003.

Lo dicho es un claro ejemplo del sometimiento de los jueces a la ley, sometimiento que es replicado en los albores de las repúblicas latinoamericanas que mediante la adopción del Código de Andrés Bello receptan la doctrina romana – canónica del sistema de fuentes, implantando en nuestros países una observancia “ciega” a la ley. Sin embargo, y con el pasar del tiempo, muchas naciones latinoamericanas se han percatado de la necesidad de otorgar mayor participación a los jueces en la generación de normas dentro de sus ordenamientos jurídicos, como es el caso de Colombia y Ecuador.

2.3. Estudio de las normas generales sobre la selección de sentencias constitucionales por el ordenamiento jurídico colombiano

El derecho colombiano ha sido receptivo del derecho neo – romanista durante el siglo XIX, cuya característica principal convertía al juez en simple boca de la ley; así, los jueces simplemente aplicaban la ley, sin crearla, sus pronunciamientos eran importantes toda vez que resultaban en la aplicación de las normas dispuestas por el legislativo o constituyente, lo que los convertía en un mecanismo de aplicación y no de integración normativa⁹⁴.

Sin embargo, no todas las cuestiones presentadas ante los jueces podían ser previstas por el legislador, otorgando entonces un papel importante a los jueces dentro del contexto social en el que dichos conflictos se hacían presentes. Esto llevó a que en el siglo XIX se plantee una nueva teoría respecto del papel de la jurisprudencia en la dinámica jurídica, ya que ésta “podía suplir criterios para casos que no estaban regulados explícitamente”⁹⁵. De esta manera, las Cortes de Casación obtuvieron un importante papel en el rol de los jueces como creadores de derecho, ya que los fallos de triple reiteración que ésta haya adoptado sobre un mismo punto de derecho, se convertían en Doctrina Legal obligatoria que permitía establecer de manera constante el significado abstracto de una disposición legal y que debía ser replicada por los jueces inferiores.

Al igual que en países como Francia y España, donde se publicaban los fallos jurisprudenciales de manera sistematizada permitiendo a los profesionales del derecho conocer sobre las decisiones adoptadas por los tribunales y, a la vez, hacer que éstos

⁹⁴ Diego López Medina., *El derecho de los jueces*. Pp. 3.

⁹⁵ *Ibíd.* Pp. 9.

sirvan como un mecanismo argumentativo en los casos que defendieran. En el caso colombiano, es Secundino Álvarez quien asume dicha empresa, asegurando la existencia de una gran cantidad doctrinas y decisiones imperiosas e importantes que puedan guiar a los jueces y litigantes que vienen con posterioridad⁹⁶.

Sobre este fundamento, la Ley 61 de 1886⁹⁷ optó por considerar la doctrina del precedente legal, importada desde España, respecto al recurso de casación, como el medio más adecuado para unificar la jurisprudencia nacional. De esta manera, el artículo 38 de la mencionada ley disponía las causales por las que procedía dicho recurso, siendo la primera de ellas:

Art. 38.- Son causales de nulidad, para el efecto de interponer recurso de casación, los hechos siguientes:

*1o. Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de ley sustantiva o de **doctrina legal** o fundarse en una interpretación errónea de la una o de la otra (**negrillas nos pertenecen**)*

En ese sentido, el artículo 39 de la misma ley disponía lo siguiente:

Art. 39.- Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que la misma Corte haga, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso.

La Doctrina Legal va adquiriendo mayor importancia en la práctica jurídica en Colombia, pues ésta no simplemente se vincula con la interpretación de una ley existente, al contrario cumple un papel integrador del ordenamiento jurídico nacional pues las decisiones uniformes tres veces reiteradas llenaban los vacíos existente en el ordenamiento jurídico nacional, pues no pueden existir cuestiones sin resolver a falta de ley. De lo dicho se concluye que el objetivo de esta Doctrina Legal era también la de llenar los vacíos que pudieran existir, y así evitarla inadecuada administración de justicia por falta de ley.

⁹⁶ *Ibíd.* Pp. 12

⁹⁷ Ley 61, Diario Oficial No. 6.881 - 6.882 de 5 de diciembre de 1886

Esta Doctrina Legal fue considerada en poco tiempo como un medio complementario de aplicación de la ley, más aún en los casos en que ésta no existiera. Sin embargo, la Ley 153 de 1887⁹⁸ ahonda aún más en su práctica.

La Ley 61 de 1886 disponía el desconocimiento de la Doctrina Legal como una causal de casación, en tanto que la Ley 153 de 1887 ampliaba mucho más sus efectos convirtiéndola en una regla de aplicación obligatoria por todos los jueces en casos dudosos. Sin embargo, la Ley 169 de 1889⁹⁹ introdujo a dicho texto un contenido mucho menos activista, al convertir la obligación contenida en el artículo 10 de la Ley 153, en una posibilidad que los jueces podían usar en casos análogos. Igualmente la Ley 153 aumentó una causal más de casación, ya no por violación de triple fallo uniforme, sino por el desconocimiento del auto – precedente¹⁰⁰ de los Tribunales superiores del país.

Ahora bien, la Ley 105 de 1890¹⁰¹, disminuía el número de fallos uniformes a dos, lo que implicaba un refuerzo a la Doctrina Legal y de hecho obligaba a que se enuncie de manera clara, precisa y general la regla de derecho contenida en dichos fallos. Sin embargo, la Doctrina Legal no fue recibida con todo el beneplácito por los magistrados y jueces de las más altas cortes de Colombia, al contrario, se estableció como una traba para la verdadera administración de justicia, pues su aplicación era demasiado rígida. Así, la obligación de enunciar la *ratio decidendi*, como regla general de derecho, impedía que los jueces se concentren en el objeto original del sistema jurisdiccional, que en definitiva devenía en la solución de una controversia en un caso particular, para concentrarse más bien en señalar la declaración general y abstracta sobre un punto de derecho, convirtiéndose en legisladores, pero con la gran excepción de no poder modificar o reformar su *ratio* en los casos en los que resulte necesario¹⁰².

Así la Doctrina Legal tenía dos debilidades que impedían su correcto funcionamiento. Primero, sus efectos sólo generaban efectos horizontales, pues los jueces se rehusaban a aplicarla pues la evolución jurisprudencial era estática, ya que una vez adoptada no podía ser modificada por los magistrados. Un segundo efecto era su falta de aplicación por parte de los jueces inferiores – efecto vertical – pues estos se concentraban en

⁹⁸ Ley 153, Diarios Oficiales 7.151 y 7.152 del 28 de agosto de 1887.

⁹⁹ Ley 169, 3 de marzo de 1889.

¹⁰⁰ Diego López Medina., *El derecho de los jueces*. Pp. 20.

¹⁰¹ Ley 105, Diario Oficial No. 8.296, de 7 de enero de 1891

¹⁰² Diego López Medina., *El derecho de los jueces*. Pp. 22.

aplicar la regla general y abstracta de un punto general del derecho y no de hallar la *ratio decidendi* de la sentencia, lo que realmente implicaba la búsqueda de la motivación que llevaba a decidir de cierta manera un caso concreto¹⁰³, asemejándola más al principio de *stare decisis* estadounidense que al “precedente legal” Español.

Siguiendo este orden de ideas, el sistema del “precedente legal” se transformó en un mecanismo en extremo rígido de jurisprudencia, asimilándola más bien a la ley, desnaturalizando el fundamento de su existencia como una fuente de derecho autónoma, lo que trajo consigo la necesidad de optar por otro tipo de sistema que amplíe las posibilidades de los jueces en aplicar la doctrina emanada de sus decisiones, sin que lo dicho implique la arbitrariedad de sus decisiones.

Esto llevó a que se instaure en Colombia una nueva doctrina jurisprudencial, conocida como la Doctrina Probable o el sistema libre de jurisprudencia. Esta doctrina a diferencia de la Doctrina Legal, le restaba vinculatoriedad y obligatoriedad a la jurisprudencia, ya que no sólo obvió la inaplicación de la jurisprudencia como causal de casación¹⁰⁴, sino que además determinaba que las tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia constituían Doctrina Probable, y por tal los jueces podían aplicarla en casos análogos, permitiendo la variación de la doctrina por parte de la Corte Suprema de Justicia, siempre que ésta juzgue como erróneas las decisiones anteriores¹⁰⁵.

Si bien es cierto el artículo 4 de la Ley 153 de 1887 permitía la aplicación, en casos análogos, de la jurisprudencia como una posibilidad de los jueces, también es cierto que el objeto de dicha norma no era restarle importancia a la jurisprudencia como fuente formal de derecho, al contrario, era instaurarla como un mecanismo de adecuación a la realidad social. Permitía que los jueces puedan, en primera instancia, verificar la idoneidad de la aplicación de la jurisprudencia en un caso concreto, tomando como fundamento su analogía fáctica, lo que obligaba a que los jueces estudien los casos de sus antecesores en búsqueda de la *ratio decidendi* aplicable al caso, simulándolo más al sistema de jurisprudencia del *stare decisis*, que al precedente legal español. Igualmente, los jueces podían apartarse de dichas consideraciones, siempre y cuando motiven la existencia de un error.

¹⁰³ *Ibíd.* Pp. 23

¹⁰⁴ Ley 169, Diario Oficial No 10.235, de 14 de enero de 1897.

¹⁰⁵ Ley 153, Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152, del 28 de agosto de 1887

De lo dicho se observa que la idea de la Doctrina Probable no era justamente la de permitir un uso discrecional de la jurisprudencia por parte de los jueces, al contrario el objetivo era la darle un carácter de fuente formal, sin las exigencias y limitaciones establecidas por la Doctrina Legal. Sin embargo, la práctica de los tribunales pronto se definió por una aplicación libre de la jurisprudencia, lo que impidió el establecimiento de un sistema jurisprudencial sistemático y organizado de precedentes.

A partir de 1991, el sistema jurisprudencial en Colombia toma un giro bastante prominente respecto de la adaptación de la jurisprudencia a la nueva realidad constitucional establecida en el país. Así se intenta implementar un sistema de jurisprudencia fuerte y no meramente indicativo¹⁰⁶, sobre todo respecto de las decisiones provenientes del máximo tribunal de la justicia constitucional.

Si bien habíamos iniciado este tema hablando del carácter dogmático – académico de la jurisprudencia en nuestros países, debemos ahora seguir el proceso de fortalecimiento de la jurisprudencia en Colombia a partir de la Constitución de 1991, que de cierta forma logró establecer nuevos parámetros respecto del valor de los fallos judiciales, más aún de aquellos provenientes de la Corte Constitucional.

La Constitución colombiana de 1991 trajo consigo la percepción del “nuevo derecho” en Colombia y consigo la posibilidad de implantar un criterio menos tradicional del sistema de fuentes. Pronto los fallos provenientes de la Corte Constitucional fueron percibidos como normas de aplicación general que simplemente como herramienta hermenéutica o didáctica.

Bajo esas consideraciones, el Presidente César Gaviria Trujillo, publicó el Decreto 2067¹⁰⁷ que determinaba la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Constitucional, tanto para los poderes públicos como también para los particulares, además de instaurar a la jurisprudencia como “criterio auxiliar obligatorio”. En ese sentido, el Decreto abría las puertas a un cambio constitucional que ampliaba el valor del precedente, sin embargo, pronto fue socavado por la propia Corte Constitucional.

¹⁰⁶ Como se dijo con anterioridad, el artículo 4 de la Ley 153 de 1887, impidió que surja en Colombia un sistema que considere a la jurisprudencia como fuente formal de derecho, al contrario estableció un mecanismo de jurisprudencia libre, lo que permitió un aplicación arbitraria de los precedentes en el país.

¹⁰⁷ Decreto 2067, Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991.

Conformada en su mayoría por jueces tradicionalistas, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-113/93¹⁰⁸, adoptó una interpretación restrictiva del artículo 21 del Decreto 2067/91, reiterando nuevamente el sistema de jurisprudencia libre. La Corte sostiene que el primer inciso del artículo 21 no resulta inexecutable a la norma constitucional, pues de hecho reproduce de manera exacta lo contenido en el artículo 243 de la Constitución; sin embargo, interpreta su contenido de manera tal que reduce los efectos constitucionales de dicha disposición, al plantear que el cumplimiento obligatorio de sus sentencias se dirige a las partes que participaron en el proceso, y sólo como excepción los efectos *erga omnes* se aplican en las sentencias que versen sobre procesos de control de constitucionalidad abstracta. Lo dicho se traduce en la imposibilidad de generar jurisprudencia, ya que si bien es cierto las sentencias respecto de garantías constitucionales generan efectos inter – partes, también es cierto que un criterio más amplio sobre sus efectos, permitiría entrever que los dictámenes de la Corte Constitucional y su valor jurisprudencial fueran vinculantes y sus efectos igualmente de amplios.

Ahora bien, el golpe más duro recibido por el Ejecutivo respecto del control de constitucionalidad del Decreto 2067/91, fue justamente el realizado dentro de la sentencia C-131-93¹⁰⁹, por la cual la Corte Constitucional revisa el artículo 23 del citado Decreto que disponía:

Art. 23.- La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

Este artículo en su texto original, con algunas sutilezas, demarcaba el nuevo terreno en el que se aplicarían los fallos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, ampliando los efectos de la doctrina constitucional, no sólo a la propia Corte, sino a todos los jueces y autoridades públicas del país. El profesor colombiano Diego López Medina ilustra lo dicho de manera muy clara citando la práctica común del magistrado de la Corte Constitucional Ciro Angarita Barón, que consistía en incluir en todas sus decisiones un párrafo que contenía una orden

¹⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia, Caso C – 113 – 1993, 25 de marzo de 1993. Magistrado ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, Caso C – 131 – 1993, 1 de abril de 1993. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

de cumplimiento de la doctrina constitucional a todas las autoridades¹¹⁰, dicha orden incluía una descripción exacta de los derechos vulnerados y los medios en los que han sido vulnerados, los cuales debían ser estudiados en casos similares, ya sea por sus hechos o circunstancias, y por último expresaba que “la doctrina constitucional enunciada tendrá carácter obligatorio para las autoridades, en los términos del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991”

Sin embargo, esta práctica fue superada por la decisión del caso C-131-1993, que de manera regresiva declara inexecutable la palabra “obligatorio” del artículo 23 del Decreto 2067/91, lo que implicaba un regreso a la doctrina del precedente probable y su identificación como un criterio hermenéutico auxiliar que podía o no ser adoptado por los jueces en caso de duda, interpretando nuevamente de manera limitada los efectos de las sentencias constitucionales contenidos en el artículo 243 de la Constitución.

Con la expedición del Decreto 2591 de 1991 se infringió el último y más duro golpe al sistema de fuentes no tradicionalista colombiano. Este Decreto regula la acción de tutela colombiana y en su artículo 36 aclara que los efectos de las sentencias de tutela únicamente afectan a las partes del proceso, restringiendo aún más los efectos que estas decisiones podrían generar dentro del sistema de fuentes colombiano.

Hasta este punto, parecería que el sistema de fuentes en Colombia es tradicional, lo que implica tomar a la ley como fuente obligatoria y directa de derecho y dejando a la jurisprudencia, inclusive a la constitucional, como una fuente auxiliar en caso de duda o vacío legal. Sin embargo, con prontitud la Corte Constitucional optó, en uso de su competencia interpretativa, por un mecanismo que permitiera establecer un nuevo sistema de fuentes menos tradicionalista.

La Corte, en el caso C-083-95¹¹¹, resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 153 de 1887; recordemos que dicha ley preveía un fortalecimiento importante en el sistema de fuentes de este país, convirtiendo a la jurisprudencia en fuente de aplicación obligatoria en casos dudosos u oscuros. Ahora bien, el artículo 8 de este cuerpo normativo disponía:

¹¹⁰ Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*. Pp. 38

¹¹¹ Corte Constitucional de Colombia, caso C-083-1995, 1 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Artículo 8.- Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho¹¹².

La Corte inicia el examen de constitucionalidad de esta norma mediante el estudio de la integración del derecho, aseverando que existen dos medios de creación del derecho, mediante la reflexión y la espontaneidad, siendo el primero característico de la función legislativa y, el segundo, la costumbre, generada por el propio actuar reiterado de la población. De esta manera aclara que la costumbre, según norma constitucional y legal, es simplemente supletoria en caso de inexistencia de leyes formales en un caso concreto, evidenciando la importancia que la costumbre tenía sobre la misma Constitución. En ese sentido la Corte Constitucional mediante sentencia C-244-1994, declaró inconstitucional el artículo 13 de la Ley 153 de 1887, por el cual se disponía la integración del ordenamiento jurídico por medio de la costumbre, dando paso a un lectura literal del artículo 230 de la Constitución, que vimos con anterioridad, planteaba un sistema de fuentes rígido donde la ley era la única fuente formal de derecho, dejando a la analogía, la jurisprudencia y la doctrina como criterios auxiliares de la actividad judicial.

Entonces, ¿qué pudo hacer la Corte Constitucional para transformar los criterios del sistema de fuentes vigente hasta ese momento en el ordenamiento jurídico colombiano? La respuesta es simple, pero a la vez revolucionaria. La Corte decidió preguntarse si existen o no lagunas dentro del ordenamiento jurídico nacional a lo cual respondió que: *“en el derecho no hay lagunas porque hay jueces”*, frase que marcaría un nuevo terreno en la lucha entre tradicionalistas y reformistas, logrando entrever un cambio en el sistema de fuentes colombiano.

En ese sentido, la Corte decidió visibilizar el papel de los jueces en el derecho, previendo la importancia de sus decisiones en la sociedad. Así, la Corte se pronunció respecto de la actividad judicial, al tenor siguiente:

(...) el juez constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es.

¹¹² Ley 153, Diarios Oficiales Nos. 7.151 y 7.152, del 28 de agosto de 1887.

Pero la Corte Constitucional no termina allí, al contrario, recuerda el valor normativo de las disposiciones constitucionales, estableciendo que ellas pueden ser aplicadas, en principio, mediante su desarrollo legislativo. Pero qué sucede cuando ellas no requieren de un desarrollo legislativo, o por el contrario, el legislador ha omitido desarrollarlas; en ese caso resultaría necesario que el máximo intérprete de la Constitución pueda otorgarles un contenido, siendo esta la doctrina utilizada para su aplicación en casos concretos, diferenciándola notablemente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional determinó entonces que:

Parece razonable, entonces, que al señalar a las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de intérprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (...)

(...) Es preciso aclarar que no es la jurisprudencia la que aquí se consagra como fuente obligatoria. A ella alude claramente otra disposición, el artículo 4° de la Ley 69 de 1896, para erigirla en pauta meramente optativa para ilustrar, en ciertos casos, el criterio de los jueces (...)

El punto decisivo de la Corte fue justamente la de reconocer dos mecanismos interpretativos de sus decisiones; primero, sus fallos como jurisprudencia cuando simplemente interpretan normas constitucionales desarrolladas legislativamente. Y, el segundo, cuando integran el derecho en caso de vacío legal. En el primer caso se habla de jurisprudencia optativa o auxiliar, en el segundo se habla de doctrina constitucional.

En el mismo año, la Corte Constitucional, mediante su competencia de revisión, adoptó un criterio que otorgaba mayor grado de aplicación y obligatoriedad a la jurisprudencia¹¹³. De esa manera la sentencia T-123-95¹¹⁴, confirmó el concepto de doctrina constitucional, pero además estimó que la jurisprudencia de las altas cortes de Colombia debían ser también respetadas por los jueces inferiores, toda vez que ella implicaba en principio la aplicación e interpretación de la ley, lo que a su vez permitía respetar la independencia judicial y más aún el principio de igualdad.

¹¹³ Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*. Pp. 47.

¹¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Caso t – 123 – 1995, 21 de marzo de 1995. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De esta manera la Corte Constitucional optó por un criterio mucho más allegado al *stare decisis* estadounidense, debido a que otorgó a la jurisprudencia un mayor grado de vinculatoriedad, con efectos verticales y horizontales, siempre que se traten de casos análogos; permitiendo el alejamiento del precedente siempre y cuando lo haga justificadamente, La Corte colombiana determinó que:

Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (...) es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. (...)

(...) sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.

Mediante esta sentencia, la Corte Constitucional planteó la conformación de una “disciplina jurisprudencial” que implica el respeto y aplicación de todos los recursos que forman parte del ordenamiento jurídico vigente, inclusive la jurisprudencia de las altas cortes del país, refundando entonces el sistema de fuentes vigente¹¹⁵.

Ahora bien, además de las sentencias de control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, resulta necesario tomar en cuenta otro mecanismo de producción de doctrina constitucional por parte de la Corte Constitucional colombiana, nos referimos a la revisión de sentencia de tutela – sentencias tipo T – por parte de este organismo jurisprudencial.

El Decreto Ejecutivo 2591 de 1991¹¹⁶ regula la acción de tutela en Colombia, al contrario que en Ecuador, la revisión de estas sentencias tipo T no es una competencia constitucional de la Corte, es una competencia legal. Así el artículo 33, 34, 35 y 36 de dicho cuerpo normativo regula esta facultad de la siguiente forma:

ARTICULO 33.-*Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y*

¹¹⁵ Diego López Medina, *El Derecho de los Jueces*. Pp. 48.

¹¹⁶ Decreto 2561, Diario Oficial No. 40.165, del 19 de noviembre de 1991.

según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier magistrado de la Corte, o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

ARTICULO 34.-*Decisión en Sala. La Corte Constitucional designará los tres magistrados de su seno que conformarán la Sala que habrá de revisar los fallos de tutela de conformidad con el procedimiento vigente para los tribunales del Distrito Judicial. Los cambios de jurisprudencia deberán ser decididos por la Sala Plena de la Corte, previo registro del proyecto de fallo correspondiente.*

ARTICULO 35.-*Decisiones de revisión. Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas.*

La revisión se concederá en el efecto devolutivo, pero la Corte podrá aplicar lo dispuesto en el artículo 7° de este decreto.

ARTICULO 36.-*Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela sólo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta.*

De lo dicho se extrae que el objetivo principal de la revisión de tutelas es justamente la de propender a un sistema de jurisprudencia y doctrina constitucional uniforme, lo que permite “la unificación de criterios judiciales en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales”¹¹⁷.

La revisión de sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional es una facultad, que además de unificar la jurisprudencia constitucional, también permite regular la procedencia de la acción de tutela, además establece la doctrina constitucional, que

¹¹⁷ Catalina Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano*, fuente WEB: <http://www.ejrlb.net/medios/docs/La%20Accion%20de%20Tutela%20en%20el%20Ordenamiento%20Constitucional%20Colombiano.pdf>. Recuperado el 27 de febrero de 2011.

como hemos visto con anterioridad cumple con el objetivo de integrar el ordenamiento jurídico nacional¹¹⁸.

El procedimiento, como veremos más adelante, comparte muchísimo con el proceso de selección ecuatoriano y el proceso de selección estadounidense, con algunas diferencias. Primero son sólo dos los magistrados de la Corte Constitucional quienes seleccionan “sin motivación expresa y según su criterio” las acciones de tutela que serán revisadas por la sala de revisión y no la Corte en pleno, como sucede en el caso norteamericano. En ese sentido cabe precisar que si bien es cierto son sólo dos los magistrados que seleccionan dichas sentencias, también es cierto que cualquier magistrado de la Corte Constitucional, como también el Defensor del Pueblo pueden solicitar la revisión de algún fallo de tutela excluido cuando estos permitan aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave; igualmente, aunque no resulte necesario motivar la decisión de seleccionar o no una sentencia, aquellas acciones que no han sido excluidas de la selección deberán ser revisadas de manera obligatoria treinta días después de su recepción, garantizando de esta manera el derecho al debido proceso y el principio de seguridad jurídica.

Una vez seleccionada una sentencia, el Pleno de la Corte Constitucional deberá seleccionar tres magistrados de su seno, que conformarán la sala de revisión. Esta sala podrá revocar o modificar el fallo, unificar la jurisprudencia constitucional o aclarar el alcance general de las normas constitucionales. En estos casos, la Sala deberá motivar sus decisiones.

Ahora bien, cuáles son los efectos y el valor de las sentencias de revisión de las acciones de tutela. En primer lugar cabe observar que dichas decisiones ponen fin a la jurisdicción constitucional y dan paso a la cosa juzgada constitucional. En segundo lugar es importante tomar en cuenta que los efectos de la revisión de las acciones de tutela se sustentan, como hemos visto en el análisis de la sentencia T-123-95, en los principios de igualdad material en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica¹¹⁹.

De esta manera resulta vinculante para los jueces la *ratio decidendi* adoptada por la Corte Constitucional, más aún en casos análogos. Sin embargo, en casos en que dicha

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ Nelson Hernández Meza, “El valor de las sentencias de revisión de fallos de tutela proferidas por la Corte Constitucional para casos futuros”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, N° 20. 2003. Pp. 348.

http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/20/14_El%20valor%20de%20las%20sentencias%20de%20revisi%20de%20fallos%20de%20tutela.pdf. Recuperado el 27 de febrero de 2011.

analogía sea inexistente, resultará posible que los jueces se alejen de dicha *ratio*, siempre que lo hagan de manera justificada y demuestren que los hechos presentes en el caso concreto hacen inaplicable dicha *ratio decidendi*¹²⁰.

Justamente es este respeto del precedente constitucional, por parte de los jueces y la propia Corte, el que permite garantizar el derecho a la igualdad material y a la seguridad jurídica. Así por ejemplo, la Corte Constitucional en el caso SU-047-99¹²¹, determinó con bastante precisión que las decisiones tomadas por los jueces permiten una aplicación certera y previsible de la aplicación de la ley, pues observó que:

(...) las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles (...) esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana.

De igual manera, el principio de igualdad fundamenta la revisión de las acciones de tutela por parte de la Corte Constitucional, pues esta se presenta como un medio para garantizar el carácter vinculante de los fallos tipo T, provenientes de la Corte Constitucional, obligando a los jueces inferiores, al igual que a las altas cortes del estado, a practicar las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, de manera tal que garanticen y cumplan el principio de igualdad. La Corte ha dispuesto sobre este punto lo siguiente:

(...) la aplicación de la ley a los diferentes casos debe llevarse a cabo con estricta sujeción al principio de igualdad (...) se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable.

Así, las decisiones de la Corte Constitucional, en uso de su facultad de revisión, fundamentan la teoría de la disciplina jurisprudencial, ya que mediante la garantía del derecho a la igualdad y la seguridad jurídica establecen “certeza y previsibilidad en las decisiones judiciales”¹²², cumpliendo de la misma forma con el debido proceso, y más importante aún, el respeto innegable a los preceptos básicos de un Estado Constitucional

¹²⁰ *Ibíd.* Pp. 355.

¹²¹ Corte Constitucional, caso SU – 047 – 1999, 29 de enero de 1999. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero

¹²² Nelson Hernández Meza, “El valor de las sentencias de revisión de fallos de tutela proferidas por la Corte Constitucional para casos futuros”. Pp. 349.

de Derechos, que suponen ante todo la protección de los derechos garantizados en la Constitución a todas las personas.

2.4. Desarrollo del Derecho Jurisprudencial en Ecuador: El caso del triple fallo reiterado de la Corte Nacional de Justicia (ex – Corte Suprema de Justicia)

Una vez revisado el valor que se otorga a la jurisprudencia y al precedente constitucional en Estados Unidos y en Colombia, como también los procedimientos y mecanismos que ambos países tienen en la integración de su respectivo ordenamiento jurídico, resulta necesario observar cual es la evolución del valor de la jurisprudencia en nuestro país antes de enmarcarnos en el estudio de la selección y revisión de sentencias por la Corte Constitucional ecuatoriana.

Tras la lucha de la independencia en América Latina, los departamentos del Azuay, Guayas y Quito decidieron unirse para conformar un solo cuerpo independiente llamado Estado de Ecuador, para después confederarse con los demás Estados de Colombia y así formar la República de Colombia¹²³.

Así, dentro de la Constitución de 1830, Ecuador dispone la creación de la Alta Corte de Justicia, las Cortes de Apelación y los demás tribunales de instancia, quienes deberán aplicar las leyes civiles y orgánicas que no se opongan a los principios de la Constitución¹²⁴, sin embargo, no hace mención a la jurisprudencia como fuente de Derecho.

Esta doctrina legicéntrica permanecerá invariable hasta 1859, cuando, después de la aprobación del Código Civil Ecuatoriano, la ley no sólo se convierte en fuente de directa de derecho, sino que al contrario se convierte en una manifestación de la voluntad soberana del pueblo. De la misma manera, el artículo 3 del mismo cuerpo normativo dispone que sólo al legislador corresponde expedir e interpretar la ley, por lo que la actividad de la Función Judicial se resumía a la aplicación única de la ley, más no a la creación del Derecho. Es más, el artículo 19 del Código antes mencionado, aclaraba

¹²³ Los artículos 1 y 2 de la Constitución Política de Ecuador, adoptada por Decreto legislativo N° 000 de 14 de junio de 1830, dispone con claridad la conformación del Estado de Ecuador y su vinculación con el Estado de Colombia, respectivamente.

¹²⁴ Artículo 73 de la Constitución Política de Ecuador, adoptada por Decreto legislativo N° 000 de 14 de junio de 1830.

que la Corte Suprema de Justicia¹²⁵ debía consultar a la legislatura sobre las dudas y dificultades de la aplicación de la ley y de los vacíos que haya notado en ella, proponiendo además los correspondientes proyectos de ley.

De la misma manera, la Constitución Política de 1869 no señala de manera directa a la jurisprudencia como fuente de derecho, ni directa o auxiliar. Ahora bien, el artículo 3 de este Código Político propone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino para las causas para las que se pronunciaren, excepto, según la Disposición Séptima del artículo 18, cuando existan vacíos legales o a falta de ley. En estas situaciones, los jueces podrán aplicar los casos análogos que existan sobre el tema, cuestión que resta importancia absoluta a la jurisprudencia, reconociéndola meramente como mecanismo auxiliar de la interpretación del derecho, lo cual era también aplicado, como hemos visto, en Colombia gracias a la Ley 153 de 1887.

Sin embargo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, con arreglo a la Ley de 6 de agosto de 1890, disponía en su artículo 13, cuales eran las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, siendo una de ellas:

“Oír y resolver sobre las dudas de las Cortes Superiores sobre la inteligencia de alguna ley, con obligación de someterlas al Congreso y presentar a éste los proyectos de ley que estime convenientes”

En ese mismo sentido, la disposición 15 y 16 del artículo 17 del mismo cuerpo normativo confería la atribución a las Cortes Superiores de presentar un informe a la Corte Suprema de Justicia sobre las dudas que hubieren nacido respecto de la inteligencia y aplicación de las leyes, como también presentar observaciones que tiendan a mejorar la legislación, lo que claro debía posteriormente ser presentado al Congreso para su evaluación y posterior solución.

Esto llevó a que en 1917, la Corte Suprema de Justicia resolviera ser el único tribunal *“llamado a absolver las dudas sobre la inteligencia de las leyes”*¹²⁶, generando de esta manera un gran brinco hacia el reconocimiento del precedente judicial como fuente directa de Derecho.

¹²⁵ La Corte Suprema de Justicia fue creada mediante la adopción de la Constitución Política de Ecuador aprobada mediante Decreto Legislativo N° 000 de 13 de agosto de 1835.

¹²⁶ Manuel Sánchez Zuraty, *La importancia de la Jurisdicción en América Latina, en el marco de la Teoría General de las Fuentes del Derecho*, fuente WEB: www.cortesuprema.gov.ec/cn/wwwcn/pdf/unasur/ecuador.pdf, recuperado el 11 de marzo de 2011.

Hacia 1929, Ecuador optó por aprobar una nueva Constitución¹²⁷, que si bien no trajo consigo grandes avances en materia de Derecho Jurisprudencial, si contó con novedosos conceptos que serían usados posteriormente para la consecución de los objetivos de la administración de justicia de Ecuador.

De esta manera, el segundo inciso del artículo 126 de la Constitución dispone que *“las sentencias serán motivadas, se expresará siempre en ellas la Ley o fundamento en que se apoyen”*, lo que generó en definitiva la posibilidad de optar por nuevas fuentes consideradas dentro del ordenamiento jurídico del país, siendo este un primer antecedente para el reconocimiento del fallo de triple reiteración como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico de nuestro país. Sin embargo, la propia Constitución estableció un retroceso en esta materia ya que también dispuso en su artículo 161 que: *“no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos que se opusieren a ella [Constitución] o alteraren, de cualquier modo, sus prescripciones”*, lo que a breves rasgos parecía algo jurídicamente coherente no lo fue, debido a que el artículo 162 disponía que ninguna autoridad pública *“podrá negarse a cumplir o aplicar las leyes, invocando que son inconstitucionales”*, lo que resultada en otorgar mayor importancia a la ley, inclusive más que a la propia Constitución, por lo que la jurisprudencia volvió a ubicarse en un segundo plano.

A partir de 1974, mediante la promulgación de la Ley Orgánica de la Función Judicial¹²⁸ se obtuvo un avance significativo respecto de la adopción de resoluciones obligatorias de la Corte Suprema de Justicia en caso de la existencia de fallos contradictorios de los tribunales de justicia. De esta manera los artículos 14 y 15 de la antes citada ley, disponían que en los casos en que existieran fallos contradictorios de la Corte Suprema de Justicia, los Ministros Jueces y Ministro Fiscal, debieran reunirse para dictar una resolución generalmente obligatoria. De la misma forma esta competencia se reproducía en casos de duda u oscuridad de la ley, siendo ambas resoluciones publicadas en el Registro Oficial.

¹²⁷ Constitución de 1929 aprobada por la Ley 000 Registro Oficial N° 138 de 26 de marzo de 1929.

¹²⁸ Ley Orgánica de la Función Judicial, promulgada por el General Guillermo Rodríguez Lar, publicada en el Registro Oficial 636 de 11 de septiembre de 1974.

Ya en 1997, la propia Constitución¹²⁹ reconoció en su artículo 130 la competencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, el cual debía dictar la norma dirimente en caso de fallos contradictorios sobre un mismo punto de derecho, la que tendría en lo posterior un carácter obligatorio mientras la ley no determine lo contrario. A pesar de no ser propiamente jurisprudencia, este reconocimiento permitió que las decisiones de un órgano jurisdiccional sean reconocidas como norma, con el objeto de unificar sus decisiones y brindar mayor seguridad al ordenamiento jurídico de nuestro país.

A partir de este momento el desarrollo jurisprudencial en Ecuador toma un impulso importante. La Constitución aprobada en 1998¹³⁰ disponía, al igual que su antecesora, en su artículo 197 que la Corte Suprema de Justicia expediría la norma dirimente de carácter obligatorio, mientras la ley no determine lo contrario, lo que implicaba un reconocimiento constitucional del valor de las decisiones tomadas por un órgano jurisdiccional. Sin embargo, dicha fuente seguía siendo subsidiaria a la validez de una norma legal.

De igual manera, mediante la expedición de la Ley de Casación¹³¹, el Derecho Jurisprudencial adquiere un nuevo logro en Ecuador, que si bien no genera un reconocimiento íntegro de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, si permite establecer una mayor actividad normativa por parte de los jueces al disponer en su artículo 19 la publicación obligatoria de todas las sentencias de casación en el Registro Oficial, lo que generaba la posibilidad de dar a conocer las decisiones tomadas por el máximo órgano jurisdiccional del país no sólo a las magistraturas inferiores, sino a los operadores jurídicos a nivel nacional, permitiendo un mayor empoderamiento del derecho y la doctrina de los Tribunales otorgando mayor importancia a la práctica jurisprudencial.

A su vez, proponía dos medios de producción normativa. En primer lugar, reconocía la triple reiteración de un fallo de casación como precedente obligatorio para todos los tribunales del país, lo que representaba un primer acercamiento a la jurisprudencia. Sin embargo, este acercamiento fue poco efectivo, pues los precedentes jurisprudenciales no eran vinculantes para la propia Corte Suprema de Justicia, lo que implicaba un

¹²⁹ Constitución Política de Ecuador de 1978, codificada en 1997. Promulgada en la Ley 000 del Registro Oficial N° 2 de 13 de febrero de 1997.

¹³⁰ Constitución Política de la República de Ecuador. Promulgada en la Ley 000, Registro Oficial N° 1 de 11 de agosto de 1998.

¹³¹ Ley de Casación, Codificación publicada en el Registro Oficial N° 299 de 24 de marzo de 2004.

desconocimiento de la naturaleza del precedente como fuente de derecho. Es más, este criterio retomó la idea de la doctrina libre del precedente, impidiendo que el fallo de triple reiteración adquiriera su importancia como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

Además de lo dicho, los precedentes emitidos por la Corte Suprema de Justicia eran equiparados a una ley, motivo por el cual se condicionaba, inclusive su nomenclatura, a la existencia de un mecanismo legislativo de aceptación y aplicación. Sin embargo, podríamos decir que dicha semejanza con la ley era *sui generis*, pues si bien esto hacía que la jurisprudencia fuera concebida como Doctrina Legal, es decir, de obligatorio cumplimiento, estos efectos no eran replicados por parte de la Corte Suprema de Justicia, que sin motivación, podía inaplicar o alejarse de un precedente propio, pues no era vinculante para ella.

Podemos entonces observar que durante 10 años, la doctrina jurisprudencial en Ecuador fue mixta, pues si bien para los órganos de justicia inferiores la jurisprudencia surtía efectos de Doctrina Legal u obligatoria, no hacía lo mismo respecto de la propia Corte Suprema de Justicia, que exceptuó para sí misma la obligatoriedad de la jurisprudencia en la toma de sus decisiones.

Un segundo medio de producción normativa es justamente la competencia de la Corte Suprema de Justicia de generar una norma dirimente en caso de la existencia de fallos contradictorios, lo que claramente estaba supeditado a la falta o vacío legal que aclare su aplicación.

Estas deficiencias en la producción jurisprudencial ecuatoriana se ven, presumiblemente, solventadas con la adopción de la Constitución de la República de 2008, que dispone en el numeral 2 del artículo 184 y el artículo 185 la obligatoriedad de desarrollar un sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración, con efectos vinculantes para las cortes que forman la justicia ordinaria. En otras palabras supera las limitaciones impuestas por el régimen de 1998 sobre la obligatoriedad del precedente con efectos verticales y no horizontales.

Además la Constitución se refiere ya a la jurisprudencia como fuente de derecho, sin necesidad de equipararla a la ley para que pueda surtir efectos. De la misma forma, el numeral 6 del artículo 436 se refiere a la competencia de la Corte Constitucional, en su papel de máximo órgano de interpretación constitucional, de expedir sentencias que

constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las garantías jurisdiccionales y demás procesos constitucionales.

La Corte Constitucional ejerce dicha competencia mediante un sistema de selección y revisión de sentencias, contenido en los artículos 197, 198 y 199 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³², que guardan semejanza con el *Writ of Certiorari* estadounidense como veremos en su momento.

De estos hechos podría extraerse entonces que, existen tres sistemas jurisprudenciales en Ecuador; el primero, se refiere al sistema jurisprudencial legal, cuyo objetivo implica crear un ordenamiento legal uniforme respecto del control de legalidad. El segundo sistema permite establecer un régimen jurisprudencial electoral, tal y como lo determina el último inciso del artículo 221 de la Constitución. Por último, encontramos la jurisprudencia constitucional, que más allá de uniformar las decisiones que se tomen respecto de temas constitucionales, también integra el bloque de constitucionalidad, pues brinda contenido a los principios, valores, normas y conceptos contenidos en la Constitución, procurando entonces replantear el sistema de fuentes que rige el ordenamiento jurídico ecuatoriano en la actualidad.

¹³² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre de 2009.

3. Capítulo III: El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Ecuador

Una vez observados los diversos sistemas jurisprudenciales del derecho comparado, en este caso Estados Unidos y Colombia, además de haber verificado la evolución del sistema jurisprudencial en Ecuador hasta la Constitución de 1998, debemos centrar nuestro estudio en el análisis del mecanismo de selección y revisión de sentencias constitucionales por parte de la Corte Constitucional de Ecuador.

Cabe mencionar que, como observamos en el primer capítulo, el máximo órgano de control constitucional no gozaba de esta competencia hasta la aprobación de la Constitución de 2008, reconociendo constitucionalmente la jurisprudencia constitucional como fuente directa de derecho sin necesidad de la existencia del fallo de triple reiteración. En ese sentido, el artículo 436 número 1 de la Constitución, dispone que todas sus decisiones tengan carácter vinculante, ahora bien, a qué se refiere dicha vinculatoriedad y sobre quiénes recae; para ayudar a resolver esa importante cuestión es necesario estudiar el estado de esta cuestión en Colombia.

Recordemos que sobre este punto, la propia Corte Constitucional colombiana había admitido la posibilidad de desconocer el criterio de vinculatoriedad brindado por el Decreto Ejecutivo 2067/91, ya que mediante sentencia C-113/93 decidió que los efectos de los fallos de tutela son únicamente inter-partes, lo que implicaba que las sentencias emitidas por la Corte eran de aplicación inmediata sólo para las partes dentro del proceso. Podría parecer que en Ecuador, de seguir con el sistema jurisprudencial del recurso de amparo marcado por el régimen constitucional de 1998, el criterio de obligatoriedad del precedente compartiría los mismos efectos que los planteados por Colombia en 1993; sin embargo, la propia Constitución del Ecuador, en su artículo 436.6, mantiene alejada esta posibilidad, pues otorga a la Corte Constitucional la función de “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante (...)” respecto de las garantías jurisdiccionales, lo que imprime un nuevo marco de participación y aceptación de la jurisprudencia como fuente de derecho en el país, lo que a la vez implicaría una reforma consciente y práctica del sistema de fuentes del derecho en Ecuador, otorgando a la Corte Constitucional la potestad, no sólo de integrar el derecho en caso de duda u oscuridad de las normas constitucionales, sino el de crear

jurisprudencia vinculante *erga omnes* por medio de los casos que llegan a su conocimiento o por medio de sus salas de selección y revisión.

Ahora bien, antes de iniciar nuestro estudio acerca del procedimiento de selección y revisión de la Corte Constitucional, por los cuales genera jurisprudencia vinculante, debemos entablar una discusión acerca del principal cuestionamiento del llamado “gobierno de los jueces”. Éste se refiere a la inexistencia de legitimidad democrática en la toma de decisiones por parte de los jueces, lo que lógicamente conlleva a que la jurisprudencia no pueda ser concebida como fuente de derecho vinculante para todos los habitantes del estado, más aún cuando dichas decisiones no podrían, bajo el concepto de órganos independientes sometidos al imperio de la ley, obligar a los tribunales de justicia ordinarios y constitucionales del país a tomar una determinada decisión en un caso concreto. Se ha concebido al poder judicial como una multiplicidad de órganos que actúan de manera independiente los unos de los otros, sin que medie, en su accionar, decisión u orden alguna por parte de los tribunales superiores, de esta manera:

*la relación de los tribunales superiores con los inferiores es la que se articula a través del sistema de recursos, esto es, del cuestionamiento de las decisiones adoptadas por los tribunales inferiores ante los tribunales de nivel superior, cuestionamiento sólo planteable a posteriori, sin que quepan instrucciones u órdenes de los órganos jurisdiccionales superiores sobre la forma en la que deben actuar los inferiores en cada caso*¹³³

Decir esto implicaría, cerrar los ojos ante una realidad muy evidente, donde la decisión de los jueces genera una importante reacción dentro del contexto en el que se aplican sus fallos, llevando inclusive a suprimir, modificar o generar nuevas políticas públicas que den cumplimiento a lo señalado dentro de sus actuaciones. Debemos recordar que si bien es cierto los jueces no deben generar políticas públicas de manera directa dentro de sus fallos, si pueden instar al órgano público correspondiente la adopción de medidas y mecanismos suficientes que propendan al respeto y protección de los derechos contenidos en la Constitución, lo que deriva en una importante necesidad de aceptar y cultivar el respeto a la jurisprudencia como fuente material de derecho.

Los críticos de este sistema ponen especial manifiesto en el origen de las decisiones judiciales. Aseguran que en un estado democrático las decisiones acerca del contenido

¹³³ Luís López Guerra, “Modelos de Gobierno de los Jueces”, en *Parlamento y Constitución*, anuario de la Universidad de Castilla - La Mancha, Número 1, 1997. Pp. 12

y desarrollo de los derechos constitucionales corresponde al poder legislativo. Así, la teoría del principio democrático – *democratic theory* – mantiene a la producción legislativa como única fuente infra – constitucional o secundaria dentro del ordenamiento jurídico nacional. La jurisprudencia entonces, tiene un valor auxiliar que permite relacionar y aplicar esas normas a casos concretos, pero los únicos responsables de ejercer la voluntad del soberano son sus representantes elegidos por comicios electorales, entonces:

*Los tribunales, evidentemente, tienen algo que aportar al desarrollo legal a través de la particularidad de su enfoque y su exposición a los conflictos individuales de la vida real, pero los tribunales no están en condiciones de dar igual consideración a todos los intereses afectados por la elaboración de leyes opuestas a los intereses de las partes contendientes y su índole*¹³⁴

De lo que se concluye que bajo esta perspectiva, las decisiones judiciales solo pueden generar efectos de cumplimiento obligatorio para las partes dentro del proceso, pero no respecto del actuar de funcionarios públicos, particulares o inclusive del propio actuar de los jueces en el futuro, lo que implicaría un desconocimiento del derecho jurisprudencial. Ahora bien debemos preguntarnos: ¿carecen de vinculatoriedad *erga omnes* las decisiones judiciales adoptadas con apego a los derechos fundamentales, una vez que estas han sido difundidas por el órgano competente?

Para responder la pregunta antes planteada debemos referirnos al significado del concepto “norma”. En ese sentido cabe precisar que la norma guarda relación con el principio de legalidad, por el cual las actuaciones del estado deben estar siempre sometidas a la ley y el ejercicio de su poder se realizará siempre mediante la ley. Si bien este criterio fue el resultado de la revolución contra el absolutismo, pronto la concepción de Estado de Derecho fue ordinarizado a tal punto que sirvió de fundamento para que estados autoritarios basen sus acciones en el respeto ineludible a la ley.

Esto dio paso a la necesidad de plantear un nuevo marco de respeto hacia los derechos fundamentales, así pronto el Estado de Derecho se convirtió en un Estado Constitucional de Derecho, en el cual si bien la actuación del Estado debía estar

¹³⁴ Tom Campbell, *The case for Judicial Review of legislation*. Pp. 28. Texto original [Courts evidently have something to contribute to legal development through the particularity of their focus and their exposure to individualised real life disputes, but courts are not in position to give equal consideration to all interests affected by law-making opposed to the interests of contending parties and their ilk]

siempre sometida a la ley, la propia ley debía estar sometida a un límite que justamente es el respeto por los derechos fundamentales contenidos generalmente en la Constitución¹³⁵. Este replanteamiento en la concepción del Estado, trajo consigo la reconceptualización del concepto de “norma”, diferenciando de manera clara el enunciado normativo y la norma propiamente dicha. De esta manera, el profesor alemán Robert Alexy diferencia el enunciado normativo de la norma y sostiene que la primera es la expresión en la cual se encuentra escrita la norma, mientras la segunda es el significado del enunciado normativo, así:

El hecho de que la misma norma puede ser expresada a través de diferentes enunciados normativos, pone de manifiesto que hay que distinguir entre enunciado normativo y norma¹³⁶.

Podemos concluir que la expresión normativa es el medio por el que se enuncia la norma, y la norma como tal es la práctica real del enunciado normativo. Para tratar el tema con mayor claridad, podríamos decir que la norma es el contenido del enunciado normativo, y dicho enunciado normativo es el resultado del debate y discusión realizado por los órganos democráticos correspondientes. Cabe precisar entonces que en la discusión planteada respecto de la aprobación de un enunciado normativo, los legisladores no podrán abarcar todos los casos en los que dichos enunciados podrían aplicarse, lo que implica que, si bien el contenido de dicha expresión normativa tuvo que ser discutido por los legisladores, no es hasta la existencia real y no meramente formal de dicha expresión que ésta cobra verdadera eficacia y eficiencia en la sociedad.

Por este motivo, resulta necesario esbozar un escenario en el que los jueces tengan que fallar por primera ocasión sobre un determinado asunto, sobre el cual no existiera ninguna decisión predecesora. En esa situación, los jueces se ven obligados a adoptar un criterio de interpretación respecto del hecho y enunciado normativo que genera la problemática social que llega a su conocimiento. Ese criterio produce contenidos a aquel enunciado, obteniendo como resultado el contenido normativo y no sólo la producción del enunciado proveniente del poder legislativo, lo que en definitiva deviene en el desarrollo normativo por parte de los jueces.

¹³⁵ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, fuente WEB: <http://franja.ucr.org.ar>, recuperado el 22 de marzo de 2011.

¹³⁶ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Pp. 51.

El juez debe observar y basar sus decisiones en los enunciados normativos adoptados por un órgano con legitimidad democrática, llamado asamblea, parlamento o congreso. Justamente el estudio y aplicación de estos enunciados hace que estas decisiones sean adoptadas conforme a derecho y que a la vez estos fallos otorguen contenido y desarrollen aquellos enunciados, que como habíamos dicho con anterioridad, se encuentran comprendidos en textos debatidos y estudiados por órganos democráticos. De esta manera, las decisiones judiciales tienen como fundamento democrático la legitimidad de origen de los enunciados normativos aplicables al caso, motivo por el cual, una vez adoptada una decisión judicial, ésta se convierte en un código de conducta dirigido, en principio, a los jueces que deberán aplicarla en casos similares, atendiendo al principio de igualdad material y formal, pero también obligan al común bienestar de las personas que pertenecen a una sociedad, pues el desarrollo de éstas por órganos jurisdiccionales precautelan el derecho a la seguridad jurídica, que en definitiva supone la realización del ordenamiento jurídico en base a los principios y conceptos establecidos en la Constitución, por lo que su aplicación no puede variar de un caso al otro, más que por los mecanismos instituidos por el legislador y desarrollados por la jurisprudencia¹³⁷.

Al respecto, la Corte Constitucional de nuestro país ha determinado que la seguridad jurídica no se agota simplemente en el cumplimiento de las normas adjetivas, ya que estas podrían servir como un mecanismo para instaurar un sistema antijurídico o injusto, así pues el derecho a la seguridad jurídica debe entenderse como:

(...) 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 (...), pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, irrita o fraudulenta¹³⁸.

De lo dicho, podemos extraer que la vinculatoriedad *erga omnes* de los fallos judiciales tienen como fundamento:

1. La legitimidad democrática indirecta enmarcada dentro del desarrollo de contenidos de las normas adoptadas por el legislador,

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SR 085 – 2008, veintinueve de agosto de 2008. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

¹³⁸ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 020-09-SEP-CC, 13 de agosto de 2009. Juez constitucional ponente: Patricio Herrera Betancourt.

2. El respeto al derecho a la igualdad, tanto formal como material, de todas las personas que acceden al sistema judicial en búsqueda de soluciones a conflictos jurídicos con situaciones fácticas análogas; y,

3. La garantía de seguridad jurídica, entendida ésta como la capacidad y obligación del Estado de generar un entorno de conocimiento sobre las implicaciones jurídicas de la actuación de los particulares, funcionarios públicos y autoridades en base a dichas decisiones, lo que significaría en general proporcionar una norma de comportamiento social jurídicamente fundamentada.

Debemos precisar que, a pesar de encontrar fundamento en los elementos anteriormente citados, las actuaciones judiciales seguirían careciendo de legitimidad democrática de origen, pues éstas no se enmarcarían dentro de los cánones democráticos formales de producción de normas. Sobre este punto resulta importante señalar que la nueva apreciación respecto de la democracia ha tomado en cuenta un aspecto formal y material.

En primer lugar, la democracia formal toma en cuenta el criterio por el cual el mayor número de personas participa en la toma de decisiones colectivas vinculantes, de hecho señala las reglas respecto de quién y cómo los integrantes de una sociedad pueden participar en la toma de decisiones vinculantes¹³⁹. Sobre este punto es importante señalar que no todo enunciado normativo es producto de la acción directa del pueblo en su totalidad, al contrario, dentro de una democracia representativa dichas decisiones son tomadas por los representantes electos por el pueblo, generando entonces una distancia entre las personas y los enunciados normativos por los cuales son gobernados. Es más, teniendo en cuenta la capacidad normativa y reguladora de algunas instituciones estatales, como por ejemplo las superintendencias o ministerios, es también importante observar que no todas las decisiones normativas son tomadas por órganos democráticamente elegidos¹⁴⁰, por lo que:

(...) en las democracias modernas hay una distancia considerable entre la gente y muchas de las decisiones legislativas por las que se rigen. Estas decisiones pueden

¹³⁹ Gustavo Cajica Lozada, “Estado Constitucional de Derecho y legitimidad democrática: Comentarios a un texto de Ferrajoli”, en *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, N° 2, 2000. Pp. 127 – 144.

¹⁴⁰ Wil Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, New York, Cambridge University Press, 2007. Pp. 16.

*estar hechas en nombre del pueblo, pero es importante aclarar que no es el pueblo quien realmente las hace*¹⁴¹.

Esta diferenciación tiene aún mayor importancia en nuestro tema de estudio, pues las decisiones judiciales distan también del pueblo, pero en aplicación de aquellas decisiones legislativas fundamentan su existencia como mecanismo de creación de derecho.

En segundo lugar, conviene analizar que la democracia formal toma en cuenta la forma en la que las decisiones legislativas pueden ser tomadas, pero no el contenido material de dichas decisiones. Para hacerlo es necesario recurrir a los valores democráticos que deben contener esas decisiones, en otras palabras, la simple existencia de mecanismos democráticos en la toma de decisiones no garantiza la existencia de una democracia real, pues estos pueden ocultar decisiones autoritarias y dictatoriales, lo que claramente contradice los valores democráticos que deben contener dichas disposiciones.

La democracia material implica que estas decisiones sean tomadas en base a los valores democráticos que se resumen en la existencia de los derechos fundamentales¹⁴², que son la razón y límite del complejo sistema democrático, a la vez, éstos se ven garantizados por la actividad judicial, lo que otorga mayor ímpetu y fuerza al juez dentro del modelo del Estado Constitucional de Derecho. Las decisiones judiciales entonces, gozan de una legitimidad sustancial, pues a la legitimidad democrática indirecta enmarcada dentro del desarrollo de contenidos de las normas adoptadas por el legislador, habría que aumentar la coherencia que necesariamente deben guardar estas decisiones respecto a la Constitución lo que no simplemente les otorgan validez formal, sino también sustancial en base a los derechos fundamentales que deben resguardar¹⁴³.

De lo dicho podríamos concluir que la respuesta a la pregunta ¿carecen de vinculatoriedad *erga omnes* las decisiones judiciales adoptadas con apego a los derechos fundamentales, una vez que estas han sido difundidas por el órgano

¹⁴¹ *Ibíd.* Pp. 17. Texto original [(...) *in modern democracies there is considerable distance between the people and many of the law determining decisions by which they are governed. Such decisions may all be made on behalf of the people, but it is important to clear that is not the people themselves who actually make them*]

¹⁴² Ecuador ha logrado recapitular el contenido de los derechos fundamentales y derecho constitucionales, al *constitucionalizarlos* dentro del bloque de constitucionalidad, por el cual todas las normas de derechos fundamentales que contengan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución deberán ser aplicables directamente por todo funcionario o autoridad pública (Art. 424 CRE)

¹⁴³ Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales*, fuente WEB: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>, recuperado el 24 de marzo de 2011.

competente?, sería no. De hecho, el papel que los jueces tienen dentro del Estado Constitucional de Derecho, es justamente el de garantizar que estos derechos sean el fundamento de las decisiones legislativas adoptadas por los órganos competentes, dando paso a que la justicia constitucional pueda adoptar los significados de los enunciados normativos que sean compatibles con la Constitución o, en su defecto, denunciar la inconstitucionalidad de la ley y por tal suprimirla del ordenamiento jurídico en vigor¹⁴⁴.

El juez constitucional tiene la opción de otorgar el significado al enunciado normativo para que éste guarde coherencia con la Constitución y así garantice los derechos fundamentales contenidos en ella, por lo que dicho significado no se aleja en sentido alguno del enunciado normativo producto del poder legislativo, lo que en definitiva permite establecer a la actuación judicial como un proceso de creación normativa, dando paso al respeto del derecho jurisprudencial. Sin embargo, esto no implica que el juez pueda actuar a su plena discrecionalidad, al contrario como habíamos observado con anterioridad, el juez debe respetar: 1. La legitimidad democrática indirecta sustancial, 2. El respeto al derecho a la igualdad, y; 3. La garantía de seguridad jurídica, impregnando además a todas sus consideraciones de los valores democráticos sustanciales, es decir el respeto ineludible a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella.

3.1. Procesos de selección y revisión de sentencias constitucionales

Llegado a este punto, resulta necesario realizar un corto análisis de los procedimientos que deben llevarse a cabo dentro de la selección y revisión de sentencias constitucionales por parte de la Corte Constitucional, lo que implica observar las disposiciones contenidas en los diferentes instrumentos legales que se refieren al tema.

En primer lugar, el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, dispone con claridad la competencia de la Corte Constitucional para “expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante” respecto de las garantías jurisdiccionales y “demás procesos constitucionales”, además el mismo artículo en su final dispone “así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

De esta manera el proceso de selección y revisión de sentencias recae sobre todas las garantías jurisdiccionales y “demás procesos constitucionales” lo que implicaría la

¹⁴⁴ Gustavo Cajica Lozada, “Estado Constitucional de Derecho y legitimidad democrática: Comentarios a un texto de Ferrajoli”. Pp. 141.

posibilidad de realizar dicha revisión inclusive respecto de los procesos de competencia directa de la Corte Constitucional, como por ejemplo la Acción Extraordinaria de Protección y procesos de control de constitucionalidad; sin embargo, esta lectura resultaría errónea toda vez que el objeto final del proceso de selección y revisión de sentencias constitucionales, como habíamos dicho con anterioridad, es justamente la de producir jurisprudencia vinculante, naturaleza con la que ya cuentan las decisiones de competencia de la Corte Constitucional según el ordinal primero del artículo 436. Además resultaría ilógico que la propia Corte Constitucional revise sus propios fallos o decisiones una vez que han sido adoptados por el Pleno de la Corte.

Es por este motivo que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 199 soluciona este impase al identificar de manera taxativa que la Sala de Revisión se pronunciará respecto de las sentencias de “protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública y resoluciones de medidas cautelares”, evitando de esta manera la posible confusión de competencias.

De igual manera, una lectura literal del numeral 6 del artículo 436 implicaría la existencia de dos competencias diferentes de la Corte Constitucional, la primera supondría la expedición de jurisprudencia vinculante de todas las garantías jurisdiccionales, mientras una segunda es la selección y revisión de sentencias constitucionales; lo que implicaría que la Corte Constitucional no sólo tiene competencia para generar jurisprudencia vinculante, sino que además puede revisar el proceso en caso de hallar presuntas violaciones de derechos constitucionales.

Cabe preguntarse, entonces, ¿la Corte Constitucional puede revisar procesos de garantías jurisdiccionales de manera oficiosa e independientemente de su competencia para expedir sentencias de jurisprudencia vinculante sobre garantías jurisdiccionales?

De la lectura del artículo 436.6 de la Constitución de la República, tal y como se había dicho, se pueden extraer tres criterios principales sobre la competencia otorgada a la Corte Constitucional. a. La Corte Constitucional debe desarrollar jurisprudencia vinculante de todos los procesos sobre garantías jurisdiccionales, b. Debe seleccionar las sentencias que hayan sido remitidas a su conocimiento por los Jueces Constitucionales, y; c. Debe revisar las sentencias que hayan sido seleccionadas. La lectura del artículo antes mencionado podría interpretarse de esta forma, sin embargo, lo cierto es que la Corte Constitucional lo ha conceptualizado de una manera totalmente

diferente. En primer lugar la Corte debe realizar la selección de las sentencias de garantías jurisdiccionales remitidas para la expedición de jurisprudencia vinculante.

En segundo lugar, una vez identificados los casos mediante el proceso de selección, la Corte procede a realizar la revisión de la sentencia, que tiene por objeto la producción de jurisprudencia vinculante. Ahora bien, dentro de este proceso de revisión de sentencias constitucionales, la Corte ha señalado que, en caso de observar la vulneración de derechos dentro del proceso objeto de revisión, esta tiene la competencia de reabrir los casos y verificar, con efectos *inter partes*, la presunta violación de derechos constitucionales, según lo establecido en el Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios¹⁴⁵, que determina que podrá fallar en relación a la violación de derechos constitucionales de acuerdo a los siguientes criterios:

- a. *Si del expediente de caso se colige que el problema jurídico resuelto en las instancias anteriores no se ha agotado plenamente;*
- b. *Si la violación del derecho es actual o existe eminencia que haga suponer que es potencial que aún acurra;*
- c. *Si ante la violación es posible alguna forma de reparación que quedó pendiente o no fue considerada con independencia del tiempo y la inminencia; y,*
- d. *Si la persona o colectivo presuntamente afectada/o, jueza/ez de la Corte o Defensora/r del Pueblo manifiesta la pretensión de conocer el caso concreto. No obstante la Corte no estará obligada de manera alguna a seleccionarlo*

Se debe recordar que la competencia otorgada a la Corte Constitucional es justamente la de expedir sentencias de jurisprudencia vinculante sobre garantías jurisdiccionales y resoluciones sobre medidas cautelares. Dentro de dicho proceso la Corte puede verificar la presunta vulneración de derechos constitucionales y pronunciarse respecto a ellas, pero no podría de oficio revisar sentencias constitucionales sin que medie un proceso de producción de sentencias de jurisprudencia vinculante. Decir lo contrario implicaría confundir esta competencia con la Acción Extraordinaria de Protección, competencia única de la Corte Constitucional que procede a petición de parte y que tiene por objeto

¹⁴⁵ Corte Constitucional de Ecuador, *Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios*, Resolución del Pleno de la Corte Constitucional, 5 de agosto de 2010.

proteger los derechos constitucionales presuntamente vulnerados dentro de una sentencia o auto definitivo de la justicia ordinaria¹⁴⁶.

Así, la Corte Constitucional dentro del proceso N° 0999-09-JP, realiza dicha observación al tratar en un primer momento las razones de selección de la causa y en un segundo lugar al pronunciarse respecto de la Competencia de la Corte Constitucional para, mediante el proceso de revisión, generar jurisprudencia vinculante y así mismo:

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 constitucionales¹⁴⁷

De esta manera podemos concluir que la competencia de la Corte Constitucional para seleccionar y revisar sentencias constitucionales de garantías jurisdiccionales y resoluciones sobre medidas cautelares responde a un doble proceso, primero la Corte debe seleccionar las sentencias que serán revisadas por la Corte Constitucional, posteriormente procede a revisar las sentencias con el objeto de expedir sentencias de jurisprudencia vinculante y sólo cuando exista una presunción de que un derecho constitucional fue vulnerado en la sentencia revisada, la Corte Constitucional de manera paralela, procede a reabrir dicho proceso y examinar la existencia o no de una vulneración. En el primer caso, las sentencias de jurisprudencia vinculante generan efecto *erga omnes*, mientras que en el segundo, la reapertura y estudio del proceso, sólo genera efectos *inter partes, pares o communis*. Cabe precisar que cuando hablemos de revisión de sentencias sobre garantías jurisdiccionales, nos referiremos al desarrollo de jurisprudencia vinculante, pues esta es la regla general, mientras que por excepción la Corte “revisará” el proceso propiamente dicho, es decir reabrirá el proceso para verificar la vulneración de derechos constitucionales, aunque dicha actividad tenga diversas deficiencias en la actualidad.

3.1.1. Sobre la selección de sentencias constitucionales

El numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República dispone la competencia de la Corte Constitucional para seleccionar los casos que serán revisados por esta

¹⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 449 de 20 de octubre del 2008, Art. 94.

¹⁴⁷ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010. Juez constitucional ponente: Roberto Bhrunis Lemarie.

institución, de esta manera, en ese mismo sentido, el artículo 198 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone la existencia de la Sala de Selección, la cual estará conformada por tres juezas o jueces que rotarán mensualmente. El artículo antes mencionado determina que la selección de sentencias constitucionales se hará de manera discrecional y no cabrá ningún recurso contra ellas.

Sobre este punto debemos precisar que si bien la Sala de Selección puede optar discrecionalmente por seleccionar una u otra sentencia respecto de garantías jurisdiccionales, esto no quiere decir que pueda hacerlo de manera arbitraria, al contrario existen ciertos límites que deben ser tomados en cuenta y que servirán justamente para lograr el desarrollo de jurisprudencia vinculante.

El principal límite de la selección de sentencias por parte de la Corte Constitucional se resume en el desarrollo de contenidos de derechos fundamentales, es decir, ningún criterio de selección podría vulnerar derechos contenidos en la Constitución, al contrario, la Sala deberá tomar en cuenta la necesidad e importancia de desarrollar criterios vinculantes respecto de los derechos contenidos en ella.

Retomando nuestro estudio de normativa comparada, la Corte Suprema de Estados Unidos, ha desarrollado, sobre este punto, los criterios de gravedad e importancia general, mientras que en el caso colombiano se ha decidido que la selección se hará sin motivación expresa y según el criterio de los jueces que conformen la sala de selección correspondiente, pero con el objeto de unificar la jurisprudencia constitucional, aclarar el alcance general de las normas constitucionales y regular la procedencia de la acción de tutela.

En el caso ecuatoriano, el artículo 25 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone cual es el procedimiento y parámetros de selección por parte de la Corte Constitucional. Para tal efecto, obliga remitir, a los jueces de instancia, todas las sentencias dictadas en casos de garantías jurisdiccionales a la Corte Constitucional para que esta seleccione, de manera discrecional, las sentencias que considere pertinentes. Ahora bien, como habíamos dicho esta discrecionalidad no puede ser confundida con arbitrariedad, en primer lugar porque la Sala de Selección no puede seleccionar sentencias que vulneren derechos reconocidos en la Constitución, o peor aún que retrotraigan el desarrollo de un derecho. Asimismo, el numeral 4 de dicho artículo previene los parámetros por los cuales deben ser seleccionados los casos por parte de la Corte Constitucional, estos son:

a. Gravedad del asunto: Sobre este punto, la Corte Constitucional ha determinado que un caso será seleccionado respecto a la relación que guarde la presunta vulneración de los derechos determinados en el proceso frente a la dignidad de la persona y que las vías judiciales ordinarias no sean idóneas para la reparación del derecho.

Más allá de lo determinado por la Corte es preciso señalar que, al igual que el caso de Estados Unidos, la importancia o gravedad del asunto se desarrolla en el marco de las posibles contradicciones que las decisiones del inferior pudieran tener con la Constitución o que, como el caso de Colombia, la vulneración de derechos constitucionales pueda crear un daño grave o irreparable. En ese sentido, resulta más que indispensable la existencia de un pronunciamiento del máximo órgano de control constitucional, para que, por una parte produzca jurisprudencia vinculante respecto del contenido de los derechos constitucionales y para que, por otra, regule la procedencia de las garantías constitucionales correspondientes.

b. Inexistencia del precedente constitucional y novedad del caso: Al respecto la Corte Constitucional ha desarrollado el criterio de que el problema jurídico estudiado en el caso sea inédito en relación a los derechos y garantías contenidos en la Constitución y que en ese mismo sentido, la Corte Constitucional no haya emitido pronunciamientos referentes al problema jurídico general en casos similares a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. No cabe precisar mayor desarrollo respecto de este punto, aunque sobre decir que el objeto primordial de la selección y revisión de sentencias sobre garantías jurisdiccionales es justamente la de desarrollar precedentes respecto de los derechos constitucionales y la procedencia de garantías jurisdiccionales, objetivo que se cumple toda vez que no existan precedentes anteriores o que el problema jurídico planteado no se haya presentado con anterioridad.

c. Negación de precedentes constitucionales: La Corte ha indicado que deberán ser seleccionadas las sentencias en las cuales las juezas y jueces inferiores hayan inobservado o dejado de aplicar pronunciamientos resueltos ya por la Corte Constitucional a partir de la vigencia de la LOGJCC.

Respecto a lo dicho debemos precisar que este es uno de los motivos más importantes respecto del valor vinculante de la jurisprudencia constitucional, pues resuelve lo que la doctrina colombiana ha determinado como “disciplina jurisprudencial” que implica justamente el respeto en la aplicación de la jurisprudencia como fuente material de derecho, permitiendo a la Corte Constitucional conocer sobre el incumplimiento de su

doctrina constitucional por parte de los jueces inferiores. Ahora bien, también resulta importante aclarar que el objeto de la revisión de sentencias sobre garantías jurisdiccionales es la de unificar la jurisprudencia que resulte sobre un mismo problema jurídico, por lo cual no simplemente debe prestarse atención a la inobservancia del precedente existente, sino también la posible existencia de decisiones contradictorias sobre un mismo punto de derecho, dando preeminencia y mayor importancia a la consolidación de una misma línea jurisprudencial propuesta por el órgano más importante de control e interpretación constitucional.

d. Relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia: La Corte ha previsto que los casos posiblemente seleccionados pudieran fundamentarse en un acontecimiento que, por su naturaleza y características, generen un impacto social, económico o político que afecte la vigencia de los derechos constitucionales.

Ahora bien, la discrecionalidad que caracteriza la selección de sentencias sobre garantías jurisdiccionales por la Corte Constitucional guarda relación con uno o varios de estos fundamentos, pues no es imprescindible que todos sean concurrentes, pero sí que la decisión adoptada sea consecuente con uno o varios de estos criterios, como lo determina el artículo 14 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Igualmente, algo que debe señalarse, es que la Corte Constitucional optó por incrementar un criterio de relevancia constitucional enmarcado dentro del concepto del “cambio de precedente”, figura similar a la encontrada en el estudio del derecho jurisprudencial colombiano. Recordemos que en ese sentido, la Corte Constitucional colombiana determinó, con bastante certeza, que la jurisprudencia constitucional es de cumplimiento obligatorio y vinculante para todas las personas, más aún para los jueces, en relación vertical e inclusive horizontal, permitiendo el alejamiento del precedente sólo de manera fundamentada.

Sobra decir que el criterio del alejamiento del precedente guarda relación directa con la gravedad del asunto, pues si la Corte Constitucional observa que un precedente elaborado por ella puede vulnerar derechos fundamentales, o de hecho los vulnera, es necesario e importantísimo variar o alejarse de dicho precedente, para de esta manera garantizar el desarrollo y evolución del ordenamiento jurídico nacional y el sistema de protección de los derechos fundamentales en el país.

Una vez seleccionadas las causas, según el artículo 14 del Reglamento de Sustanciación, se emitirá una ficha de las sentencias escogidas en las que constará por lo menos: el tipo

de acción, el número de expediente, el juzgado de procedencia, los hechos relevantes, la descripción del problema constitucional resuelto por la jueza o juez de instancia, y los argumentos sobre la relevancia constitucional.

Posteriormente las causas seleccionadas pasarán a conocimiento de la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, para lo cual se publicará el acta en la que consten las decisiones de las sentencias seleccionadas y posteriormente sometidas a revisión con el objeto de desarrollar jurisprudencia constitucional obligatoria.

Todas las causas seleccionadas merecerán el pronunciamiento de la Sala de Revisión que deberá desarrollar jurisprudencia vinculante mediante sus pronunciamientos. Ahora bien, al contrario de lo que sucede en Colombia, por la cual las causas que no han sido excluidas de la selección requerirán el pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional; en Ecuador las causas que no han sido seleccionadas, a pesar de no ser excluidas expresamente, serán remitidas a la Secretaría General para que lleve un registro estadístico de los casos entregados a la Corte Constitucional.

3.1.2. La competencia del Defensor del Pueblo y de las juezas o jueces de la Corte Constitucional para requerir la selección de una sentencia constitucional para su revisión.

El numeral 5 del artículo 25 de la LOGJCC dispone que cualquier jueza o juez de la Corte Constitucional, o el Defensor del Pueblo, puede solicitar la selección de un caso que verse sobre garantías jurisdiccionales, siempre que cumpla con las causales anteriormente citadas.

Esta facultad otorgada a las juezas y jueces de la Corte, al igual que al Defensor del Pueblo, no puede confundir una facultad constitucional otorgada a la Corte Constitucional, con una acción que puede ser propuesta por cualquier persona; la razón es similar a la otorgada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, pues la selección de sentencias es una facultad que posibilita la revisión de los casos con relevancia constitucional en los problemas jurídicos planteados y evita las posibles contradicciones o vulneración de derechos en las decisiones judiciales de los inferiores y alivia la intensa carga laboral que implicaría la revisión obligatoria de todas las causas puestas a conocimiento de la Corte por medio de un recurso, por ejemplo, el de apelación.

Este proceso no implica la vulneración de derechos constitucionales, pues justamente el papel del Defensor del Pueblo es velar por el respeto y garantía de los derechos enmarcados en la Constitución, y si bien es cierto generalmente su actuación se refiere a la fiscalización de las buenas prácticas administrativas por parte de la administración pública no judicial¹⁴⁸, también es cierto que la posibilidad de solicitar a la Corte la selección de un caso determinado permite que las personas cuyos derechos han sido presuntamente vulnerados, puedan acceder a un mecanismo para su defensa por medio del pronunciamiento del Defensor del Pueblo solicitando a la Corte Constitucional la selección de dicho caso.

El papel otorgado al Defensor del Pueblo es similar al otorgado por la legislación colombiana, ya que el Defensor puede solicitar e insistir en la selección de un caso por parte de la Corte Constitucional, pero en ningún momento podrá delinear los aspectos en los que el fallo será expedido, así lo ha dispuesto la Corte Constitucional Colombiana, al determinar que el papel del Defensor del Pueblo implica:

(...) sugerir a la Corporación la escogencia de los fallos cuya revisión pueda estimar relevante; no el de establecer los lineamientos con base en los cuales haya de proceder la Corte y ni siquiera la formulación de conceptos sobre el caso.

Por lo que el Defensor del Pueblo tiene la posibilidad de solicitar a la Corte Constitucional la selección de un caso que creyera cumple con los requisitos contenidos en el artículo 25 de la LOGJCC, dejando de igual manera a decisión de la Corte Constitucional la selección o no de la causa. Sin olvidar que el punto más importante que debe ser observado durante la selección de sentencias constitucionales es justamente la posibilidad de genera jurisprudencia obligatoria para todos los poderes del Estado por parte de la Corte Constitucional, lo que implica además el desarrollo de los derechos constitucionales.

3.2. Desarrollo de jurisprudencia vinculante

La Constitución de Ecuador vigente en la actualidad, 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.

¹⁴⁸ Alfonso Zambrano Pasquel, *Ombudsman o Defensor del Pueblo*. Fuente WEB: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=176&Itemid=29, recuperado el 28 de marzo de 2011.

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.

Pero el deber del juez no termina allí, de hecho la generación de jurisprudencia vinculante por parte de la Corte Constitucional encuentra su fundamento en el peculiar sentido del llamado ascenso justificativo¹⁴⁹. Si bien el profesor Dworkin observa que el ascenso justificativo permite aplicar la teoría del derecho en la toma de decisiones por parte de jueces y abogados en la búsqueda de un principio aplicable a un caso concreto, también implica que dicha decisión debe tener un criterio de justificación respecto de sus efectos en niveles superiores y más generales del derecho. Esta justificación permite decidir sobre la interpretación más correcta dada al enunciado normativo que forma parte del ordenamiento jurídico del país y, al mismo tiempo, plantea la solución que menos efectos negativos podría generar dentro del ordenamiento jurídico y dentro de la vida social en la que se aplica dicho ordenamiento.

En este sentido no podemos asegurar que dicha interpretación sea la única o que no genere un conflicto de principios, motivo por el cual, tanto la doctrina como la práctica, ha desarrollado la posibilidad del alejamiento de la jurisprudencia constitucional, al cual nos referiremos con posterioridad, siempre y cuando dicho alejamiento sea justificado y que no violente los derechos de igualdad y seguridad jurídica.

Sobre lo dicho, los críticos del derecho jurisprudencial han insistido en que las decisiones judiciales, sobre todo en temas constitucionales, no deben ser definitivas¹⁵⁰; sin embargo, debemos preguntarnos ¿por qué limitar los efectos de estas decisiones si nos encontramos frente a un ascenso justificativo?, ya que éste permitiría:

(...) descubrir una seria amenaza para nuestra afirmación de que el principio que íbamos a apoyar nos permite ver nuestras prácticas jurídicas en su mejor luz. Porque podríamos descubrir que tal principio no es compaginable o de algún modo no se ajusta bien a otro en el que nos tenemos que apoyar para justificar una parte más amplia del derecho¹⁵¹.

¹⁴⁹ Ronald Dworkin, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Pp. 67 – 71.

¹⁵⁰ Ronald Dworkin, *La justicia con toga*. Pp. 71

¹⁵¹ *Ibíd.* Pp. 67

Así, este ascenso justificativo es el resultado de un amplio razonamiento jurídico constitucional por parte de los encargados de llevar a cabo dicha actuación, en otras palabras los jueces; son ellos quienes en definitiva, observan la aplicación práctica y teórica de una realidad que hasta el momento de llegar a sus manos era simplemente abstracta - el enunciado normativo - y son ellos los responsables de llevar ese enunciado abstracto a una realidad social palpable, eficaz y eficiente, estableciendo los mecanismos suficientes para alcanzar una comunión social pacífica y basada en los principios y derechos constitucionales.

Así, debemos preguntarnos ¿cuál es el origen de la vinculatoriedad de las decisiones judiciales? La primera respuesta a esta inquietud es sencilla, aunque no refleja la valoración justa del derecho jurisprudencial, ya que se resume en la obligación formal de reconocimiento de la norma contenida en la Constitución y la ley, lo que implicaría dar un sentido legalista al reconocimiento de la jurisprudencia como fuente de derecho formal y material y lógicamente excluiría la propia naturaleza de su reconocimiento como fuente de derecho. Sin embargo, la LOGJCC en su artículo 2 ordinal 3, expresa dicha vinculatoriedad al disponer:

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.

Por este motivo observamos que, si bien existe una obligación explícita de respetar los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional, esta obligación nace de la ley, que en circunstancias precisas puede perder eficacia y eficiencia, trayendo consigo no simplemente su irrespeto, sino la desvalorización de la jurisprudencia. De esta manera la respuesta para nuestra inquietud debe escarbarse mucho más profundo, encontrándola en la adopción del criterio concebido por el derecho jurisprudencial visto desde el realismo jurídico – *legal realism* – lo que implicaría observar las decisiones judiciales desde un punto de vista diferente al tradicional.

El realismo jurídico toma como principal paradigma o fundamento de su tesis el impacto real que las decisiones judiciales tienen dentro de la comunidad¹⁵². De esta manera sus criterios no se centran en lo que los jueces dicen, sino en lo que los jueces realmente hacen. Como lo habíamos ya adelantado dentro de la introducción de este estudio. Justamente este criterio permite establecer la concepción de la práctica jurisprudencial como un mecanismo de desarrollo doctrinario, estableciendo mecanismos de evolución jurisprudencial y progresividad en la protección y garantía de los derechos constitucionales, así de hecho el papel que juegan tanto los jueces como los abogados en la sociedad es mucho más claro, pues tanto los primeros como los segundos acogen a la jurisprudencia como un eslabón que une la existencia de un enunciado normativo abstracto con la práctica social, permitiendo que los profesionales del derecho y los legos puedan clasificar hechos de relevancia e importancia constitucional con el objeto de diseñar técnicas para lograr transformaciones sociales¹⁵³, coherentes, precisas y necesarias. Sólo de esta manera el derecho puede regresar a sus orígenes como mecanismo de cambio y lucha social, tal como se representó en la revolución francesa de 1789.

La jurisprudencia genera efectos vinculantes para la sociedad en general, aunque la mayoría de decisiones judiciales mantienen sus efectos *inter partes*, debemos tomar en cuenta que éstas decisiones son tomadas por los jueces “dentro de la sociedad y no fuera de ella”¹⁵⁴, por lo que la jurisprudencia permite ilustrar y guiar el comportamiento de la ciudadanía en general¹⁵⁵ para el respeto y garantía de los derechos constitucionales, previniendo los efectos que dichas actuaciones podrían generar respecto de situaciones análogas o similares, por lo que no es concebible pensar que la actuación de los jueces no tiene repercusión alguna dentro de la sociedad.

Sobre lo dicho nos resta observar la realidad social, pues esta deja en manos del juzgador, en algunas ocasiones, la eficiencia y eficacia del derecho. Para demostrarlo basta observar, los renombrados casos de la Corte Warren – *the Warren Court* – reconocida por su amplia lucha en contra de la discriminación¹⁵⁶, o el polémico fallo

¹⁵² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1997. Pp. 3.

¹⁵³ Ibid. Pp. 3.

¹⁵⁴ Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005. Pp. 73.

¹⁵⁵ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010. Juez constitucional ponente: Roberto Bhrunis Lemarie.

¹⁵⁶ Sobre lo dicho pueden tomarse en cuenta casos como: *Miranda Vs. Arizona*, citado en el presente estudio, o el celebre caso *Brown Vs. Board of Education*, por el cual se declara inconstitucional la legalidad de escuelas diferenciadas para estudiantes afroamericanos de aquellos que no lo son.

dictado por la jueza federal Susan Bolton, por el cual se suspenden los efectos de algunas cláusulas de la Ley SB – 1070 de Arizona, conocida como la ley del odio por contener disposiciones que criminalizan la inmigración “ilegal”. Estos ejemplos son suficientes para detallar y caracterizar una realidad social en la cual son los jueces quienes plantean medios eficaces de protección de los derechos, brindando, y muchas veces ampliando, los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales.

3.2.1. La Constitución como un instrumento vivo. La “*ratio decidendi*” de la Corte Constitucional y el valor de la jurisprudencia constitucional.

Habíamos dicho en páginas anteriores que el desarrollo doctrinario de los derechos fundamentales se generaba a partir de las decisiones adoptadas por los jueces en materia constitucional, ya que la jurisprudencia es el resultado de la aplicación de la ley y la doctrina enmarcada dentro de la práctica real de la sociedad, permitiendo verificar la idoneidad de la aplicación de un enunciado normativo o no, de hecho, la jurisprudencia es el nexo entre la teoría y la práctica, lo cual implica llevar al derecho a su real aplicación social.

Así, la Constitución debe ser pensada como un instrumento vivo y que evoluciona respecto al momento de su aplicación; sin embargo, si la Constitución evoluciona respecto al tiempo en la que se aplica, ¿cómo sus normas pueden cambiar de significado en consonancia al contexto social de su aplicación y mantener al mismo tiempo su legitimidad normativa? Podemos responder a esta pregunta desde dos puntos de vista: el primero, alega que el texto constitucional no puede ser interpretado en el contexto temporal de su aplicación, al contrario su lectura debe ser lo menos interpretativa posible y debe responder al espíritu originario con el cual fue adoptado, esta teoría corresponde al “originalismo” estadounidense. El segundo punto de vista ratifica la posible evolución del contenido normativo de la Constitución mediante la interpretación, limitando esas actuaciones gracias al precedente y sobre todo en base a los principios constitucionales que enmarcan su propia actuación, evitando de esta manera la arbitrariedad en la toma de decisiones judiciales, este criterio es conocido como la teoría del precedente.

Así explicaremos en primera instancia el “originalismo”, para después verificar si es realmente necesario el precedente como un mecanismo de evolución de la doctrina

constitucional y si puede establecerse a la *ratio decidendi* como fuente de derecho objetivo.

La teoría del “originalismo” establece que la Constitución debe ser interpretada de la misma forma y con el mismo significado con la que fue adoptada por el constituyente original¹⁵⁷. A breves rasgos esta teoría no tendría ninguna debilidad, de hecho implicaría respetar el principio democrático que reviste la adopción de una Constitución por parte del poder constituyente, siendo este poder el único facultado para variar su contenido en uso de los mecanismos previstos para tal efecto. Justamente ésta ha sido concebida como una debilidad del “originalismo”, debido a que de manera general, las constituciones de los países con democracias constitucionales se caracterizan por haber sido adoptadas con la fundación de fundada la nación, por lo que su contenido data de años, inclusive décadas o siglos atrás. Así la aplicación de la Constitución, en base a los principios adoptados por el poder constituyente, podría ocasionar que situaciones claramente inconstitucionales en la actualidad, resulten constitucionales en la época de su adopción, basta observar la dinámica estadounidense respecto de la discriminación y segregación por motivo de la pigmentación de la piel, para corroborar lo dicho.

El profesor estadounidense David. A. Strauss, ha logrado ejemplificar la debilidad del “originalismo” en base a la relación que guarda un comandante y su subalterno. Entre muchas otras expuestas en su libro *The Living Constitution*, Strauss propone una situación en la cual un comandante militar ordena a un subalterno la realización de una tarea específica. Según los criterios del “originalismo”, el subalterno no tendría otra opción más que cumplir con dicha orden, independientemente de la problemática que pudiera surgir duramente su cumplimiento; sin embargo, Strauss se pregunta: ¿qué sucedería si las circunstancias cambiaran crucialmente después de haber recibido la orden?¹⁵⁸ Para responder a la pregunta, Strauss vuelve a dirigir su mirada hacia el “originalismo”, por el cual el subalterno debe aplicar la opción que más cercanía guarde con las intenciones del comandante.

Ese escenario parecería el más razonable, sin embargo, Strauss se pregunta ¿qué sucedería si las órdenes hubieran sido entregadas hace mucho tiempo y que de hecho, los puntos de vista del subalterno y el comandante fueran diferentes? Ahora bien, es verdad que la Constitución es prevista o contemplada, al igual que las órdenes del

¹⁵⁷ David A. Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010. Pp. 10

¹⁵⁸ Ibid. Pp. 22

comandante, como un instrumento que pueda permanecer en el tiempo y que sea aplicado en todo momento, pero nos hacemos la misma pregunta ¿qué sucede si las circunstancias en las que fue redactada la Constitución varían de manera dramática?

La respuesta desde el “originalismo” podría ser que la interpretación de la Constitución debe ajustarse lo más posible a los criterios establecidos por el poder constituyente originario – *the founders* –; en el caso ecuatoriano lo dicho sería de cierta forma sencillo, pues nuestra Constitución fue adoptada sólo dos años atrás; pero en el caso estadounidense por ejemplo, sería desastroso ya que lo dicho implicaría remontarse a doscientos años atrás y así lograr interpretar lo que el poder constituyente originario quiso decir respecto a determinado asunto.

Ahora bien, la otra opción propuesta por el “originalismo” es que si la Constitución debe ser modificada en su contenido, corresponderá al mismo poder constituyente realizar dichas reformas o en su defecto, realizar las enmiendas necesarias, pero siempre de acuerdo a los procedimientos previstos por el constituyente originario.

Parecería que este criterio sería el más adecuado, no obstante, usando nuevamente el ejemplo planteado por el profesor Strauss, regresemos al caso de la orden impartida por el comandante a su subalterno, por ejemplo digamos, que una vez que las circunstancias hayan cambiado drásticamente, el subalterno debe tomar una decisión inmediata para lograr el éxito de la misión; sin embargo se encuentra alejado de su comandante y a la vez este no pudo precaver todas las circunstancias que podrían presentarse, por lo que el subalterno ¿debería retornar a su comandante para que éste a su vez, modifique la orden impartida?

Sobre esta cuestión podemos encontrar algunas debilidades: primero, debemos recordar que el comandante se encuentra alejado del campo de batalla, por lo que retornar a él pondría en riesgo el éxito de la misión; segundo, aún cuando el subalterno pudiera llegar a su comandante sin poner en riesgo la misión, su superior no se encuentra en el campo de batalla, por lo que sus decisiones estarían tomadas fuera de contexto y por tal podrían no ser aplicables en el momento oportuno; y, tercero, a pesar de que ninguna de las otras dos posibilidades fueran amenazas reales, existe la posibilidad que una vez que adoptada la nueva orden del superior, el subalterno no pueda aplicarla debido a nuevos cambios en las circunstancias o debido a que las circunstancias que la incentivaron en primer lugar dejaron de existir; así pues, de una u otra manera esta actuación parece no ser la más razonable o promisoriosa.

Trayendo este ejemplo al campo constitucional podemos observar la concurrencia de los mismos hechos. Así la norma constitucional es aplicable por todos los jueces, funcionarios públicos y particulares dentro del Estado, ahora bien, como los planteamos con anterioridad, es posible que las normas constitucionales, tal y como fueron concebidas en el momento de su adopción, requieran variar en su aplicación, siendo necesario contextualizar sus efectos respecto a las circunstancias actuales.

De esta manera el “originalismo” plantearía la opción de reformar o enmendar la Constitución, lo cual generaría mayores costos, tanto en tiempo, como en recursos; puesto que no siempre es posible realizar las enmiendas mediante el poder constituido, sino que en ocasiones resulta necesario retornar al poder constituyente originario (Asamblea Constituyente) o acudir a un referéndum para lograr las reformas pertinentes. Aún cuando dichas reformas pudieran lograrse mediante la actuación del poder legislativo, evitando la convocatoria a una nueva Asamblea Constituyente, es necesario recordar que los procesos de enmienda son complejos y demandan, normalmente, de bastante tiempo para surtir efectos.

Así por ejemplo en Ecuador, el artículo 442 de la Constitución dispone que la reforma parcial de la Constitución, que no restrinja derechos o garantías, ni modifique el proceso de reforma constitucional debe ser tramitado por la Asamblea Nacional en al menos dos debates, precisando que una vez aprobado dicho proyecto de reforma, éste debe ser aprobado por el pueblo mediante referéndum, en los 45 días posteriores a la aprobación del proyecto; lo que nos da un total, en el mejor de los casos, de un periodo de 6 meses, tiempo en el cual un enunciado normativo constitucional pudiera perder su eficiencia y eficacia, y al igual que el ejemplo planteado con anterioridad, la orden dada al subalterno sería inaplicada.

Esto no quiere decir de manera alguna, que el derecho jurisprudencial no reconozca la posibilidad de reforma o enmiendas constitucionales, al contrario les otorga mayor importancia, pues existen situaciones o circunstancias especiales y extraordinarias que merecen la convocatoria al poder constituyente originario, circunstancias que no deben convertirse en un mecanismo cotidiano de gobierno, pero que tampoco intente aplicar los mismos principios que el constituyente originario planteó años atrás. Así, Thomas Jefferson acuñó la célebre frase: “(...) the earth belongs to the living”¹⁵⁹, la cual

¹⁵⁹ Thommas Jefferson, *Carta escrita a James Madison en 1789*. Fuente WEB: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>, recuperado el 7 de abril de 2011.

congrega un concepto mucho más amplio del que podría generar en principio, pues en definitiva permite argumentar que la interpretación de la Constitución, varía respecto del contexto social, económico, político e inclusive tecnológico en la que es aplicada.

La Constitución es un cuerpo normativo de aplicación inmediata, no obstante, por su propia naturaleza, puede y debe ser interpretada¹⁶⁰ y dicha interpretación, concebida como aquella norma naciente de la aplicación del enunciado normativo constitucional, debe ser vinculante y de obligatorio cumplimiento para y por todos, pero aquella orden de cumplimiento no debe nacer de la ignorancia de los hechos y circunstancias en las que debe ser aplicada, aquella orden no puede provenir de un comandante fuera del campo de batalla.

La Constitución, para Thomas Jefferson, debe ser viva y dicha vida debe ser entendida como la independencia de una generación a otra, de una sociedad con características independientes de otra, así: “Parece que no hemos percibido que, por la ley de la naturaleza, una generación es a otra, como una nación independiente es a otra nación”¹⁶¹, por lo que decir que las motivaciones de los constituyentes originarios deben ser aplicadas en la actualidad, a pesar que aquellas respondan distintas a las actuales, sería un desatino y permitiría que los muertos sean quienes gobiernen sobre los vivos¹⁶². Lo dicho nos lleva a nuestra segunda opción, la teoría del precedente.

Una vez que hemos discutido sobre la teoría del “originalismo” y sus debilidades en la actualidad, debemos observar como el precedente, en materia constitucional, sirve como un mecanismo de evolución de la Carta Fundamental, incentivando su aplicación a casos futuros y al mismo tiempo como un limitante a la posible arbitrariedad judicial, temor del “originalismo”. Para hacerlo resulta necesario primero determinar que el precedente es el resultado de la interpretación de las entidades normativas y que al mismo tiempo, dicha interpretación guarda relación directa con el problema de la argumentación jurídica, cuyo resultado es la identificación de la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales. Lo primero que debemos decir es que la Constitución es una norma, pero:

¹⁶⁰ David A. Strauss, *The Living Constitution*. Pp. 24.

¹⁶¹ Thomas Jefferson, *Carta escrita a James Madison en 1789*. Texto original [We seem not to have perceived that, by the law of nature, one generation is to another as one independent nation to another]

¹⁶² Ibid.

*No es suficiente decir, como hacen muchos, que la Constitución es ley. Por supuesto, la Constitución es ley, pero declarándola como ley no se determina cómo debe ser interpretada*¹⁶³.

Así la interpretación es un elemento preeminente del derecho jurisprudencial, más aún cuando ella se conecta inconmensurablemente a la argumentación, que debe ser entendida como la actividad principal desarrollada por el juez. Así, el juez no simplemente debe evocar la existencia de una norma, sino que al contrario debe verificar y analizar las realidades sociales que establecen la existencia de un hecho, llegando inclusive a determinar si un enunciado normativo cumple con los preceptos de eficacia y eficiencia. De esta manera, es el continuo cambio social el que conlleva a la intensa evolución del derecho que establece variadas y diferentes verdades éticas y jurídicas, por lo que:

*Los enunciados jurídicos, las instituciones jurídicas, las normas éticas no estén prescritas por medio de ese sentimiento, sino que el poder de la vida y la necesidad práctica han conducido a su establecimiento.*¹⁶⁴

De esta manera, los jueces son observadores del fenómeno jurídico – social, y como tal tienen la responsabilidad de aplicar la Constitución en esa realidad, logrando siempre la convivencia entre la teoría y la práctica de los saberes. La argumentación jurídica entonces es aplicable en diferentes ámbitos de la vida del derecho, los cuales son; a. Producción de enunciados normativos. b. Su aplicación, y; c. Creación y producción de dogmática y doctrina jurídica¹⁶⁵.

El primer ámbito, más relacionado al “originalismo” anteriormente estudiado, se establece el nacimiento del enunciado normativo por medio de los órganos competentes. En esta instancia se desarrollan las discusiones pre-normativas, por las cuales los legisladores tienden a debatir sobre la necesidad de adoptar una u otra norma, respecto a las necesidades sociales de ese momento. Cabe resaltar que dicha discusión es estática, pues responden a necesidades sociales de un momento dado, necesidades que pueden variar respecto a las circunstancias de su aplicación, motivo por el que el segundo

¹⁶³ David A. Strauss, *The Living Constitution*. Pp. 24. Texto original [It is not sufficient to say, as many do, that the Constitution is law. Of course the Constitution is law, but declaring that is law does not determine how it should be interpreted]

¹⁶⁴ Rudolf von Ihering, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2008. Pp. 39

¹⁶⁵ Manuel Atienza, *Las razones del Derecho*, México D.F., Instituto de Investigación Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica. Número 134. 2005.

ámbito de aplicación responde justamente al papel de los jueces en el ordenamiento jurídico nacional.

La adopción de una u otra norma, puede llevar a que su interpretación por diferentes sujetos de la comunidad pueda derivar en conflictos dentro de la sociedad. Debemos recordar que, en definitiva, todo enunciado normativo al momento de su aplicación es interpretado, así por ejemplo, una ley que disponga que al menos el 3% del total de trabajadores contratados por empresas privadas corresponda a personas que gocen de capacidades especiales, puede llevar a que el dueño interprete que, para dar cumplimiento a esa norma, deba despedir al 3% de los trabajadores que laboraban antes de la expedición de dicha ley, lo que en definitiva derivaría en la vulneración de derechos labores. Ahora imaginemos que eso no sólo sucede en una empresa, sino que es la interpretación dada por todas las empresas privadas del país, lo que llevaría a la generación de un conflicto social de gran envergadura.

En ese caso el papel del juez no puede suponer únicamente la aplicación de la ley expedida por el legislador, al contrario deberá explicar los efectos que dicho enunciado normativo genera en la sociedad y por qué una u otra interpretación resultan erróneas, sirviendo como guía para el cumplimiento del enunciado normativo enmarcado en las circunstancias de la aplicación, por lo que la argumentación del juez deberá:

(...) establecer la existencia y describir el contenido del derecho de un determinado país en un momento determinado en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conducta y actitudes humanas)¹⁶⁶.

Ahora bien, la argumentación del derecho no termina allí, un tercer ámbito de su aplicación trae como resultado la producción de dogmática y doctrina jurídica, que en definitiva serán una guía para la aplicación misma del derecho en una sociedad. Cabe resaltar entonces que estos ámbitos de aplicación de la argumentación jurídica en la conformación de enunciados normativos, normas y doctrina, formulan simbióticamente la estructura de un ordenamiento jurídico vivo, que permite tener como fundamento reglas constitucionales vivas, acorde a la realidad social en la que se aplica, permitiendo brindar contenidos contemporáneos y actuales a las necesidades sociales en un momento dado.

¹⁶⁶ Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, Pp. 9.

Una vez entendido el papel que juegan los jueces y su argumentación, dentro de la concepción de la Constitución como un instrumento vivo, debemos observar cual es la relación que ella guarda respecto de la doctrina de la *ratio decidendi*, y como permite adoptar un criterio de jurisprudencia viva en el Ecuador. La Corte Constitucional de Ecuador, en su sentencia N° 001-10-PJO-CC¹⁶⁷, ha dispuesto que el desarrollo de jurisprudencia vinculante debe ser entendido como un mecanismo que permita guiar a la ciudadanía en general y a los jueces y funcionarios públicos en particular, respecto del contenido de los derechos y garantías contenidos en la Constitución, además evita la superposición entre las garantías jurisdiccionales, y desarrollen de manera clara los presupuestos de procedibilidad, sus efectos y naturaleza¹⁶⁸, para de esta forma alcanzar realmente un estado constitucional de derechos y justicia social.

La máxima magistratura constitucional del Ecuador también observa la importancia del desarrollo de jurisprudencia vinculante, de hecho asegura que la falta de una disposición normativa constitucional que reconozca los efectos vinculantes de la jurisprudencia constitucional, reconociendo únicamente sus efectos inter – partes, permitió que las decisiones del Tribunal Constitucional fueran tomadas a la ligera, lesionando los derechos a la igualdad y la seguridad jurídica, de hecho:

Los ex Tribunales Constitucionales dictaban una serie de fallos contradictorios sobre una misma materia, circunstancia que denotaba que características como certeza y seguridad jurídica se endilgaban única y exclusivamente al derecho legislado, esto es, a la ley en sentido formal¹⁶⁹.

Como hemos visto en el primer capítulo, la tradición de las fuentes en Ecuador, centró a la jurisprudencia como fuente auxiliar del derecho, estableciendo que esta sólo resultaba vinculante siempre y cuando no exista norma legal alguna. Sin embargo, esta visión temporal cambió a partir de la adopción de la Constitución de 2008, pues en ella se reconoce la existencia de “otras manifestaciones que no provienen necesariamente del parlamento (...), pero que reúnen las condiciones para la generación de derecho objetivo”¹⁷⁰.

¹⁶⁷ La Corte Constitucional, dentro de la Sentencia N° 001-10-PJO-CC referente al caso N° 0999-09-JP, optó por seleccionar el caso y además revisar el proceso para verificar la presunta vulneración de derechos constitucionales.

¹⁶⁸ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010. Juez constitucional ponente: Roberto Bhrunis Lemarie.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

Esto significa para la Corte, el reconocimiento del principio del *stare decisis* en Ecuador, limitando de esta manera la actuación de los jueces en base al reconocimiento de escenarios constitucionales determinados, escenarios fundamentados en *ratio decidendi* claras y precisas, que además propendan a la protección y reparación, no sólo del derecho posiblemente conculcado, sino que además protejan los derechos a la igualdad y seguridad jurídica, permitiendo que se aparten de ellos sólo con motivación expresa y debido a circunstancias que ameriten un alejamiento del precedente constitucional, lo cual implica de manera resumida, el implementar y garantizar el principio de progresividad de los derechos humanos.

De allí nace la importancia de reconocer a la Constitución como instrumento vivo, pues si bien es cierto, la propia Constitución reconoce los efectos vinculantes de los fallos de triple reiteración adoptados por la Corte Nacional de Justicia y aquellos en materia electoral emitidos por el Tribunal Nacional Electoral, también es cierto que ninguno de ellos tiene tanta fuerza como los provenientes de la Corte Constitucional, pues ésta actúa como máximo órgano de interpretación constitucional y sus pronunciamientos se dirigen a garantizar los derechos constitucionales y se caracterizan, sobre todo, por el desarrollo de contenidos y guías procedimentales de las garantías constitucionales, que no pueden ser estáticas, sino que deben interpretarse en base a las necesidades y realidades sociales en las que son aplicadas.

Podemos extraer entonces que, contar con una Constitución viva, permite reconocer a la jurisprudencia como fuente de derecho objetivo, pues la única forma de dar vida a este instrumento jurídico fundamental, es mediante la interpretación que se le otorgue a su contenido en un momento dado, siempre que dicha interpretación tenga como base una argumentación jurídica sólida fundamentada en la realidad social aplicable y que respete los derechos de igualdad y seguridad jurídica, lo cual únicamente será posible “a partir del respeto a los precedentes jurisprudenciales dictados dentro de un determinado escenario constitucional”¹⁷¹

Por último, reconocer la importancia de la *ratio decidendi* constitucional, como precedente vinculante para todas las autoridades y particulares de la sociedad, establece la mejor herramienta con la que cuenta el estado para lograr sus objetivos, otorgando de esta manera un “carácter dinámico y sociológico” a la jurisprudencia, caracterizando al accionar constitucional como derecho vivo. Al decir de la propia Corte Constitucional:

¹⁷¹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC.

(...) los criterios jurisprudenciales, al igual que aquellos plasmados en las normas legislativas, no permanecen inmutables; por el contrario, a través de una adecuada carga de argumentación jurídica existen técnicas que configuran la posibilidad de un alejamiento de precedentes jurisprudenciales. Una realidad distinta, llevaría a que la jurisprudencia adolezca de los mismos problemas que ha experimentado la ley en sentido formal, tratar de regular a priori y con grados de inmutabilidad todos los conflictos sociales de la humanidad¹⁷².

Así, el reconocimiento del derecho judicial como fuente de derecho objetivo, invoca a la propia naturaleza humana que, como seres de interacción social, varía en su comportamiento respecto a la situación en la que se desenvuelven. Por lo que pensar que las leyes pueden prever todas las circunstancias a las que se puede enfrentar la sociedad, sería igual que pensar al ser humano como un ser estático en el tiempo, lo que a su vez implicaría desconocer la capacidad de progreso humano y así abandonar la idea de la historicidad de la humanidad, que inclusive transmite, como resultado del quehacer jurídico - histórico de la sociedad, a la Constitución¹⁷³.

3.3. La naturaleza de la revisión de sentencias constitucionales

Hemos visto como la competencia otorgada a la Corte Constitucional por el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución permite generar jurisprudencia vinculante respecto de garantías jurisdiccionales. Ahora bien, debemos preguntarnos ¿qué sucede si dentro de ese desarrollo de jurisprudencia vinculante, la Corte evidencia la vulneración de derechos dentro de procesos constitucionales de garantías jurisdiccionales?, ¿puede la Corte en ese caso establecer nuevos criterios respecto del procedimiento y los efectos de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia? y de ser así, ¿cómo debe llevarse a cabo el proceso de revisión por parte de la Corte Constitucional?

Estas inquietudes forman parte también del criterio instaurado por la Corte Constitucional dentro de la sentencia N° 001-10-PJO-CC, en la cual aseguran que el desarrollo de jurisprudencia vinculante, no convierte a la Corte Constitucional en un tribunal de apelación, pues no es objeto exclusivo del desarrollo de jurisprudencia vinculante el reparar los daños subjetivos ocasionados dentro de un proceso, al contrario el propósito de estas salas constituye la generación de derecho objetivo con carácter *erga omnes*. Con todo, esto no quiere decir que las salas de selección, por un lado, y las

¹⁷² Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC.

¹⁷³ Rudolf von Ihering, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Pp. 68

de revisión, por otro, deban referirse exclusivamente al desarrollo de jurisprudencia vinculante, al contrario, la Corte tiene plena facultad de reparar los daños que pudieran ocasionar la vulneración de derechos dentro de un proceso constitucional, según lo determina el tercer inciso del artículo 426 de la Constitución de la República.

Ahora bien, sobre este punto resulta necesario recordar el proceso del *Writ of Certiorari* estadounidense, para de esta manera comprender de mejor manera que vinculación guarda el proceso de selección y revisión constitucional ecuatoriano, respecto de esta institución angloamericana. En primera lugar debemos observar que si bien, dentro del proceso ambas instituciones guardan una relación directa, su fundamento es diferente, pues en el primer caso el *Writ of Certiorari*, responde a una solicitud realizada por la persona interesada respecto de un caso concreto, lo que es comparable con una especie de casación ante la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos; mientras que en el segundo caso, todos los procesos sobre garantías jurisdiccionales, son remitidos directamente a la Corte Constitucional para que esta desarrolle jurisprudencia vinculante.

Esto nos lleva a observar una segunda diferencia, ya que el objetivo inmediato del *Writ of Certiorari* es que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie respecto de un conflicto jurídico que ha sido resuelto por jueces inferiores, en otras palabras, es un recurso por medio del cual una persona que se cree afectada por una decisión judicial, puede solicitar a la Corte Suprema de Justicia la revisión y reapertura de un caso, para cerciorarse de que la opinión de la corte inferior no contiene errores legales o que sea contraria a la Constitución. En el caso ecuatoriano, la selección y revisión de sentencias constitucionales no es un recurso con el que cuentan las personas presuntamente afectadas por la vulneración de sus derechos en procesos constitucionales, al contrario, es una facultad discrecional otorgada a la Corte Constitucional por la Constitución, con el objeto de desarrollar derecho objetivo a partir del precedente constitucional y lograr la uniformidad del ordenamiento jurídico del Ecuador, posibilitando a la Corte la reapertura de un caso concreto cuando se evidencie en él la vulneración de derechos constitucionales, pero siempre que el objeto de la selección sea “la creación de reglas o precedentes sobre el conflicto identificado”¹⁷⁴.

Sin embargo, recordemos que si bien es cierto la selección y revisión de sentencias constitucionales por parte de la Corte Constitucional no es un recurso, también es cierto

¹⁷⁴ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC

que, al igual que el ordenamiento jurídico colombiano, cualquier Juez de la Corte Constitucional o el Defensor del Pueblo, pueden solicitar la revisión de una sentencia sobre garantías jurisdiccionales, siempre y cuando dicho requerimiento sea fundamentado y sujeto a los criterios de selección adoptados por la Corte Constitucional.

Si en primera instancia observamos las diferencias entre el *Writ of Certiorari* y la selección y revisión de sentencias por parte de Ecuador, ahora debemos observar cual es su principal semejanza. El *Writ of Certiorari* norteamericano permite a la Corte Suprema de Justicia seleccionar los casos que serán puestos en conocimiento del pleno de dicho organismo por medio de los criterios de gravedad e importancia general y en aplicación del “*rule of four*” de la sala de selección, esto quiere decir que la presentación del *Writ of Certiorari* no implica de manera directa el pronunciamiento de la Corte sobre un asunto determinado, al contrario supone la facultad de la Corte Suprema de Justicia de seleccionar, discrecionalmente, aquellos *Writs* que serán conocidos y revisados por el pleno del organismo.

En el caso ecuatoriano sucede algo similar. A pesar que, a diferencia de Estados Unidos, la Corte Constitucional de Ecuador no conoce ningún recurso posterior al pronunciamiento de la Corte Provincial en procesos sobre garantías constitucionales, son remitidos a ella todas las sentencias de garantías jurisdiccionales para la elaboración de jurisprudencia vinculante, pero sólo algunos de ellos son seleccionados bajo los parámetros antes discutidos.

Una vez seleccionadas, según lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Sala de Revisión emite un proyecto de sentencia que será remitido al Pleno del organismo para que este se pronuncie mediante sentencia. Cabe resaltar entonces que la sentencia emitida por el Pleno de la Corte Constitucional surte, desde su adopción, efectos vinculantes *erga omnes* dentro del ordenamiento jurídico nacional de manera general, pero si, excepcionalmente, se presume la existencia de elementos que vulneren derechos constitucionales dentro del proceso, la Corte puede reabrir el proceso constitucional, por lo que además de generar efectos *erga omnes*, también surtirá efectos inter – partes.

Así, si procedimentalmente, el proceso de selección y revisión de sentencias constitucionales como competencia de la Corte Constitucional de Ecuador guarda semejanzas con el proceso del *Writ of Certiorari* norteamericano, en el fondo son de

distinta naturaleza; ya que éste último responde a un recurso procesal otorgado a todas las personas cuyos derechos han sido presuntamente vulnerados dentro de cualquier proceso, mientras el primero responde a una facultad discrecional de la Corte Constitucional. En ese mismo sentido, el *Writ of Certiorari* tiene como función la reparación de daños subjetivos, y como un resultado secundario, en cumplimiento del principio *stare decisis*, genera precedentes vinculantes en escenarios análogos o similares con efectos verticales y horizontales. En el caso de la selección y revisión de sentencias constitucionales, el objetivo específico es la generación de jurisprudencia con efectos *erga omnes*, en otras palabras, el desarrollo de derecho objetivo cuyo cumplimiento es obligatorio para todas las autoridades y particulares de la sociedad, y como una facultad inherente a la Corte Constitucional, también puede reabrir el caso seleccionado, toda vez que exista la presunción de vulneración de derechos constitucionales dentro del proceso objeto de revisión, generando en este caso efectos únicamente inter-partes dentro del proceso

Esto quiere decir que el proceso de selección y revisión de sentencias sobre garantías jurisdiccionales tiene como objeto el desarrollo de jurisprudencia vinculante, pero también puede reabrir un caso cuando se evidencie la vulneración de derechos constitucionales; sin embargo, la decisión adoptada dentro de una sentencia de revisión causaría efectos *erga omnes*, por la naturaleza de la competencia (jurisprudencia vinculante) e inter – partes, como resultado de la reapertura del proceso.

3.3.1. Cumplimiento del debido proceso en el caso de la reapertura de los procesos de garantías constitucionales (la revisión del proceso en estricto sentido)

Ahora bien, si aseguramos que es facultad de la Corte Constitucional reabrir un proceso cuando se evidencie la vulneración de derechos fundamentales mediante la revisión de sentencias constitucionales, debemos también analizar si durante dicha reapertura debe respetarse el debido proceso.

Esta inquietud nace a partir de la naturaleza propia del proceso de selección y, en especial, de la revisión de sentencias constitucionales, ya que el artículo 16 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional dispone que una vez seleccionada una causa para el desarrollo de jurisprudencia vinculante, ésta será remitida a la Sala de Revisión, que sorteará un juez ponente. El cual, en el término de 15 días debe presentar un proyecto de sentencia; una vez

aprobado, éste es remitido a la Secretaría General, que a su vez lo envía al Pleno del organismo, para que en el término de 20 días emita la sentencia definitiva. Posteriormente la sentencia es devuelta al juez de instancia, para que este notifique a las partes y de cumplimiento a lo resuelto en el término previsto por la Corte Constitucional.

En ese mismo sentido, el artículo 18, correspondiente al Capítulo 5 del Reglamento, inicia con la determinación del proceso a seguir en los casos de competencia directa de la Corte Constitucional y aquellas remitidas por la Sala de Admisión, en los cuales se proponen los medios por los que deben ser sustanciadas las causas, mismos que deben cumplir con lo contenido en el ordinal 1 del artículo 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al igual que el artículo 76 de la Constitución de la República, todos referentes al cumplimiento del debido proceso. Parecería entonces, que el artículo 16 del Reglamento obviaría la realización de ciertos actos procesales que garanticen el derecho al debido proceso, derecho a la defensa, publicidad, entre otros; ya que dicho artículo no estipula la obligación de la Sala de Revisión de notificar a las partes procesales sobre la revisión y reapertura de una causa, tampoco la realización de audiencias o inclusive la presentación de escritos.

Este criterio sería adecuado si se tratara simplemente del desarrollo de jurisprudencia vinculante, por medio de la cual los efectos generados a partir de la decisión del juez de instancia inferior no fueran alterados en ninguna de sus partes, generando el efecto de cosa juzgada constitucional definitiva, toda vez que esta fuera ratificada por la Corte Constitucional. Pero, no podríamos decir lo mismo respecto de la reapertura del proceso mediante la revisión de sentencias constitucionales, pues ésta implicaría que el conflicto constitucional presuntamente solventado vuelva a existir en el universo jurídico temporal, lo que de hecho significaría que aquellos derechos tutelados e inclusive reparados, dejen de estarlo, retrotrayendo la situación de vulneración a su origen.

Es verdad que el objeto de la reapertura del caso sometido a revisión de la Corte Constitucional es justamente la de velar por la protección y tutela de derechos constitucionales que, en casos complicados, pudieran ser vulnerados por desconocimiento o error de los jueces de instancia, sin embargo, también es cierto que dentro de un conflicto jurídico se encuentran derechos en contraposición, es más, justamente esta situación es la que genera un conflicto jurídico; por lo que la solución

del problema será siempre la tutela del derecho de una de las partes sobre el derecho de otro.

Ahora bien, en este contexto la reapertura de una causa, por parte de la Sala de Revisión, podría traer como consecuencia que una decisión beneficiosa para una de las partes del proceso se vea afectada, o inclusive derechos de terceros se vieran afectados, por lo que resultaría más que necesario que el debido proceso constitucional guíe las actuaciones de la Sala de Revisión en casos de reapertura del proceso en consonancia con el artículo 76 de la Constitución de la República.

De esta manera, se ha concebido al debido proceso constitucional, tanto procesal como sustantivo, como un límite para el Estado por el cual no puede privar o limitar los derechos fundamentales de las personas, evitando la discrecionalidad administrativa y judicial, y permitiendo garantizar el derecho a la defensa y contar con recursos justos, idóneos y eficaces, en los que las partes dentro del proceso se encuentren en igualdad de condiciones y puedan defender sus intereses de manera directa¹⁷⁵. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha previsto que cualquier autoridad que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, esto es, de determinación de derechos, debe apegarse en estricto sentido a la garantía del debido proceso legal¹⁷⁶ contenido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁷.

Así las sentencias judiciales deben ser entendidas como el resultado de un proceso, en el cual se han llevado diversas actuaciones procesales, todas ellas enmarcadas dentro de un ordenamiento jurídico constitucional – garantista, que impregne de validez todos los actos que lo integran y le otorgan legitimidad. El debido proceso es entonces el fundamento real del sistema procesal de un estado ya que por medio de éste:

(...) se legitima la definición de los derechos y la asignación de los deberes al cabo de la contienda que se desarrolla ante una autoridad dotada de potestades jurisdiccionales. No hay debido proceso --y por lo tanto no hay definición

¹⁷⁵ Osvaldo Alfredo Gozaíni, *El debido proceso constitucional: Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional*, México D.F., Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, N.º. 7, 2002. Pp. 55

¹⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001

¹⁷⁷ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

plausible de derechos y deberes-- cuando se ausentan las garantías judiciales previstas en el artículo 8 CADH¹⁷⁸

Por lo que resultaría inadecuado pensar que la reapertura de un proceso sobre garantías jurisdiccionales, en el que se evidencia presuntamente la vulneración de derechos dentro del proceso, carezca de los elementos procesales que lo garantizan materialmente, en otras palabras, no resulta plausible pensar que un proceso que tiene como objeto la tutela de derechos fundamentales no aplique el debido proceso constitucional y por tal materialice la vulneración de derechos en un mayor espectro de aplicación, pues no sólo llevaría a que el resultado de dicha revisión sea inconstitucional, sino que también sus efectos, a pesar de ser inter-partes, provendrían de una *ratio decidendi* – con efectos *erga omnes* – que propenderían a un resultado inconstitucional lo que lógicamente ocasionaría una grave situación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues como habíamos dicho, el objeto final de la jurisprudencia vinculante es justamente la evolución progresiva en la garantía y protección de los derechos fundamentales.

Es más, la falta del debido proceso dentro de cualquier causa materialmente jurisdiccional evita la plena eficacia y eficiencia de las decisiones adoptadas dentro de su desarrollo. La propia Corte Constitucional de Ecuador, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha determinado que es responsabilidad del estado asegurar¹⁷⁹ la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal, que protejan a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que vulneren sus derechos o conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas¹⁸⁰. Por lo que, el no llevar a cabo un proceso debido, podría conllevar a su plena ineficacia, a pesar que el fin conseguido por dicho proceso resultare beneficioso para la parte cuyos derechos fueron vulnerados.

Así, el derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que el artículo 76 de la Constitución de la República conlleva a la obligación de cualquier autoridad pública o particular, con responsabilidades materialmente jurisdiccionales de determinación de derechos y deberes, al respetar el debido proceso. Siendo la revisión de sentencias constitucionales, enmarcado dentro del contexto de reapertura de la causa, un proceso materialmente jurisdiccional que se

¹⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso la Cantuta Vs. Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

¹⁷⁹ Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC.

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006

traduce en la determinación y tutela de derechos constitucionales, es más que coherente que dicho proceso se enmarque dentro de la aplicación y garantía del debido proceso, tanto formal como material.

Lo dicho implicaría que al iniciar la reapertura del proceso, mediante la revisión de sentencias constitucionales para el desarrollo de jurisprudencia vinculante, se lleven a cabo todas las actuaciones judiciales necesarias para su resolución, lo que significa notificar a las partes que participaron dentro del proceso y a terceros interesados, la presentación de alegatos escritos, la realización de audiencias públicas para la presentación de alegatos orales y las demás actuaciones que la Sala de Revisión crea pertinente para la solución del conflicto remitido a su conocimiento.

Es verdad que la reapertura del proceso no se traduce en una nueva etapa procesal iniciada mediante la presentación de un recurso, pero no es menos cierto que, la reapertura de los procesos constitucionales, fundamentada en la posible vulneración de derechos, significa un proceso jurisdiccional en el que se determina derechos de cualquiera de las partes.

De esta manera dicho proceso puede traer consigo la nulidad de lo actuado, generando perjuicios para la parte procesal que, de buena fe y basada en la presunción legítima producto de la decisión judicial anterior, presume que el conflicto del cual formaba parte, fue solucionado de manera legítima y sobre todo constitucional. Este escenario, plantearía la posibilidad que la decisión adoptada por la Corte Constitucional sea contraria y que, al no cumplir con las mínimas garantías del debido proceso, viole el derecho a la igualdad y seguridad jurídica, como también el derecho a la defensa de la parte procesal que se vio beneficiada por la decisión judicial del juez de instancia, lo que implicaría la nulidad de un proceso constitucional que tiene como objetivo principal la revisión de sentencias constitucionales para el desarrollo jurisprudencia vinculante con efectos *erga omnes* y, de manera secundaria, verificar la vulneración de derechos constitucionales dentro del proceso revisado.

4. Conclusiones y recomendaciones

4.1. Conclusiones

A lo largo de la investigación, hemos revisado la evolución de las fuentes del derecho en Ecuador, desde la percepción legalista de las fuentes del derecho fundamentadas sólo en la producción legislativa, hasta la promoción de una nueva cultura jurídica, en la cual el derecho jurisprudencial es reconocido como un mecanismo de creación de derecho objetivo en Ecuador.

Esta nueva percepción trae consigo la variación en el papel que jugaba el Tribunal Constitucional en Ecuador, pues desde su creación en 1945, como Tribunal de Garantías Jurisdiccionales, éste fue concebido constitucionalmente como un organismo de examen de la constitucionalidad de las leyes y decretos emitidos por los órganos estatales, más no como una entidad jurisdiccional con la potestad de examinar y analizar la constitucionalidad de las normas que componen el ordenamiento jurídico del país, o inclusive como un órgano de garantía de los derechos constitucionales, pues durante el análisis del fondo y de los procesos de formación de las leyes y demás normas secundarias, como también en la expedición de actos administrativos de carácter general, puede identificar la vulneración de derechos constitucionales, trayendo consigo la posibilidad de su actuación como intérprete y garante de la Constitución.

Ahora bien, en la Constitución de 1998, observamos un cambio jurídico – constitucional de gran envergadura, que abrió las puertas de un nuevo sistema de fuentes gracias al principio del *stare decisis*, pero que con el tiempo fue desaplicado por las malas prácticas institucionales y el poco respeto que se tenía a la propia Constitución como resultado de la sumisión de todo el ordenamiento jurídico a la norma legislada, inclusive por encima de la Constitución. Esto llevó, como hemos revisado, a que la Carta Magna, y por tal los organismos de control constitucional, quedaran a disposición del legislativo y ejecutivo, restando cualquier fuerza vinculante a las decisiones del Tribunal.

Sin embargo, la Constitución aprobada en el 2008, permitió establecer un Estado Constitucional en el que, la Carta Fundamental, opere como eje central del accionar del Estado, logrando además dar mayor realce a la participación, de la ahora, Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación constitucional, papel que, como habíamos visto, tradicionalmente era otorgado al órgano legislativo.

Lo dicho permitió contar con un organismo constitucionalmente constituido, que otorgue primacía y vigencia a la Constitución, al cual se puede reclamar por la vulneración de derechos constitucionales y así mismo, tenga la capacidad y potestad para sancionar y reparar dichos daños.

Si a este hecho le sumamos la voluntad del constituyente en otorgar el carácter vinculante a las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional y su facultad para expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante de las garantías constitucionales mediante el proceso de selección y revisión, contenidos en el 436 ordinal 1 y 6, de la Carta Magna, entonces observamos un nuevo paradigma en la institucionalización de la jurisprudencia como fuente de derecho objetivo, aún más tratándose de jurisprudencia en materia constitucional.

Para este efecto, la Constitución diseñó dos sistemas de creación de derecho jurisprudencial constitucional, el primero relacionado con todas las competencias directas de la Corte Constitucional, relacionadas en estricto sentido al control de constitucionalidad (art. 436.1 CRE), mientras un segundo sistema es la facultad de selección y revisión de sentencias sobre garantías jurisdiccionales remitidas por los jueces de instancia (art. 436.6 CRE). Logrando establecer de manera real un sistema de jurisprudencia obligatoria y vinculante, con efectos *erga omnes*, que en definitiva propenda a garantizar la primacía constitucional y los derechos contenidos en ella, instituyendo a la Corte constitucional como órgano de cierre de la justicia constitucional en el país.

Para hacer esta aseveración, revisamos el principio del *stare decisis* del *Common Law* y del derecho anglo – americano y la evolución del sistema de fuentes colombiano, como principales antecedentes del nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano. De esta manera, tanto el *judicial review* y el *writ of certiorari* norteamericano, como el proceso de revisión de sentencias de tutela en Colombia, han sido protagonistas en la adopción del proceso de selección y revisión de sentencias y dictámenes constitucionales en Ecuador.

Del sistema anglo –americano obtuvimos, el criterio de selección de aquellas solicitudes de revisión presentadas ante la Corte Suprema de Justicia, criterio establecido bajo las premisas de importancia y gravedad nacional, los cuales posteriormente serán usados por México, Colombia y Ecuador, para establecer aquellos casos que deberán ser revisados por la más alta magistratura en materia constitucional, lo que de hecho ha llevado a que la Corte Suprema de Justicia se pronuncie respecto de situaciones

trascendentales y de alta complejidad social en Estados Unidos, instaurando un mecanismo no sólo de tutela de derechos constitucionales, sino también de reconocimiento de éstos y el establecimiento de reglas de actuación para los demás poderes del estado mediante el principio *stare decisis*, ejemplo de lo dicho es la instauración de la institución de “*Miranda Warnings*” establecida en el caso *Miranda Vs. Arizona* y puesta en práctica en el caso *Dickerson Vs. Estados Unidos*.

Esto demostró entonces que, la fuerza normativa de la jurisprudencia constitucional, institucionalizada mediante el principio de *stare decisis*, determina los mínimos requerimientos de la Constitución, los mismos que deben ser tomados en cuenta por todos los poderes del estado, inclusive por el legislativo, quien al momento de legislar observar ese mínimo constitucional contenido en las decisiones existentes de la Corte Suprema, la misma que se reserva el control de constitucionalidad de las normas provenientes del legislativo mediante la institución del *Judicial Review*.

Igualmente, el caso colombiano ha sido un referente para la institucionalización del derecho judicial en Ecuador, pues no sólo compartimos un antecedente inmediato en el sistema de fuentes legislado al pertenecer ambas naciones a la familia Romano – Canónica, sino también por los criterios y mecanismos establecidos para el proceso de selección y revisión de las sentencias sobre tutelas en Colombia.

Tras un largo periodo de debates, conquistas y derrotas, el nuevo derecho colombiano, así conocido por las grandes reformas judiciales, legales y constitucionales llevadas a cabo en Colombia, se pudo establecer a la jurisprudencia como fuente de derecho. Así, tras la implantación de la doctrina legal, cuyos efectos impedían la dinámica judicial en la toma de decisiones jurídicas, se instauró el concepto de doctrina probable o el sistema libre de jurisprudencia, que le restaba vinculatoriedad y obligatoriedad a la jurisprudencia al hacerla meramente indicativa. Sin embargo, a partir de 1991, el sistema de fuentes de Colombia cambia, estableciendo un sistema de jurisprudencia fuerte y no meramente indicativo, pues las decisiones constitucionales adoptadas por la Corte Constitucional fueron aceptados como normas de aplicación general, lo que implicó la instauración del criterio de disciplina jurisprudencial, ya que por la revisión de sentencias de tutela, sistema similar al instaurado en Ecuador, se logra garantizar el derecho a la igualdad y seguridad jurídica en las decisiones judiciales, tutelando los derechos garantizados en la Constitución.

Del estudio del caso estadounidense y colombiano extrajimos los fundamentos de aceptar al derecho jurisprudencial como fuente de derecho objetivo y con efectos vinculantes *erga omnes* que son: 1. La legitimidad democrática indirecta sustancial, 2. El respeto al derecho a la igualdad, y; 3. La garantía de seguridad jurídica e igualdad material y formal, con base en el respeto ineludible a la Constitución y a los derechos fundamentales contenidos en ella.

Por este motivo determinamos que la jurisprudencia genera efectos vinculantes para toda la sociedad, pues es una guía de comportamiento para la ciudadanía en general, por la cual se garantiza y tutela los derechos constitucionales. Así, la actuación de los jueces tiene una clara repercusión dentro de la sociedad; de allí que el objetivo de la selección y revisión de sentencias de garantías jurisdiccionales sea el desarrollo de jurisprudencia vinculante.

Si bien la naturaleza de este proceso en Ecuador es el desarrollo de jurisprudencia vinculante a partir de la selección de las sentencias constitucionales, también debemos recordar que el papel de la Corte Constitucional es el de velar por la supremacía de la Constitución y garantizar el respeto de los derechos contenidos en ellas, motivo por el cual pueden existir circunstancias que obliguen a la reapertura de un proceso cuando se evidencie la vulneración de derechos constitucionales.

Esta reapertura varía la naturaleza de la revisión de sentencias constitucionales, ya que no se trata de un recurso procesal, al contrario supone una competencia y facultad exclusiva y discrecional de la Corte Constitucional. La reapertura del proceso puede traer consigo la ratificación de lo decidido por el juez inferior o la nulidad de lo actuado. En el primer caso no existirían implicaciones cuyas consecuencias beneficien o perjudiquen a una de las partes, pero en el segundo caso se pueden generar perjuicios a la parte procesal que, en base a la presunción legítima proveniente de la decisión judicial anterior, crea que el conflicto jurídico ha sido solucionado, lo que motivaría la necesidad de llevar a cabo el análisis del expediente en su totalidad y no sólo de la sentencia revisada, pues el papel de la Corte Constitucional, no puede ser simplemente el de un tribunal de casación, sino que debe ser el garante de los derechos constitucionales; razón por la cual, si se evidencia la vulneración de derechos dentro de un proceso de garantías constitucionales, la Corte tiene la obligación de reabrir el proceso y observar el momento procesal en el cual dicha presunta vulneración tuvo lugar, justificando la necesidad de aplicar el debido proceso formal y sustancial en la

reapertura del proceso mediante el mecanismo de revisión de sentencias constitucionales.

Por último, debemos concluir que a partir de la aprobación de la Constitución de 2008, se implanta en Ecuador un sistema de fuentes novedoso que, con antecedentes en el principio de *stare decisis* estadounidense y la disciplina jurisprudencial y precedente constitucional colombiano, se resume en el reconocimiento de la *ratio decidendi* como regla jurisprudencial y como fuente de derecho objetivo y genera efectos vinculantes para toda la sociedad.

Sin embargo y en base a la doctrina del realismo jurídico, debemos tomar en cuenta que si bien la jurisprudencia sirve como un eslabón entre el enunciado normativo abstracto y la práctica social real, también puede ser concebido como una herramienta de poder, por el cual el estado central ejerce un mecanismo de presión sobre la sociedad en general, lo que implicaría que el derecho pierda su naturaleza como herramienta de cambio y lucha social.

Por lo dicho y para evitar que el derecho jurisprudencial se convierta en un instrumento de opresión más que de emancipación, es necesario contar con instituciones judiciales fuertes y autónomas que garanticen el debido proceso de manera independiente. Por este motivo es necesario tratar a la selección y revisión de sentencias constitucionales como una competencia discrecional y facultativa de la Corte Constitucional, que tratarla como un mecanismo arbitrario de desarrollo jurisprudencial. Entonces es necesario contar con un derecho judicial fuerte que inclusive sea un límite para el accionar de la Corte Constitucional en la toma de sus decisiones.

Ahora bien, cabe precisar que el derecho judicial no puede ser entendido únicamente como una norma, al contrario debe tomarse en cuenta que su eficacia y eficiencia, al igual que otras normas que componen el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dependerá de la validez que la sociedad quiera otorgarles. Por qué aseguramos lo dicho, pues es fácil observar en nuestra realidad como nuestro ordenamiento jurídico se encuentra abarrotado de normativa legal, que aún siendo vigente, no es aplicable, lo que trae consigo leyes de carácter válido, pero poco eficaz, que no cumplen con los objetivos por los cuales fueron adoptadas. En este sentido debemos observar que la fuerza vinculante de las decisiones judiciales provendrá, más que del cumplimiento normativo, del acceso por costumbre de la sociedad.

El acceso por costumbre es aquel relacionado con la teoría del “*common law constitutionalism*”, por el cual las personas no actúan únicamente en base a disposiciones normativas, al contrario lo hacen porque ese comportamiento forma parte de su cotidianidad, en otras palabras, es parte de su costumbre. De esta manera sólo la doctrina o precedente constitucional que se identifique con las necesidades y la realidad social, puede lograr establecerse como norma vinculante del ordenamiento jurídico constitucional, pues si las personas no se empoderan de aquellos contenidos, entonces no conocen realmente sus derechos y si no conocen cuáles son sus derechos, entonces no pueden cumplirlos.

Para lograr este empoderamiento, resulta más que necesario contar con decisiones judiciales simples que, sin sacrificar su fundamentación y motivación, se expongan en un lenguaje accesible para todas las personas, lo que se lleva a cabo mediante la simplificación del lenguaje técnico, y además sean justas, reales, de posible cumplimiento y asequibles a la realidad social. Asimismo, las decisiones judiciales no deben ser concebidas simplemente como herramientas didácticas para profesionales del derecho, sino que deben ser mecanismo de enseñanza y publicidad de los derechos constitucionales.

La primera forma de hacerlo es mejorando la argumentación jurídica, la cual no sólo debe ser teórica, sino que también debe contar con suficientes criterios basados en la realidad social en la que se aplica dicha decisión; como habíamos dicho, los jueces no pueden fallar fuera de la sociedad, sin fundamento en la realidad, pues es justamente en ella en la cual sus decisiones serán aplicadas y si, por ejemplo, esas decisiones resultan de imposible cumplimiento, entonces no puede hablarse acerca de la obligatoriedad de sus efectos, y peor aún tratar de convertir dichas *ratios*, en criterios vinculantes para las demás personas que forman parte de la sociedad, sean estas autoridades públicas o particulares.

Otra forma de difundir las decisiones judiciales como fuente de derecho objetivo es justamente demostrar los efectos que éstas tienen en la sociedad, pues, más allá de implementar normas de tipo sancionatorias por el incumplimiento de dichas decisiones, los fallos judiciales tienen como fundamento la paz y el orden social, no sólo la corrección de una situación inter-partes, por lo que sus efectos evitan la complejización de la sociedad y como tal permiten darles una nueva valoración como contenidos de la constitución, más allá que simples declaraciones de autoridades judiciales.

Cabe precisar que lo más importante dentro de un estado de derechos constitucionales, es justamente el de promocionar aquellos derechos contenidos en la Constitución, pero no basta con mencionarlos, sino que deben establecerse tanto sus contenidos, como las implicaciones de su ejercicio, implicaciones que ni una ley, ni la propia Constitución pueden establecer de antemano, pues sólo pueden instituirse en la vivencia cotidiana de la gente. Por este motivo resulta más que necesario contar con organismos estatales de promoción de los derechos constitucionales que generen mallas curriculares de enseñanza en derechos y utilicen como guías didácticas las decisiones judiciales adoptadas en aplicación de los criterios establecidos por la propia sociedad.

Por último, debemos observar que la Constitución de 2008, nos ofrece, tanto para los profesionales del derecho, como para la sociedad en general, la oportunidad de establecer un sistema jurídico mucho más justo, eficaz y dinámico, que evolucione de acuerdo a las necesidades y realidad social en la que se aplique, teniendo siempre como fundamento los derechos que como seres humanos nos merecemos, consten estos o no dentro de la Constitución, ya que ésta no es simplemente una norma positiva del estado, sino un acuerdo social que contiene nuestras aspiraciones y sueños, que se materializan en el cotidiano vivir y que se fortalecen mediante la actividad que realizan aquellas personas a quienes, nosotros en la propia Constitución, les otorgamos la potestad de guiar nuestro actuar en situaciones que causan conflicto social, lo jueces. Pero más allá de reconocer sus actuaciones, debemos recordar que sus decisiones causan efectos externos para cada uno de nosotros, generan una cadena de reacciones concretas que nos afectan directa o indirectamente, por este motivo no basta que la Constitución determine cuales son nuestros derechos, al contrario debemos estar atentos en el contenido que los órganos judiciales otorgan a dichos derechos, para de esta manera hacerlos eficaces y eficientes, y hacer de su ejercicio una realidad.

Un mecanismo para hacerlo, es justamente la revisión de sentencias sobre garantías constitucionales, por el cual la Corte Constitucional se convierte en el máximo órgano de justicia e interpretación constitucional, pero sobre todo se realza como máximo garante de los derechos constitucionales, papel que sólo puede aplicar siempre y cuando recuerde que sus decisiones tienen como fundamento la realidad social en las que se aplican y no las necesidades políticas de uno u otro grupo en particular.

No podemos olvidar que la jurisprudencia vinculante, proveniente de la Corte Constitucional, no nace como una herramienta de hegemonía del poder, al contrario es

una garantía del derecho a la igualdad, formal y material y de la seguridad jurídica, pero que sobre todo busca garantizar la primacía de la Constitución sobre cualquier actuación de autoridades públicas o particulares que amenace dicha supremacía.

4.2. Recomendaciones

El derecho jurisprudencial ha sido refutado desde las teorías legocentristas y orginalistas por su deficiencia democrática: Para dichas corrientes, la jurisprudencia no cumpliría con el principio democrático en la creación de derecho, ya que el poder judicial no es un órgano elegido democráticamente y por tal sus decisiones tampoco son democráticas y carecen de dicha legitimidad. Una de las soluciones presentadas a este problema, la cual no parece ser la más viable, es generar los mecanismos necesarios para otorgar legitimidad democrática al poder judicial mediante la elección democrática de los candidatos que ocuparan los cargos de magistrados del más alto órgano de control e interpretación constitucional.

Ahora bien, esta solución parece traer mayores problemas que soluciones, pues si bien el proceso de elecciones democráticas brindaría mayor legitimidad a las decisiones adoptadas por este órgano, también es cierto que dicho proceso podría generar la politización de los órganos de justicia. Así por ejemplo en Bolivia se llevaron a cabo las elecciones de los integrantes de las más altas magistraturas del Estado, que suman 28 en total, por comicios electorales y populares; los cuales fueron traducidos en mecanismos plebiscitarios para medir la popularidad del Gobierno actual en manos de Evo Morales¹⁸¹, lo que lógicamente podría conllevar, más que a la democratización, a la politización de las decisiones judiciales adoptadas por dichos órganos.

Otra solución podría recaer en la posibilidad de diseñar mecanismos públicos de elección, basados en concursos de merecimientos y oposición, a cargo de entes democráticamente establecidos. En el caso ecuatoriano, la elección de los magistrados de la Corte Constitucional se realiza por medio de una comisión calificadora integrada por dos representantes de la Función Ejecutiva, Judicial y de Transparencia y Control Social, dicha elección se lleva a cabo mediante un proceso público, con veedurías y posibilidad de impugnación ciudadana, lo que genera una suerte de legitimidad democrática indirecta, siendo los poderes elegidos democráticamente – legislativo y

¹⁸¹ “PREVIA-Morales, bajo plebiscito elección de jueces Bolivia”, en *Reuters América Latina*, 15 de octubre de 2011, fuente WEB: <http://lta.reuters.com/article/domesticNews/idLTASIE7A7RSL20111015>, recuperado el 26 de octubre de 2011.

ejecutivo – en conjunto con la función de participación ciudadana, quienes decidan los integrantes de este importante órgano.

Ahora bien, dicha elección de manera independiente no solucionaría de manera directa el problema de la legitimidad democrática en la toma de decisiones por parte de la Corte Constitucional, ahora bien si ha dicho proceso de selección se suma la legitimidad democrática sustancial, basada en las competencias otorgadas a la Corte Constitucional por medio de la Constitución, como resultado de la voluntad soberana del poder constituyente, y los derechos fundamentales como límites de sus decisiones, entonces obtenemos como resultado decisiones judiciales suficientemente justificadas. Para tal efecto sería recomendable que la Corte Constitucional, mediante el uso de su propia jurisprudencia, limite su competencia para expedir sentencias de carácter vinculante *erga omnes*, instituyendo un sistema de jurisprudencia fuerte de manera vertical y horizontal basado en su propia competencia y que a la vez oriente a los demás poderes del Estado en el cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional.

Para tal efecto, resulta necesario observar la diferencia entre el desarrollo de la jurisprudencia vinculante y la posibilidad de reabrir el proceso de garantías jurisdiccionales. En ese sentido el artículo 436.6 de la Constitución de la República parece establecer con claridad esta doble función al mencionar, como habíamos dicho, que la Corte puede expedir sentencias de jurisprudencia vinculante de las garantías jurisdiccionales de Control Constitucional y de aquellas sentencias seleccionadas para su revisión. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sin embargo definió dicha competencia de diferente formal, al establecer en su artículo 198 y 199, una Sala de Selección y una de Revisión respectivamente, siendo esta última la encargada de emitir sentencias de jurisprudencia vinculante de garantías jurisdiccionales. Ahora bien si antes habíamos dicho que la Corte Constitucional, dentro del desarrollo de jurisprudencia vinculante, tiene la competencia para reabrir el proceso en caso de hallar presuntas violaciones a los derechos fundamental, ¿cómo la Corte Constitucional puede diferenciar el proceso de revisión – con el objeto de desarrollar jurisprudencia vinculante – del proceso de revisión en estricto sentido?

La respuesta no parece sencilla, sin embargo el artículo 436.6 de la Constitución parecería dar una pista a dicha problemática enunciando el desarrollo de jurisprudencia vinculante de manera separada al proceso de revisión. En este caso parecería adecuado

que la propia Corte Constitucional, en uso de su facultad interpretativa de la constitución, pudiera dar alcances a dicho artículo disciplinando su propio actuar en base al principio de *competence de la competence*, y de esta manera diferenciar el desarrollo de jurisprudencia vinculante, del proceso de revisión de sentencias constitucionales mediante la reapertura del proceso.

En el primer caso la Corte podría únicamente seleccionar las sentencias sobre garantías jurisdiccionales con el objeto de desarrollar jurisprudencia vinculante con carácter *erga omnes*. Dichos pronunciamientos no podrían variar los efectos generados a partir del pronunciamiento de los jueces constitucionales, dejando los derechos de las partes dentro del proceso intactos, lo que generaría una suerte de cosa juzgada material y formal, con las limitaciones mencionadas anteriormente. Así el desarrollo de jurisprudencia vinculante tendría como objeto ampliar el contenido y el marco de garantías de los derechos reconocidos en la Constitución, pero no procedería a revisar los casos sobre garantías jurisdiccionales.

En el segundo proceso, la Corte Constitucional hace uso de su competencia oficiosa, como máximo órgano de interpretación y control constitucional, para resguardar la supremacía constitucional pronunciándose respecto de la presunta vulneración de derechos constitucionales contenidos en el proceso de garantías jurisdiccionales. En este caso la Corte Constitucional parecería vincularse más al proceso del *Writ of Certiorari* estadounidense, que al proceso de revisión colombiano ya que la Corte, de manera discrecional y oficiosa, podría revisar un proceso sobre garantías jurisdiccionales cuando exista evidencia de la vulneración de derechos constitucionales – obteniendo un criterio de gravedad de la violación – en este caso no sólo revisa la sentencia constitucional, sino que reabre el caso instaurando un nuevo proceso frente a la Corte Constitucional, una suerte de control de constitucionalidad, por el cual la Corte se cerciora que una decisión sobre garantías jurisdiccionales, no viole los derechos constitucionales o la supremacía constitucional. En estos casos, el pronunciamiento de la Corte podría variar la situación jurídico – constitucional prevista en la decisión de los jueces constitucionales, por lo que resulta necesario iniciar un nuevo proceso constitucional con todas las garantías procesales como lo señalamos con anterioridad. Los efectos de dicha decisión solo afectarían a las partes, aunque lo dicho no excluye la posibilidad de la que la Corte desarrolle jurisprudencia vinculante a partir del proceso de revisión.

Así el proceso de selección y revisión de sentencias constitucionales podría ser (excluyendo términos y plazos) el siguiente: Primero los jueces constitucionales deberán remitir todas las sentencias de garantías constitucionales a la Corte Constitucional. Una vez remitidas dichas sentencias, la Sala de Selección de la Corte Constitucional realiza un muestreo de las sentencias remitidas para lo cual deberá tomar en cuenta los criterios de relevancia constitucional y problema jurídico planteado, además de verificar la posible violación de derechos constitucionales en dichos pronunciamientos.

En el primer caso, la Sala de Selección remitirá dichas sentencias a la Sala de Revisión con el objeto de que esta desarrolle jurisprudencia vinculante respecto a los problemas jurídicos planteados. En este caso la Sala de Revisión no podrá variar la situación jurídica de las partes dentro del proceso y sólo podrá ampliar, aclarar o desarrollar contenidos a los derechos determinados dentro del problema jurídico planteado.

En el segundo caso, la Sala de Selección deberá observar la presunta vulneración de derechos fundamentales en las sentencias remitidas por los jueces constitucionales. En ese caso se deberá requerir al juez que el juez que conoció la causa en última instancia las copias certificadas del proceso entero a la Corte Constitucional para que ésta pueda verificar si dentro desarrollo de la causa existieron vulneraciones constitucionales, de igual manera se deberá notificar a las partes del proceso la reapertura del caso por parte de la Corte Constitucional. Una vez remitida la sentencia y el expediente del proceso a la Sala de Selección, ésta tendría que iniciar un proceso constitucional con todas sus garantías. En este último caso la sentencia que resulte de dicha revisión de fondo sólo podría generar efectos inter-partes en el marco de la revisión, sin embargo no excluye la posibilidad de que la Corte pueda desarrollar contenidos dentro de su *ratio decidendi* con efectos *erga omnes*.

Esto lógicamente podría traer a colisión la práctica común que se lleva a cabo en la Corte Constitucional, que implica la aceptación a trámite de las Acciones Extraordinarias de Protección respecto de sentencias sobre garantías jurisdiccionales, ya que la presentación de estas acciones a petición de parte podría generar decisiones contradictorias en la propia Corte Constitucional. En este caso lo más recomendable sería que la Corte limite su competencia a una de los dos procedimientos, o bien la Acción Extraordinaria de Protección respecto de sentencias sobre garantías jurisdiccionales o bien la revisión constitucional de sentencias en estricto sentido, ya

que ambas cumplen con la misma naturaleza de realizar el control de constitucionalidad de decisiones constitucionales.

Basados en el derecho comparado, la actividad de la revisión constitucional de sentencias en estricto sentido se ha desarrollado de gran manera en Estados Unidos de América, lo que podría significar que la Corte Constitucional pueda seguir este modelo. Sin embargo no se debe dejar a un lado los problemas que podrían significar el desconocimiento de una garantía que ya fue reconocida jurisprudencialmente por parte de la Corte Constitucional, la aceptación a trámite de acciones extraordinaria de protección respecto de sentencias sobre garantías jurisdiccionales, lo que devendría en el desconocimiento del principio de progresividad de los derechos humanos, contenido en el artículo 11.8 de la Constitución de la República.

5. Bibliografía

5.1. Libros:

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Pp. 51.

David, René y Jauffret – Spinosi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneo*, México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 1995.

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005.

Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007

Campbell, Tom, *The case for Judicial Review of legislation*, México D.F., Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 2008.

Carbonell, Miguel, *El Neoconstitucionalismo en su Laberinto*, en Teoría del Neoconstitucionalismo, Madrid, Editorial Trotta,

Friedman, Lawrence M., *A history of American Law*, New York, W. Norton & Company, 1984.

von Ihering, Rudolf, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2008.

James Eddey, Keith, *The English Legal System*. Londrés, Sweet and Maxwell, Segunda Edición. 1977.

Knight, Jack, *Interpretation as Social Interaction*. Typescript. Washington University in St. Louis. 1994

Liebman, Enrico, *Manual de derecho procesal civil*, Buenos Aires, EJE, 1980.

López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá D.C., Legis, Séptima reimpresión, 2009

Oyarte Martínez, Rafael, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Andrade y Asociados Fondo Editorial, Segunda Edición, 2006.

Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires D.F., Distribuciones Fontamara S.A., Cuarta Edición, 2001.

Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional Ecuatoriana, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

Strauss, David A., *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010.
2007

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta, octava edición, 2008.

Waluchow, Wil, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, New York, Cambridge University Press, 2007.

5.2. Revistas y otros recursos:

Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho*, México D.F., Instituto de Investigación Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica. Número 134. 2005.

Cajica Lozada, Gustavo, *Estado Constitucional de Derecho y legitimidad democrática: Comentarios a un texto de Ferrajoli*, Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla, N° 2, 2000.

Blasco Gascól Franciso de Paula, *Derecho Judicial y Derecho Jurisprudencia (nobles sueños, pesadillas y vigilia)*. Jueces para la Democracia, N° 41.

Black's Law Dictionary, *stare decisis et quia non movere*, séptima edición, 1999

Casal Hernández, Jesús M., *Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo 1, 2004.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, *El debido proceso constitucional: Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional*, México D.F., Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, N° 7, 2002. Pp. 55

Gómez – Palacio, Ignacio, *Reforma Judicial: El Criterio de importancia y trascendencia y su antecedente en al Writ of Certiorari*, *Jurídica*: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, N° 29, México D.F., Editorial Themis S.A., 1999.

Hernández Meza, Nelson, *El valor de las sentencias de revisión de fallos de tutela proferidas por la Corte Constitucional para casos futuros*”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, N° 20. 2003.

Knight Jack y Epstein, Lee, *The norm of Stare Decisis*, *American Journal of Political Science*. Vol. 40. N° 4. Texas. 1996

Lizana Aldunate, Antonio, *Jurisdicción Constitucional y cosa juzgada constitucional*, *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 20, Número 2 – 3. 1993.

López Guerra, Luís, *Modelos de Gobierno de los Jueces*, *Parlamento y Constitución*, anuario de la Universidad de Castilla - La Mancha, Número 1, 1997.

Morineau, Martha, *La recepción del Derecho Romano en México. Situación de la Mujer en la Familia*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número 77. México D.F. 1993

Morineau, Marta, *Una Introducción al Common Law*, México D.F., *Instituto de Investigación Jurídicas*. Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Estudios Jurídicos. Número 4. 2004.

Segal, Jeffrey y Spaeth, Harold J., *The influence of Stare Decisis on the votes of the United States Supreme Court Justices*, *American Journal of Political Science*. Vol. 40. N° 4. Texas. 1996.

Zagrebelsky, Gustavo, *Jueces Constitucionales*, *Discurso oficial pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana*. Traducido por Miguel Carbonell.

5.3. Fuentes WEB:

Benavides Ordóñez Jorge, *Origen y tipos de control de Constitucionalidad*. Fuente WEB:

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=5166&Itemid=426, recuperado: 18 de agosto de 2010.

Bobbio, Noberto, *El futuro de la democracia*, fuente WEB: <http://franja.ucr.org.ar>, recuperado el 22 de marzo de 2011.

Botero Marino, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano*, Fuente WEB: <http://www.ejrlb.net/medios/docs/La%20Accion%20de%20Tutela%20en%20el%20Ordenamiento%20Constitucional%20Colombiano.pdf>, recuperado el 27 de febrero de 2011.

Bureau of International Information Programs, *La Historia de los Estados Unidos en síntesis*, fuente WEB: <http://www.america.gov/media/pdf/books/historybrief.pdf#popup>, recuperado el 22 de agosto de 2011

Camba Campos, Miguel, *Justicia y Control Constitucional*. Fuente WEB: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=29, recuperado: 19 de agosto de 2010.

Carbonell, Miguel, *Madbury Vs. Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad*, fuente WEB: www.iidpc.org/pdf/ajr5Carbonell.pdf, recuperado el 16 de febrero de 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales*. Fuente WEB: <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf>, recuperado el 24 de marzo de 2011.

Grijalva, Agustín, *Derechos Humanos, Constituyente y Tribunal Constitucional en Ecuador*, Fuente WEB: <http://www.uasb.edu.ec/padh/Revista18/actualidad/agrijalva.htm#1>, acceso: 06 de abril de 2010.

Jefferson, Thomas, *Carta escrita a James Madison en 1789*. Fuente WEB: <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>, recuperado el 7 de abril de 2011.

Messitte, Peter J., *The Writ of Certiorati: Deciding which cases to review*. Fuente WEB: <http://www.america.gov/st/usg-english/2005/April/20080814211720XJyreP0.5789301.html>, recuperado el 17 de febrero de 2011.

Pérez Varela, Victor, *Código de ética de los jueces y litigantes*. Fuente WEB: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/33/pr/pr31.pdf>, recuperado: 28 de octubre de 2009.

Salgado Pesantes, Hernán, *El Proceso Constituyente de Ecuador. Algunas reflexiones*. Fuente WEB: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2728/11.pdf>, recuperado: 17 de agosto de 2010.

Sánchez Zuraty, Manuel, *La importancia de la Jurisdicción en América Latina, en el marco de la Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Fuente WEB: www.cortesuprema.gov.ec/cn/wwwcn/pdf/unasur/ecuador.pdf, recuperado el 11 de marzo de 2011.

Zambrano Pasquel, Alfonso, *Ombudsman o Defensor del Pueblo*. Fuente WEB: http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=176&Itemid=29, recuperado el 28 de marzo de 2011.

5.4. Recortes de periódico

“Autoproclamada Corte, lista para interpretar Constitución”, en diario *El Hoy*, 16 de noviembre de 2008, fuente WEB: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/autoproclamada-corte-lista-para-interpretar-constitucion-318866.html>, recuperado el 25 de julio de 2011.

“PREVIA-Morales, bajo plebiscito elección de jueces Bolivia”, en *Reuters América Latina*, 15 de octubre de 2011, fuente WEB: <http://lta.reuters.com/article/domesticNews/idLTASIE7A7RSL20111015>, recuperado el 26 de octubre de 2011.

“El Tribunal Constitucional se declaró Corte Constitucional”, en diario *El Universo*, 22 de octubre de 2008, sección Política, fuente WEB: <http://www.eluniverso.com/2008/10/22/0001/8/85C3986420F742FDB40A25902802E24A.html>, recuperado el 25 de julio de 2011.

5.5. Normas:

Ecuador:

Constitución Política de Ecuador (1929), aprobada por la Ley 000 Registro Oficial N° 138 de 26 de marzo de 1929.

Constitución Política de Ecuador (1945), expedida en Quito por la Asamblea Constituyente el 5 de marzo de 1945, publicada en el Registro Oficial N° 228 de 6 de marzo de 1945

Constitución Política de Ecuador (1967), expedida en Quito por la Asamblea Constituyente el 25 de mayo de 1967, publicada en el Registro Oficial N° 133 de 25 de Mayo de 1967.

Constitución Política de Ecuador (1978), codificada en 1997. Promulgada en la Ley 000 del Registro Oficial N° 2 de 13 de febrero de 1997.

Constitución Política de la República de Ecuador (1998), promulgada en la Ley 000, Registro Oficial N° 1 de 11 de agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador (2008), publicada en el Registro Oficial suplemento No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Ley Orgánica de la Función Judicial, promulgada por el General Guillermo Rodríguez Lar, publicada en el Registro Oficial 636 de 11 de septiembre de 1974.

Ley de Control Constitucional, promulgada en el Registro Oficial N° 99 de 2 de Julio de 1997. Calificada con jerarquía y carácter de Ley Orgánica por Resolución Legislativa No. 22-058, publicada en Registro Oficial N° 280 de 8 de Marzo del 2001.

Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial N° 299 de 24 de marzo de 2004.

Código Civil, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 46 del 24 de junio de 2005.

Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, Registro Oficial N° 127, 10 de febrero de 2010.

Colombia:

Ley 61, Diario Oficial No. 6.881 - 6.882 de 5 de diciembre de 1886

Ley 105, Diario Oficial No. 8.296, de 7 de enero de 1891

Ley 153, Diarios Oficiales 7.151 y 7.152 del 28 de agosto de 1887.

Ley 169, Diario Oficial No 10.235, de 14 de enero de 1897.

Decreto 2067, Diario Oficial No. 40.012, del 4 de septiembre de 1991.

Decreto 2561, Diario Oficial No. 40.165, del 19 de noviembre de 1991.

Decreto 2591, Diario Oficial No. 40.165, del 19 de noviembre de 1991.

Francia:

Código Civil de Francia, aprobado mediante ley 516 del 18 de junio de 2003.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969

5.6. Casos contenciosos

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 020-09-SEP-CC, 13 de agosto de 2009. Juez constitucional ponente: Patricio Herrera Betancourt.

Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia N° 001-10-PJO-CC, 22 de diciembre de 2010. Juez constitucional ponente: Roberto Bhrunis Lemarie

Corte Constitucional de Colombia, Caso C – 113 – 1993, 25 de marzo de 1993. Magistrado ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia, Caso C – 131 – 1993, 1 de abril de 1993. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, caso C-083-1995, 1 de marzo de 1995. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia, Caso T – 123 – 1995, 21 de marzo de 1995. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia, caso SU – 047 – 1999, 29 de enero de 1999. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU – 1300/01, 6 de diciembre de 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional *Vs.* Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Acevedo Jaramillo y otros *Vs.* Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso la Cantuta *Vs.* Perú, Sentencia de 29 de noviembre de 2006

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SR 085 – 2008, 29 de agosto de 2008. Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *Madbury Vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), 24 de febrero de 1803. Juez ponente; John Marshall.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *McCulloch Vs. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), febrero de 1819. Juez Ponente: John Marshall

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *Cohens Vs. Com. De Virginia*, 19 U.S. 264, 3 de marzo de 1821.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *Escobedo Vs. Illinois*, 378 U.S. 478, 22 de junio de 1964. Juez ponente: Arthur Goldberg

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *Miranda Vs. Arizona*, 384 U.S. 436, 13 de junio de 1966. Juez Ponente: Earl Warren.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, *Dickerson Vs. Estados Unidos*, N° 99-5525, 26 de junio de 2000. Juez ponente: William Rehnquist

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **DANIEL FERNANDO URIBE TERÁN**, con cédula de identidad N° 171426455-1, autor del trabajo de graduación intitulado "**DERECHO JURISPRUDENCIAL EN ECUADOR: EL CASO DE LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA EN PERSPECTIVA AL DERECHO COMPARADO**", previa a la obtención del grado académico de **LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 1 de marzo de 2012



DANIEL FERNANDO URIBE TERÁN

C.I. 171426455-1