

**Universidad Andina Simón Bolívar
Sede de Ecuador**

MAESTRÍA DE DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**“¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente
constitucional en la acción de amparo en el Ecuador”**

LUIS FERNANDO ÁVILA LINZÁN

**DIRECTOR
AGUSTÍN GRIJALVA**

Quito

2007

AUTORIZACIÓN

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención de grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de esta universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Luis Fernando Ávila Linzán

Marzo de 2008

EXTRACTO

La regulación jurídica es contradictoria respecto de la validez de la jurisprudencia como fuente del derecho. Sin embargo, los cambios constitucionales que se vienen dando desde las reformas de 1992 y 1996, y la Constitución de 1998, abren la posibilidad de la construcción, a través del diseño legislativo o judicial, de lo que se ha denominado “precedente constitucional”.

En este trabajo se busca explicar la naturaleza de este precedente respecto de las sentencias de amparo constitucional; evidenciar los modelos de regulación y determinar dentro de cuál está o debería estar el caso ecuatoriano; determinar cuáles son los fines que se buscan con su aplicación a los casos concretos. Las grandes líneas de abordaje de este trabajo son la interpretación constitucional, el análisis de la jurisprudencia y las legislaciones comparadas, y el nuevo rol que los jueces tienen como creadores de derecho.

El objeto principal de este estudio será el análisis de la problemática del precedente constitucional para dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿cómo se aplica el precedente de manera general y cómo debe aplicárselo a las sentencias de amparo constitucional?; y, ¿cómo esta aplicación puede fortalecer la justicia constitucional y al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución?

En definitiva, esta obra retoma la cuestión discutida entre Kelsen y Schmit: quién debe ser el defensor de la Constitución?, Pregunta reformulada frente a la nueva realidad constitucional: “¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente constitucional en la acción de amparo en el Ecuador.”

AGRADECIMIENTO

A mi maestro y amigo, Agustín Grijalva

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre, Hugo Ávila. Su muerte ocurrió fugaz y prematura entre los apuros de terminar este trabajo. Dedico este trabajo, también, a mi hermana, Gema Ávila, su repentina partida en busca de mi padre estuvo en mis pensamientos durante la defensa de esta tesis.

“¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente constitucional en la acción de amparo en el Ecuador”

Introducción

Capítulo I

Importancia del Precedente Constitucional en la Acción de Amparo

I. Fundamentación del precedente en la acción de amparo constitucional

1 Criterios para la aplicación del precedente jurisprudencial respecto de la actividad general de los jueces

2. Criterios de aplicación del precedente jurisprudencial en la justicia constitucional

2.2 Interpretación jurídico-funcional

2.3 Interpretación jurisdiccional exclusiva

3 El precedente constitucional y el Estado constitucional

3.1 La materialización de los Derechos Fundamentales a través las garantías constitucionales

3.2 La garantía de la acción de amparo constitucional y el fortalecimiento del Estado Constitucional

II. Reconocimiento del precedente constitucional

1. Modelos de reconocimiento del precedente constitucional

1.1 Reconocimiento por vinculación fuerte

1.2 Reconocimiento por vinculación atenuada

1.3 Vinculación débil del precedente

III. Efectos de la vinculación jurídica del precedente constitucional

1 El proceso constitucional interpretación jurisdiccional exclusiva

1.1 Seguridad jurídica

1.2 Racionalidad de la justicia constitucional

1.3 Consagración de la justicia material

2. Fortalecimiento del Estado constitucional

2.2 Materialización de los Derechos Humanos en los casos concretos

2.2 Supremacía de la interpretación constitucional

2.3 Normatividad de las sentencias constitucionales

Capítulo II

Diagnóstico General sobre el Muestreo de Percepción sobre Aplicación del Precedente Constitucional en la Acción de Amparo en el Tribunal Constitucional

1. Descripción de la metodología, límites y justificación del Muestreo

1.1 Objeto de la investigación

1.2 Finalidad de la investigación

1.3 Modelo epistemológico

1.4 Sujetos de interés

2. Estudio de campo

2.1 Técnicas de investigación cualitativa

3 Problematicación sobre la aplicación del precedente en la actividad jurisdiccional

3.1 Percepción sobre el uso del precedente en la actividad jurisdiccional

3.2 Percepción sobre el nivel de vinculación de las sentencias anteriores

3.3 Percepción sobre el mecanismo de implementación del precedente

3.4 Percepción sobre la relación entre precedente y la interpretación constitucional

Capítulo III
Implementación del Precedente Constitucional en la Acción de Amparo

1. Mecanismos de implementación

1.1 Asunción de nuevo rol por el juez constitucional

1.2 Racionalización de actividad jurisdiccional por parte del organismo de control constitucional.

1.3 Reforma normativa

2. Entre la cultura del precedente y la realidad social

BIBLIOGRAFÍA

Anexo I. Protocolo de Investigación Cualitativa

Anexo II. Instrumentos Particulares de la Investigación Cualitativa Protocolo Provisional de Conversación

Anexo III. Estructura de la conversación: guión de temas

Anexo IV. Memorando compromisorio sobre el uso ético de información

“¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente constitucional en la acción de amparo en el Ecuador”

“Estamos sujetos a la Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es.” (Charles Evans Hughes)¹

Introducción

El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha mantenido, como principio y dogma incontrastable, desde la Constitución de 1830 hasta la actualidad, la supremacía de la interpretación legislativa de las normas constitucionales y legales, por sobre la interpretación jurisdiccional.² Al mismo tiempo, nuestros juristas y jueces de todos los niveles han cimentado, sistemáticamente, esta posición muy tradicional en apoyo al positivismo y al neo-romanismo, tal como lo denomina Diego López, respecto del rol del juez y del sistema de fuentes formales del Derecho.³

La ley se ha erigido, históricamente, como la fuente formal por excelencia, y la jurisprudencia sólo ha sido, al igual que en muchos países de Latinoamérica, una fuente auxiliar que busca llenar los vacíos dejados por la falta de previsión de la ley⁴ y sólo aplicable con efectos *inter partes*.⁵

¹ Bernard Schwartz, “Poderes Federales y Estatales”, Vol. I, en *Los Poderes del Gobierno*, México, Facultad de Derechos de la Universidad Autónoma de México (UNAM), 1966, p. 12.

² **Art. 130.-** El Congreso Nacional tendrá los siguientes deberes y atribuciones: 4. Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria; 5. Expedir, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio –concordante con los artículos 141.7 y 284- (Decreto Legislativo s/n, Constitución Política de la República del Ecuador, RO 1: 11-ago-1998).

³ Diego López, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho Judicial*, Bogotá, Ediciones UNIANDES, 2001, p. 11.

⁴ *Ibíd.*, p. 11.

⁵ **Art. 3.-** Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren (Codificación 10, Código Civil, RO-S 46: 24-jun- 2005). la palabra “jurisprudencia” tiene varias acepciones. Así, por una parte, significa ciencia del Derecho, también, se refiere a la actividad jurisdiccional que se instrumenta en las sentencias; pero, además, se trata de aquellas sentencias con efectos vinculantes, lo que se ha denominado como “jurisprudencia obligatoria” o precedente.⁵ El sentido que utilizaré, mayormente, en este estudio será el de “jurisprudencia obligatoria” o precedente, es decir, los criterios reiterados que tienen efectos vinculantes.

Esta situación de descrédito de la jurisprudencia se mantuvo sobre la base de que el Código Civil fue durante mucho tiempo el cuerpo normativo *omnicomprensivo* de todas las relaciones socio-jurídicas; mientras que la Constitución era únicamente un documento que reproducía los frágiles pactos políticos y la enumeración de un listado de derechos fundamentales que no incluía garantías para su ejercicio efectivo, a pesar de los tímidos esfuerzos de los constituyentes de 1929, 1945, 1967 y 1978. En este estado de cosas, es imposible pensar en la jurisprudencia como fuente formal más allá de ilustrar y aclarar el contenido de las sentencias.

No obstante, la importante reforma constitucional de 1992 estableció a la Corte Suprema de Justicia como una instancia de casación, la dividió en salas especializadas por materias, eliminó la tercera instancia; y, propició la creación del Consejo Nacional de la Judicatura, como organismo autónomo, de administración y disciplina de la Función Judicial.

Esto hizo necesario establecer en la Ley de Casación, un mecanismo para racionalizar la jurisprudencia: el fallo de triple reiteración.⁶

Se puso, entonces, en vigencia la llamada doctrina del precedente jurisprudencial, es decir, la posibilidad de que las sentencias reiterativas sobre un mismo punto de Derecho tengan efectos obligatorios para todos los jueces, excepto para la propia Corte Suprema. Sin embargo, la disposición que estableció el fallo de triple reiteración no fijó límites de aplicación, formas de apartarse del precedente por parte de los jueces inferiores ni el mecanismo para dirimir entre fallos de triple reiteración contradictorios.⁷

⁶ Fueron realizadas importantes reformas a las leyes procedimentales, especialmente, a la Ley Orgánica de la Función Judicial, los códigos de Procedimiento Civil y Penal, entre las principales; y, también se crearon otras leyes nuevas, entre las que destaca, la Ley de Casación (L. 27. RO 192: 18-may-1993). En el artículo 19 de la Codificación de la Ley de Casación (RO-S 299: 24-mar-2004) se estableció el fallo de triple reiteración.

⁷ José Vicente Troya, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 20-sep-2007. Es importante resaltar que el precedente era aplicable en materia tributaria desde 1959, cuando el Tribunal Fiscal era independiente de la Corte Suprema, y que el cambio realizado en la reforma constitucional de 1992 extendió este mecanismo a todas las demás materias: “*para lo tributario fue perfecto, pues eso sirvió para consolidar el conocimiento de la materia tributaria...*”.

Todo esto boicoteó los fines que se buscaba alcanzar con este mecanismo: racionalizar la jurisprudencia, garantizar los derechos de igualdad y seguridad jurídica respecto de las partes procesales y asegurar la eficiencia en la Administración de Justicia. El uso del precedente, desafortunadamente, fue ilustrativo de la sentencias y no se entendió que era una invitación a los jueces para fortalecer a la jurisprudencia en el sistema de fuentes y, al mismo, posicionar al juez como creador de Derecho.⁸

Según José Vicente Troya, uno de las grandes dificultades para la aplicación de los fallos de triple reiteración no ha sido la normativa, sino razones organizativas como la conformación de varias salas sobre un mismo tema, lo cual ha facilitado que se presenten fallos contradictorios. Además, opina que la Corte puede dirimir los fallos contradictorios según la normativa existente, que existen casos en los cuales los fallos de triple reiteración son aplicados en las sentencias de los jueces inferiores; y, que en caso de que no se lo realice de esta manera, su infracción es plenamente casable.⁹ En similar sentido se manifiesta, Hernán Salgado.¹⁰

En la importante reforma de 1992, también se creó la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se concentró el control jurisdiccional de la constitucionalidad. Esta reforma fue fundamental, pues eliminó la exclusividad del Congreso Nacional en el control de la constitucionalidad y abrió el camino a un sistema de justicia constitucional¹¹

⁸ Luis Ávila, *Jurisprudencia Obligatoria de la Corte Suprema del Ecuador: Fallos de Triple Reiteración*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005.

⁹ José Vicente Troya, op.cit, s/p.

¹⁰ Hernán Salgado, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.

¹¹ Luis Fernando Torres, *La Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Cuadernos Constitucionales, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003, p.20. No obstante, este autor, afirma que la aparición de la justicia constitucional coincide con el retorno a la democracia en 1979 (“consolidación de la democracia”), pues se le otorga a la Corte Suprema el control abstracto de la constitucionalidad. En mi opinión, la justicia constitucional sólo es posible el momento que aparece el control jurisdiccional como exclusivo y definitivo en manos del TC, lo cual impide la revisión de sus sentencias por otro organismo. Esto sólo ocurre en la reforma constitucional de 1996, a pesar que se conserva aún figuras de control indirecto a través de nombramiento y destitución de los magistrados del TC a través de juicio político, por citar ejemplos. Este mismo autor, sin embargo, afirma que verdaderamente se estructuró la justicia constitucional en la década de los noventa, debido al apareamiento de nuevos actores políticos y el desgaste de las reglas de la democracia, lo cual hizo necesario un guardián de la Constitución. Néstor Sagüés, “Tribunal Constitucional e Interpretación Constitucional. Una mirada a los Tribunales Constitucionales”, en Comisión Andina

Luego fue la reforma constitucional de 1996 la que permitió al Tribunal Constitucional sustituir a la mencionada Sala y al Tribunal de Garantías Constitucionales que aún seguía en funciones, dentro del paquete de reformas constitucionales enviadas por el entonces Presidente de la República, Sixto Durán Ballén, fruto del trabajo de un equipo de notables, y como consecuencia de la consulta popular de 1994. Lo que se buscaba con esta reforma era fomentar la gobernabilidad y la modernización de las instituciones estatales.¹²

Esta reforma fue completada por la no menos importante introducida por la Asamblea Nacional de 1997 que elaboró la Constitución vigente. Se dio así un giro inédito en el Ecuador al implementar realmente un sistema de justicia constitucional, el cual aún está en desarrollo. En este nuevo paradigma, se sometió al control jurisdiccional casi toda la actividad del Estado, cuyo rasgo más importante supone una ruptura radical con nuestro pasado constitucional:

“la piedra angular de la protección de los derechos fundamentales es el control jurisdiccional. Solamente cuando el derecho fundamental puede ser alegado por su titular ante un Tribunal de Justicia, es posible hablar realmente y en sentido integral de protección”¹³.

No obstante, no se consideró ninguna norma en la Constitución respecto del valor de las sentencias constitucionales o de su posible aplicación que no sea el efecto de ejecutoria,¹⁴ con lo

de Juristas, *Serie de Lecturas Constitucionales Andinas*, No. 4, Perú, 1995, pp. 18-19. Los requisitos para la existencia de una justicia constitucional: a) independencia del órgano de control; b) rigidez constitucional; c) carácter decisorio del órgano de control; d) amplia legitimación procesal; y, e) amplia cobertura de control.

¹² Luis Ávila, *Efectos de la Declaratoria de Inconstitucionalidad*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, pp. 14-18.

¹³ Gregorio Peces-Barba Martínez, “Curso de derechos fundamentales”, Teoría General, Universidad Carlos III de Madrid, España, 1999, pp. 501-546, citado por Ramiro Ávila, “Garantías Constitucionales en tiempos de Constitucionalismo”, en Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar sede de Quito, *Revista Aportes Andinos*, No. 19, Quito, 2007.

¹⁴ **Art. 278.-** La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno (Decreto Legislativo s/n, Constitución Política de la República del Ecuador, RO 1: 11-ago-1998).

cual se quiso decir que las sentencias del TC no pueden estar sujetas a revisión y que tienen efecto de cosa juzgada formal.¹⁵

Esta norma faculta al TC a interpretar la Constitución con bastante libertad a partir de los casos concretos, y permite proyectar su obligatoriedad sobre todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, es posible la aplicación del precedente en los casos similares sin que esta atribución deba estar necesariamente consignada en una norma positiva. Sería viable por vía simplemente jurisprudencial.

Por otra parte, la Constitución vigente mantuvo formalmente la interpretación generalmente obligatoria de las normas constitucionales en el Congreso Nacional, y dejó al Tribunal Constitucional, implícitamente, la interpretación por vía jurisprudencial,¹⁶ dicotomía que ha provocado muchas tensiones entre la Legislatura y el TC.¹⁷

En resumen, la normativa ha consagrado una **interpretación constitucional funcional**, es decir, aquella que permite que varios organismos interpreten la Constitución con efectos obligatorios generales (Congreso Nacional, Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia), pero con particularidades especiales.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano coexiste una competencia que permite efectos de vinculación general. Esta es la **interpretación constitucional explícita o**

¹⁵ Luis Ávila, *Efectos de la...*, op.cit., p. 65.

¹⁶ **Art. 284.-** En caso de duda sobre el alcance de las normas contenidas en esta Constitución, el Congreso Nacional podrá interpretarlas de un modo generalmente obligatorio. Tendrán la iniciativa para la presentación de proyectos de interpretación constitucional, las mismas personas u organismos que la tienen para la presentación de proyectos de reforma, su trámite será el establecido para la expedición de las leyes. Su aprobación requerirá del voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional (Decreto Legislativo s/n, Constitución Política de la República del Ecuador, RO 1: 11-ago-1998).

¹⁷ Corporación de Estudios y Publicaciones, “Acción de Inconstitucionalidad e Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad”, *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, t. I, Quito, 2004, p. 118. Esto ha provocado más de un conflicto entre el Congreso Nacional y el Tribunal Constitucional, donde la posibilidad de un juicio político que lleve a la destitución de los vocales del TC por parte del Congreso, ha influido profundamente en las decisiones del TC, tal como ocurrió en la declaratoria de inconstitucionalidad de varias resoluciones de la Asamblea Constituyente de 1997, sobre la terminación del período de los diputados nacionales, toda vez que la Asamblea había determinado que todos los diputados serían provinciales, con lo cual se declaró inconstitucional, de alguna manera, la Constitución misma. Este caso peculiar amerita un estudio mucho más profundo que desborda el objeto de este estudio, pero valga decir, además, que el Congreso Nacional, más allá de la continua amenaza de destitución ya mencionada, no ha podido tampoco realizar formalmente una interpretación constitucional, tal vez debido al quórum calificado que se exige de 2/3, lo cual lo ha vuelto este mecanismo poco eficaz.

formal, la cual consiste en la interpretación legislativa y la inclusión de mecanismos plebiscitarios, como verificación de espacios orgánicos de participación ciudadana.

Además, se establecen dos formas de **interpretación constitucional implícita o material**, cuyos efectos vinculantes nacen únicamente del proceso: a) **interpretación jurisdiccional ordinaria**, a través de la aplicación de las normas constitucionales por parte de todos los jueces, y por la Corte Suprema de Justicia en el control abstracto; y, b) interpretación jurisdiccional especial a cargo del TC.

La interpretación constitucional formal no ha sido utilizada debido a la dificultad procedimental y a problemas del sistema político, pero eso no ha ocurrido con la interpretación constitucional material, la cual, centrada en el ejercicio de la interpretación jurisdiccional especial a cargo del TC, ha permitido la ampliación y aplicación democrática de los derechos humanos. Esto es lo que se puede considerar como un proceso contemporáneo de *constitucionalización* de los derechos humanos¹⁸

Ahora, este proceso de *constitucionalización* está aún inconcluso, frenado por la fuerza de la tradición formalista de los operadores jurídicos y los abogados litigantes. Un caso ejemplar fue la inconstitucionalidad de la caducidad de la prisión preventiva (prisión en firme).¹⁹ Quedan pendientes de realización efectiva los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los Derechos Colectivos y Difusos, casos en los cuales se han dado, no obstante, ciertos avances.²⁰

Este proceso de *constitucionalización*, se realiza a través de la **incorporación formal**: a) del estatuto de derechos humanos, los cuales quedan, desde ese momento “constitucionalizados”;

¹⁸ Luigi Ferrajoli, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez (coord.), Estado Constitucional y Globalización, Porrúa UNAM, México, 2001, p. 192.

¹⁹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 0002-2005-TC, cs. 0002-2005-TC, *Silvana Sánchez y otros*, RO-S 382: 23-oct-2006.

²⁰ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 006-2002-TC, cs. 006-2002-TC, RO 623: 22-jul-2002, *José Castillo, Presidente del Comité de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AMAE*. En este caso se protege el derecho al trabajo de un empleado municipal sin fórmula de proceso. Se declara inconstitucional, pero se abstiene de ir más allá. Incluso, limita la fuerza de su sentencia por una cuestión vinculada a la realidad presupuestaria de la Municipalidad: “... este Tribunal observa, adicionalmente, los graves efectos jurídico-sociales y políticos que traería la declaratoria de inconstitucionalidad del Presupuesto estatal que se encuentre en plena ejecución... (CXII)...”

y, por lo tanto, son normas jurídicas plenamente judiciales; y, b) de principios concretos de interpretación en el texto constitucional, los cuales, terminan siendo casi reglas y no principios propiamente dichos. Así tenemos, por ejemplo, principio de unidad, de coherencia, de progresividad, etc...²¹

Luego, la misma Constitución estableció mecanismos de garantía que abren la posibilidad de aterrizar estos conceptos a través de la interpretación constitucional como una tarea implícita a través de las acciones de amparo constitucional, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública. Se controla así indirectamente la constitucionalidad y directamente se pone en vigencia los derechos fundamentales: “*Si no existe control constitucional, los derechos fundamentales carecen de verdadero reconocimiento.*”²²

A esto es lo que se puede denominar **incorporación material**, para lo cual el Tribunal Constitucional, debe aplicar los principios de interpretación formales, y enunciar sus propios principios de interpretación.²³ Un ejemplo de estos principios hermenéuticos realizados por el TC es el de realidad social, que permite, en ciertos casos, considerar los posibles impactos jurídico-sociales de las decisiones constitucionales.²⁴

Por último, es necesario considerar la aplicación de los principios ponderados en los casos concretos, a partir de la interpretación de la Constitución, documento axiológico, que

²¹ Pablo Pérez Tremps, “Los Derechos Fundamentales: teoría general”, en Corporación Editora Nacional Tribunal Constitucional del Ecuador y otros, *Los Derechos Fundamentales*, Quito, 2004, p. 26. Este autor establece que la Teoría General de los Derechos Fundamentales propone al intérprete constitucional una especial vinculación: negativa, en tanto establece los límites del ordenamiento jurídico y su interpretación; y, positiva, en la medida que permite que todas las situaciones sean interpretadas de acuerdo a los derechos fundamentales en último término.

²² Luis Fernando Torres, op.cit., p. 55.

²³ Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1985, p. 113. Wróblewski, en la interpretación constitucional, advierte que puede encontrarse una función contralora que es política, lo cual es una consecuencia lógica de la naturaleza de la norma constitucional. A esto, debe sumarse la función de interpretar para el caso concreto desde la dinámica política. Esto crea una tensión entre la problematización política de las situaciones jurídicas y la interpretación jurídica de las cuestiones políticas.

²⁴ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 006-2002-TC, cs. 006-2002-TC, RO 623: 22-jul-2002, *José Castillo, Presidente del Comité de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AMAE*.

contiene principios y no reglas.²⁵ Estos principios serían mandatos de optimización (principios) en contraposición a aquellas que contienen una hipótesis de hecho (reglas).²⁶

Esta última idea adquiere especial relevancia respecto de la acción de amparo constitucional, donde la ponderación tendrá su campo más fértil. Será la acción de amparo el objeto de esta investigación respecto de la necesidad de aplicar el precedente constitucional a sus decisiones.

Frente a la realidad actual del precedente y la actividad interpretativa de los jueces, es necesario solucionar los problemas estructurales del diseño constitucional del sistema de justicia, ordinario y constitucional,²⁷ con el fin de garantizar una actividad interpretativa profunda y creativa, y a partir de allí, incorporar el precedente a la justicia constitucional.²⁸ Este es un imperativo del Estado constitucional y la consagración del antiformalismo judicial como una realidad latinoamericana en expansión.²⁹

A pesar de estos importantes cambios y la identificación de las debilidades proyectadas por la realidad institucional y del diseño constitucional aludidos en esta parte introductoria, no existe un balance integral o estudios sistemáticos sobre el impacto de la justicia constitucional y la actividad del Tribunal Constitucional en el Ecuador,³⁰ lo cual facilitaría este estudio; sin

²⁵ Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, España, Editorial Ariel S.A., 3ra. Edición, 1995.

²⁶ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos. escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. La palabra ponderación, etimológicamente, deriva de *pondus* que significa peso. Ponderar supone, entonces, **pesar o sopesar** los principios en **colisión** respecto de un **caso concreto**, y la forma de aplicación de los mandatos de optimización (principios). La ponderación es **método de interpretación** y de **aplicación** de los principios. La colisión es posible cuando dos principios, a primera vista, son aplicables a un caso concreto

²⁷ García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994, p. 195, Marco Morales, *Justicia Constitucional en la Actualidad*, Instituto de Derecho Público Comparado y Facultad de Ciencias Sociales, Quito, Editora Nacional, 2002; Julio César Trujillo, “Las Garantías Constitucionales”, en Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, *Memoria de Eventos de Derecho Constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2000, p. 18.

²⁸ Gustavo Zagrebelsky, *¿Qué es ser Juez Constitucional?*, Revista Dikaion, No. 15, Colombia, Universidad de La Sabana, noviembre de 2006, p. 8.

²⁹ Diego López, *Teoría Impura del Derecho. La transfiguración de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, pp. 428-429.

³⁰ Claudia Escobar, *Prácticas Constitucionales y Discrecionalidad Judicial*, Revista de Derecho Foro, No. 6, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador, 2006. En este ensayo, uno de los temas importantes insinuados es la poca comprensión que en Ecuador se tiene de la interpretación constitucional, lo cual se relaciona con un no entendimiento de la normatividad y supremacía constitucionales como principios sustanciales del control de la constitucionalidad.

embargo, se suplirá esta ausencia a través varios estudios, nacionales y extranjeros, y los hallazgos de una investigación de campo con el fin de realizar un acercamiento a los mecanismos adecuados para la implementación del precedente constitucional en el Ecuador, y a través de él consagrar al Tribunal Constitucional como el intérprete supremo de la Constitución, con lo cual se realizaría la triple función del Tribunal Constitucional –y, por tanto, de la justicia constitucional- en la actualidad, de acuerdo a lo observado por Smend, citado por García de Enterría:

“el Tribunal Constitucional cumple una triple tarea. Por una parte, crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico una justicia independiente del más lato rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en las que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente, lucha por los derechos y de los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.”³¹

Este estudio abordará en el Capítulo I la problemática del precedente constitucional y responderá a las preguntas: a) ¿cómo se aplica el precedente de manera general y cómo debe aplicárselo a las sentencias de amparo constitucional?; y, b) ¿cómo esta aplicación puede fortalecer la justicia constitucional y al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución?

Luego, en el Capítulo II expondré los resultados del informe público de investigación cualitativa a partir de un estudio de campo realizado mediante entrevistas en profundidad a los asesores del Tribunal Constitucional. Se espera descubrir las subjetividades respecto de cómo y en qué medida se aplican los criterios de las sentencias anteriores en las posteriores. Y si esto no

³¹ García De Enterría, Eduardo, op.cit., 1994, p. 197.

ocurre, en tal caso, cuáles serían los mecanismos de implementación o no implementación sugeridos por estos operadores de la justicia constitucional.

Finalmente, en el Capítulo III, se realizará la comparación entre los hallazgos de la investigación de campo con lo determinado por la doctrina y la legislación comparada del Capítulo I, respecto de los mecanismos de implementación del precedente constitucional. En este capítulo se intentará sugerir los mecanismos idóneos respecto de nuestra realidad institucional para implementar el precedente constitucional.

En definitiva, a partir de todo esto, se retoma la famosa frase del epígrafe de Charles Evans Hughes con el fin de introducir al debate científico partir este trabajo de investigación: **“Estamos sujetos a la Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es.”**

Este poder de los jueces se materializa en el valor vinculante y normativo de sus sentencias, por sobre las previsiones técnicas tradicionales respecto del uso del precedente, que buscan únicamente establecer la racionalidad de la doctrina jurisprudencial. Incluso, se pone en cuestión el sistema de fuentes del Derecho, el principio de separación de poderes en nuestros ordenamientos jurídicos, y la naturaleza misma de la justicia constitucional que se abre como un instrumento de participación de los jueces en el mejoramiento del consenso democrático.

Capítulo I

Importancia del Precedente Constitucional en la Acción de Amparo

I. Fundamentación del precedente en la acción de amparo constitucional

El precedente es un mecanismo jurisdiccional de origen anglosajón que se lo conoce como *stare decisis*, y consiste en la aplicación de criterios utilizados en sentencias anteriores en casos posteriores: “... el precedente judicial no es sino la decisión judicial anterior a un caso concreto que será utilizada para la solución de casos posteriores...”³².

Una de las particularidades fundamentales en la aplicación del precedente en los países del *common law*, es que da a la jurisprudencia un carácter *fonticio*, es decir, constituye una fuente formal del Derecho, vale decir obligatoria *erga omnes*; mientras que, en los ordenamientos jurídicos tributarios del Derecho Romano o *civil law*, ha sido la ley, decidida por los parlamentos la principal fuente formal del Derecho y la jurisprudencia ha tenido un valor de fuente auxiliar o a lo sumo de una fuente formal con un valor atenuado o argumentativo: “...los precedentes se consideran argumentos o técnicas argumentativas que asisten al juez en el razonamiento jurídico, en la justificación de las decisiones judiciales...”³³

Causas históricas y políticas han diferenciado estas dos tradiciones jurídicas que no es del caso analizar en detalle.³⁴ Esta realidad de la jurisprudencia en el *civil law* no ha permitido el

³² Leonor Moral Soriano, *El Precedente Judicial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002, p. 127.

³³ *Ibíd.*, p. 129

³⁴ Luis Ávila, *Jurisprudencia Obligatoria...*, p. 19-22. Mientras en Inglaterra los jueces sirvieron para instrumentar las luchas de los terratenientes y la burguesía en contra de la Corona, y en Estados Unidos el precedente fue incorporado como una forma de racionalizar los innumerables fallos del disperso Derecho Consuetudinario inglés heredado luego de la independencia; en Francia y la Europa continental, la actividad de los jueces fue limitada debido a los abusos de las cortes reales que sirvieron para reprimir a la burguesía y los terratenientes, por lo que fueron los parlamentos el espacio donde se sintetizaron los intereses sociales a través de la ley, relegando a los jueces a una aplicación automática de las previsiones omnímodas escondidas en la norma legal.

desarrollo del precedente, debido a la atrofia histórica de la función jurisdiccional por la preeminencia de la ley:

“Esa palabra de jurisprudencia de los tribunales, en la acepción que tenía en el antiguo régimen, nada significa en el nuevo; debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que cuenta con una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales, no es otra cosa que la ley, así hay siempre identidad de jurisprudencia”³⁵

Pero, luego de la segunda post guerra y, más concretamente por los efectos de la globalización actual, se ha producido lo que se ha llamado *pluralismo jurídico*, según el cual los ordenamientos jurídicos se han vuelto permeables unos con otros, permitiendo la creación de novedosas jurisdicciones a nivel supranacional, e incorporando ciertos cambios respecto del sistema de fuentes y, por tanto, de los sistemas jurídicos, de tal manera que en los países del *common law* se ha dado mayor importancia a la ley como fuente de Derecho; mientras, que en los países del Derecho Romano, la jurisprudencia ha ido ganando terreno, a través de la sentencias de los jueces.³⁶

Desde la teoría constitucional, este fenómeno se explica por la búsqueda de elementos axiológicos en los textos constitucionales luego de los abusos del formalismo jurídico que había permitido el surgimiento de gobiernos autoritarios y totalitarios. A partir de esto, aparece una normativa jurídico-política que instituyó los derechos humanos como una categoría universal que progresivamente se impone. Junto a este fenómeno, debe considerarse el influjo del éxito del *judicial review* en los Estados Unidos.³⁷

³⁵ Zúñiga, Francisco, “Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente”, Chile, en Centro de Estudios Constitucionales de Talca, *Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, julio de 2006, p. 157. Decreto del 27 de noviembre de 1790, declaración de Roberpierre respecto del debate de los institutos de la casación y la *référé législatif*.

³⁶.Ibíd., p. 29-36.

³⁷ García De Enterría, Eduardo, op.cit., p. 49-59.

Estos dos fenómenos, el pluralismo jurídico y el establecimiento del Estado Constitucional, han permitido que en los países del *civil law*, entre ellos, los latinoamericanos, se esté dando mayor importancia a los criterios de las sentencias, lo que supone que “los litigios deben ser resueltos según principios obtenidos inductivamente de la experiencia judicial del pasado, no por el método deductivo de normas establecidas...”³⁸

No obstante, esto no quiere decir necesariamente que en los países latinoamericanos se haya modificado radicalmente el sistema de fuentes del Derecho respecto de darle a la jurisprudencia el valor de fuente formal, sino que ha ocurrido que, a través de la consagración del Estado Constitucional, ha sido la Constitución la que se ha posicionado como una fuente por sobre la ley.

Por otra parte, el cambio cualitativo en este posicionamiento fonticio está en relación directa e interdependiente entre la labor creativa de los operadores judiciales, ordinarios y constitucionales, y la vigencia de la primacía y normatividad constitucionales. En otras palabras, al tiempo que la Constitución presta la principios generales positivados³⁹ y los valores materializados para fortalecer a un juez garantista de los derechos fundamentales, ésta también adquiere vida a través de la interpretación judicial.

En los siguientes apartados, se expondrán los argumentos generales que fundamentan la aplicación del precedente.

1 Criterios para la aplicación del precedente jurisprudencial respecto de la actividad general de los jueces.

Son dos los argumentos principales para la aplicación del precedente jurisdiccional a la actividad de los jueces. Por un lado, aparece el llamado argumento pragmático, el cual pone

³⁸ Alberto Fernández, *Función Creadora del Juez*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 85.

³⁹ Ramiro Ávila, *op.cit.*, s/p.

énfasis en los beneficios procesales que se obtienen de la aplicación del precedente:⁴⁰ “la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y tribunales, entre otros.”⁴¹

Respecto del pragmatismo se identifica un elemento ejemplificativo, por el cual un argumento permite que a un enunciado normativo se le atribuya el significado que le ha sido atribuido por alguien, y por ese solo hecho⁴². Este argumento denota el uso del precedente como una herramienta simple de interpretación, independiente de su carácter vinculante como fuente del Derecho, por lo cual toma en cuenta una regla de derecho evidenciada en lo que se denomina “*ratio decidendi*”.

Este elemento ejemplificativo, lleva incluso a pensar en la posibilidad de que los criterios jurisprudenciales de un órgano de justicia constitucional pudieran aplicarse por otro órgano similar de otro país, en consagración de lo que se podría llamar una especie de cosmopolitismo de la actividad jurisdiccional:

“Con la figura de los jueces constitucionales estamos hablando no de un Caballo de Troya para afirmar la dictadura universal de los derechos, sino de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales, a través del cuadro de fondo que les da un preciso significado en un determinado momento histórico (disenso de los jueces Breyer y Steven en *Jay Printz c. Unites Status*, 1997)”⁴³.

El mismo argumento pragmático comporta un elemento de autoridad, según el cual, se utilizan actos o juicios de una persona o de un grupo de personas como medio de prueba a favor

⁴⁰ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. y Argentina*, en Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Providencia, Librotecnia, julio-2006, p. 6.

⁴¹ Leonor Moral Soriano, op.cit., p. 129.

⁴² G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Guiffrè, 1980, p. 372, citado por, Leonor Moral Soriano, op.cit., p.

⁴³ Gustavo Zagrebelsky, *¿Qué es ser Juez...*, op.cit., p. 7.

de una tesis⁴⁴. Esta relación depende del nivel jerárquico del cual proviene el argumento, cuya relevancia estará limitada por la relación vertical, horizontal o autoprecedente, y por el principio de independencia judicial.

Sin embargo, este pragmatismo al mismo tiempo reclama cierta mesura y la posibilidad de flexibilizar la aplicación del precedente a partir de una mirada de la realidad procesal y social del caso en concreto, tal como lo hace notar Lief Carter, citado por Sagüés:

“Incluso no ha faltado algún autor, como el estadounidense Lief Carter, que alentara esas mutaciones alegando que la Corte Suprema no es una Academia o una Universidad presta a dar un discurso intelectual con vocación de permanencia, y que lo correcto es que dé a los casos concretos que resuelve, respuestas pragmáticas, exitosas y con fundamento, más que en sus precedentes.”⁴⁵

Luego, tenemos el argumento de justicia formal que hace referencia a la consagración del principio de igualdad: “es decir, que casos iguales requieren un tratamiento semejante. La igualdad como principio moral básico incluye no sólo a los iguales en un momento contemporáneo, sino a los que nos precedieron y nos seguirán en el tiempo...”⁴⁶

El principio de justicia formal, exige que seres o situaciones que integran una misma categoría o grupo sean tratados de forma idéntica.⁴⁷ Para que la regla de justicia sea válida, señala Perelman, el principio de justicia formal debe ser completado con el principio de inercia, gracias al cual es posible introducir cambios en el tratamiento de personas o casos semejantes siempre que éstos estén justificados⁴⁸.

⁴⁴ Ch. Perelman y L.Olbrechts-Tyteca, *Traité de l' Argumentation, La nouvelle rèthorique*, p. 410 yss, citado por, Leonor Moral Soriano, op.cit., p. 132.

⁴⁵ Néstor Sagüés, *La Corte Suprema y el Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Argentina*, Ius et Praxis, No. 1, Chile, Universidad de Talca, 1998, p. 87.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 129.

⁴⁷ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 7.

⁴⁸ Leonor Moral Soriano, op.cit., p. 136.

Esta regla de justicia contiene elementos, lógico y moral, los cuales se justifican en una razón preliminar de universalidad contenida en todos los precedentes anteriores que sirven para argumentar los fallos futuros.

Otra razón de consistencia o justificación interna, que no es otra cosa que el desarrollo del clásico silogismo jurídico, es el principio de coherencia, el cual está íntimamente relacionado con la regla de justicia aquí tratada, pues permite justificar el uso divergente, es decir, la corrección de las premisas del razonamiento jurisdiccional utilizado anteriormente, dándole coherencia en el tiempo⁴⁹.

2. Criterios de aplicación del precedente jurisprudencial en la justicia constitucional.

2.1 Precedente constitucional y las formas de interpretación constitucional.

2.1.1 Interpretación político-funcional.

El desarrollo histórico de los mecanismos de control de la constitucionalidad se ha presentado diverso en la Europa continental y en Norteamérica e Inglaterra, tomados como modelos emblemáticos. Esta diversidad refleja una diferente cultura político-jurídica que trajo como consecuencia, en un primer momento, una distinta configuración conceptual de las normas constitucionales.⁵⁰

De esta manera, las Cortes Reales en la Francia revolucionaria de 1789 fueron de origen noble y se utilizaron como instrumento de persecución política al servicio del Rey, a través de

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 142-152. Esta coherencia presenta dos interesantes puntos de vista. Según Günther, la denominada *coherencia al caso concreto* contienen una justificación interna cuando se busca el significado de las normas y justificación externa que resuelve las dudas a través de otras fuentes, entre las cuales, consta el precedente. El otro punto de vista, la *coherencia discursiva*, es el sostenido por Alexy y Peczenik, que añaden la necesidad de fundamentar otros criterios fuera del de coherencia, en base a cuyo equilibrio, se puede determinar el nivel de coherencia y justificar la divergencia en el tiempo del precedente.

⁵⁰ Luis Ávila, *Efectos de la...*, pp. 1-12.

una amplia discrecionalidad al momento de impartir justicia.⁵¹ El triunfo de la burguesía permitió limitar el poder absoluto. No obstante, los constituyentes franceses desconfiaban de los jueces por los errores del pasado y fue el parlamento el lugar donde se discutiría en adelante las relaciones jurídicas a través de las leyes.⁵²

Emergen entonces: la Ley como manifestación racional y suprema de la voluntad social omnímoda, perfectible y permanente; la función de legislar como expresión privilegiada del poder; y, el Parlamento como conductor natural de esta nueva dinámica estatal: "...el movimiento codificador, originado en la filosofía racionalista y en la concepción del derecho natural del siglo XVIII, creyó en la sabiduría del legislador para establecer códigos con sus leyes eternas y justas...".⁵³

Posteriormente, con la internacionalización de este modelo con Napoleón I, se consolida el parlamentarismo en casi toda Europa y luego se extiende su influencia, en mayor o menor medida, en las colonias europeas del Mundo entero.

Bajo esta situación, la interpretación jurídica termina siendo subsumida dentro de la abstracción legislativa y sometida a criterios de oportunidad social, y de lucha política de los grupos de interés dentro del Parlamento: la interpretación auténtica. Así, la interpretación judicial se convierte en simple y vacía actividad intelectual, dentro de un margen ficticio de discrecionalidad exegética.

De esta manera, desde un acomodamiento de la forma jurídica a la realidad siempre cambiante, regentado por el positivismo jurídico, se crea un conjunto de figuras ficticias de la interpretación jurídica alrededor de la denominada "interpretación legislativa o auténtica":

⁵¹ Pietro Calamandrei, *La Casación Civil*, Tomo I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 313-319.

⁵² Luis Ávila, *Jurisprudencia Obligatoria...*, pp. 17 y 18.

⁵³ Alberto Fernández, *op.cit.*, p. 40.

interpretación judicial, doctrinal y usual.⁵⁴Sólo la interpretación auténtica tiene efectos vinculantes.

No obstante, el carácter político y no judicial de las normas constitucionales, atadas a la dialéctica legislativa, hizo que éstas no fueran objeto de la interpretación legislativa, aún cuando formalmente constara así en la Constitución, sino que, salvo algunas excepciones, las normas constitucionales podían ser modificadas a través de decisiones legislativas (mayoritariamente, leyes ordinarias) de acuerdo al programa de gobierno expresados en los bloques de mayoría.

Esta realidad hizo que no se pudiera hablar propiamente de “interpretación constitucional” en su sentido contemporáneo, sino que nos encontramos ante la interpretación legislativa que permitía ampliar o acomodar el sentido de las leyes.

No obstante la constatación de la existencia de un conjunto de disposiciones de carácter axiológico⁵⁵, la Constitución sufrió su división clásica: dogmática y orgánica. Es justamente la parte orgánica la que estaba sujeta a cambios, mientras la parte dogmática se mantuvo inmutable, pues se concebían como valores superiores e inmutables, que no estaban sujetos a interpretación de ningún tipo.⁵⁶

En resumen, en los países del *civil law* esta parte dogmática se entiende como un conjunto de valores abstractos sobre los cuales descansa el sistema político. Sin embargo, la tendencia actual es aplicarlos como principios vinculantes y concretos para la moderna interpretación constitucional.⁵⁷

⁵⁴ Pacheco, Máximo, *Teoría del Derecho*, Santiago de Chile, 4ta. Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 379. Esta aburrida y casi sacramental clasificación se ve en muchos autores positivistas. Para este estudio, cito únicamente a éste, pero la lista es demasiado larga y exhaustiva que me limito a esta sola mención.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 19 y 20. Los derechos fundamentales constituyen un concepto moderno que hace referencia a los Derechos Humanos constitucionalizados.

⁵⁶ Manuel Aragón, *El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico*, en Interpretación Constitucional, Tomo I, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México UNAM, México, 2005, p. 36.

⁵⁷ Daniel Jhon Meador, *Los Tribunales de los Estados Unidos*, Pereznieto Editores, Derecho Comparado, México, 1995, p. 71. Este tipo de interpretación no es exclusiva del *civil law*, sino que también puede observarse en los países del *common law*, como ocurre en Inglaterra donde no existe una Constitución como tal, y en los Estados Unidos a través de las enmiendas constitucionales que amplían la aplicación de los derechos fundamentales.

2.2 Interpretación jurídico-funcional.

En Norteamérica ocurrió que los inmigrantes y colonos ingleses adoptaron el sistema jurídico del *common law* que había sufrido un proceso de elaboración profundo desde la judicatura a través de la teorización de Locke y Coke.⁵⁸

La judicatura había sido en Inglaterra una plataforma de lucha política de los burgueses y terratenientes en contra de los abusos de la Corona.⁵⁹ Las cortes estaban descentralizadas completamente y regidas por la costumbre local.⁶⁰ Los jueces adoptaban reglas flexibles de procedimiento que llamaban *writs*.

Estas normas de procedimiento desembocaron en *The Charta Magna Libertatum*, *The Bill of Rights*, y el *Habeas Corpus Amendment Act*, entre otros.⁶¹

Este mismo orden de cosas se mantiene en la Norteamérica del siglo XVIII, con la diferencia que los Estados Unidos de América nacen como respuesta a una lucha antimonárquica y antiabsolutista, por lo cual se incorporan los Derechos Individuales en la Declaración de Virginia (1776), y se toma el modelo republicano de la Francia revolucionaria en la Constitución de 1787.

No obstante, Franklin, Washington y Lincoln, entre otros, incorporan dos aspectos originales que influirán luego en la forma de interpretar la Constitución.

Primero, el régimen político-administrativo federal, el cual influyó en el organigrama funcional de la judicatura, y en los niveles de aplicación del Derecho escrito: estadual y estatal. Esta conformación hizo necesario el uso de los precedentes jurisprudenciales con el fin de evitar

⁵⁸ Eduardo García De Enterría, op.cit., pp. 52-53.

⁵⁹ Jhon P. Roche, *Tribunales y Derechos: el Poder Judicial Norteamericano en Acción*, México D.F., Editorial Letras S.A., 1965, pp.31-35.

⁶⁰ Luis Ávila, *Jurisprudencia Obligatoria...*, op.cit., p. 22.

⁶¹ Luis Ávila, *Estudio Preliminar: Hábeas Corpus*, en *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, Tomo III: Acción de Hábeas Corpus, Hábeas Data y Otras Competencias del Tribunal Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004, pp. I y II.

la dispersión y las contradicciones. Incluso, en un principio se realizaron algunas codificaciones de estos precedentes, con el fin de darle al sistema mayor coherencia y certeza jurídica.

En segundo lugar, el legislador norteamericano creó en la Constitución, sobre la base de su origen popular,⁶² una más rígida separación de poderes que su símil francés, garantizando un nivel aceptable de independencia de los jueces. Éstos crean el Derecho a través de la cultura del precedente jurisprudencial.

Este modelo de separación de poderes se replicó también en el nivel estadual. Esto trajo como consecuencia la consagración de un perfil del juez norteamericano, dinámico, transformador y creador del Derecho, hecho que desemboca en el famoso *judicial review*, bajo las premisas de la normatividad y la supremacía constitucional que se inaugura con la sentencia “*Marbury vs. Madison*” de 1803.

No obstante, el legislador norteamericano reservó para sí la facultad de interpretar la Constitución. Así, en este modelo de separación de poderes, fue claro que el gobierno (actividad administrativa, política pública y dirección política del Estado) era casi exclusivo del Ejecutivo, y que la judicatura no debía subordinación en su labor creadora del Derecho. Mientras que la Legislatura asume la interpretación de los derechos individuales, la realización de las necesidades sociales a través de las leyes ordinarias y las enmiendas constitucionales.

Esta es una verdadera interpretación constitucional, no sólo porque la norma constitucional es el objeto de aquella, sino también porque ésta adquiere vida y aplicación vinculante al conjunto de la sociedad como norma judicial y suprema.

Esta última aseveración es una característica original del constitucionalismo norteamericano, pues el sujeto pasivo de la obligatoriedad constitucional no es únicamente el bloque de instituciones o funcionarios públicos, sino todos y cada uno de los ciudadanos.⁶³

⁶² Eduardo García De Enterría, op.cit., p. 44.

⁶³ Humberto Sierra Porto, *Sentencias de Inconstitucionalidad, Temas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”, 1995, p. 19.

Parecería ser que los fundadores de los Estados Unidos sustituyeron el sagrado culto al monarca y a la tradición, por la veneración pragmática a la Constitución.

Por otro lado, esta misma conformación permitió una constante revisión desde la judicatura de la normativa vinculante y suprema de la Constitución, con el fin de sustentar los casos concretos.

Este modelo fue implementado tardíamente en Europa, sobre la base normativa de la Constitución de *Weimar*, y más concretamente en la Constitución de Austria de 1920, elaborada con la regencia de Kelsen.⁶⁴

Estos mecanismos resultaron ser avances importantes, pues, formalmente, se convirtieron las normas constitucionales en una fuente formal de la actividad jurídica y se abrió el camino para un análisis jurídico-político a partir de la normativa constitucional por fuera del Parlamento.

Por otra parte, la división de los constitucionalistas clásicos entre normas dogmáticas y orgánicas en la Constitución fue perdiendo utilidad al presentarse para el control de la constitucionalidad por el llamado “legislador negativo”,⁶⁵ casos particulares que lo obligaban a aplicar normas abstractas (principios jurídicos) que se relacionaban fuertemente con los derechos fundamentales.

Podría decirse que el principio de supremacía constitucional que surgió de esta coyuntura fortaleció el carácter fonticio de los principios jurídicos contenidos en las normas constitucionales. Este modelo se vio complementado luego de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948, pues apareció la necesidad de incorporar estos derechos humanos (estatuto político internacional consensuado) en los ordenamientos jurídicos de los países del Mundo, proceso que se realizó lentamente hasta el final de la década de los 70.

La necesaria incorporación de este estatuto político (derechos humanos) a los ordenamientos jurídicos particulares con el nombre de “derechos fundamentales”, por un lado

⁶⁴ Guillermo Gasió, Estudio Preliminar, Hans Kelsen, *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, p. 18.

⁶⁵ Hans Kelsen, op.cit., p. 37.

permitió tener principios jurídicos bajo cierto margen de discrecionalidad, pero, lo más importante, perfeccionó el carácter fonticio de la Constitución; y, por tanto, se implementó, automáticamente, el principio de normatividad de la Constitución.⁶⁶

Por último, esta nueva configuración de las funciones del Estado desencadenó un fenómeno de judicialización de las constituciones⁶⁷, lo cual se verificó en muchos casos en el auge del denominado control jurisdiccional difuso de la constitucionalidad,⁶⁸ fenómeno que ha provocado fuerte resistencia en los parlamentos.⁶⁹

En definitiva, esto ha permitido la funcionalidad del sistema político moderno en los países del *civil* y *el common law* para la interpretación de la Constitución, a través de varias instancias de interpretación: el Parlamento, la judicatura, y, el organismo de control de la constitucionalidad.

2.3 Interpretación jurisdiccional exclusiva.

No obstante la paulatina instrumentación de los derechos humanos en las constituciones, la Guerra Fría influyó en la base conceptual de la democracias; y, por tanto, en la judicialización

⁶⁶ Rodolfo, Vigo, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2001, p. 61 y 62.

⁶⁷ Robert Alexy, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en edición de Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, Editorial Trotta, España, 2003. Es real la contradicción entre la judicialización de los derechos fundamentales y la pérdida de tutela legislativa de las mayorías representadas en los legisladores. No obstante, opone la necesidad de crear una representación argumentativa que, en definitiva, sería la apropiación juicios de valor bajo una labor interpretativa de los derechos fundamentales, que no se contraponga a la labor legislativa, sino que la complemente o sea un camino de discernimiento de razones equilibradas, de entre las cuales se adoptará aquella que resulte más adecuada al caso. Alexy defiende la teoría alemana de la argumentación jurídica como método de interpretación constitucional, toda vez que identifica como causa endógena de conflicto los procesos de elaboración de la voluntad popular bajo el sistema de las mayorías absolutas y la nueva escala axiológica sobre la cual pretende descansar una democracia inclusiva y participativa. La debilidad de esta conceptualización se halla en que termina cayendo en la misma ingenuidad, pero en otro plano, que el autor critica tan agriamente en el artículo, pues la representación argumentativa que busca limitar a la legislatura no es más que una sutil técnica de persuasión que también se mantiene en el plano de una función pública racionalista, sensata y virtuosa.

⁶⁸ Luis Ávila, op.cit, *Efectos de la...*, op.cit., pp. 12-17.

⁶⁹ Roberto Gargarella, “Las Amenazas del Constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, pp. 4 y 18.

de los derechos fundamentales al interior de los Estados. En consecuencia, su implementación constitucional estuvo tremendamente ideologizada.⁷⁰

Sin embargo, se fue abriendo espacios para integrar estos derechos por fuera de la discusión política, a través de diversos espacios desde los organismos intergubernamentales, sociedad civil y sectores progresistas en el Mundo entero que supuso la organización de declaraciones, conferencias, y un bloque de normativa internacional para garantizar su cumplimiento. Se crearon, también, mecanismos universales y regionales para la protección jurisdiccional de los derechos humanos.

Toda esta lucha por hallar valores y elaborar parámetros para instrumentar una moral crítica en los ordenamientos jurídicos, llevó a la adopción paralela de mecanismos constitucionales de defensa de derechos y de aseguramiento de la supremacía y normatividad constitucionales al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales: el control de la constitucionalidad.⁷¹

La tendencia generalizada de este proceso de doble dinámica (normatividad internacional y nacional), se aceleró luego del fin de la Guerra Fría. Entonces, el debate sobre los fundamentos de la democracia se transformó radicalmente, y lentamente se están imponiendo las ideas de universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad e integralidad de los derechos humanos.⁷²

Esto significó el inicio de una nueva era de los derechos humanos que considera que los derechos civiles, políticos, y las libertades civiles, junto con los derechos económicos, sociales y

⁷⁰ Derechos de Protección del Medio Ambiente, Derechos de los Consumidores, Derechos de las Colectividades (tercera generación), Derechos de los Grupos Vulnerables (cuarta generación). Es importante también resaltar algunos espacios importantes donde se tratan temas relacionados como es el Foro Social que nace como una alternativa al Foro Económico Mundial que se reúne desde 1971. Este Foro Social se organiza por primera vez el 2001, paralelamente al Foro Económico Mundial que se celebró en Seattle, como un espacio de sociedad civil y sectores progresistas en oposición a la política neoliberal de los países del denominado “Primer Mundo”. Así, por un lado, los Estados del bloque liberal sentaron las bases de sus democracias sobre la realización de los derechos y libertades civiles y políticos (primera generación); mientras que, los Países del bloque socialista basaron su régimen político-administrativo en los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación). Posteriormente, se incorporan nuevas generaciones de derechos, vinculados a una tercera vía que nace de los movimientos sociales y ecologistas luego de Mayo del 68 ampliando el plexo de derechos fundamentales.

⁷¹ Alonso García, “La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo”, en Miguel Carbonell, ed., *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003, pp. 164-167.

⁷² Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, del 14 a 25 de junio de 1993.

culturales, y los derechos del medio ambiente, del consumidor, de los grupos de atención preferente y otros nuevos derechos tienen la misma relevancia como fundamento de la democracia en los Estados contemporáneos.

Incluso, el principio de progresividad de los derechos humanos abre el inventario normativo de los derechos humanos hasta el infinito, pues supone la idea de que es posible que nuevos derechos puedan incluirse a partir de la dignidad humana.⁷³

En consecuencia, esto profundizó el proceso de judicialización de los derechos fundamentales al interior de los Estados a través de un diseño distinto de las Constituciones.

Entonces, no es raro que la potestad de interpretación de las normas constitucionales experimente en la contemporaneidad un desplazamiento desde el ámbito exclusivo de la legislatura hacia la judicatura especializada en lo constitucional.

Esto es lo que se ha denominado como el principio de supremacía de la interpretación constitucional:

“La Constitución asegura una unidad de ordenamiento esencialmente sobre la base de un orden de valores materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de Derecho, que al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva.”⁷⁴

De esta manera, los órganos de control de la constitucionalidad asumen un doble rol respecto de la interpretación constitucional: por un lado, como garantes de la supremacía de la constitucionalidad; y, por otro, como defensores de los derechos fundamentales. En este doble

⁷³ Este nuevo paradigma rompe, entonces, con la elaboración teórica generacional de los derechos humanos, y desplaza el discurso de su defensa desde lo ideológico hacia su realización real.

⁷⁴ García De Enterría, Eduardo, op.cit., 1994, p. 98.

rol, la interpretación ocupa un eje transversal y unificador que baja el ejercicio de la democracia desde los altares de la institucionalidad a la realidad social.⁷⁵

De esta manera, existe modelos que permiten que sea el organismo de control de la constitucionalidad quien sea el detentador exclusivo de la interpretación constitucional como ocurre en Venezuela⁷⁶, o que permita una interpretación funcional como la tratada anteriormente, pero con una legitimidad socio-política en ascenso del organismo de control, como ocurre en España, Perú y Colombia.

3 El precedente constitucional y el Estado constitucional.

3.1 La materialización de los derechos fundamentales a través las garantías constitucionales.

La sociedad contemporánea aparece como una realidad compleja, dinámica y de cambios acelerados dentro de una sociedad llena de variadas expectativas ciudadanas.

Los sistemas jurídicos también se hacen más complejos y presentan las siguientes características: a) el acelerado cambio; b) densidad, completud y ubicuidad (no quedan vacíos); c) la legitimación del Derecho es instrumental, pues es legítimo en cuanto sirve para satisfacer intereses individuales y colectivos; d) la revalorización de lo no instrumental del Derecho: los derechos fundamentales; e) la cultura jurídica se globaliza rápidamente; y, f) la individualización de los sistemas jurídicos.⁷⁷

⁷⁵ Antonio Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999, pp. 265-271.

⁷⁶ Jorge Zavala Egas, *Derecho Constitucional*, t. II, Guayaquil, Editorial Edino, 1999, p. 287.

⁷⁷ Lawrence Friedman, *En la Encrucijada: la Sociología Jurídica en los años noventa*, en crítica jurídica, No. 12, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993. Son estas características las que traen como consecuencia una continua crisis de todas las instituciones, que se manifiesta en diversas formas de ingobernabilidad. El test de gobernabilidad realizado por Friedman se enfoca por el aumento de las demandas del público y la inflexibilidad de los Estados de responder a estas demandas, al punto que pierden su propia legitimidad y caen en el caos. Frente a esta realidad, aparece la sociedad, profundamente, individualista, la cual evidencia una

Surge, entonces, un nuevo paradigma sobre la base de los derechos fundamentales, la organización del poder alrededor de jueces que convierten los derechos abstractos en realidades concretas.

De esta manera, en la actualidad, asistimos a la consagración paulatina de una democracia constitucional,⁷⁸ donde las Constituciones aparecen como categorías *supraordenadoras* de la vida social de los pueblos, describiendo los derechos humanos (constitucionalización) y sometiendo a un control *garantista* toda la actividad estatal, lo cual ha significado agregar a la tradicional dimensión política de la normativa constitucional una dimensión sustancial que presupone la imposición de deberes a los Estados, positivos y negativos, a partir de las normas constitucionales.⁷⁹

Este *garantismo*, descrito por uno de sus teóricos principales, Luigi Ferrajoli, es una doctrina que establece la diferencia entre deber ser y el ser, la separación de lo externo (lo político) de lo interno (lo jurídico): se consagra un conjunto de libertades y garantías sociales de realización, sobre la base de una democracia sustancial y no meramente formal.⁸⁰

Respecto del galantismo, la objeción democrática o contra mayoritaria de las normas constitucionales⁸¹ aparece en contraposición de la rigidez de las normas constitucionales, pero no

compleja paradoja: por un lado la reivindicación de la individualidad; y, por el otro, la complejización de niveles de organización social horizontal (movimientos sociales). A criterio del autor, estas formas de organización, al defender la individualidad sobre la base de los derechos fundamentales, reafirman la individualidad aún cuando son procesos sociales colectivos. La dimensión de la crisis de la contemporaneidad alcanza a la ruptura del paradigma del consenso y la lucha social de clase, sustituida por millones de demandas individuales que reclaman reconocimiento para sí en el complejo global.

⁷⁸ Luigi Ferrajoli, “Derechos Fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, eds., *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Luigi Ferrajoli*, Buenos Aires, Editorial Trotta, 2001, pp. 19-56. Ferrajoli advierte una triple dimensión de la democracia constitucional como un paradigma aún embrionario: a) la garantía de los derechos de todos los derechos, de los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales; b) reconocimiento ante los poderes públicos y privados; y, c) aplicable a todos los niveles, nacional, supranacional e internacional.

⁷⁹ *Ibíd.*, pp. 35-40.

⁸⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp-854-865. Sin embargo, este cambio cualitativo en las democracias modernas no está exento de ciertas críticas a la rigidez de las normas constitucionales y su procedimiento de reforma sobre la cual descansa el modelo constitucional.

⁸¹ Hernán Salgado, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007. El entrevistado, ante la pregunta sobre la crítica a la justicia constitucional de no ser democrático, pues los tribunales constitucionales no tienen origen popular y son un grupo de notables, respondió: “esto está superado totalmente. Quien mantendría estos criterios está trasnochado... En el siglo XX se discutía muchísimo esto... En el punto este lo toca en la legitimidad. Más que hablar si es democrático, sería de hablar si es legítimo. Si tiene legitimidad una justicia constitucional porque no proviene del pueblo...”.

contra el principio de supremacía constitucional. Es decir, se necesita para superar esta objeción, “una Constitución más flexible, pero mejor garantizada”⁸²:

“Nuestro argumento esencial para esa réplica es éste: la cuestión ha sido ya juzgada por el Tribunal de la Historia, ante lo cual la justicia constitucional no sólo que se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano.”⁸³

Interesa destacar este principio de rigidez constitucional, pues está relacionado con la interpretación constitucional. De esta manera: si la norma constitucional es rígida, debe ser también rígida su interpretación.

Este principio de rigidez adquiere a través del precedente una relación evidente con la normatividad de las normas constitucionales.

Entonces, los sistemas jurídicos encuentran unidad en la aplicación del precedente.⁸⁴ Lo cual no quiere decir que esta rigidez no pueda variar motivadamente. Los jueces constitucionales deben ponderar entre la coherencia de aplicar pautas de casos anteriores y el pragmatismo de tomarlos únicamente de los casos actuales.⁸⁵

No obstante, según este mismo principio de rigidez, la aplicación de un precedente podría entorpecer la labor de interpretación judicial.

Este criterio se vuelve más sólido cuando estamos frente a sentencias de inconstitucionalidad, pues se advierte en este tipo de procesos se decide sobre normas con efectos generales sobre una realidad cambiante.

Sin embargo, el mismo criterio pierde fuerza cuando nos encontramos ante sentencias de garantía constitucional que tienen, fundamentalmente, como objetivo la materialización de las normas constitucionales, como es el caso de las de amparo constitucional.

⁸² Luis Prieto Sanchíz, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta S.A, 2003.

⁸³ García De Enterría, Eduardo, op.cit., p. 175.

⁸⁴ Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 155.

⁸⁵ Francisco Eguiguren, *Los Tribunales Constitucionales en América Latina*, Buenos Aires, CIEDLA, 2000, p. 31.

En estos casos, es necesario establecer ciertos criterios uniformes para favorecer, principalmente, el derecho a la igualdad jurídica y la justicia material.

No obstante, no son suficientes los argumentos para que no pueda ser aplicable el precedente a las sentencias de inconstitucionalidad, puesto que su adopción en otras sentencias no impide que el mismo órgano de control se separe de su propio precedente de manera motivada.⁸⁶ Esta posibilidad de disenso, vertical u horizontal, en los órganos de control de la constitucionalidad es hoy bastante frecuente.⁸⁷

Incluso, desde una perspectiva más conservadora respecto de la aplicación del precedente constitucional, es posible el cambio de los criterios anteriores e influir en la modificación de las normas con efectos generales:

“Y cuando esos jueces no pueden liberarse del precedente dan su opinión, censuran la ley o recomiendan su reforma en la sentencia. Entonces no es raro que el legislador acepte tales recomendaciones y modifique la ley...”⁸⁸

En resumen, desde lo constitucional es necesario implementar el precedente constitucional como un reflejo del principio de rigidez en la actividad de los jueces. Su función constitucional sería la de permitir la materialización de la normatividad y la legitimidad de la justicia constitucionales.

⁸⁶ Oficina de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Semblanza del Sistema Jurídico de los Estados Unidos*, 2004, pp. 26-28. Un caso que puede considerarse paradigmático es el de la superación de la doctrina de “iguales pero separados” que surgió de la sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896), que se refería a una demanda de inconstitucionalidad de una Ley del Estado de Louisiana (1890), que establecía asientos especiales para blancos y para negros en el ferrocarril. El demandante había sido sancionado por la trasgresión de esta ley. Fue el fallo *Brown vs. Junta de Educación* (1954) el cual terminó con la doctrina antes mencionada en aplicación de la protección legal de la Cuarta Enmienda. Esto se conoce también como el principio de moderación, el cual permite que la Corte, motivadamente, se aparte de sus fallos, pero tomando en cuenta los posibles efectos en la determinación de la Política Pública.

⁸⁷ Susana Low Bloch, “El Rol de la Corte Suprema en los Estados Unidos”, en Comisión Andina de Juristas, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, p. 103. En los Estados Unidos la práctica judicial del voto mayoritario se estableció por el Juez Marshall en 1801 con el fin de darle a la Corte una sola voz y, por tanto, fortalecer su credibilidad ante la comunidad; pero, en el período de Harlan Fisco (1941-1946) el voto de disenso se hizo más frecuente lo que terminó por popularizar esta práctica hasta la actualidad. Cosa muy similar ha ocurrido con las altas cortes en todas partes del mundo.

⁸⁸ Alberto Fernández, op.cit., p. 86.

Para los fines de esta investigación se toma la acción de amparo constitucional, no sin antes mencionar que lo dicho sobre la aplicación del precedente sería posible de manera similar para las otras acciones de garantía constitucional (hábeas corpus, hábeas data, etc.).

Una razón de peso para que sea aplicable el precedente, prioritariamente, a la acción de amparo sería su natural garantismo de los derechos fundamentales.⁸⁹

En el siguiente párrafo se abordará la aplicación del precedente de acuerdo a las particularidades de la acción de amparo constitucional, y establecer cómo, de esta manera, se fortalecerá al Estado Constitucional.

3.2 La garantía de la acción de amparo constitucional y el fortalecimiento del Estado Constitucional.

Según Peces-Barba, las “Garantías son todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos o determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas”.⁹⁰

El amparo constitucional desde 1996 fue configurado como una forma de protección de los derechos fundamentales con el fin de realizar el Estado social de Derecho con el fin de buscar la integral aplicación de todos los derechos en una sociedad democrática que ha superado el simple gobierno de las leyes.⁹¹

El salto cualitativo fue doble aunque su impacto social no fue del todo colosal. Pues, se prohibió esta acción para providencias judiciales y contra particulares, excepto, en casos de

⁸⁹ Ramiro Ávila, op.cit., 2007.

⁹⁰ Antonio Manuel Peña Freire, “La garantía en el Estado constitucional de Derecho”, Editorial Trotta, España, p. 56, citado por Ramiro Ávila, op.cit., 2007.

⁹¹ Ramiro Ávila, op.cit., 2007.

daños ambientales y defensa del consumidor⁹²; y, se la incluyó como una competencia marginal en el sistema de justicia constitucional.⁹³

No obstante, hasta en el período de enero-diciembre del año 2000 se encontraban ingresados a trámite en el TC 1.507 causas, de las cuales se resolvieron 1.380. De este abultado número, 1.226 fueron de acción de amparo constitucional.⁹⁴

No obstante, el TC por muchas razones jurídicas y políticas no ha logrado una estabilidad institucional que le permita realizar el control de la constitucionalidad y asumir su rol de garante de los derechos fundamentales adecuados. Esto ha incidido en la no sistematización de su trabajo y, por tanto, en la incapacidad de racionalizar sus criterios jurisprudenciales.⁹⁵

Este no entendimiento de la acción de amparo como uno de los mecanismos de garantía para la materialización efectiva de los derechos fundamentales⁹⁶, aparece en sentencias constitucionales con poco contenido material, excesivamente formalistas e influenciadas por las formas tradicionales de interpretación del Derecho.

⁹² Julio César Trujillo, *Teoría del Estado en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador, 2006, pp. 257-258.

⁹³ Luis Ávila, *Efectos de la Declaratoria...*, op.cit. p. 78. Esta marginalidad dejaba a la acción de inconstitucionalidad y al mismo Tribunal como elementos centrales de esta reforma, lo cual llevó a los abogados litigantes a pensar en la mayor efectividad de la acción de inconstitucionalidad, como en los casos de remoción de miembros de la Fuerza Pública. Otros de los problemas importantes, fue el debilitamiento de la acción de amparo por la confusión del legislador constitucional al incluir la acción de inconstitucionalidad respecto de los actos con efectos particulares, que entra en conflicto con la acción de amparo que opera también sobre los mismos actos.

⁹⁴ Tribunal Constitucional, *Informe del Tribunal Constitucional al H. Congreso Nacional*, enero-diciembre de 2000, V.I, Ecuador, síntesis estadística.

⁹⁵ En una labor de observación sistemática que realicé en noviembre de 2006 directamente en los libros de actas del Archivo General del Tribunal Constitucional, con motivo de una investigación de las sentencias del Tribunal Constitucional, puede notarse que la mayoría de los casos se registran con las opiniones de los vocales en una especie de asamblea que se mantiene por varios días y se decide por votación de la pretensión procesal sin que quede claro la postura de cada vocal y con la sola mención del resultado numérico de la votación, y sin que existan motivación del voto o votos salvados. Las actas del caso parecía más bien las de una asamblea de socios que de un tribunal de justicia que debe decidir una sentencia jurisdiccional. Lo anterior sumado al peso de la transición institucional del joven Tribunal Constitucional, permitió que el Tribunal Garantías Constitucionales continuara en funciones prorrogadas hasta julio de 1997. Esto evidenció, al mismo tiempo, desconocimiento y distorsión sobre la naturaleza garantista de la justicia constitucional; de tal manera que el Tribunal funcionó como un pequeño parlamento frente a ejercicio de sus competencias, hecho que puede notarse en las primeras actas del TC entre 1997 y 1999.

⁹⁶ Pedro Camargo, *Manual de los Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Leyer, 1995, p. 174.

En consecuencia, la mayoría de los casos de amparo constitucional se ha referido a la protección de los ciudadanos al debido proceso o a la defensa del derecho de propiedad.⁹⁷ Esta visión (no compartida) es descrita por Luis Fernando Torres:

“En materia de derechos humanos...[...]... gracias a disposiciones constitucionales expresas de la misma Constitución que establecen la obligación de aplicarla directamente tratándose de sentencias y derechos fundamentales, aunque en el caso de estos derechos, no exista pleno acuerdo para que todos los llamados derechos de segunda y tercera generación pueden ser invocados ante los jueces. De los derechos de primera generación, más bien conocidos como libertades negativas, no hay duda alguna de la protección judicial de la que gozan.”⁹⁸

No obstante, se pueden citar importantes sentencias en las cuales se ha tratado otros derechos fundamentales, como ocurrió en un caso en el cual la demandante interpuso una acción de amparo constitucional en contra del Ministerio de Educación y Cultura y otros, por la omisión de esta autoridad de no toma en cuenta la recomendación de afectación de salud de la demandante por las condiciones adversas del ambiente de trabajo en el agravamiento de una rinitis alérgica.⁹⁹

Queda pendiente realizar un estudio sobre la legitimidad social y el impacto social de las garantías constitucionales, particularmente de la acción de amparo constitucional, pero algunas pistas pueden hacer sospechar que las garantías no logran calar aún muy hondo en la sociedad ecuatoriana y su impacto es mínimo, la cual mira con desconfianza su aplicación como politizada¹⁰⁰ y abusiva¹⁰¹

⁹⁷ Corporación de Estudios y Publicaciones, *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, T.II, Acción de Amparo Constitucional, Quito.

⁹⁸ Luis Fernando Torres, op.cit., p. 30.

⁹⁹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 364-2002-RA, cs. 364-2002-RA, RO 683: 15-oct-2002, *Ruth Ortega-Ministerio de Educación y Cultura y otros*.

¹⁰⁰ Diario El Comercio, “El abuso del amparo”, Editorial, 11-ago-2005. En este artículo se critica el uso político del amparo constitucional respecto de la elección del Defensor del Pueblo.

¹⁰¹ Diario El Comercio, Editorial, “La esquiada seguridad jurídica”, 5-jun-2006, Diario El Comercio, “En Ecuador se abusa del recurso de amparo: Velásquez”, 15-mar-2006. (Se trata del Presidente del TC el 2006). Sin embargo, no se

A pesar de todo esto, se sospecha de que la acción de amparo ha contribuido al fortalecimiento de la justicia y el Estado constitucionales, entendido éste como un régimen de garantía constitucional de los derechos fundamentales, pero que, no obstante, no ha sido suficiente para alcanzar legitimidad social e impacto jurídico profundo en la realidad ecuatoriana:

¿Hasta cuándo el abuso de las acciones de garantía constitucional? Hasta que se frenen los abusos a los derechos humanos de las personas. Si alguien puede abusar de una garantía, es el poder público por una mala interpretación y aplicación de la garantía. Si alguien tiene el derecho de “abusar” de las garantías son las víctimas de violaciones a los derechos humanos.¹⁰²

No obstante, se ha podido observar la ampliación del alcance de la acción de amparo por el TC vía interpretación del artículo 46 de la Ley Orgánica del Control Constitucional, respecto de los efectos de las sentencias de amparo constitucional, las cuales superan esa anacrónica tesis sobre su unívoco efecto suspensorio, extendiéndolo a otros efectos: aditivo, preventivo, reparatorio, sancionador; y, de cosa juzgada.¹⁰³

Ahora, este problema no es ajeno de otros sistemas de protección. Para citar un ejemplo, en el caso estadounidense, durante la década de 1940, cuando era centro de atención de los jueces el tema del debido proceso en los procesos penales y la tendencia de la Corte Suprema era la de limitar el acceso de apelación de casos, se dio un auge de mandamientos de hábeas corpus -

puede desconoce que el TC se ha visto saturado por una gran cantidad de casos, especialmente de amparo constitucional, lo cual ha terminado por desgastar su institucionalidad. Así, hasta el 2006, el TC contaba como casos ingresados 1.309 (sumados a 1377 del TC anterior: 2686), de los cuales, afirmaba haber resuelto 1019 (72,2%) sólo en el período de octubre a diciembre de aquel año. Pero esta situación puede ser corregida por un aumento de jueces de instancia y el establecimiento de jueces de apelación de las acciones de amparo constitucional, las cuales podrían ser, en principio, las cortes superiores, sumada a la posibilidad de que el TC pueda escoger los casos sobre los cuales desea realizar jurisprudencia, lo cual permitiría que estableciera los precedentes jurisprudenciales, tal como sucede en la Corte Constitucional colombiana.

¹⁰² Ramiro Ávila, op.cit.

¹⁰³ Luis Ávila, “Acción de Amparo Constitucional...”: estudio preliminar”, en *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, pp. XXIV-XXVIII.

que es el equivalente a lo que nosotros conocemos como amparo¹⁰⁴, lo cual trajo como consecuencia una amarga queja del juez Frankfurter en el caso *Brown vs. Allen* (1953):

“el mandamiento tiene posibilidades tanto negativas como positivas... que el abuso del mismo puede socavar la administración ordenada de la justicia, cuya responsabilidad depende sobre todo de los Estados, y en consecuencia debilitar las fuerzas de la autoridad que son esenciales para la civilización”¹⁰⁵

Otro ejemplo más cercano a nuestro entorno sobre ampliación de esta acción, es el caso de la acción de reparación española, la cual llena el vacío que existe en la vida cotidiana sobre la necesidad de reparar daños ocasionados, especialmente, por los particulares. Esta ampliación que puede sonar arbitraria, es en realidad un mecanismo de acercamiento e interiorización de las normas constitucionales en la vida diaria de los ciudadanos.

Un caso peculiar donde se puede medir este aserto es una sentencia de reparación por los resultados no satisfactorios de una mamoplastia en España, donde la discusión era que el tribunal de instancia no había considerado todos los elementos de afectación para valorar el daño ocurrido.¹⁰⁶

En concreto, en el centro de esta discusión respecto del amparo constitucional, aparece la función del precedente como uno de los posibles instrumentos al alcance del juez constitucional con el fin de establecer los límites de aplicación de las garantías constitucionales y la forma cómo serán materializados los derechos fundamentales protegidos por éstas, pues a través del precedente el TC puede influir en una restricción o ampliación del amparo constitucional.

¹⁰⁴ Luis Ávila, “Acción de Hábeas Corpus: estudio preliminar”, en *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, Tomo II Acción de Amparo Constitucional, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, p. I.

¹⁰⁵ Edward Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Argentina, Editorial Fraternal, 1978, p. 311.

¹⁰⁶ Sección Decimosexta de Audiencia Provincial de Barcelona, *María Rosa-Plácido*, recurso 928/2003, sentencia 313, 24-may-2004.

El primer paso lo ha dado ya el TC ecuatoriano al aceptar, implícitamente, ser un legislador positivo en las sentencias de amparo. Esto permitirá dar vida a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y limitar el poder a través del precedente: la democracia judicial será el rostro humano ante los ciudadanos de la democracia constitucional.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Luis Fernando Torres, *op.cit.*, p. 61

II. Reconocimiento del precedente constitucional

En esta segunda parte del Capítulo I, se va a diferenciar cuáles son los modelos de reconocimiento del precedente constitucional, de acuerdo al lugar que ocupa en el sistema de fuentes, es decir, en qué medida obliga o no. En tal razón, las categorías de clasificación sobre este tema son: de **vinculación fuerte, vinculación en consolidación y vinculación débil**. Este breve recorrido por las legislaciones comparadas servirá para ubicar el estado de aplicación del modelo aplicado en Ecuador, y adelantar cuál podrían ser las líneas generales para la implementación que se desarrollarán en el Capítulo III, tomando en cuenta los hallazgos realizados en la investigación cualitativa del Capítulo II.

Antes de avanzar en este estudio, debo aclarar que en esta parte comparativa el orden de los modelos a tratar es aleatorio, excepto en el modelo que encabeza la categoría respectiva, por considerarlo originario. Pero nada tiene que ver con su nivel de importancia o avance. Sin embargo, en el caso de los modelos de reconocimiento del precedente por vinculación débil, el orden será completamente aleatorio y, únicamente por una especie de *comitas gentium* académica, el último caso en tratarse, será el caso ecuatoriano.

1. Modelos de reconocimiento del precedente constitucional.

1.1 Por vinculación fuerte.

En los Estados Unidos de América el precedente ha tenido su mayor desarrollo. Luego, se expondrán los casos de México y Argentina. Al final de este acápite se tratará el precedente en el

Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) aunque no sea un modelo nacional. Es importante analizar el SIDH por dos razones fundamentales para los fines de esta investigación.

Por una parte, este interesante modelo toma lo mejor del *common law* por la influencia de la Corte de los Estados Unidos, y del *civil law* por el influjo de la Corte Europea de Derechos Humanos; y, por la otra, por los especiales efectos de sus precedentes respecto de mismo SIDH, y la vigencia de los derechos humanos en América.

1.1.1 En los Estados Unidos de América.

En el Derecho anglosajón se produce respecto del precedente constitucional una forma de vinculación que se ha sido denominado por otros autores como “vinculación absoluta” (*binding*)¹⁰⁸, donde sumado a la aplicación del precedente judicial o *stare decisis*, la *ratio decidendi* de una sentencia obliga para el futuro de manera imperativa, pudiendo cambiarse únicamente si los hechos de los casos posteriores son distintos (*distinguishing*), o la solución precedente es causa de un error manifiesto (*per incurian decisionis*).

Se ha preferido la denominación de vinculación fuerte y no la absoluta, pues este último término da la idea de una aplicación inflexible del precedente y sin excepciones.

En los Estados Unidos se reprodujo gran parte del Derecho Inglés,¹⁰⁹ especialmente, la preeminencia del derecho natural por sobre la ley emanada del parlamento que dio inicio a partir

¹⁰⁸ Franciso Zúñiga, op.cit., p. 157.

¹⁰⁹ Carlos Graniola, *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Buenos Aires, EDISAR, Editora Distribuidora Argentina SRL, 1976, p. 21 y 23. No obstante, se encontraron ante la existencia de una gran cantidad de normas en desuso que no eran aplicables, pues las costumbres de los colonos y el fuerte influjo religioso en sus actividades cotidianas, llevó a los primeros jueces americanos a emprender una labor de codificación y depuración a partir de los repertorios del *common law* elaborados por los jueces ingleses, como fueron los *Years Books* y los *Abridgments*, los *Intitutes of the Laws of England* de Coke (1765), *Commentaries of the Law of Englad de Blackstone* (1769); y *Principes of Moral and Legislation* de Jeremías Bentham (1789). por lo cual prefirieron en la práctica la aplicación dispersa de sus propias soluciones en las sentencias.

del *Bonnan Case* (1610) -fallado por el célebre juez Edward Coke- los elementos para el control difuso de constitucionalidad:¹¹⁰

“la fuente inicial de la revisión judicial se remonta un período muy anterior a la Constitución norteamericana. Se remonta al derecho común, algunos de cuyos principios fueron calificados antes como fundamentales, y que reflejan una ley superior que ni siquiera el parlamento podía modificar [...] cuando una ley del parlamento se opone al derecho común o a la razón... la ley común se impondrá y despojará de valor a dicha norma...”

La racionalización de la actividad judicial a través de las *rules of precedent* se constituye en un instrumento que permite a los jueces americanos alejarse del desordenado derecho consuetudinario inglés y acercarse al denominado *case law*.¹¹¹

Este postulado se resume en la máxima: “*respetar lo decidido y no cuestionar los puntos ya resueltos*”¹¹², es decir, resolver el conflicto jurídico en el caso concreto e integrar la norma de aplicación obligatoria en los casos futuros.¹¹³

Mientras, la Corte Suprema federal debe controlar no sólo la inconstitucionalidad de los demás estamentos judiciales sometidos verticalmente, sino que también lo hace horizontalmente respecto de todos los funcionarios públicos, lo cual le da al *judicial review* una gran amplitud de acción.¹¹⁴

Tres formas de jurisprudencia se puede notar a partir de las sentencias de la Corte Suprema. Primero, la denominada **jurisprudencia persuasiva**, que es aquella que proviene de otros órdenes jurisdiccionales o de los tribunales del mismo rango; segundo, la llamada

¹¹⁰ Edward Corwin, op.cit., p. 289.

¹¹¹ Daniel Jhon Meador, op.cit., p. 4.

¹¹² Allan Farnsworth, Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos, Buenos Aires, Ediciones Zavalía, 1990, p. 74, citado por Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 19.

¹¹³ Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, op.cit., p. 22. Pero no es únicamente a partir de esta realidad jurídica que el precedente surge como fuente principal del Derecho en el sistema judicial de los Estados Unidos, sino que además, la vernácula concepción de la separación de poderes. Por otra parte, la organización político-organizativa de los Estados Unidos, permite la coexistencia de dos órdenes que, en principio se presentan contradictorios, lo federal y lo estadual, y cuyos conflictos son solucionados privativa y subsidiariamente por la Corte Suprema federal, lo cual se ha denominado competencia funcional.

¹¹⁴ Richard Watson, *Democracia Americana: logros y perspectivas*, México, Editorial Noriega, 1986, p. 474, Daniel Jhon Meador, op.cit., p. 2.

jurisprudencia contradictoria, en la cual se debe identificar las reglas mayoritaria y minoritaria; y, por último, la **jurisprudencia imperativa** que proviene de los tribunales superiores y que es obligatoria.¹¹⁵

Dentro de ésta última, –como ya lo hizo Marshall en *Cohen vs Virginia*-¹¹⁶ se da énfasis a lo que se conoce como *ratio decidendi* (holding) que es el criterio judicial que realmente es vinculante (precedente), de lo que se conoce como *obiter dictum* (dictum), que son argumentaciones adicionales que enriquecen el precedente, pero que no necesariamente son vinculantes, sino a partir del prestigio del juez que la emite.¹¹⁷

Esta *ratio* tiene dos partes esenciales: a) los hechos fundamentales y los criterios de los jueces respecto de ellos; y, b) los hechos secundarios y los argumentos de los jueces respecto de ellos¹¹⁸.

Aquí aparecen las normas constitucionales y el precedente constitucional como herramientas de unificación y cohesión política de las decisiones estatales frente a la federación, lo cual permitió desde *Madison vs. Marbury* en 1803 dar a la Corte Suprema federal la posibilidad de hacer una revisión judicial de las contradicciones que se presentaban entre las sentencias de las cortes supremas estatales y la Constitución.¹¹⁹

Esta Constitución sacralizada, material y simbólicamente como *ley suprema de la tierra*¹²⁰ (dictada directamente por el pueblo), permitió, además, preservar la unidad política de los Estados Unidos de América.¹²¹

¹¹⁵ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 19.

¹¹⁶ *Ibíd.*, p. 20.

¹¹⁷ *Ibíd.*, p. 20.

¹¹⁸ Carl Schwartz, “El Papel del Precedente como factor institucional en la toma de la decisión judicial: Estados Unidos y México”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 535.

¹¹⁹ Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, op.cit., p. 24.

¹²⁰ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 18. Incluso, en *Cooper vs. Aaron* se reconoció que las sentencias de la Corte Suprema son ley suprema de la tierra.

¹²¹ Eduardo García De Enterría, op.cit., p. 44.

Esta función política, condiciona que la adopción o cambio de un precedente deba siempre ser expresión de una opinión de mayoría e¹²² intervenga directamente en la elaboración de la política pública cuando la Corte falla sobre la constitucionalidad de las leyes.¹²³

Es así que, teóricamente y en la práctica judicial, el precedente se presenta como un conjunto de argumentos centralizados jerárquica y racionalmente, con el fin de dinamizar y hacer coherente, jurídica y políticamente, el sistema de Derecho en los Estados Unidos a través de la actividad de los jueces.¹²⁴

Sin embargo, como se indicó, la doctrina del precedente ha tenido algunas variaciones importantes en el tiempo lo cual significa que la vinculación del precedente no es absoluta.

De esta manera, desde *The Genessee Chief case* (1851), ya se estableció la posibilidad de modificar el precedente anterior cuando sus fundamentos sean erróneos, tomando como modelo el famoso fallo disidente del juez Brandeis en el caso *Burnet vs. Oil & Gas Co.* (1849).¹²⁵

Este precedente fue ampliamente utilizado durante la denominada revolución constitucional de 1937, período durante el cual se establecieron varias enmiendas constitucionales y la Corte relegó los temas económicos y asumió el tratamiento de temas sociales.¹²⁶

Otra forma de desvinculación del precedente hace referencia a la existencia de diferencias sustanciales con respecto a los hechos nuevos del segundo caso al que se quiere aplicar el precedente o la restricción de los efectos de la *ratio decidendi*. Esto sería una especie de modulación de sus efectos para adecuarlo a los hechos nuevos.¹²⁷

¹²² Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 22.

¹²³ Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, op.cit., p. 26. En estos casos, a diferencia de las otras funciones del Estado, la Corte sólo puede fallar de manera incidental, es decir, si se presenta dentro de un proceso judicial particular como un incidente procesal distinto de la materia principal de la litis.

¹²⁴ Luis Ávila, *Jurisprudencia Obligatoria...*, op.cit., p. 28, Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 21. Con el transcurso del tiempo, el precedente ha ganado prestigio en la práctica judicial y en la cultura jurídica de los Estados Unidos, aunque no ha estado exenta de algunos cuestionamientos. Uno de los más poderosos fue el realizado por Abraham Lincoln en su discurso de posesión de la Presidencia, quien cuestionaba el carácter antidemocrático y contramayoritario que suponía entregar tanto poder a un organismo de justicia.

¹²⁵ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 23.

¹²⁶ Edward Corwin, op.cit., p.292.

¹²⁷ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 21.

Finalmente, uno de los rasgos importantes del sistema de justicia estadounidense y que incide sobre la aplicación del precedente constitucional, es la amplia facultad de la Corte Suprema para sancionar el desacato judicial de sus sentencias.

Este procedimiento fue en un principio bastante sumario, pero se fue desarrollando a través de la constatación de posibles vulneraciones a las libertades civiles y las garantías del debido proceso, especialmente, a través de un pronunciamiento de la Corte Suprema:

“En 1968 la Corte sostenía que las garantías constitucionales de un juicio por jurados se extendía a los desacatos penales graves, y en 1971 la Corte falló que, en los casos por desacato penal que aún pueden ser juzgados sin jurado y que implican una conducta que es desacato frente a un juez, el debido proceso requiere que un acusado tenga un juicio público bajo un juez diferente del que fue menoscabado por el acusado”¹²⁸

Esta referencia a esta facultad es importante para diferenciar a los casos de vinculación en consolidación del siguiente párrafo de este estudio, pues, en ellos, tal como se verá más adelante, se establece una consecuencia jurídica de sanción para el caso del desacato de los precedentes mucho más débil –caso peculiar, es el caso venezolano, el cual está dentro de los modelos de vinculación débil-.

En consecuencia, los cambios de criterios apenas han sido mutados en apenas 90 temas en un período desde 1810-1957. Uno de los casos más polémicos fue el cambio en el caso *Bowers vs. Hardwick* (1987), en el cual, la Corte en *Lawrence vs. Texas* abandonó el criterio de inconstitucionalidad de las penas para sancionar la homosexualidad realizada por adultos y en la privacidad.¹²⁹

¹²⁸ Edward Corwin, op.cit., p. 270.

¹²⁹ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante...*, op.cit., p. 23. Este mecanismo político-administrativo es importante para poder racionalizar la jurisprudencia, a tal punto que es incorporado incluso por uno de los organismos de control de la constitucionalidad concentrado y de influjo europeo, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana, caso que analizaré en el siguiente acápite.

Por otro lado, existen algunos temas polémicos que han sido debatidos por los estadounidenses, pero que no han podido ser modificados a pesar de la presión social de diversos sectores, como es el referido al aborto. En este tema, se decidió la constitucionalidad del aborto en el caso *Roe vs. Wade* (1973); y, a pesar de que parecía tener el apoyo de cinco de los nueve magistrados de la Corte en 1992 a partir del caso *Parenthood of Pennsylvania vs. Casey*, dos jueces moderados se unieron a tres liberales y mantuvieron *Roe*.¹³⁰

Tal como se puede ver, este amplio poder de la Corte de no estar vinculado inexorablemente por los precedentes, y no supone arbitrariedad sino un “rincón de seguridad donde la Corte puede refugiarse si es necesario”. Esto es lo que se ha denominado como uno de los principios de *automoderación judicial*.¹³¹

No obstante, Sagüés presenta evidencia sobre cambios importantes en la doctrina del precedente en los Estados Unidos.

Así, por ejemplo, en el caso *Grutter* (2003) respecto de la Universidad de Michigan, se toma el criterio del voto disidente del juez Powell que no había tenido apoyo en el caso *Regents University of California vs. Bakke*, y se establece que respecto de las denominadas cuotas de admisión “benignas” (acción afirmativa) de las universidades, se debería modificar el precedente de acuerdo al criterio de que ésta era una práctica ya aceptada socialmente por la comunidad y, por lo tanto, debe ser vinculante a partir de eso.¹³²

Uno elemento adicional es la libertad de la Corte Suprema estadounidense para escoger sus casos, de acuerdo al voto de admisión de cuatro de sus nueve integrantes, mecanismo que va de la mano con el recurso procesal denominado *certiorari*, que permite a las partes pedir al superior

¹³⁰ Susan Low Bloch, op.cit., p. 107.

¹³¹ Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, op.cit., p. 68. Estos principios de automoderación judicial son diez y tienen como fuente la Constitución de los Estados Unidos, las constituciones estatales, las leyes del Congreso y de las legislaturas estatales, y el Derecho Consuetudinario (p. 63).

¹³² Esto supone una superación de los criterios tradicionales ya analizados, sin embargo, no es ajeno a la práctica jurisdiccional de otros organismos de control de la constitucionalidad, tal como se verá al analizar el caso del precedente constitucional peruano, donde se aplica como uno de los criterios para cambiar un precedente de acuerdo a la “necesidad de desarrollar la jurisprudencia”.

que analice el fallo del inferior. Esto le da a la Corte la posibilidad de elegir a voluntad aquellos casos en los cuales desea establecer jurisprudencia o modificarla. Por su parte, se impone la carga a los abogados de persuadir de la importancia individual y social de aceptar la apelación (*certiorari*), de tal manera que los casos por año que la Corte trata no son más de 100.¹³³

Finalmente, este modelo tratado muestra una doctrina del precedente consolidada, tradicionalmente, como fuente formal por excelencia del Derecho, que además, funciona como uno de los elementos cohesionadores del régimen político a través de la dirimencia de los conflictos entre los jueces estatales y estatales, y de adecuación de la política pública.

1.1.2 En México.

En el caso de **México**, el desarrollo del precedente constitucional estuvo desde el inicio atado al de la acción de amparo constitucional, la cual tuvo en este país su origen en el proyecto constitucional de 1840.¹³⁴

Antes de entrar al análisis concreto, debe establecerse dos diferencias importantes del sistema de Derecho mexicano con el estadounidense: la centralización del poder judicial y la tradición jurídica continental:

a) La centralización del poder judicial.- Las particularidades del federalismo mexicano que, en principio, siguió el modelo de los Estados Unidos, se diferenció en que fue construido desde los Estados y regiones periféricas hacia el centro, con el fin de minar un régimen centralista y despótico de tradición española¹³⁵.

¹³³ Susan Low Bloch, op.cit., p. 101.

¹³⁴ José Luna, *El Proceso de Amparo*, p. 19.

¹³⁵ Manuel Gonzáles Oropeza, "Características iniciales del Federalismo Mexicano", en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 230.

Este hecho que parece coyuntural es fundamental para entender la conformación de los organismos estatales federales, particularmente, la Corte Suprema de la Federación mexicana. Esta centralización dificultó fortalecer un sistema de justicia unificado y con plena soberanía sobre todo el territorio estatal mexicano a pesar de los avances de la Constitución de 1917 y las reformas constitucionales de 1954. Esta debilidad institucional obligó a centralizar, normativamente, la producción jurisprudencial en el caso mexicano en la Corte Federal, a diferencia de los Estados Unidos donde los tribunales estatales también realizan jurisprudencia, incluso, ampliando la de la Corte federal, la cual puede revisar los fallos de los Estados a través del *judicial review*;¹³⁶ y,

b) La tradición jurídico-continental.- En segundo lugar, la tradición de las instituciones mexicanas es claramente europea, a pesar de los esfuerzos de varios juristas que tuvieron influencia del modelo de justicia de los Estados Unidos.¹³⁷ Este hecho significó el imperio de la exégesis como método predilecto de los jueces mexicanos y la ley como expresión suprema de la voluntad popular. El precedente constitucional aparece desde la norma positiva y no por vía jurisprudencial como ha ocurrido en los Estados Unidos.

De esta manera, la simbiosis entre un débil sistema de justicia y la acción de amparo fue fundamental para el desarrollo de la doctrina del precedente en México ante el imperativo de garantizar la supremacía constitucional, racionalizar los primeros fallos de amparo que podían

¹³⁶ Carl Schwartz, op.cit., p. 546.

¹³⁷ Víctor Niemeyer, “El Congreso Constituyente Norteamericano de 1787 y el Congreso Constituyente Mexicano de 1916-1917. Comparación y Contraste”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 78.

resultar contradictorios, y obtener así una interpretación uniforme de la Constitución en un régimen político-administrativo federal.¹³⁸

Se resalta el artículo 47 de la Ley de Amparo de 1882, el cual consideró formalmente el precedente como una fuente del Derecho. Este postulado fue un aporte directo de Ignacio Vallarta quien pensaba que constituía jurisprudencia la reiteración de 5 veces de un criterio para que sea vinculante¹³⁹:

“Art. 47.- Las sentencias de los jueces de distrito, las ejecutorias de la Suprema Corte y los votos de la minoría del que habla el artículo 41, se publicarán en el periódico oficial del poder judicial oficial. Los tribunales para fijar el derecho público, tendrán como regla suprema de conducta la Constitución federal, las ejecutorias que la interpreten, las leyes emanadas de ella, y los tratados de la República con las naciones extranjeras.”¹⁴⁰

Sólo con las reformas de 1951 se estableció en el numeral XIII del artículo 107 de la Constitución, y la reforma de 1967 (artículo 94) el concepto de jurisprudencia constitucional y la doctrina del precedente, permitiendo extender la creación de la jurisprudencia a otros procesos

¹³⁸ Lucio Cabrera Acevedo, “La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y aspectos de sus Facultades Discrecionales”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 477. Durante 1867 se dictaron las primeras acciones de amparo a partir de la ley de 1861 -que estableció formalmente el amparo- y la Constitución liberal de 1857.

¹³⁹ Pedro Camargo, op.cit., p. 182. Este artículo fue derogado por el Código de Procedimiento Federales de 1897. No obstante, la doctrina del precedente se reinaugura formalmente en la tercera ley de amparo de 1887, a través del trabajo de varios juristas de la revista Foro, lo cual se vio fortalecido por la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que asumió la Corte Suprema desde 1868. Se crea así una trilogía de facultades a su cargo: la acción de amparo para la violación de los derechos constitucionales por parte de cualquier autoridad – incluso, las providencias judiciales-, la casación con el fin de unificar la jurisprudencia; y, la acción de inconstitucionalidad de las leyes. Este estado de cosas fue acogido con vigor por la Constitución mexicana de 1917 en sus primeros 29 artículos como mecanismos idóneos para la protección de los derechos constitucionalmente consagrados.

¹⁴⁰ Santiago Nieto Castillo, “Jurisprudencia e Interpretación Jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e Implicaciones en la Cultura Jurídica Nacional”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 682 y 683. Sólo a partir de 1908, en el artículo 785 del Código Federal de Procedimientos Civiles, se dispuso que con el voto de nueve magistrados sobre un criterio reiterado por cinco veces ininterrumpidas se constituye jurisprudencia obligatoria. Unas nuevas reformas constitucionales en 1994 y 1996 ocupan un lugar central en el establecimiento del Estado constitucional, pues a través de ésta se reestructuró la Corte Suprema, se creó el Consejo Nacional de la Judicatura y se incorporó, como competencia de la Corte la acción de inconstitucionalidad, con lo cual se abrió la puerta para que se incorpore el precedente, incluso, a las sentencias de inconstitucionalidad y no únicamente a las de amparo.

distintos al amparo y dando la posibilidad de que ésta surja, también, de los tribunales de circuito.¹⁴¹

Estas importantes reformas constitucionales y legales permitieron un viraje importante respecto de la naturaleza del sistema de Derecho imperante en México, el cual se acercó al sistema del *common law*¹⁴², al menos, desde la forma como fueron adquiriendo fuerza la jurisprudencia y la Constitución en el sistema de fuentes.

Otra característica adicional del precedente mexicano es el de tratamiento jurisdiccional de los precedentes, el cual difiere del caso estadounidense. Es lo que se ha denominado “facultades discrecionales” de la Corte. Éstas consisten en la liberalidad de la Corte Suprema de elegir los casos sobre los cuales quiere ejercer competencia.

En un principio, la Corte, podía inhibirse de conocer y derivaba los casos que no se referían a temas constitucionales o de menor importancia a los tribunales colegiados de circuito, pero esta posibilidad fue derogada por una reforma legal en 1988.

Finalmente, la Corte tiene “facultades de atracción” y que dejaba un mayor marco de discrecionalidad para el tratamiento de los casos de amparo, pues la Corte asume desde entonces únicamente los casos constitucionales que revisten “características especiales”, a petición de los tribunales colegiados de circuito y el Procurador General de la República, sin que las personas puedan intervenir de ninguna forma¹⁴³, lo cual supone un sistema más rígido que la *certiorari* ya analizada.¹⁴⁴

Desde este afianzamiento del sistema de justicia mexicano se han presentado importantes precedentes en casos de amparo a partir de las reformas legales y constitucionales mencionadas.

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 685.

¹⁴² *Ibíd.*, p. 686.

¹⁴³ Lucio Cabrera Acevedo, *op.cit.*, p. 483.

¹⁴⁴ Más adelante, al revisar el precedente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), se verá un sistema similar, con la salvedad de que es la Comisión Interamericana la que tiene la facultad de iniciar el procedimiento contencioso, para el cual la Corte Interamericana se ve obligada a fallar. No obstante, tal como se tratará, de acuerdo a los requisitos de presentación de un caso a esta Corte, se da una especie de negociación implícita en mucho de los casos entre la Comisión y la Corte de acuerdo a las posibilidades que el mismo SIDH tiene respecto del impacto en los ordenamientos jurídicos respectivos y el mejoramiento del acervo de derechos humanos aplicable a la Región a través de precedentes muy vigorosamente argumentados y defendidos.

Un caso peculiar es el precedente que determina la improcedencia del juicio de amparo por la aplicación inconstitucional de una ley.¹⁴⁵

Pero, el sistema mexicano de precedente adolece de algunos problemas que minan su obligatoriedad. Una de los problemas es su escasa publicidad y la evidencia de varios defectos técnicos, especialmente, las contradicciones entre las salas de la Corte o entre los tribunales colegiados de circuito en los casos ordinarios. Hay también incoherencias internas en la argumentación –por ejemplo, el precedente no es consecuencia lógica de los criterios y argumentos de la sentencia-, lo cual es mucho menos frecuente en lo constitucional donde la Corte tiene competencia exclusiva a cargo del Pleno.¹⁴⁶

A pesar de esto, en la actualidad se cuenta con información sistematizada debidamente de los precedentes constitucionales, por tiempo, temas y procesos, a través de la publicación virtual de un prontuario compilatorio intitulado “IUS” en la página Web de la Corte Suprema de México.¹⁴⁷

1.1.3 En Argentina.

En **Argentina**, desde la Constitución de 1853, ha sido el país latinoamericano donde se ha copiado casi en su integridad el sistema judicial de los Estados Unidos, donde ocupa un lugar privilegiado el control difuso de la constitucionalidad.

De hecho, según Sagüés, la solución normativa para el establecimiento formal de este tipo de control en Argentina en el artículo 14 de la Ley 14 de 1863 es una fiel reproducción del

¹⁴⁵ IUS, junio 1917-diciembre 2006, www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/. Tal como lo expondré al hablar del caso ecuatoriano, a pesar de las debilidades institucionales del Tribunal Constitucional, existen algunos precedentes parecidos, los cuales no han sido codificados o no utilizados por el TC con el vigor que debieran, como es el caso de la no *residualidad* de la acción de amparo.

¹⁴⁶ Lucio Cabrera Acevedo, op.cit, p. 489.

¹⁴⁷ Ver Anexo IV. Dentro de este sistema virtual de búsqueda, existe un rubro exclusivo de “precedentes” que conserva los años 2001 y 2002. El sistema se reduce a una ficha codificada de los precedentes acompañada de una detallada evolución normativa del mismo. Este sistema es un buen ejemplo de publicidad de los precedentes puesta al conocimiento de la universalidad de todos los ciudadanos.

Judiciary Act de 1789:¹⁴⁸ “se admitía como una especie de herencia cultural proveniente del Derecho norteamericano, y con los rasgos parecidos a éste.”¹⁴⁹

El primer fallo de inaplicabilidad de una ley por contradecir la Constitución se realizó, prematuramente respecto de los países de la Región, el 14 de abril de 1888 en el caso *Municipalidad de la Capital c/Elortondo*.¹⁵⁰

Este tipo de control resultó ser muy exitoso, pues garantizaba una respuesta relativamente rápida en los jueces de primera instancia –la mayoría de casos no eran apelados- y daba a la Corte una gran libertad de argumentación, otorgándole gran prestigio académico y legitimidad social.

Es justamente en este punto que aparece la doctrina del precedente para prestar coherencia a este control difuso de constitucionalidad.¹⁵¹ En todo caso, esta doctrina dista mucho de tener el mismo éxito respecto de la aplicación de obligatoriedad que en los Estados Unidos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina ha establecido una doctrina jurisprudencial bastante dispersa y contradictoria en su casi siglo y medio de existencia. Este problema se registra, tanto en sus efectos sobre los tribunales inferiores como también respecto de los efectos de las sentencias sobre el ordenamiento jurídico. Estos tribunales no se encuentran obligados, imperativamente, a seguir los precedentes de la Corte y, más bien, pueden apartarse de aquel siempre y cuando consideren que los argumentos no son aplicables al caso.

En algunos casos, incluso, adicionan otros criterios distintos a los considerados por la Corte, lo que ha denominado Sagüés, “*stare decisis* criollo”¹⁵².

¹⁴⁸ Néstor Sagüés, *La Corte Suprema y el Control...*, op.cit., p. 85.

¹⁴⁹ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante de la...*, op.cit., p. 24. Este tipo de control ha recibido muy poca resistencia por los juristas y jueces nacionales, quienes han aceptado las sentencias de la Corte con muy pocos cuestionamientos, aún en la época de mayor crisis institucional a partir de 1990 que desembocó en la reforma constitucional de 1994, hasta el punto que nunca se pensó, seriamente, en implementar siquiera una Sala especializada dentro de la Corte, ni mucho menos un Tribunal Constitucional bajo el modelo austriaco, que habría venido a alterar el equilibrio de poderes en el sistema político argentino.

¹⁵⁰ Raúl Ferreyra, *Corte Suprema de Argentina y el Control de Constitucionalidad. Vicisitudes y Retos del Papel Institucional del Tribunal*, www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/19.pdf, p. 484.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 88. Pese a ello, se ha podido verificar en varios temas ciertas contradicciones, por ejemplo, en materia de la penalización del consumo de drogas. En este caso, algunos jueces de instancia han desconocido el precedente de la Corte que despenalizó el consumo y la tenencia simple de drogas.

Además, una limitante para la aplicación de los precedentes siempre será el carácter incidental de la inconstitucionalidad, lo que equivale decir que siempre deberá ser controvertido en el juicio particular en el cual se lo quiere hacer valer y no nulita los preceptos declarados inconstitucionales. Es decir, no se lo puede hacer valer fuera de un proceso judicial.¹⁵³

A pesar de esto, la Corte ha delimitado su autoridad como tribunal supremo en fallos muy importantes de inconstitucionalidad.¹⁵⁴

En efecto, se percibe desde 1985 una tendencia consolidada de uniformar los criterios a los precedentes anteriores -a través de la autodelimitación de la competencia de la Corte-, con el fin de fortalecer su credibilidad y autoridad ante los tribunales inferiores, lo cual ha sido recogido por el fallo del caso *García Sixto F.*, resuelto en 1999 por la Corte Suprema y publicado en la *Doctrina Judicial*, 1999-2003:

“[la Corte] ella sólo decide en los procedimientos contenciosos que le sean sometidos y sus fallos no resultan obligatorios en los casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar a aquella... y de aquella emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la CSJN sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.”¹⁵⁵

Este fallo ha sido fundamental para consolidar la doctrina del precedente en la actividad judicial argentina. Para citar un ejemplo relativamente reciente, se puede ver lo ocurrido en el

¹⁵² *Ibíd.*, p. 87.

¹⁵³ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante de la...*, *op.cit.*, p. 25.

¹⁵⁴ Raúl Ferreyra, *op.cit.*, p. 487-489. Destaco el trabajo de compilación de muchos de los más importantes -50 en total- realizado por Ferreira- en los cuales se puede advertir un empeño encomiable por cimentar el *stare decisis* a través de sentencias de amplio impacto socio-jurídico.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, p. 497.

fallo *Caric Petrovic, Pedro y otros*, en el cual la Corte considera suficientemente claros los criterios de los precedentes, por lo cual lo aplica sin titubeos en el caso particular.¹⁵⁶

En este caso es también interesante observar cómo se aplica una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se utilizó para elaborar el precedente concreto que se aplicó en este caso, el precedente del caso *Campillay*.¹⁵⁷

Por su parte, Sagüés identifica varios niveles de vinculación de los precedentes constitucionales con los alcances de su vigencia en la actividad de los jueces: a) **doctrina del sometimiento simple** (fallos 139:75, 183:76, 247:700, jurisprudencia argentina 1991-I-273), que supone el acatamiento absoluto del precedente, al estilo del *stare decisis*. Este precedente ha tenido poco apoyo por parte de los jueces; b) **doctrina de seguimiento condicionado por deber moral** (caso *Bernardo Pastorino*), basado en el prestigio y respeto a la Corte Suprema; c) **doctrina del seguimiento condicionado por un deber institucional** (caso *Santín Jacinto*), se entiende aquí un acento fuerte del valor de la autoridad para imponer el precedente; y, d) la situación actual, que se caracteriza por la consolidación del ideal de deber institucional, es decir la línea de *Santín Jacinto*, especialmente a través del caso *Cerámica San Lorenzo*.¹⁵⁸

Frente a esta realidad, ocurre un acontecimiento importante de cara al fortalecimiento del Estado constitucional: la reforma constitucional de 1994.

En lo principal, esta reforma significó un proceso de apertura democrática desde la Constitución, donde ocupa un lugar privilegiado la acción de amparo a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,¹⁵⁹ lo cual se complementa con el establecimiento de los 10

¹⁵⁶ Corte Suprema de la Nación Argentina, *Caric Petrovic*, sentencia en recurso de queja Pedro y otros, 28-may-2002, párr. IV, p. 2.

¹⁵⁷ Corte Suprema de la Nación Argentina, *Caric Petrovic*, sentencia en recurso de queja Pedro y otros, 28-may-2002, párr. V, p. 4.

¹⁵⁸ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante de la...*, op.cit., p. 27.

¹⁵⁹ Ricardo Haro, *Perfiles de la Reforma Constitucional Argentina de 1994*, www.conhist.org, pp. 8-9.

instrumentos internacionales aplicables en materia de derechos humanos, formalizando así un bloque de constitucionalidad desde la normativa constitucional.¹⁶⁰

No se debe olvidar los antecedentes de creación del amparo constitucional, pero sólo a nivel de la Corte Nacional y no de las cortes provinciales, por vía judicial en 1957. Actualmente, es en la Ley 16.986, publicada luego de la reforma de 1994 donde se regula lo atinente a la acción de amparo constitucional.¹⁶¹

Esta norma constitucional fue importante, pues modificó el sistema de fuentes del Derecho en Argentina, provocando una verdadera revolución hermenéutica en la judicatura, sumado al hecho del prestigio inusitado que adquirió el uso del SIDH en la actividad judicial, donde se ventilaron algunos de los casos más importantes de violación de los derechos humanos, - especialmente, durante el último período de dictadura militar (1976-1983)- que recoge varios fallos desde el importante pronunciamiento de la Corte del 7 de abril de 1995 en el caso *Giroldi, Horacio David y otros*.¹⁶²

Esta nueva tendencia hermenéutica ha propiciado el fortalecimiento de la doctrina del precedente de vinculación condicionada o *stare decisis* criollo en Argentina, que impone como un deber institucional, a partir del prestigio de la Corte, los precedentes a los tribunales inferiores.

Finalmente, uno de los grandes problemas del precedente en Argentina ha sido la aplicación de la doctrina del *certiorari*, es decir, la posibilidad de admitir o no un caso para su resolución por parte de la Corte Suprema.

En este rasgo tan común del derecho anglosajón, Argentina difiere grandemente de los modelos analizados (Estados Unidos y México).

¹⁶⁰ Pablo Jiménez, *Nuevas Formas de Interpretación Constitucional, luego de operada la Reforma Constitucional de Argentina de 1994*, Argentina, Universidad Nacional de Mar del Plata, pp.4-5.

¹⁶¹ Néstor Sagüés, *La Corte Suprema y el Control...*, op.cit., p. 95.

¹⁶² Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Cs. 32/93, *Giroldi, Horacio David y otros*, G. 342. XXVI, p. 3, Pablo Jiménez, op.cit., p. 15. donde se afirma que “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales ratificados por la Argentina”.

Primeramente, por su tardía implementación que fue a partir de una inclusión legislativa -y no jurisprudencial o constitucional- en el artículo 2 de la Ley 23.774 de 1990, en la cual se introdujo la doctrina de la *certiorari*. Sin embargo, la norma dejó tal discrecionalidad a la Corte, permitiendo un rechazo no motivado de su competencia:

“Cuando la Corte conociere por recurso extraordinario [...] según su sola discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o de trascendencia”¹⁶³

Esta norma resulta ser imprecisa, pues no fija parámetros concretos y no permite alguna forma de participación de las partes procesales como ocurre en el caso estadounidense con el fin de convencer a la Corte de la necesidad de fallar sobre el caso. O, como en el caso mexicano ya analizado, favorecer la intervención del Procurador General.

A nivel jurisprudencial, la Corte ha reproducido los mismos criterios de la norma anteriormente citada, que es lo que se ha denominado como *writ de certiorari negativo*.

La Corte incluso interpretó la misma norma en el sentido de que podía conocer algunos casos en los cuales no se hubieran cumplido con los requisitos formales de admisión, lo cual se ha conocido como *writ de certiorari positivo*.¹⁶⁴

Sin duda, esta indefinición propende a la arbitrariedad a través de providencias judiciales de rechazo sin motivación alguna, o un exceso de discrecionalidad en los casos difíciles.

El problema del *certiorari* identifica un error en el enfoque, pues se pretendió con esta reforma concentrar las dispersas normas adjetivas de justicia constitucional, descongestionar la excesiva carga de trabajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que para 2001 acumulaba

¹⁶³ Raúl Ferreyra, op.cit., p. 509.

¹⁶⁴ Néstor Sagüés, *La Corte Suprema y el Control...*, op.cit., p. 92.

más de 8.000 causas pendientes; y, evitar el abuso a través de lo que conoce como sentencias arbitrarias –casos de poca relevancia que la Corte admite con excesiva liberalidad-¹⁶⁵.

En contraste, el fin de esta reforma debió ser garantizar la justicia material, la igualdad de las partes y la seguridad procesal a través una uniforme interpretación constitucional.

Finalmente, una de las opiniones que gana espacio en Argentina respecto de los precedentes es la necesidad de establecer por vía legislativa la regulación adecuada que posicione, por una parte una cultura jurídica que favorezca la construcción y aplicación de la doctrina del precedente; y que por otra, induzca a una mayor legitimación social y asegure su cumplimiento cabal en el sistema judicial argentino, donde se combinan elementos del *commonn law* y el *civil law*:

“Si se mira la experiencia constitucional de los Estados Unidos –asentada sobre otros fundamentos de la regla del *stare decisis*-, pero cuyo modelo innegablemente hemos negado, conferir autoridad erga omnes –vía legislativa- serviría para afianzar el papel de la Corte.”¹⁶⁶

1.1.4 En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

A partir de la *Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre*, aprobada en la IX Conferencia Interamericana de Bogotá, del 2 de mayo de 1948, y a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948,¹⁶⁷ ocurrió un cambio cualitativo en las relaciones interamericanas, pues a través de estos instrumentos no se buscaba únicamente fomentar la paz,

¹⁶⁵ Raúl Ferreyra, op.cit., p. 490-504.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 498.

¹⁶⁷ Pedro Camargo, op.cit., p. 13. Se le encargó a la Comisión de Derechos Humanos la misión de redactar la declaración de derechos que no estuvo en la Carta de San Francisco de 1945 que dio origen a la Organización de Naciones Unidas. La Declaración Americana es precursora en la temprana inclusión de los derechos sociales y los deberes de los ciudadanos.

sino también la defensa de los derechos fundamentales a través de un sistema de protección jurídica internacional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁶⁸

Este Sistema se implementa a partir de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* o “Pacto de San José” de 1969, junto con sus respectivos protocolos, estatutos y reglamentos de la Corte y Comisión.¹⁶⁹

Un elemento central del SIDH es la amplitud de su jurisdicción,¹⁷⁰ la cual ha fomentado una jurisprudencia progresista,¹⁷¹ a través de la adopción de principios especiales de interpretación que facilitan la aplicación de los derechos humanos y aquellos inherentes a la persona humana¹⁷², el *ius cogens*;¹⁷³ el principio de integralidad, el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la jurisprudencia de los órganos de justicia de los Estados, la doctrina de los publicistas de todas las naciones; y, los principios de buena fe, progresividad e *in dubio pro homine*.¹⁷⁴

Dentro de los mecanismos que han servido para arribar a la construcción de los principios nombrados, ha sido la doctrina del precedente el elemento técnico fundamental que ha posibilitado unificar los criterios de los casos contenciosos especialmente.

Estas características de la jurisprudencia del SIDH difieren de lo que se ha analizado en los modelos de vinculación fuerte del precedente de este apartado, donde la jurisprudencia sólo se forma desde lo que ha actuado el organismo de justicia. La jurisprudencia internacional y de los

¹⁶⁸ Jorge Heibner, *Los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 53, y Global Rights “Amigos por la Justicia”, *El Uso del Sistema Interamericano para los Derechos Humanos. Guía Práctica para ONG’s*, Estados Unidos de América, 2004. Se crea un sistema de protección tomando como modelo el sistema de tutela supranacional, administrativo-jurisdiccional de la *Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales* o “Convención de Roma”, elaborada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, completada por la *Carta Social Europea* del 18 de octubre de 1961.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 53.

¹⁷⁰ Cecilia Medina, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2003, pp. 11-14.

¹⁷¹ Jorge Carmona, *Análisis del Marco y Funcionamiento de la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 3.

¹⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 62/02, caso 12.285, Michael Domínguez v. Estados Unidos, 22-oct-2002, párrafo 49.

¹⁷³ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, *op.cit.*, p. 37.

¹⁷⁴ Cecilia Medina, *op.cit.*, pp. 2-10. La jurisprudencia internacional reúne los criterios de los organismos jurisdiccionales y *cuasi* jurisdiccionales (comisiones, comités, relatorías, etc.) que se encargan de la protección de los derechos humanos, a través de opiniones, observaciones, resoluciones, informes y sentencias.

otros Estados es sólo un referente no vinculante, a pesar del caso argentino, donde la Corte Suprema, ha expresado en el caso *Gioldi* que las sentencias de la Corte IDH son una guía para la interpretación de la propia Corte.

En los casos mexicanos, colombiano y peruano, también, cada vez son más las sentencias de la Corte IDH que se aplican a los casos nacionales y, en sentido contrario, las sentencias de estos países son también, muchas de ellas, tomadas en cuenta para fundamentar las sentencias por parte de la Corte IDH.

Esta dinámica de la jurisprudencia de la Corte IDH ha propiciado cambios importantes al interior de los Estados cuestionados por flagrantes violaciones a los derechos humanos.

Uno de los casos que se ha tornado en emblemático ha sido el caso *Suárez Rosero*. Este caso ocurrió en Ecuador e involucró a Iván Suárez Rosero, quien fue detenido en 1992, ante el cargo de tráfico de drogas por el hecho de, supuestamente, haber estado incinerando estupefacientes. La detención no fue realizada por la orden de juez competente ni se pudo demostrar flagrancia. Durante el proceso, no se le informó sobre el delito por el cual se lo procesaba, se lo mantuvo incomunicado durante más de un mes, la Corte Suprema de Justicia rechazó su demanda de hábeas corpus por razones de mera formalidad y finalmente, se lo condenó en 1996 a dos años de prisión por encubrimiento en el tráfico de estupefacientes, ordenando que se descuente el tiempo de detención.¹⁷⁵

En este caso se destaca la doctrina del plazo razonable establecida por la Corte IDH, donde puede observarse cómo se ha ido construyendo el precedente jurisprudencial. En primer lugar, la Corte IDH encontró violación de la norma positiva en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, donde se establece que la detención debe ser expedita y

¹⁷⁵ Alberto Bovino, *El Fallo Suárez Rosero, Compilación de Documentos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Profesores de esta Materia*, vol. II, Washington, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University Collage of Law, 2001, p. 971.

se debe garantizar un plazo razonable para ser juzgado; y, el ejercicio efectivo de las garantías del debido proceso también en un plazo razonable.¹⁷⁶

Sin embargo, esta norma no establece límites temporales o procesales para la duración de la detención o el juicio. La Corte IDH notó que en diversas legislaciones estos límites eran muy variables y que los criterios jurisprudenciales sobre éstos no eran claros. Entonces, la Corte IDH levantó en su sentencia los límites para la duración del juicio –pero no para la detención– de acuerdo al criterio jurisprudencial establecido al respecto por la Corte Europea de Derechos Humanos: a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y, c) la conducta de las autoridades judiciales.¹⁷⁷

Además, la Corte IDH integró en su sentencia lo expresado en varios casos contenciosos anteriores,¹⁷⁸ como *Genie Lacayo*¹⁷⁹ y *Gangaram Panday*¹⁸⁰, los cuales, a su vez, habían tomado los criterios de casos de la Corte Europea de Derechos Humanos y resoluciones de la Comisión IDH.¹⁸¹

Este caso aportó a la Corte IDH los suficientes elementos fácticos para establecer estándares inéditos en la Región respecto de la aplicación del plazo razonable, lo cual tuvo un impacto directo en los ordenamientos jurídicos de la Región.

Así, por ejemplo, en el campo jurídico normativo, inspiró la inclusión en la norma constitucional ecuatoriana en el artículo 24.8 luego de la Constituyente de 1997. Mientras que a

¹⁷⁶ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, op.cit., pp. 28-29.

¹⁷⁷ Alberto Bovino, op.cit., p. 976.

¹⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Suárez Rosero*, sentencia-fondo, 12-nov-,1997, párr. 72. “(cf. Caso *Genie Lacayo*, 23 Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; y, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30)”.

¹⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Genie Lacayo*, sentencia-fondo, 29-ene-1997, párr. 77 y 81.

¹⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gangaram Panday*, sentencia-fondo, 29-ene-1997, 21-ene-1994, Párr. 77.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 970. Las resoluciones de la CIDH citadas por el autor en el pie de página 2: informe no. 2/84, caso 9.058 (Venezuela); resolución del 7/5/84; informe no. 17/89, caso 10-037 (Argentina); resolución del 4/13/89; informe no. 96, caso 11.245 (Argentina), resolución del 1/3/96; informe no. 2/97; casos 11.205 y otros (Argentina), resolución del 11/3/97.

nivel jurisdiccional, *Suárez Rosero* ha permitido construir precedentes nacionales como en el caso *Giroldi* en Argentina¹⁸².

En Ecuador, esta sentencia permitió la declaración de inaplicabilidad del 173-A del Código de Procedimiento Penal introducido por la Ley 101-2003 (RO 743: 13-ene-2003), que supeditaba la caducidad de la prisión preventiva a la providencia de llamamiento a juicio, en violación del plazo razonable de la detención del artículo 24.8 de la Constitución vigente.¹⁸³

Esto propició la posterior declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, sentencia donde se utilizó el caso *Suárez Rosero* como fuente directa del fallo.¹⁸⁴ Este uso resultó una novedad en cuanto al razonamiento del TC al incorporar normativa internacional, de manera particular, una sentencia internacional como fuente de Derecho.

Sin embargo, esta sentencia únicamente utilizó *Suárez Rosero* de manera referencial, pues no incluyó los parámetros de aplicación e interpretación analizados por la Corte IDH, lo cual trajo mayor confusión e ilegitimidad del TC.¹⁸⁵

Pudo aplicarse a este caso dos argumentos, incluso no considerados en *Suárez Rosero*, tomados de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: a) el límite de lo razonable deben ser por “*buenas razones de interés público*” (caso *Wemhoff*: 27-jun-1968), lo cual supone encontrar razones más poderosas que aquellas que permitieron en un principio la detención (caso *Stögmüller*: 10-nov-1969);¹⁸⁶ y, b) en el caso de que la dilatación hubiera

¹⁸² Alberto Bovino, op.cit., p. 971.

¹⁸³ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 002-2003-DI, cs. 002-2003-DI, Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, RO 230: 11-dic-2003.

¹⁸⁴ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 0002-2005-TC, cs. 0002-2005-TC, Silvana Sánchez y otros, RO-S 382: 23-oct-2006.

¹⁸⁵ Así, ante la inminencia del cumplimiento del plazo de un número no determinado de detenidos en las cárceles del país, el 24 de octubre de 2007 el Congreso Nacional dictó una Ley Interpretativa que introdujo un cambio a la disposición citada, que permite a los jueces penales disminuir, discrecionalmente, el tiempo para la aplicación de la caducidad de la prisión preventiva descontando el tiempo de dilatación del proceso inducido por los procesados. Esta Ley abre un peligroso espacio para la arbitrariedad, pues no establece, como sí lo hace *Suárez Rosero*, los criterios para limitar el plazo razonable.

¹⁸⁶ Cecilia Medina, pp. 237 y 238.

ocurrido en el peritaje por exclusiva responsabilidad del procesado, debe afirmarse la responsabilidad única del Estado de limitar procesalmente este tipo de actuaciones.¹⁸⁷

Otro ejemplo de precedente es el de la doctrina del “proyecto de vida”. Tradicionalmente, se ha considerado que el derecho a la vida se limitaba únicamente a la existencia biológica de la persona en forma negativa (no quitar la vida arbitrariamente). No obstante, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General No. 6, expresó que la protección del derecho a la vida exige por parte de los Estados medidas positivas.¹⁸⁸

Este mismo concepto con el transcurso del tiempo ha dado al derecho a la vida un contenido económico y social. Es así que la Corte IDH decidió dos casos importantes donde se adopta este primer avance desde la ampliación del derecho a la vida, en el caso *Villagrán Morales (Niños de la Calle)*:

“144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”.¹⁸⁹

En este mismo caso, aparece un voto concurrente de Cansado Trindade y Abreu Borelli, en el cual se cita el concepto de “proyecto de vida” recogido en la sentencia de reparaciones de *Loayza Tamayo*, que supera la tradicional dualidad civil: lucro cesante y daño emergente, y lo encuadra como una expectativa de desarrollo personal:

¹⁸⁷ Alberto Bovino, op.cit., p. 977.

¹⁸⁸ Cecilia Medina, p. 119.

¹⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Villagrán Morales (Niños de la Calle)*, sentencia 19-nov-1999, párr. 144.

“... el daño al proyecto de vida, entendida como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella...”¹⁹⁰

Sin embargo, en estas dos sentencias no se determina una reparación económica, pues “...llega a la conclusión que la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos y por tanto se abstiene de cuantificarlo...”¹⁹¹

Esta característica particular acerca a la Corte IDH al modelo de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de América, puesto que, de manera similar, sus precedentes siguen un proceso parecido de formación y son citados e integrados en las sentencias de los casos concretos con mucha frecuencia. No obstante, se diferencia del modelo aludido en que los cambios son poco frecuentes y siempre son de carácter progresivo –por el principio de progresividad de los derechos humanos-, por lo cual no puede desmejorarse los logros y avances jurisprudenciales del SIDH.¹⁹²

En otras palabras, los precedentes de la Corte IDH podrían mutar, pero siempre para mejorar el espectro de aplicación e interpretación de los derechos humanos en los países signatarios de los instrumentos del SIDH.

Ahora, ¿cómo se garantiza que la Corte IDH pueda tener control sobre la cantidad de casos, reflexionar sobre los casos particulares puestos a su conocimiento; y, así construir precedentes? Lo que, en principio, es claro es que no se aplica el denominado *certiorari* ya tratado. A este respecto, el SIDH se acerca a soluciones más típicas del *civil law*, específicamente, el modelo de la Corte Europea de Derechos Humanos.

¹⁹⁰ Loyza Tamayo, sentencia de reparaciones, párr. 147.

¹⁹¹ Cecilia Medina, p. 122.

¹⁹² Centro por la Justicia y el Derecho Internacional CEJIL, op.cit., p. 37.

De esta manera, el artículo 44.c y d del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establece como criterios para el sometimiento de los casos a la CIDH: "...c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del Sistema; d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros...".

Este mecanismo supone un filtro anterior a la Corte IDH, donde la Comisión IDH cumple una doble función. Por un lado, la Comisión IDH constituye un organismo de vigilancia y protección de las medidas adoptadas por los Estados para precaver las posibles violaciones, y es una instancia de conciliación a través de la posibilidad de arreglo amistoso; y, por otro, es una instancia *cuasi* jurisdiccional que ordena determinadas medidas y presenta informes para ante la Corte IDH con el fin de que se inicie el procedimiento contencioso que debe culminar en sentencia.

No se debe olvidar que las víctimas no pueden solicitar que se admita el caso como ocurre en el caso de los Estados Unidos o México –en la actualidad, se acepta que las víctimas puedan litigar ante la Corte IDH, pero dependen de que la Comisión IDH presente el caso a la Corte IDH- y, más bien, sería la Comisión IDH quien hace el papel del Procurador del modelo mexicano ya mencionado. La diferencia sería que, mientras que el Procurador mexicano es un funcionario público externo, la Comisión IDH está vinculada al caso procesalmente.

Esta norma del Reglamento citado resulta ser una consecuencia normativa de la práctica de la Corte IDH que fortalece la aplicación del precedente en el SIDH, y evidencia una especie de negociación política, en el buen sentido de la palabra, entre la Corte IDH y la Comisión sobre los casos a tratar.

La Comisión debe considerar que su argumentación jurídica sea sólida e integradora de fallos anteriores; considerar la integración y correlación política de sus miembros (conservadores o progresistas) que permita la acogida de la ampliación progresiva de determinados derechos y garantías del SIDH; la elección de una buena estrategia de litigación (indirecta, en la mayoría de

los casos) y, calcular los impactos positivos que se pueden producir en la legislación y jurisprudencia de los países miembros para la ampliación del estatuto de derechos humanos del SIDH.

Por su parte, la Corte IDH debe persuadir a la Comisión IDH, a través de la constatación de sus fallos anteriores, de evitar la presentación impertinente o no viabilidad de un caso.

No obstante, la posibilidad de esta impertinencia, en algunos casos, ha permitido la conquista paulatina de cambios, desde los votos salvados hasta sentencias sobre el fondo que se han considerado de avanzada como *María Da Penha*, en el cual se trató el tema de violencia contra la mujer, y se aplicó la novísima Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem Do Pará”.

También son dignos de mención el caso *Mayagna (Awás Tingni)*, donde, a partir de una ampliación del concepto tradicional de propiedad, se crea un estándar de protección a favor de los derechos colectivos de los pueblos indígenas¹⁹³; y, *La Última Tentación de Cristo*, donde la Corte IDH extiende el concepto de libertad de expresión y opinión desde su dimensión individual y pasiva, a una colectiva y activa de protección por parte de los Estados, y genera un debate en la Región sobre el derecho a la información.¹⁹⁴

De esta forma, el reconocimiento del precedente en el SIDH trae dos novedades. En primer lugar, la forma como se construye el precedente a través de la integración de varios elementos tomados de varias sentencias que, progresivamente, va convirtiéndose en un precedente aún perfectible; y, por otro lado, la autoridad en ascenso que adquieren las sentencias de la Corte IDH a través de su impacto en la actividad jurisdiccional de los jueces y en los cambios positivos en los Estados partes del SIDH.

1.2 Por vinculación en consolidación

¹⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mayagna (Awás Tingni)*, sentencia 31-ago-2001, párr. 148.

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Última Tentación de Cristo*, sentencia 5-feb-2001, párr. 64-66 y 72.

Este modelo de vinculación en consolidación es adoptado en España, Perú y en Colombia con algunas modificaciones.

Un elemento importante y distintivo de los modelos de vinculación en consolidación es el rol que cumple la normativa legislativa respecto del precedente. Este rol consistió en permitir la inserción del control de constitucionalidad y de justicia constitucional en España –igual, en los demás casos de este apartado- a través de una norma positiva.

Esto difiere de los casos analizados en el apartado anterior de vinculación fuerte. Así, a pesar de la tradición heredada del modelo de los Estados Unidos, en México, Argentina y el SIDH, el reconocimiento normativo fue posterior a un proceso de apropiación jurisprudencial de la doctrina del precedente.

En todo caso, en estos países de vinculación en consolidación, particularmente en el caso del Perú, parece abrirse un interesante espacio donde el precedente adquiere fuerza y legitimidad a partir de elaboradas técnicas de argumentación, y busca convencer y encontrar sentencias con legitimidad social suficientes a través del prestigio académico y el progresismo de sus gestores, donde emerge, sin duda, el modelo alemán con la conocidas doctrinas, jurídica de Alexy y sociológica de Luhman, para quien esta argumentación jurídica no se trata de fundamentar en razonamientos para impresionar a un interlocutor, sino de la obtención a través de la generalización y selección, de un consenso apoyado intersubjetivamente..¹⁹⁵

1.2.1 En España.

¹⁹⁵ Niklas Luhmann, *La Observación Sociológica del Derecho*, Crítica Jurídica, No. 12, 1993.

En España los precedentes son relevantes desde su función integradora del Derecho, el carácter fonticario de la jurisprudencia y la función de la jurisprudencia en la interpretación del Derecho.¹⁹⁶

En este sistema, como un mandato constitucional, las decisiones judiciales deben estar motivadas y publicadas, con un doble carácter: **sustantivo**, según el cual, el juez crea una norma abstracta que trasciende el caso particular; y, **funcional**, mediante el cual, el juez aplica las normas jurídicas dentro de un caso concreto.

Hoy ya no son suficientes estas formas de actividad jurisdiccional, sino que se busca, además, una interpretación que identifique valores sustanciales en las normas constitucionales para realizar la justicia.¹⁹⁷ La función de la jurisprudencia es la aportación de criterios de aplicación e interpretación del Derecho e integración de las normas para ser el vehículo ideal de la aplicación de los principios generales del Derecho: “*La jurisprudencia no crea estos principios sino que los descubre, puesto que son preexistentes...*”¹⁹⁸.

El modelo hermenéutico adoptado por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional españoles ha sido el argumentativo, en el cual las decisiones precedentes sirven para argumentar en el caso concreto, pero sin que exista una forma de obligatoriedad estricta hacia el futuro.¹⁹⁹

En el sistema español, hay que diferenciar el uso de los precedentes por el Tribunal Constitucional (TC) y por el Tribunal Supremo

de Justicia (TSJ). De esta manera, si bien es cierto, la norma constitucional guarda silencio sobre el uso de los precedentes, la Ley Orgánica del Poder Judicial en España sí reconoce el poder vinculante de las sentencias del TC como intérprete supremo de las normas

¹⁹⁶ Luis Ávila, *Jurisprudencia Obligatoria...*, op.cit., p. 84-86.

¹⁹⁷ Leonor Moral Soriano, *El Precedente Judicial*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002., p. 161. Sentencia del Tribunal Supremo español, Primera Sala, 3-ene-1990.

¹⁹⁸ L. Díez-Picazo y A. Guillón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, p. 173, citado por, Leonor Moral, op.cit., p. 170.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, p. 162.

constitucionales.²⁰⁰ Esto significa que es la Constitución la que se fortalece como fuente formal del Derecho y no necesariamente la jurisprudencia constitucional.

Ahora, al analizar la doctrina mantenida por el TC, por la cual parecería propiciarse una vinculación obligatoria, se logra concluir que el mismo TC evidencia la posibilidad de apartarse de los precedentes por parte de los jueces inferiores a través de la doctrina del *cambio de criterio justificado*²⁰¹, según la cual, a través de una técnica de argumentación, se logra una vinculación relativa de los precedentes, sin que éstos constituyan una camisa de fuerza para el avance de las tendencias jurisprudenciales, y una más justa interpretación y aplicación del Derecho²⁰².

Un ejemplo de esto, se puede notar en el caso de un precedente en materia laboral, en el cual se hace prevalecer el principio de igualdad y el comportamiento del demandante de acuerdo a la jerarquía del órgano judicial. En este caso, se invoca la aplicación de un fallo idéntico presentado ante una instancia judicial de igual rango (Magistraturas del Trabajo de León No.1 y 3).²⁰³

Este fallo, además de la aplicación del principio de jerarquía e independencia interna de los órganos de justicia, presenta una cuestión adicional. Y es el de la aplicación del criterio de igualdad, pues ¿no sería arbitrario aplicar a casos iguales, diferente solución? Este caso describe una especie de pragmatismo con el fin de dar uniformidad a la interpretación, fijando la frontera entre la justicia y la arbitrariedad, pues es necesario:

“como reiteradamente ha señalado este Tribunal Constitucional, en los supuestos de órganos distintos el principio de igualdad ha de cohonestarse necesariamente con el de independencia de los órganos

²⁰⁰ Antonio Cano Mata, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, p. 140.

²⁰¹ Leonor Moral Soriano, *op.cit.*, p. 164.

²⁰² **Art. 161.- 1.** El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada (Constitución del Reino de España de 1978).

²⁰³ Tribunal Constitucional, Primera Sala, *Natalio González Redondo-Instituto Nacional de Empleo (INEM)*, sentencia 39/1984, 20-marzo-TC, FJ 4 y 6.

jurisdiccionales, correspondiendo a los de superior rango establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la Ley a través de su jurisprudencia.”²⁰⁴

El precedente por parte del TC español es usado como una fuente material de la jurisprudencia, a diferencia del precedente del TSJ, que busca sólo unificar la actividad jurisdiccional y darle cierto nivel de previsibilidad a sus decisiones, a través de la reiteración sustancial si existe interés casacional.²⁰⁵

La atenuación de este modelo se evidencia, tanto en las sentencias del TC como en las del TSJ españoles. Así, el precedente constitucional no adquiere la categoría de fuente formal del Derecho, pues, según la mayoría de autores, no se establece una consecuencia concreta por la infracción de la jurisprudencia. No obstante, hay autores, como De Otto, quien cree ver en el efecto anulatorio del recurso de casación por las infracciones a la jurisprudencia, constituye una verdadera sanción.²⁰⁶

Ante esto, Diez-Picazo, opina que el artículo 117.1 de la Constitución española faculta únicamente al TSJ la función judicial a la interpretación y aplicación del Derecho, centralizadas en el principio de unidad de la jurisprudencia, y le impide crear normas objetivas²⁰⁷.

Ahora, ¿cuál es el nivel de vinculación de los precedentes en España? En esto el modelo español siguió la solución alemana:

“La regulación del § 31 BverfGG. El § 31. II BverfGG atribuye fuerza de ley (Gesetzskraft) a las decisiones del BverfG que declaran la inconstitucionalidad de las normas jurídicas. De otro lado, el § 31. I BverfGG establece que todas las decisiones de la Corte Constitucional tienen valor vinculante (Bindungswirkung) para los órganos constitucionales (tanto del Estado Federal como de los Länder), al igual que a todos los

²⁰⁴ *Ibíd.*, FJ 6.

²⁰⁵ El TSJ ha establecido que es necesario que se invoque al menos la reiteración de dos sentencias (SSTS Sala 1a. de 14 de junio de 1991, 12 de diciembre de 1990 y 11 de diciembre de 1989); y, de manera especial, es importante citar una sentencia del pleno en el sentido referido (STS, Sala 1a., de 15 de julio de 1988), <http://www.precedente.net/>

²⁰⁶ I. De Otto, *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, p. 292, citado por, Leonor Moral Soriano, *op.cit.*, p. 168.

²⁰⁷ Leonor Moral Soriano, *op.cit.*, p. 170.

órganos judiciales y demás autoridades. Los efectos jurídicos atribuidos a las decisiones del BverfG es el único caso, en el Derecho alemán, de vinculación estricta...”²⁰⁸

En los casos que no sean de inconstitucionalidad, como en la acción de amparo, por ejemplo, el valor sería de una especie de vinculación *ad proceso*:

“Mientras que la categoría fuerza de ley ha sido tratada con claridad por el legislador alemán, éste se ha limitado a declarar que el resto de decisiones (las que no resuelven recursos de inconstitucionalidad de las normas jurídicas) tienen un valor vinculante (§ 31.I BverfGG) sin llegar a dar algún indicio que explique el significado de tal valor o efecto jurídico...”²⁰⁹

Estas ideas parecen coincidir con la postura de algunos juristas peruanos sobre la diferencia entre obligatoriedad (fuerza de ley) y vinculación (acatamiento procesal). De hecho, no hay una diferencia sustancial entre obligatoriedad y vinculación, sino diferentes efectos a partir de la acción concreta sobre la cual decide el organismo de control de la constitucionalidad.

Desde la publicación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (LOTIC), donde se afirma tajantemente que este Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución y, por tanto de la constitucionalidad de las leyes y otras normas a través de su interpretación constitucional,²¹⁰ y, ante el silencio de la Constitución de 1978, la labor de control de la constitucionalidad ha trascendido más allá de lo que se esperaba de un organismo jurisdiccional. Y ha establecido importantes precedentes constitucionales ampliando el estatuto de derechos fundamentales establecidos en la Constitución de 1978.

Así, en concreto, mientras el artículo 164.1 establece lo que se ha denominado como efectos de vinculación de los poderes públicos, que da fuerza vinculante *erga omnes* a las

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 195.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 195.

²¹⁰ Javier Díaz Revorio, *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003, p. 162.

sentencias constitucionales; el segundo inciso del artículo 40.1 de la LOTC reafirma la obligatoriedad de las sentencias del TC para todos los jueces al disponer:

“que la jurisprudencia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por las sentencias y autos que resuelvan los procedimientos de inconstitucionalidad.”²¹¹

No obstante, esta eficacia general tendría como excepción a la acción de amparo y a las sentencias desestimatorias de inconstitucionalidad.²¹² En el primer caso, porque sus efectos deben ser invocados en el proceso si se los quiere hacer valer como precedente, y respecto del segundo caso, en razón de que estas sentencias no producen efectos sobre el ordenamiento jurídico -el caso contrario de las estimatorias-. Esto permite fundamentar, al mismo tiempo, la obligatoriedad de los precedentes constitucionales, o más concretamente de las *ratio decidendi* permitiendo la integración de la ley impugnada con la norma constitucional interpretada con mismo valor jurídico.²¹³

En su actuación, el TC español elabora sus precedentes de manera similar a los modelos anteriores. Existe una similitud con la Corte IDH, lo cual puede deberse a la influencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y, en el caso concreto de España, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, tal como se lo puede notar en un caso reciente sobre discriminación indirecta, donde se presentó una demanda en la cual se alegaba la discriminación de una empresa privada que se negaba a reducir el horario de la jornada laboral por motivos de cuidado de un niño de 6 años, pues el TC establecía que: “

²¹¹ *Ibíd.*, p. 160.

²¹² Javier Díaz Revorio, *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003, p. 166.

²¹³ *Ibíd.*, p. 171.

“la demandante ha errado al plantear su demanda desde la perspectiva del derecho a la igualdad por razón de género, dado que tal vulneración significaría que, ante dos situaciones exactamente iguales, se hubiera obrado de forma desigual, sin razón objetiva o justificada, por el mero hecho de que una persona es mujer y la otra hombre. Resulta, sin embargo, evidente que no nos encontramos ante tal supuesto, por cuanto no se ha analizado la existencia de una situación dispar entre hombres y mujeres.”²¹⁴

En este caso, el TC, de manera similar a lo analizado al hablar del SIDH, identifica varios elementos de análisis para luego integrarlos en la invocación de un precedente. Se los descompone con fines de análisis, para notar cuál fue el camino recorrido por el TC para, progresivamente, aplicar el precedente en el caso comentado:

a. Principio de igualdad y no discriminación.- La enumeración de formas de violación principio general de igualdad jurídica y de discriminación del artículo 14 de la Constitución de España (CE) no es exhaustiva (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6);²¹⁵

b. Elemento 1: vulneración de los derechos fundamentales.- no obstante, ocurren situaciones sociales e históricas que vulneran la dignidad humana (SSTC 128/1987, 16-jul, FJ 5; 166/1988, 26-sep, FJ 2; 145/1991, 1-jul, FJ 2; 17/2003, 30-ene, FJ 3);

c. Elemento 2: discriminación por razones de sexo.- Una de estas discriminaciones ha sido por razones de sexo (entre otras, SSTC 128/1987, 16-jul, FJ 6; 145/1991, 1-jul, FJ 3; 147/1995, 16-oct, FJ 2; 126/1997, 3-jul, FJ 8);

²¹⁴ Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, 6715-2003, *Raquel García Mateos-"Alcampo, S.A."*, Sentencia 15-ene-2007.

²¹⁵ *Ibíd.*, (FJ) 2, Inc. 3.

d. Elemento 3: proporcionalidad material.- La exigencia de proporcionalidad formal del principio de igualdad establecido en el CE no es suficiente, debe darse un énfasis, respecto de discriminación por diferencia de sexo, en el “rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”²¹⁶ (STC 126/1997, 3-jul, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, 14-dic, FJ 4; 75/1983, 3-ago, FFJJ 6 y 7; 209/1988, 10-nov, FJ 6);

e. Componente 1 del precedente: percepción de la discriminación en la actividad jurisdiccional del TC .- La discriminación está relacionada con todas las situaciones relacionadas con las características del sexo, para el caso, la maternidad respecto al mercado laboral (STC 173/1994, 7-jun, FJ 2; 136/1996, 23-jul, FJ 5; 20/2001, 29-ene, FJ 4; 41/2002, 25-feb, FJ 3; o 17/2003, 30-ene, FJ 3; STC 109/1993, 25-mar, FJ 6); y que "existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o permanecer en él" (STC 128/1987, 16-jul, FJ 10);²¹⁷ y,

d. Componente 2 del precedente: percepción de la discriminación en la actividad jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).- El TC, finalmente, antepone el estándar establecido por el TJCE se opone a la aplicación de medidas nacionales que resulten discriminatorias, indirectamente, por razones de sexo, excepto si está “justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razones de sexo”²¹⁸ (SSTJCE 27-jun-1990, asunto Kowalska; 7-feb-1991, asunto Nimz; 4-jun-1992, asunto Bötzel; o 9- feb-1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez; Directiva 76/207/CEE del Consejo, 9- feb- 1976).

²¹⁶ *Ibíd.*, FJ 2, Inc. 4.

²¹⁷ *Ibíd.*, FJ 2, Inc. 4.

²¹⁸ *Ibíd.*, FJ 3, Inc.2.

En este caso se puede observar la forma racional como se ha integrado el derecho en dos niveles: a) integración, a través de la Constitución, de las situaciones particulares demandadas; y, b) la integración de esta interpretación con el estándar europeo, lo cual identifica un rasgo muy particular del sistema de justicia supranacional que está en implementación en Europa.

Esta última característica del control de la constitucionalidad de España amerita un estudio especializado que trasciende el objeto de este trabajo, pero sea suficiente dejar señalado estos dos niveles de integración a través de la interpretación constitucional.

Actualmente, tal como se ha podido observar en los ejemplos analizados, los jueces españoles muestran una tendencia a desvincularse del uso de la jurisprudencia como un instrumento que busca únicamente la uniformidad de la actividad judicial y se evidencia un paulatino acercamiento de ésta a la teoría del precedente, en tanto técnica argumentativa basada en el principio de igualdad y la realización de la justicia material, desde la actividad del TC e, incluso, de todos los jueces ordinarios.

1.2.2 En Perú.

En el caso peruano, la Constitución de 1993 dejó a la ley la regulación del funcionamiento del Tribunal Constitucional. Es así que, con la promulgación de la Ley 28.237 que puso en vigencia el Código de Procedimiento Constitucional, se incorporó en su artículo VII que:

“(…) Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente...”²¹⁹

²¹⁹ Código de Procedimiento Constitucional, Ley 28237, 31-may-2004.

A partir de esta norma, el TC peruano, a través de sentencias instructivas, es decir, aquellas que resultan ser especie de reglamentos o manuales sobre interpretación constitucional - Una de estas sentencias, *Municipalidad Distrital de Turín*, 024-2003-IA/TC-,²²⁰ estableció cuáles son los límites, condiciones y la estructura del precedente constitucional. En esta decisión se establece que el precedente es la regla jurídica para el caso concreto, la cual tiene efectos generales obligatorios para la decisión de los casos futuros análogos,²²¹ con el fin de asegurar la predictibilidad y racionalidad de la jurisprudencia, y fortalecer el poder normativo del juez constitucional.²²²

Con esta sentencia se da una respuesta general a partir de un tema concreto, lo cual se ha denominado como postura maximalista del precedente, en contraposición a la tesis minimalista, según la cual, el juez al realizar el precedente evita cualquier generalización más allá del caso concreto. Según los detractores de la doctrina maximalista, es peligroso realizar generalizaciones de difícil consenso en un organismo colegiado.²²³

El caso es que esta sentencia, estableció además la estructura del precedente: a) razón declarativa axiológica, donde se determinan los juicios de valor del juzgador y se admite a la Constitución como un instrumento sustancialmente axiológico²²⁴; b) la *ratio decidendi* o razón suficiente, como la parte obligatoria del precedente; c) el *obiter dictum* o razón subsidiaria, lo que conocemos en nuestro medio como los considerandos y que tiene finalidades argumentativas

²²⁰ Sentencia 0024-2003-AI/TC, *Municipalidad Distrital de Lurín*, Tribunal Constitucional del Perú.

²²¹ Espinosa-Saldaña, Eloy, “El Precedente Constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o usarle en una forma inadecuada en la actual coyuntura peruana”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006, p. 72.

²²² Sentencia 0024-2003-AI/TC, *Municipalidad Distrital de Turín*, Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 27 del apartado “Fundamentos”.

²²³ Carl Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1996, cita por Eloy Espinosa-Saldaña, op.cit., p. 73.

²²⁴ Esto podría ser en nuestro ordenamiento, la parte de los antecedentes o expositiva. No obstante, la coincidencia no es precisa, pues en el caso ecuatoriano, es sólo una narración de los hechos principales sobre los cuales se va a decidir. Además, no debemos olvidar que nuestra anacrónica Ley del Control Constitucional deja muchos temas procesales sin resolver –entre ellos, el de la estructura formal de las sentencias constitucionales-, o atado al facilismo de normas de remisión al Código de Procedimiento Civil.

o explicativas de la parte central; d) la invocación perceptiva, donde se incluyen las normas analizadas y el razonamiento respecto de los hechos del caso que llevan a estimar o desestimar una pretensión; y, e) la *dessisum* o decisión, lo que podríamos llamar en el Ecuador la parte resolutive.²²⁵

En Perú, el cambio del precedente por el TC se estableció en la sentencia 024-2003-IA/TC ya comentada a partir de la racionalización del precedente constitucional. En primer lugar, los precedentes adoptados tienen obligatoriedad general –de acuerdo al Código de Procedimiento Constitucional- y sólo pueden ser revisados los precedentes con autoridad de cosa juzgada por el mismo Tribunal y si reúne los prerequisites de acreditar pronunciamientos contradictorios, la constatación de una interpretación errónea; la existencia de una norma con varias interpretaciones excluyentes; y, la necesidad de modificar el precedente²²⁶.

Esta enunciación, de alguna manera, reproduce la doctrina del *cambio de criterio justificado* ya mencionada, pero con un detalle reglamentario. Además, se considera como argumento la “necesidad de cambiar el precedente”, lo cual abriría un espacio de excesiva discrecionalidad, arbitrariedad²²⁷ y ilegitimidad social del precedente.

No obstante, una atenta observación a otras sentencias del TC peruano lleva a disipar estos temores. De esta manera, esta necesidad ha sido explicada por el TC como uno de los requisitos del *common law*: “la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*)”.²²⁸

De esta manera, el Tribunal considera abierta la posibilidad futura de autoimplicarse en un caso de inconstitucionalidad por *vía incidental* en un caso en el cual no se hace un control *abstracto*, como sucedería en un amparo constitucional, y donde se advierte la aplicación de una

²²⁵ Sentencia 0024-2003-AI/TC, *Municipalidad Distrital de Lurín*, párrafo 31 del apartado “Fundamentos”.

²²⁶ *Ibíd.*, párrafo 45 del apartado “Fundamentos”.

²²⁷ Eloy Espinosa-Saldaña, *op.cit.*, p. 76.

²²⁸ Sentencia 3741-AA/TC, *Ramón Hernando Salazar Yarlenque*, Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 37 del apartado 7.

norma abiertamente inconstitucional, tal como ocurre en la denominada “*autocuestión de inconstitucionalidad*” de España.²²⁹

No se debe olvidar la sentencia del caso *Grutter* ya comentado respecto de los Estados Unidos, donde aparece la aceptación social de determinadas prácticas como razones suficientes para cambiar un precedente. La jurisprudencia peruana parte desde lo técnico y no necesariamente de un análisis de elementos sociológicos como aparece en *Grutter*, sino desde la dogmática jurídica, donde se incluyen algunos elementos de la realidad social.

Una práctica similar parece aplicarse en el caso colombiano e incluso en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde aparece con mucha fuerza el uso del precedente de acuerdo a la necesidad de desarrollar la jurisprudencia a partir a la oportunidad evidenciada en los casos concretos. Los casos de sometimiento a la Corte por petición de la Comisión son:

“2. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en el caso particular, fundada entre otros, en los siguientes elementos:

- a. la posición del peticionario;
- b. la naturaleza y gravedad de la decisión;
- c. la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema;
- d. el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; y,
- e. la calidad de la prueba disponible.”²³⁰

No obstante, la aplicación del precedente en el Perú no es del todo pacífica, y existen muchas dudas respecto del carácter vinculante de las decisiones y sobre la delimitación de la

²²⁹ *Ibíd.*, párrafo 39 del apartado 7.

²³⁰ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *op.cit.*, p. 183. Este Reglamento fue aprobado en el período extraordinario de sesiones 109º, 4-8 de diciembre de 2000; y, modificado en el período ordinario de sesiones 116º, 7-25 de octubre de 2002, y en el período ordinario de sesiones, 6-24 de octubre de 2003. (Artículo 44.2 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

ratio decidendi. Tal situación sucede en el caso 422-2005 PA/TC.²³¹ A pesar de esto, el modelo peruano avanza con pasos firmes.

1.2.3 En Colombia.

En **Colombia**, es el artículo 4 de la Ley 19 de 1896 que reemplazó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, el que estableció que tres fallos uniformes de casación de la Corte Suprema de Justicia constituían “doctrina probable”. La vinculación en este caso permite únicamente a la jurisprudencia ser una fuente orientadora para el juez en la resolución del caso²³²

Pero, con la instauración del Estado constitucional en 1991 en Colombia, se abrió la posibilidad, a través de la labor de una Corte Constitucional fortalecida y de amplia legitimidad social, de aplicar la doctrina del precedente. Este precedente es el conjunto de *ratio decidendi* elaborada por la Corte Constitucional.²³³

A pesar de esto, la normativa legal y constitucional no es clara respecto del carácter vinculante del precedente constitucional, caso contrario a lo ocurrido en el caso de España (indirectamente, Alemania) ya tratado.

Entonces, mientras el artículo 4.5 de la Constitución establece la supremacía de la Constitución y la enunciación del artículo 241.6 unge a la Corte Constitucional como guardián de la Constitución; el artículo 230 de la Constitución, al determinar el sistema de fuentes del

²³¹ Carlos Chipoco, *Análisis del concepto de “precedente vinculante” en la jurisprudencia del tribunal constitucional: La Sentencia recaída sobre el Expediente No. 422-2005-PA/TC*, Perú. Respecto de este caso, se presenta la duda sobre si obligatoriedad y vinculación son lo mismo. Algunos autores peruanos se adscriben en que la vinculación es sólo procesal y opera sobre al actividad judicial desde la acción de amparo constitucional, mientras que obligatoriedad se aplica con efectos *erga omnes* únicamente a partir de la acción de inconstitucionalidad. En todo caso, el precedente sería un hilo común para todos, pero sólo de acuerdo a lo que establece la normativa positiva o jurisprudencial en cada modelo analizado, donde en los modelos de reconocimiento fuerte, el hilo del precedente cubre la vinculación con fuerza de ley, y donde en los modelos de reconocimiento débil, el hilo sólo llega hasta la cosa juzgada.

²³² Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 150.

²³³ *Ibíd.*, p. 151.

Derecho, somete a los jueces al imperio de la ley y, además, establece que la jurisprudencia constituye sólo un “criterio auxiliar”.²³⁴

A nivel legislativo, representó un duro revés a la aplicación del precedente constitucional la declaratoria de inexecutable de la palabra “obligatorio” que se había adjuntado a la frase “criterio auxiliar” del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, el cual estableció las normas de funcionamiento de la Corte y los procedimientos constitucionales. Esto fue corroborado por el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, al disponer que sólo la parte resolutive tiene efectos *erga omnes*, y la parte motiva sólo es criterio auxiliar para la decisión de los jueces frente a la fuerza obligatoria de la interpretación realizada por el legislador.

Sin embargo, en la sentencia C-037 de 1996, la Corte declaró inexecutable algunas palabras del artículo anterior y permitió el reconocimiento de la fuerza vinculante a las sentencias de inconstitucionalidad y tutela constitucional (amparo), limitada a la parte resolutive y la *ratio decidendi* de la parte motiva.²³⁵

Anteriormente, en el fallo C-113 de 1993, la Corte había declarado inexecutable varios artículos del Decreto 2067, y reafirmó que sólo a la Corte Constitucional toca establecer cuáles son los efectos de sus sentencias²³⁶, lo cual fue reiterado en la sentencia C-131 de 1993, donde la Corte afirma, además, que su jurisprudencia es fuente del Derecho, aunque no es obligatoria.²³⁷

A pesar de esto, la sentencia C-113 significó una interpretación tibia de los artículos cuestionados, y el triunfo de la tesis del tradicional formalismo jurídico, según lo hace notar Diego López.²³⁸

²³⁴ *Ibíd.*, p. 152.

²³⁵ Corte Constitucional de Colombia, C-037 de 1996, Magistrado Ponente (M.P.): Vladimiro Naranjo Meza, expediente 008, consideración 3, artículo 48 de la Ley 58/94, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

²³⁶ Corte Constitucional de Colombia, C-113 de 1993, M.P., Jorge Arango Mejía, expediente D-096, *José Pedraza Picón*, consideración f), 21 del Decreto 2067 de 1991.

²³⁷ Corte Constitucional de Colombia, C-131 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, expediente D-182, *Andrés de Zubiria y otros*, fundamentos jurídicos, 2.2 Las fuentes del Derecho, artículo 2º en sus numerales 2º, 3º, 4º y 5º; y artículo 23 parcial del Decreto 2067 de 1991.

²³⁸ Diego López, *El Derecho de los...*, op.cit., p. 15.

De estas mismas sentencias se extrae el importante y novedoso concepto de cosa juzgada constitucional, cuyas características hacen referencia, a los efectos *erga omnes* de la materialidad de la sentencia y la obligatoriedad de ésta respecto de las autoridades y ciudadanos. Esta cosa juzgada, además, se clasificó en cosa juzgada explícita, la de la parte resolutive y, cosa juzgada implícita, la de la parte motiva, lo cuales son también obligatorios y corrigen las sentencias.²³⁹

Pero, además, no sólo tienen un efecto procesal (*non bis in idem*), sino de “garantizar la integridad y supremacía de la carta”.²⁴⁰

Por último, la Corte Constitucional estableció desde las sentencias C-511 de 1994²⁴¹ y T-363 de 1995, lo que se denominado aplicación “*sub silentio*” del precedente, que consiste en la sujeción de los jueces a los precedentes de la Corte, y la posibilidad de ésta de imponerlos a los jueces o variarlos motivadamente.²⁴²

Esta triada de doctrinas jurisprudenciales, denominadas por Bernal Pulido, como de “auto regulación de competencias”, cosa juzgada constitucional, y, aplicación “*sub silentio*” del precedente²⁴³, son las que han dado al precedente la base sólida para su consolidación, la cual alcanza su punto máximo en la sentencia T-123 de 1995 y C-083 de 1995.

Se destaca la última sentencia, pues ésta se constituye en emblemática al establecer con claridad a la jurisprudencia constitucional o doctrina constitucional –como lo llaman en Colombia- como fuente del Derecho:

“El sentido del término "doctrina constitucional" fijado por la Corte, en su doble acepción como referido a "norma constitucional" y a "cualificación adicional" efectuada por el intérprete autorizado y

²³⁹ Corte Constitucional de Colombia, C -131 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, expediente D-182, *Andrés de Zubiria y otros*, fundamentos jurídicos, 2.3 La cosa juzgada constitucional, artículo 2º en sus numerales 2º, 3º, 4º y 5º; y artículo 23 parcial del Decreto 2067 de 1991.

²⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, C -310 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, citado por Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 158.

²⁴¹ C-511 de 1994, M.P.: Fabio Morón Díaz, citado por Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 159.

²⁴² Diego López, *El Derecho de los...*, op.cit., p. 22. e establece una diferencia importante entre la doctrina constitucional, que tendría efectos obligatorios *erga omnes*, pues “es la Constitución misma que, dada su generalidad, tiene que ser aplicada a través de los usos concretos de la misma, hechos por su intérprete constitucional”.

²⁴³ Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 163.

supremo de la misma, enfatiza su valor de fuente de derecho, bien porque la norma constitucional es "ley", esto es, tiene carácter normativo, o porque las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional vinculan a todas las autoridades.”²⁴⁴

Estas sentencias, además, determinan lo que se ha denominado jurisprudencia o doctrina integradora e interpretativa,²⁴⁵ o como lo establece Diego López: a) doctrina constitucional integradora (fuente del Derecho); b) la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia que son “guías auxiliares o subsidiarias que no comprometen el criterio autónomo del operador judicial”, que seguiría el esquema de triple reiteración del artículo 4 de la Ley 169 de 1869.²⁴⁶

Respecto de esta triada sobre la cual se fundamenta la obligatoriedad del precedente, aparece la extensión de ésta a las sentencias de revisión de tutela constitucional decididas por la Corte Constitucional, la cual fue posible desde la sentencia T-260 de 1995.²⁴⁷

Tal como se ha podido observar, estos vacíos normativos fueron llenados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional, a través de un “activismo de máximo calibre”, legítimo, pero también ampliamente criticado. Esta evolución se contrapuso al “tradicionalismo” versus el “reformismo”, respecto del rol del Derecho y el sistema de fuentes, que permitió a ésta segunda consolidarse, paulatinamente, desde 2001. En la sentencia C-252 se afirma que las sentencias de revisión de tutela sólo tienen efectos *inter partes*, y sólo la *ratio decidendi* tiene efectos *erga omnes*:

“a través de diversos fallos de tutela, se empezó a surtir un cambio en la postura de la Corte respecto de la fuerza normativa de la jurisprudencia. Las distinciones contenidas en la Sentencia C-083 de 1995, abrieron

²⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, C-083, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, expediente D-665, *Pablo Bustos*, encabezado del voto aclaratorio, artículo 8 de la Ley 153 de 1887. Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias: herejías constitucionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 403-418. Esta sentencia ha sido reiteradamente citada en muchos estudios y forma parte de la famosa recopilación de fallos emblemáticos “Sentencias. Herejías Constitucionales”, obra de Carlos Gaviria Díaz.

²⁴⁵ Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 164.

²⁴⁶ Diego López, *El Derecho de los...*, op.cit., p. 23.

²⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, T-260 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, citado por Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 167.

la puerta para que los propios jueces, de cara a situaciones de hecho concretas, reconocieran la necesidad de que casos iguales recibieran un tratamiento igual, garantizando por un lado la seguridad jurídica, pero sobre todo, asegurando unidad argumentativa y doctrinal por parte de los jueces que administran justicia. La sentencia T-123 de 1995 constituye el inicio del giro doctrinario en esta materia”.²⁴⁸

Luego, los otros jueces y la misma Corte Constitucional pueden apartarse del precedente, tal como lo establece la sentencia C-836 de 2001, de acuerdo a los siguientes supuestos: a) por la existencia de diferencias relevantes; b) caducidad de la situación social del precedente original; c) por ser contraria a los valores, principios y derechos que fundamentan el ordenamiento jurídico; y, d) cambios normativos, constitucionales o legales.²⁴⁹

Finalmente, un rasgo importante, es la posibilidad de la Corte Constitucional de elegir los casos de amparo constitucional sobre los que quiere establecer doctrina –en los casos de inexecutable, el precedente se construye de manera parecida como se vio respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos o el caso de España-, lo cual sería una forma de aplicación de lo se ha tratado en este estudio como *certiorari*, tantas veces nombrada. Esta posibilidad está reconocida en el artículo 33 del Decreto 2067 y funciona de manera parecida como ocurre en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.

La novedad consiste en que cualquier magistrado o el Defensor del Pueblo pueden solicitar la revisión de las decisiones de tutela, aunque, en definitiva, es la Corte quien escoge las sentencias si considera, a pedido de las autoridades mencionadas, que es necesario “aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave”. Este mecanismo es de suma importancia práctica para la aplicación del precedente, puesto que permite racionalizar la actividad del organismo de control de la constitucionalidad, al punto que lo transforma, en realidad, en una

²⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, C-252 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, expedientes D-2825, D-2838, D-2841, D-2845 y D-2847, *Rafael Sandoval López*, Ley 553 de 2.000, 4.1 Aproximación a la Teoría del Precedente Judicial.

²⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, citado por Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 180.

corte de precedentes y deja la mecánica de la justicia constitucional regular a los demás jueces en las otras instancias.

Esta norma es ampliada, respecto de la utilidad de la unidad de la interpretación constitucional, y al mismo tiempo, del ordenamiento jurídico, como una garantía de igualdad, certeza jurídica y racionalidad de la justicia, en la decisión C-252 ya comentada.²⁵⁰

Sumado a esto, se tiene lo que se conoce como “disciplina jurisprudencial” a favor de las altas cortes (Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y Corte Constitucional), establecido en la sentencia T-123 de 1995, que consiste, al mismo tiempo, en la libertad de los jueces inferiores de apartarse del precedente motivadamente de acuerdo a un proceso de coherencia interna (el propio precedente del juez); y externo (precedente de otros jueces, superiores o inferiores), que realiza la potestad de las altas cortes de imponer el precedente a través de la tutela constitucional sobre al apercibimiento del principio de igualdad: a casos iguales, igual decisión.²⁵¹

La forma de establecer el reconocimiento del precedente constitucional es bastante reglamentaria como en el modelo peruano. El énfasis reglamentario tiene un fuerte influjo del sistema de justicia americano y el SIDH, mientras, que en el caso colombiano, es argumentativo, con un influjo de los modelos alemán y español.²⁵²

No obstante, el modelo colombiano tiene un antecedente de trabajo a partir de 1991, con la publicación del Decreto 2067, posterior a la puesta en vigencia de la Constitución de 1991; lo cual es diferente en el caso peruano, donde apenas se pudo implementar la doctrina del precedente desde la publicación del Código de Procedimiento Constitucional desde 2004.

²⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, C-252 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, expedientes D-2825, D-2838, D-2841, D-2845 y D-2847, *Rafael Sandoval López*, 4.1 Aproximación a la Teoría del Precedente Judicial, Ley 553 de 2.000.

²⁵¹ Diego López, *El Derecho de los...*, op.cit., p. 27.

²⁵² Aura María Cárdenas, “El Transplante Jurisprudencial: el caso colombiano”, Universidad Nacional de Colombia, tesis sin publicar, 2002, citado por Diego López, *Teoría Impura...*, op.cit., pp. 414-415. En este estudio, Cárdenas establece en el período 1992-2001, las citas de jurisprudencia internacional realizadas por los jueces de la Corte Constitucional, donde, de 154, 54 son de Alemania y 45 de España. Los jueces Martínez (74), Cifuentes (19), y Gaviria (14) son quienes más citas de este tipo realizaron en el mismo período.

Resulta novedoso, no obstante, el esfuerzo de la Corte, a partir de la sentencia T-175 de 1997, en lo que se conoce como líneas jurisprudenciales, que muestra una tendencia consolidada de la doctrina del precedente constitucional en Colombia.

En esta sentencia, la Corte analiza 253 decisiones anteriores sobre tratos discriminatorios en materia laboral, y selecciona la sentencia “controlante” (T-418 de 1996), la cual contenía a la mayor cantidad de casos análogos. Esto permitió desnudar la realidad de que de los casos analizados, 244 casos deben ser revocados porque violan esta sentencia “controlante”.²⁵³

Finalmente, en el caso colombiano, a pesar del desarrollo jurisprudencial analizado, que muestra una tendencia al fortalecimiento de una posición antiformalista (racionalismo judicial) y una filosofía no académica del Derecho²⁵⁴, el nivel argumental no es del todo claro y ordenado, y no sigue una línea sistemática para realizar sus precedentes, tal como sí ocurre en el SIDH y España, donde es muy fácil identificar los criterios componentes del precedente y los efectos particulares en cada caso concreto. Se destacan, sin embargo, las sentencias C-083 y T-123.

1.3 Vinculación débil del precedente.

En este apartado, se analizará el modelo de vinculación débil del precedente constitucional. De tal manera, se toman los casos de Venezuela, Bolivia, Chile y Ecuador. Se recuerda lo ya dicho al inicio de este Capítulo, en relación a que el orden de los países es completamente aleatorio y no hace referencia al nivel de desarrollo del precedente, sólo el caso del Ecuador será tratado al final.

Un común denominador de estos sistemas que describen un reconocimiento débil del precedente, es el incipiente desarrollo judicial o normativo en la aplicación del precedente o jurisprudencia, ya sea porque no gozan de un acercamiento a la tradición anglosajona, o porque

²⁵³ Diego López, *El Derecho de los...*, op.cit., pp. 39-41. Puede verse lo atinente al concepto de línea jurisprudencial, formas de reconocimiento e identificación, y efectos en esta misma obra (pp. 55-85).

²⁵⁴ Diego López, *Teoría Impura...*, op.cit., pp. 428-433.

apenas han estabilizado –o están por hacerlo según la tendencia que se percibe-, su institucionalidad de justicia ordinaria, de control de la constitucionalidad y de justicia constitucional, como ocurre en Chile y Ecuador de manera particular.

Hay razones, de acuerdo a lo analizado, para afirmar que existen condiciones beneficiosas para la aplicación -en este orden-, del precedente constitucional en Ecuador, Chile y Bolivia. En el caso venezolano, el panorama no es del todo optimista, a pesar de la riqueza, originalidad y alto valor académico de su jurisprudencia –muy destacado-, pues cada vez está más cuestionada la independencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia respecto de las funciones del Estado.

1.3.1 En Venezuela.

De esta manera, el primer caso a tratar será el de **Venezuela**. Llama la atención en la Constitución de 1999, la consagración de normas de avanzada respecto del control de la constitucionalidad, lo cual no resulta del todo ajeno si lo que se pretende es fomentar un hiperpresidencialismo, tal como ocurre en otros países de la Región.

Así, esta Constitución es la única en la región que tiene un reconocimiento constitucional del organismo de control de la constitucionalidad como intérprete supremo de la Constitución: la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

“Art. 335.- El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.”²⁵⁵

²⁵⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 30-dic-1999.

La creación de esta Sala permitió perfeccionar el control de la constitucionalidad que hasta ese momento era ostentado por la Corte Suprema a través del control difuso, de acuerdo a la realidad de un sistema político federal que, similar a lo que ocurrió en México y Argentina, tuvo grandes dificultades para tener éxito.

En la Constitución de 1999 se introdujo el control concentrado a cargo de esta Sala, sin desconocer el control difuso que realizaba la Corte Suprema desde 1811.

Junto con al control difuso y concreto de la constitucionalidad, en 1999 se presentó, además, tres formas de control adicionales. El amparo (normativamente desde 1961, y jurisprudencialmente, desde 1983 20/10 *Andrés Velásquez*²⁵⁶), la revisión de sentencias y la interpretación constitucional.²⁵⁷

Ahora, esta Sala Constitucional, sobre la base normativa ya citada, en relación con los artículos 7 y 334 de la Constitución, ha llegado a reafirmar, jurisprudencialmente, el reconocimiento de esta función jurídico-política, consistente en el uso del precedente para establecer la interpretación oficial de la Constitución, a través de varios fallos, entre los cuales

²⁵⁶ Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, n. 914, caso *Francisco Ameliach*, Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, n. 657, 4-abr-2003, *Inmobiliaria New House*, 17-may-2004, citados por Giancarlo Enríquez Maionica, op.cit., p. 3. El amparo constitucional debe ser entendido como un mecanismo de control sobre los derechos fundamentales y no sobre las normas. Sostener lo contrario sería apoyar la doctrina del caso *Carlos Francisco Ameliach*, según la cual, es necesario violar una norma constitucional expresa para que sea procedente el amparo. La doctrina contraria también tiene también apoyo jurisprudencial, según el cual el amparo procede contra cualquier violación de un derecho, por lo cual el control normativo es mediato y posterior, doctrina mantenida en el caso *Inmobiliaria New House*.

²⁵⁷ Giancarlo Enríquez Maionica, *La Variedad del Control Constitucional en Venezuela. Un ejemplo a seguir ¿o no?*, Venezuela, p. 2.

destacan los casos *Ricardo Combellas* (1347, 9-nov-2000),²⁵⁸ *Baker Hughes SRL* (33, 25-ene-2001), y *Corpoturismo* (93, 6-feb-2001).²⁵⁹

Este último fallo ha sido muy criticado, pues se ha considerado como una extralimitación de competencias constitucionales y un exceso de activismo judicial.²⁶⁰

Pero es un fallo del 19 de julio de 2001, el cual, sobre la base el mencionado artículo 335, establece la diferencia entre *judictio*, que es la facultad de establecer una decisión sobre el caso concreto, el cual deberá ser invocado como precedente en los casos posteriores; y, la *jurisdatio* que sería la potestad de la Sala Constitucional de establecer una interpretación constitucional con efectos *erga omnes*, lo cual consagraría una especie de “interpretación cuasiauténtica o paraconstituyente, que establece el texto constitucional”.²⁶¹

“Como puede verse la República Bolivariana de Venezuela no duplica en estos artículos la competencia interpretativa de la Constitución, sino que consagra dos tipos de interpretación constitucional individualizada que se da en la sentencia como norma individualizada, y la interpretación general o abstracta prevista en el artículo 335, que es una verdadera *jurisdatio*, en la medida que declara con efectos *erga omnes* y pro futuro (*ex nuc*), el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales cuya interpretación se insta a través de la acción extraordinario correspondiente [...] La diferencia entre ambos tipos de interpretación es patente y conduce consecuencias jurídicas decisivas en el ejercicio de la jurisdicción constitucional por parte de la Sala. Esas consecuencias se refieren al efecto diverso de la *juridictio* y la *jurisdatio* y ello porque la eficacia de la norma individualizada se limita al caso resuelto,

²⁵⁸ Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, M.P.: José Delgado, exp. 00-1866, caso *Ricardo Combillas y otros*, 9-nov-2000, consideración III, párr. 5: “los órganos que integran el Poder Público, en la consecución de sus cometidos, no tendrán más dirección y vigilancia que la que establezca nuestra Constitución, las leyes y demás normas aplicables. Sería impropio del *poder garantizador de la Constitución* que ejerce esta Sala y a través de este recurso, el velar *motu proprio* y de manera indiscriminada, por la eficacia y eficiencia, incluso en la realización de la Constitución, de los órganos legislativos y administrativos de la jerarquía que fuesen.”

²⁵⁹ Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, M.P.: José Cabrera, expediente 00-1529, *Corporación de Turismo de Venezuela (Corpoturismo)*, 6-feb-2001, acápite. III Delimitación de la Competencia para Revisar Sentencias definitivamente firmes por parte de esta Sala.

²⁶⁰ Giancarlo Enríquez Maionica, op.cit, p. 3.

²⁶¹ Jesús Casal Hernández, op.cit., p. 314.

mientras que la norma general producida por la interpretación abstracta vale erga omnes y vale como una verdadera *jurisdatio*.”²⁶²

Esta doctrina sostenida por la Sala Constitucional se ha visto reafirmada y fortalecida con un fallo posterior en el caso *Consejo Legislativo del Estado Barinas* en el cual se aclara que en ambas formas de interpretación los efectos son plenamente vinculantes.²⁶³

Esta doctrina ha sido bastante cuestionada, pues no define claramente los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales, donde, por ejemplo, en los casos de amparo constitucional, surgen efectos que trascienden sus efectos *inter partes* e inciden en la interpretación general, especialmente, de los derechos fundamentales y respecto de la Política Pública.

En este sentido, la Sala da ciertas pistas sobre la limitación de la interpretación constitucional que se hace en el fallo *Servio Tulio León*, donde exige como imperativo demostrar una duda cierta “que afecte de manera actual o futura y un marcado problematismo que bien sea para la buena marcha de las instituciones, para el ejercicio de los derechos fundamentales y para el mantenimiento del orden público y la paz social”.²⁶⁴

En este mismo fallo, a parte de tomar este recurso del artículo 266.6 de la Constitución, la Sala Constitucional establece nueve casos de procedencia de la interpretación:

“Cuando normas constitucionales contraríen principios constitucionales, cuando alguna norma remita a doctrina o principios generales, cuando normas constitucionales sean entre sí divergentes, cuando se desee aplicar normas sobrevivientes de organismos internacionales, cuando se desee interpretar el artículo 31 de la Constitución, que se refiere al amparo internacional [posibilidad de presentar peticiones a organismos

²⁶² Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 19-jul-2001, n. 1309, *Herrmann Escarrá*, acápite V Motivos para Decidir, párr. 5 Clases de Interpretación Constitucional.

²⁶³ Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 5-oct-2001, n. 1860, *Consejo Legislativo del Estado Barinas*, citado por Jesús Casal Hernández, op.cit., p. 315.

²⁶⁴ Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 22-sep-2000, n. 1077, *Servio Tulio León*, p. 6.

internacionales de protección de derechos humanos], cuando existan huecos legales en la Constitución, sobre normas a desarrollar por ley –que no programáticas- como por ejemplo, el artículo 27 que reconoce el amparo, cuando una norma sea incongruente y sobre el alcance de los actos de la Asamblea Constituyente de 1999.”²⁶⁵

Esta sentencia, en la primera parte reproduce algunos elementos sobre la ponderación como método de interpretación constitucional, y luego, en un segundo grupo de prerrogativas, le da a la Sala Constitucional un verdadero poder constituyente permanente, llegando incluso a un extremo peligroso y posiblemente contradictorio con las obligaciones internacionales contraídas por Venezuela respecto de la defensa de los derechos humanos, pues establece procedimientos de evasión de las decisiones de las cortes internacionales de derechos humanos. Se consagra un poder constituyente permanente que no guarda concordancia con la normativa constitucional ni con la intención del constituyente.

No obstante, parece ser que la evolución y legitimidad de la interpretación a partir de los casos concretos, especialmente de amparo constitucional, ha ganado auge en la actividad histórica de la Sala Constitucional. Esto ha llevado a fortalecer lo que se ha denominado como “jurisdicción normativa” con efectos *erga omnes*, destinada a llenar los vacíos legislativos por la falta de coincidencia con los preceptos de la Constitución de 1999. Las otras posibilidades de interpretación han sido menos utilizadas.²⁶⁶

No obstante, se han presentado algunos fallos inconsistentes e incongruentes, como es el caso de *Elías Santana y Queremos Elegir*, que buscaba el respeto del derecho de réplica respecto del programa del Presidente Chávez “Aló Presidente”. En este caso, la sentencia siguió una

²⁶⁵ Giancarlo Enríquez Maionica, op.cit, p. 4.

²⁶⁶ Jesús Casal Hernández, op.cit., p. 318.

argumentación vaga e imprecisa sobre el derecho a la información y la libertad de opinión, cuando lo que se solicitaba interpretación sobre el derecho de réplica.²⁶⁷

Pero, además, la Sala impone su interpretación y sanciona el no acatamiento de la misma, sin que puedan los jueces inferiores argumentar el cambio de criterio y sin que la Sala tenga una doctrina clara sobre la elaboración del precedente. Esto se puede notar en varios fallos, como en *Pedro Réquíz*²⁶⁸ y en *Asodiam*, donde, incluso, se estableció una sanción económica para el juez de la causa:

“es con rango normativo como deben los jueces asumir los precedentes vinculantes de la Sala Constitucional como máximo intérprete de la constitucionalidad, sin que ellos se permita desacatarlos ni siquiera por una objeción de conciencia, y que el desacato a más de implicar la revocación de la sentencia, configura una conducta judicial indebida.”²⁶⁹

Este poder enorme de la Sala Constitucional aparece, a primera vista, como ideal, pero es cuestionable respecto del desequilibrio de funciones que puede ocasionar, no sólo a partir de esta potestad discrecional de interpretación, sino a partir de la forma de integración y fiscalización de la Sala. Esto, más allá de estar de acuerdo o en contra con la política del régimen, pone en tela de juicio la legitimidad democrática de esta potestad interpretativa de la Sala.

Esta razón, a pesar del desarrollo jurisprudencial histórico del sistema de justicia venezolano, de influencia anglosajona y europea, lo ubica dentro del modelo de reconocimiento débil del precedente que se propone en este estudio.

²⁶⁷ Sentencia de la Sala Constitucional de la República de Venezuela, 12-jun-2001, caso Elías Santana, n. 1301, citado por Jesús Casal Hernández, op.cit., p. 320.

²⁶⁸ Sentencia de la Sala Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 18-jun-2003, n. 1687, *Pedro Réquíz*, citado por Giancarlo Enríquez Maionica, op.cit, p. 7.

²⁶⁹ Sentencia de la Sala Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 28-nov-2001, n. 2458, *Asodiam*, citado por Giancarlo Enríquez Maionica, op.cit, p. 7.

Un ejemplo adicional de esta sobredimensión es lo sucedido en el caso *Rafael Chevero*, donde se solicitaba la inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal que imponían penas de privación de la libertad por ofensas en contra de las autoridades e instituciones del Estado.

En este caso, la Sala Constitucional reafirmó su criterio de interpretación sobredimensionado sobre su potestad interpretativa de las normas constitucionales y del alcance de los derechos fundamentales, por lo cual desechó la demanda, prevaleciendo el principio de autoridad y orden público citados como precedente reiterado.

Al mismo tiempo, también rechazó las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la necesidad de emprender reformas que estén de acuerdo con la Convención Interamericana por considerarse que estas recomendaciones no tienen rango de fallos definitivos y que vulneran la soberanía del Estado.²⁷⁰

1.3.2 En Bolivia.

En **Bolivia**, los artículos 116.IV, 119.I, y 121.I de la Constitución, consagran la jurisdicción constitucional del Tribunal Constitucional, la independencia respecto de las funciones del Estado respectivamente, y la cosa juzgada constitucional.²⁷¹

De estas normas, se deduce, implícitamente, el carácter del TC de ser el supremo intérprete de la Constitución, lo cual fue acogido en la Ley 1836, especialmente, en los artículos 4, párrafo segundo y 44.1, donde se establece la vinculación de las sentencias constitucionales hacia los otros jueces y las autoridades públicas.²⁷² Además, esta doctrina fue adoptada por el TC:

²⁷⁰ Sentencia de la Sala Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 20-oct-2000, *Rafael Chavero*, p. 10.

²⁷¹ Constitución de la República de Bolivia, Ley 1615, 6-feb-1995.

²⁷² José Antonio Rivera Santibáñez, *El Precedente Constitucional emanado de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su impacto en el Ordenamiento Jurídico y la actividad de los Órganos de Justicia en Bolivia*, en Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Providencia, Librotecnia, julio-2006, p. 38.

“la vinculatoriedad de las sentencias del Tribunal Constitucional, implica que los poderes públicos, que sean aplicadores del Derecho, se encuentran sujetos a la manera de cómo los preceptos y principios de la Constitución, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, por la eficacia vinculante de dicha interpretación, los poderes públicos están obligados a seguir la doctrina constitucional que ha resultado de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos constitucionales”²⁷³

Llama la atención de la sentencia citada, la frase “en todo tipo de procesos constitucionales”, lo cual hace aplicable el precedente constitucional a todas las sentencias constitucionales. Esto difiere de los modelos analizados, en los cuales, el proceso de asimilación de las sentencias ha empezado en las de inconstitucionalidad y respecto de los actos con efectos generales, y luego se ha extendido a los procesos de amparo.

En consecuencia, José Antonio Rivera Santibáñez identifica un impacto de los precedentes en una triple dimensión: a) en la profundización de un proceso de democratización de la sociedad boliviana; b) en la consolidación de una doctrina de protección y pleno goce de los derechos fundamentales a través de la elaboración de sub reglas para los casos concretos²⁷⁴; y, c) en la impregnación del ordenamiento jurídico de las normas constitucionales.²⁷⁵

Con este fin, el autor citado expone un sinnúmero de sentencias para avalar su afirmación, no obstante, no logra demostrar cómo se han elaborado los precedentes, y de qué forma ha influido en la triple dimensión anotada. Más, bien estas sentencias permiten presumir el

²⁷³ Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 058/2002, 8-jul-2002, citado por, José Antonio Rivera Santibáñez, *El Precedente Constitucional emanado de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su impacto en el Ordenamiento Jurídico y la actividad de los Órganos de Justicia en Bolivia*, en Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Providencia, Librotecnia, julio-2006, p. 39

²⁷⁴ José Antonio Rivera Santibáñez, *La Jurisprudencia Constitucional*, Cochabamba, Circuito Especializado de Capacitación Dimensión Constitucional del Proceso Penal, Cooperación Técnica Alemana Proyecto de Reforma Procesal Penal, 2006, p. 10.

²⁷⁵ José Antonio Rivera Santibáñez, *El Precedente Constitucional emanado de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su impacto en el Ordenamiento Jurídico y la actividad de los Órganos de Justicia en Bolivia*, en Estudios Constitucionales, Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Providencia, Librotecnia, julio-2006, p. 39-41.

impacto de la justicia constitucional y el control de la constitucionalidad en varios temas, como descentralización, justicia electoral, derechos sociales, etc.

No obstante, la sentencia SC 111/99-R del 6 de septiembre de 1999 fue la primigenia respecto de la obligatoriedad del precedente constitucional. En esta sentencia se amplió la aplicación de la acción de amparo a las sentencias judiciales, de acuerdo a la afectación de una decisión judicial “al contenido esencial de un derecho fundamental”, siguiendo en esto a la Corte Constitucional colombiana. Pero, no se estableció, a su vez, ningún principio para la elaboración del precedente constitucional.²⁷⁶

Esta ampliación jurisprudencial del amparo realizada por el TC boliviano rompe, incluso, el principio de cosa juzgada material si es que se ha dictado en detrimento de los derechos fundamentales.²⁷⁷

Este criterio jurisprudencial, mantenido en las sentencias citadas, toma la visión sociológica de La Salle, donde se hace un llamado a reivindicar la materialidad de la Constitución. Se invoca, además, el principio de supremacía constitucional, y el postulado de que la cosa juzgada en los procesos ordinarios es un principio procesal que no puede ser superior a la potestad del TC de garantizar los derechos fundamentales.²⁷⁸

Y, sin bien es cierto, el impacto jurídico en el ordenamiento es importante, no logra establecer con claridad la línea argumental que lleva a la materialización de un verdadero proceso de creación de este precedente a través de la actividad jurisprudencial del TC, tal como ocurrió en los modelos, español, colombiano o peruano.

No obstante, Rivera Santibáñez destaca la resistencia que ha provocado el “activismo judicial” del TC, especialmente, de parte de la Corte Suprema, la cual alude a una extralimitación de las funciones de control constitucional, que vulnera la independencia judicial y le da al TC

²⁷⁶ José Antonio Rivera Santibáñez, *El Precedente...*, op.cit., p. 41.

²⁷⁷ Tribunal Constitucional de Bolivia, SC 504/01, 29-mayo-2001, citado por, José Antonio Rivera Santibáñez, *El Precedente*, op.cit., p. 41.

²⁷⁸ José Antonio Rivera Santibáñez, *El Precedente...*, op.cit., pp. 42-44.

una potestad legislativa, lo cual genera inseguridad jurídica, pues no da firmeza a las sentencias, las cuales se exponen a un uso doloso de las partes en su afán de dilatar los procesos judiciales.²⁷⁹

La sentencia comentada del TC boliviano es discutible y no constituye un fallo que tenga la suficiente legitimidad socio-jurídica, puesto que el principio *non bis in idem*, sobre el cual se estatuye la institución de la cosa juzgada, es también una garantía del debido proceso, relacionada con el derecho fundamental a la tutela jurídica frente a los derechos fundamentales que pueden ser conculcados por las personas en los procesos judiciales ordinarios.

Ahora, una justa ponderación –el debido proceso frente a los derechos fundamentales violentados a través de providencias judiciales-, sería que se pueda extender el control constitucional a las providencias judiciales –aún si está prohibida expresamente en la norma constitucional como ocurre en Ecuador-, pero sin desconocer la firmeza de las sentencias judiciales y lo que trae aparejado –cosa juzgada, por ejemplo-.

Sin que esto signifique que el TC pueda, en determinadas situaciones ponderadas, modular los efectos de sus sentencias, tal como ocurre en el caso de Alemania y España.²⁸⁰

Sin embargo, sumado a esta posible interpretación constitucional, esta legitimidad desde lo jurisprudencial, debe estar acompañada de un fortalecimiento institucional que nace de la independencia orgánica desde la integración del TC hasta la supremacía respecto de las otras autoridades estatales.

Incluso, el mismo autor aquí citado, manifiesta que el TC ha realizado una línea jurisprudencia en el caso de la subsidiariedad de la acción de amparo –residualidad- que se ha repetido en varias sentencias.

Según la evidencia presentado por este autor en los casos citados, no existe tampoco una línea jurisprudencial, pues no es suficiente con la sola reiteración de un criterio²⁸¹, sino que se

²⁷⁹ *Ibíd.*, p. 62-64.

²⁸⁰ Humberto Sierra Porto, *op.cit.*, p. 36.

²⁸¹ José Antonio Rivera Santibáñez, *La Jurisprudencia...*, *op.cit.*, p. 19.

debe constatar la sentencias “controlante” de entre los precedentes, como ocurre en el caso T-418 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana, citado líneas atrás.

Sin embargo, este autor cita algunas sentencias que mantienen la obligatoriedad de las sentencias constitucionales, especialmente. Estas sentencias determinan qué parte de esta constituye el precedente, es decir, la *ratio decidendi*, como ocurre en el auto 004/2005-ECA entre otros.²⁸²

Ahora, de la atenta mirada de algunas sentencias constitucionales recientes, se han elegido algunas que prestan una evidencia más contundente de los asertos de Rivera Santibáñez, lo cual permite afirmar que la doctrina del precedente está en camino de consolidarse en la práctica jurisprudencial a pesar de los cambios que se están dando en la institucionalidad boliviana.

Un ejemplo de esto es la sentencia 1426/2005-R, donde se establece claramente la supremacía del precedente de la sentencia 0094/2004-R, según lo cual, no se puede revisar por vía de amparo constitucional la supuesta lesión de un derecho en un proceso de amparo ya decidido por el TC.²⁸³

Este precedente es una regla de excepción, bastante obvia, al precedente citado, que deriva de la naturaleza de órgano supremo del TC de control de la constitucionalidad. No obstante, se nota la incoherencia argumental respecto de la elaboración del precedente y mucho más la afirmación del TC en este caso, con la cita de otros fallos reiterados, que dice denotan la existencia de una línea jurisprudencial.

Al parecer, el TC boliviano confunde la simple mención de fallos anteriores, con la línea jurisprudencial en el sentido que se presenta en el proceso de consolidación de la Corte Constitucional de Colombia, pues no se determina aquí cuál es la sentencia “controlante” (0094/2004-R ó SC 76/2005) y respecto de qué sentencias y qué línea argumental:

²⁸² *Ibíd.*, p. 21.

²⁸³ Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 1426/2005-R, M.R.: William Durán, 8-nov-2005, expediente 2005-11458-23-RAC, FINDESA-Adolfo Gandarilla y otros, fundamentos jurídicos del fallo, III.5.

“no se constituye en la motivación o fundamento determinante de la parte resolutive; consiguientemente, conforme ha quedado procesado por la jurisprudencia glosada, no se constituye en precedente constitucional; sino que la línea jurisprudencial sobre la aplicación de las resoluciones constitucionales en el tiempo se instituyen a través de la SC 76/2005 y la presente resolución”²⁸⁴

En todo caso, se debe resaltar que en este fallo se hace hincapié sobre el criterio de validez y vinculación de la *ratio decidendi* en oposición del *obiter dicta*, elemento clave para la construcción del precedente.²⁸⁵

Una argumentación más clara -aún desordenada-, es la realizada en la sentencia de revisión de hábeas corpus 0777/2006-R, donde se establece de una manera sistemática y racional, primero el concepto jurídico de la obligatoriedad de las sentencias constitucionales (SC 58/2002), la descripción de sus elementos componentes de ésta: el valor vinculante del precedente de la *ratio decidendi* (SC 1310/2002-R, AC 0036/2003-ECA, AC 58/2002), y la variabilidad o mutabilidad del precedente (SC 1781/2004-R).²⁸⁶

Sobre la base de esta obligatoriedad de las sentencias constitucionales, se analiza la aplicación del precedente constitucional, según el cual (SSCC 473/2003-R, 1085/2003-R, 318/2003-R y 679/2003-R), no se debe exigir el cumplimiento de las medidas sustitutivas impuestas con carácter previo a disponer la libertad del recurrente:

“dicha exigencia previa a emitir el mandamiento de libertad a favor del recurrente resulta ser ilegal y por lo mismo, lesionó el derecho fundamental a la libertad física del actor; en razón de que conforme se ha establecido, la exigencia del cumplimiento de las medidas sustitutivas impuestas, sólo es posible cuando la persona sindicada se encuentra detenida por orden de autoridad judicial y en forma posterior se dispone la cesación de su detención, en cuyo caso, antes de que se expida el mandamiento de libertad en su favor,

²⁸⁴ *Ibíd.*, fundamentos jurídicos del fallo, III.5.

²⁸⁵ *Ibíd.*, fundamentos jurídicos del fallo, III.5.

²⁸⁶ Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 0777/2006-R, M.R: Martha Rojas, 8-ago-2006, expediente 2006-14103-29-RHC, *Juan Pedraza-Danny Morón*, fundamentos jurídicos del fallo, II.2, párr. 2.

debe cumplir previamente con las medidas sustitutivas que le fueron aplicadas, extremo que no acontece en este caso, por cuanto, el recurrente no estaba detenido preventivamente.²⁸⁷

En definitiva, según lo evidencia el análisis de estas sentencias recientes y los argumentos de Rivera Santibáñez, todo hace suponer que la doctrina del precedente ha superado su etapa diletante y de oscuridad, y marcha firmemente hacia la consecución de una doctrina consolidada.

1.3.3 En Chile.

En el caso chileno, desde 1992, se ha venido consolidando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la aplicación del precedente, especialmente, a partir de las sentencias *Plantas de la Contraloría* (1992) y *Policía Local* (1993), donde se nota un esfuerzo por racionalizar su aplicación a través del establecimiento de renovadas herramientas hermenéuticas.²⁸⁸

Igual que en caso boliviano, la evidencia presentada por Zúñiga no permite identificar claramente esta afirmación.

De todas formas, no se debe perder de vista que el modelo de control de la constitucionalidad en Chile coexisten el control previo de la constitucionalidad y el control *a posteriori* a cargo de la Corte Suprema de Justicia.²⁸⁹

Esta resultaría una limitante para la aplicación del precedente constitucional por parte del Tribunal Constitucional, pues resulta difícil aún para el TC asumir su rol jurídico y no político.

No obstante, una importante reforma constitucional el 2005 (Ley 20.050. Mensaje 432-353. 7-dic-2005), permitió un salto cualitativo en el afianzamiento del Estado constitucional en

²⁸⁷ *Ibíd.*, fundamentos jurídicos del fallo, III.3, párr. 2.

²⁸⁸ Francisco Zúñiga, *op.cit.*, p. 161.

²⁸⁹ Joachim Roach, “El Control Constitucional: función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional”, en Comisión Andina de Juristas, *La Constitución de 1993*, Lima, 1993, p. 123.

Chile, al introducir el control concentrado de la constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional.²⁹⁰

Esta reforma constitucional llevó a la inmediata propuesta del proyecto 17.997 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2005, el cual hasta el 31 de marzo de 2007 aún se encuentra en segundo debate en la Función Legislativa²⁹¹.

El artículo 31 de este proyecto considera la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales, y la posibilidad de modificar los precedentes de las sentencias de manera motivada, tal como se ha explicado en los modelos español y colombiano.

Esta reforma dejaría espacio para la una decidida militancia por parte del Tribunal Constitucional a favor de la doctrina del precedente constitucional de manera análoga a los modelos mencionados. La novedad de esta reforma aún no ha permitido verificar los impactos procesales y en el sistema de fuentes del Derecho de las sentencias del TC chileno. En el caso de las sentencias de amparo constitucional, la Ley referida deja al TC la responsabilidad de regularlo jurisprudencialmente.

Sin embargo, ya se puede notar cierto posicionamiento de la jurisprudencia del TC dentro de las fuentes del Derecho utilizadas para fundamentar sus sentencias, de manera aún vaga y general, pero ubicándola por sobre la Ley y como una extensión imperativa de la norma constitucional:

“Que el artículo 19 número 2 de la Carta Fundamental prohíbe, a leyes y autoridades, establecer diferencias arbitrarias, y que es efectivo que la jurisprudencia, incluyente la de este propio Tribunal, y la doctrina han entendido, en diversos casos, que constituye dar una diferencia arbitraria dar igual trato a situaciones

²⁹⁰ Miguel Ángel Fernández, “La Sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del Derecho”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006, p. 126.

²⁹¹ Tribunal Constitucional de Chile, *Memoria del Tribunal Constitucional de 2006*, Chile, 31-mar-2007, 12.

sustancialmente diversas. Esta dimensión de la igualdad no significa, sin embargo, que toda diferencia exija de trato legal diferenciado, pues ello haría imposible establecer reglas generales.²⁹²

En esta sentencia se puede notar un cambio importante en el sistema de fuentes del Derecho. La trocha de un camino expedito hacia la aplicación del precedente constitucional está abierta desde la reforma de 2005 debido al fortalecimiento de la independencia del TC chileno.

El elemento central a partir del cual se ha establecido la justicia constitucional en Chile es la reforma constitucional de 2005²⁹³, lo cual, se verá fortalecido, sin duda, a través de la reforma a la Ley Orgánica ya mencionada, hecho que ha sido resaltado por el propio TC chileno en su Memoria de 2006.²⁹⁴

Esta memoria tiene una sección de jurisprudencia, pero cuyo enfoque es la relevancia de los fallos –lo cual recuerda a la Gaceta Constitucional y los informes del TC ecuatoriano–, pero no jurisprudencia obligatoria, tal como se ha analizado en este trabajo.

El TC sólo ha considerado relevante del proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sólo constan las menciones a la independencia y ampliación de sus competencias, pero nada dice sobre el tema de los precedentes constitucionales aquí tratado.

Es decir, el precedente no aparece en la agenda pública del TC. El hecho es que, según la propia su propia visión, desde el 27 de febrero de 2007, fecha en la cual se pone práctica la reforma constitucional de 2005, comienza una nueva era para el control de la constitucionalidad en Chile.²⁹⁵

1.3.4 En Ecuador.

²⁹² Tribunal Constitucional de Chile, 4-oct-2007, *Libertino Rivas*, RIT 778-2006, considerando 22.

²⁹³ Tribunal Constitucional de Chile, *Memoria del Tribunal Constitucional de 2006*, Chile, 31-mar-2007, p. 39. El TC chileno fija como punto de partida para la aplicación de la reforma constitucional de 2005 el 27-feb-2006.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 39.

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 39.

En **Ecuador**, de manera similar a todos los modelos tratados, la Constitución no considera ninguna norma expresa en donde se establezca que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución. No obstante, esta característica se la puede inferir de varias normas, de manera parecida como ha ocurrido en los modelos analizados: supremacía constitucional (Art. 272), normatividad de la Constitución (Art. 273), y cosa juzgada constitucional (Art. 278).

Ahora bien, una nota particular en el caso ecuatoriano, es la poca claridad de las normas citadas. Si bien es cierto, los principios de supremacía y normatividad están explicitados en la Constitución de 1998, no son los suficientemente claros, no tienen una ubicación preferente en la estructura de la Constitución y aparecen como aisladas del conjunto. Además, no vinculan estas normas al TC como responsable de establecer estos principios a través de sus sentencias.

Por otro lado, respecto de la facultad interpretativa del TC se guarda silencio absoluto, mientras que respecto de la interpretación legal y constitucional, se mantiene la competencia exclusiva y excluyente de la Función Legislativa (Art. 130.4.5, 143 y 280). Esta situación a un TC debilitado y atado a muchas ambigüedades, entre lo jurisdiccional y lo político, cuyas “resoluciones” tendrían efectos *inter partes* únicamente.

Sin embargo, una norma importante respecto del efecto de las sentencias del TC con efectos *erga omnes* es la del artículo 278, la cual se cita textualmente:

“Art. 278.- La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley.”

En primer lugar, la denominada “ejecutoria” supone un concepto procesal que tiene una connotación eminentemente *inter partes* en la mayoría de su contenido, excepto, respecto de la cosa juzgada, que es uno de los elementos del efecto de inamovilidad de esta ejecutoria.²⁹⁶

Ahora, este problema técnico trasciende el análisis académico y tiene efectos prácticos, pues limita al TC en su interpretación simplista de que las sentencias no pueden ser recurridas.²⁹⁷ Es decir, el TC sólo toma en cuenta los efectos hacia el proceso, pero no se discurre la posibilidad de otros destinatarios de esos efectos.

Luego, esta cosa juzgada, de acuerdo a la clásica división, puede ser **formal** y **material**. La primera se refiere a los efectos sobre el proceso, por lo cual, se vuelve firme y definitivo lo decidido; y; mientras, que la segunda establece el acatamiento de lo decidido, donde ya no pueden las mismas partes y sobre el mismo objeto reabrir otro proceso idéntico.

En el caso de la cosa juzgada formal, en lo constitucional resulta una obviedad del carácter definitivo de las sentencias del TC; mientras, que la cosa juzgada material contiene dos elementos importantes para el tema del precedente: a) efecto *erga omnes* sobre las autoridades y los ciudadanos en general (objetivo), y sobre los otros procesos (subjetivo).

El primer elemento sería el que en la doctrina de varios de los casos analizado, se denomina vinculación hacia los poderes públicos –más modernamente, tal como ya se vio, vinculación hacia fuera y hacia dentro-, y el segundo, un candado adicional a favor de la cosa juzgada formal con efectos exclusivamente procesales.

A partir del elemento objetivo de la cosa juzgada constitucional como material, más los principios de supremacía y normatividad constitucional pudo, por vía jurisprudencial, haberse fortalecido la vinculación con efectos generales de las sentencias del TC, tal como ocurrió en el caso particular de Colombia.

²⁹⁶ Luis Ávila, *Efectos de la declaratoria...*, op.cit., p. 63.

²⁹⁷ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 001-2002-TC, cs. 001-2002-DI, *Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha*; RO 548: 4-abr-2002; Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 001-2002-AA, cs. 001-2002-AA, *David Galván*, RO 517: 19-feb-2002, vistos.

No obstante, otro factor conspiró en este entendimiento. Y fue el silencio que la normativa legal hizo de los efectos de las sentencias constitucionales, particularmente de la cosa juzgada y la vinculación *erga omnes*.²⁹⁸

El hecho es que, luego de la puesta en vigencia de la Constitución vigente (RO 1: 11-ago-1998), el TC que había entrado en función en julio de 1997, se encontró con un estatuto improvisado y con normas muy generales, haciendo aplicable, incluso, en lo que fuere pertinente las normas del Código de Procedimiento Civil. Esto provocó una gran dificultad en la labor de interpretación debido a estas ambigüedades y a las presiones políticas.²⁹⁹

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia estableció graves restricciones al amparo constitucional, tales como la prohibición de presentar acciones en contra de actos de autoridad con efectos generales y un candado adicional al constitucional para asegurar la no aplicación del amparo a las providencias judiciales, y así franquear cualquier intromisión en la Función Judicial.³⁰⁰ Esta resolución interpretativa, claramente inconstitucional, nunca pudo ser declarada como tal por el TC y se mantuvo como un acuerdo tácito de mutuo respecto de competencias entre el TC y la CSJ.

Por su parte, el TC tuvo que crear, a través de inocuos reglamentos, algunas normas de procedimiento y de cumplimiento de sus sentencias a través de normas de remisión al delito de desacato asimilado.³⁰¹ También, se debe destacar el proyecto de reformas constitucionales

²⁹⁸ Acta 6, Octavo Congreso Extraordinario, Archivo del Congreso Nacional. De esta manera, luego de las reformas promovidas por Durán Ballén luego de la consulta popular de 1994 y puestas en vigencia en 1996, se publicó en julio de 1997 la Ley s/n, Ley del Control de la Constitucionalidad (RO 99: 2-jul-1997), cuando ya estaba instalada la Asamblea Nacional Constituyente (marzo de 1997-junio de 1998). Respecto del Tribunal Constitucional, dejó intacto lo aprobado en 1996 e incluso mantuvo el mismo debate superficial y vergonzoso, similar al ocurrido en 1996 y llenó cientos de hojas del Archivo Histórico del Congreso Nacional, respecto de la integración política del TC.

²⁹⁹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 347-98-TC, cs. 347-98-TC, *Enrique Ponce y otros, diputados nacionales-Ex Asamblea Constituyente*, RO-S 20: 7-sep-1998. Este es el caso de la cesación de los diputados nacionales en funciones, ya que se los había unificado en una sola categoría en la Constituyente de 1997: diputados provinciales. En este caso, el TC subsumió los actos constituyentes en un acto administrativo.

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Rs. s/n, Interpretación de la Ley Orgánica del Control Constitucional en lo referente a la Acción de Amparo. RO 378: 27-jul-2001.

³⁰¹ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 262-2001-TP, Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional. RO 492: 11-ene-2002; y, Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. TC-096-9-97, Reglamento Orgánica Funcional del Tribunal Constitucional. RO 189: 7-nov-1997.

presentados por el Tribunal Constitucional a la Asamblea Nacional Constituyente de 1997, y el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional presentado al Congreso Nacional, sobre la base del modelo español, y que jamás tuvieron apoyo político.³⁰²

En definitiva, estos silencios y caducidades normativas, la existencia de mecanismos de control político de la actividad del TC, y las propias debilidades institucionales del TC, no han permitido dar un paso importante para construir, a partir de la cosa juzgada material, una doctrina constitucional del precedente, tal como ocurrió en los casos de España y Colombia.

Otro factor importante que debe tenerse en cuenta es la tardía incorporación en el sistema de justicia ordinario de un mecanismo de reconocimiento del precedente en el Ecuador (1992), con más de un siglo de atraso: jurisprudencia obligatoria a través del recurso de casación y la triple reiteración de los fallos. Este mecanismo, definitivamente, no ha sido entendido por la Corte Suprema y por los operadores de justicia, lo cual ha llevado a un total caos y a la construcción de pseudos precedentes que resultan ser, por ejemplo, la repetición de un texto legal. No existen, además, reglas para la elaboración y modificación de los precedentes.³⁰³

Ahora, ¿cómo ha entendido el TC, a través de sus sentencias, la doctrina del precedente? Esta respuesta requiere dos indicios de entendimiento por parte del TC.

Primero, existe un indicio de entendimiento a partir de un uso utilitario del precedente constitucional, de una manera muy parecida a como sucede respecto del fallo de triple reiteración por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Esto se materializa en la cita simple de fallos anteriores con el fin de ilustrar la parte considerativa. O, en el mismo sentido, el TC, en algunos fallos, dice expresamente que ha reiterado un criterio y repite la cita de varios fallos, pero no establece una línea argumental uniforme ni construye racionalmente un precedente, tal como ocurre en los modelos tratados.

³⁰² Tribunal Constitucional del Ecuador, Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Archivo General del Congreso Nacional, 1998; y, Tribunal Constitucional del Ecuador, Proyecto de Reformas a la Constitución Política del Estado, Quito, presentado a la Asamblea Nacional Constituyente en 1998.

³⁰³ Luis Ávila, *Jurisprudencia Obligatoria...*, p. 160-169.

Más bien, aquí ocurre el mismo caso de Chile y Bolivia, donde se confunde el precedente, el cual es un proceso racional, dirigido y unificador, con la simple mención desordenada de un criterio reiterado:

“el contrato administrativo no reúne las características de ejecutividad del acto administrativo, esto es, que el acto esté dotado de la fuerza de cosa decidida, y de ejecutoriedad, es decir no se requiere de previa declaración judicial para que la decisión contenida en el acto se cumpla. Así, esta magistratura ha señalado que ‘no puede pronunciarse sobre la validez contractual pues tal cuestión no está dentro de sus competencias’ (Resolución 054-2000-TP, adoptada por el Pleno en el caso 374-99-RA)... el contrato administrativo es unilateral y no volitivo, el contrato administrativo refleja la voluntad bilateral, aunque con ciertas limitaciones, tal como lo señaló el pleno de este Tribunal en la Resolución 201-2000-TP, tomada en el caso 172-2000-RA”

Segundo, en una revisión histórica de los fallos es posible advertir varios criterios jurisprudenciales. El problema que esta constatación no responde a una reflexión desde el TC ecuatoriano sino desde la investigación, lo cual lo vuelve variable y pugna para ser considerado un precedente.

Justamente, la investigación cualitativa del Capítulo II de este trabajo busca encontrar razones desde adentro que completen las razones conceptuales que aquí se esgrimen que han imposibilitado que no exista la aplicación del precedente constitucional en el Ecuador.

Se puede mencionar, además, para explicar este uso incipiente del precedente por parte del Tribunal, por ejemplo, al contrario del caso boliviano, la no subsidiariedad de la acción de amparo constitucional, según la cual, no debe agotarse acciones o recursos ordinarios para que pueda interponerse la acción de amparo constitucional. La acción de amparo constitucional es originaria y no tiene carácter residual:

“Independientemente de lo que se resuelva en esta causa, es necesario salir al paso de un error de concepción en el cual frecuentemente se incurre respecto de la acción de amparo, error que consiste en considerarla como residual y procedente sólo cuando no existe otra vía para encaminar una reclamación o impugnación del afectado por auto de autoridad pública.”³⁰⁴

Una sentencia donde aparece expresamente mencionado el uso del precedente constitucional, pero sin establecer claramente el proceso inductivo previo, parece ser la más cercana evidencia de los esfuerzos del TC ecuatoriano, aún cuando queda la duda sobre si el TC está hablando de cosa juzgada formal o se trata de un precedente:

“al existir resolución del Pleno del Tribunal Constitucional con respecto a los mismos parámetros jurídicos de la demanda de inconstitucionalidad del inciso primero del artículo 45 de la Ley de Reforma Tributaria presentada por la abogada María Josefa Coronel Intriago, se configura un precedente jurisprudencial en cuanto a la identidad objetiva del caso.”³⁰⁵

Esta sentencia es la más cercana a un precedente por parte del TC desde 1997 hasta la fecha. Ahora, esto no quiere decir, que no existen criterios reiterados, al menos los más conocidos. Incluso, los vocales los utilizan en sus sentencias en su labor operativa. Eso se lo va notar en el siguiente capítulo a través de los hallazgos de la investigación cualitativa del Capítulo II.

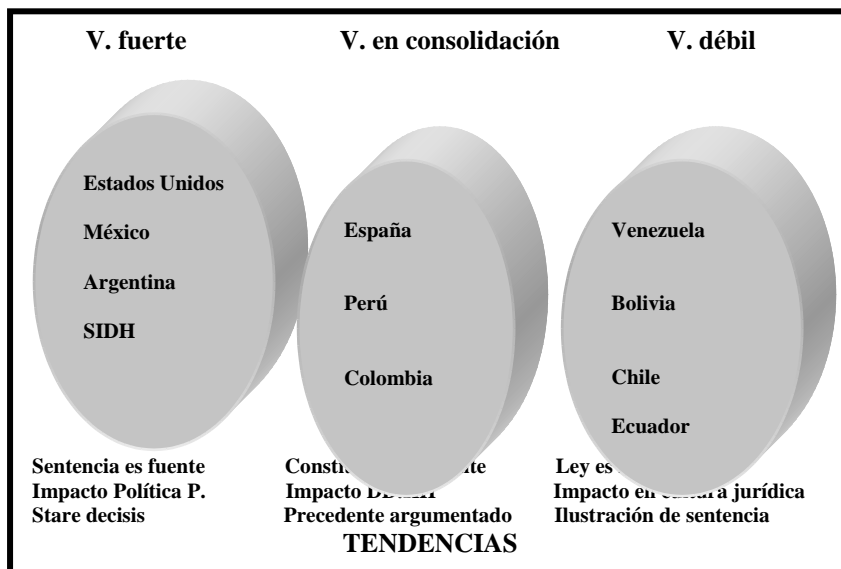
Ahora, El TC ha creado reglas de interpretación importantes, tales como el de la realidad social, aplicación preferente, *in dubio pro homine*, entre otros, los cuales ameritan un estudio particular que supera el objeto de este estudio.

³⁰⁴ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 101-RA-01-IS. RO 423: 1-oct-2001. Este criterio de esta sentencia de la Sala Primera, luego fue reiterada por el Pleno en la Rs. 265-2002-RA. RO 648: 26-ago-2002.

³⁰⁵ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 012-2003-TC, cs. 012-2003-TC, RO 143: 8-ago-2003, *María Josefa Coronel*, considerando decimosegundo.

Como resumen de este acápite, se tiene el siguiente cuadro:

Cuadro 1. Reconocimiento del Precedente Constitucional



II. Efectos de la vinculación jurídica del precedente constitucional

En este acápite del Capítulo I, se ha separado el tratamiento de este tema en dos partes. La primera, que hace referencia a los efectos hacia adentro o procesales, donde lo que se intenta demostrar es cómo el precedente fortalece al proceso constitucional a través del aseguramiento de su exclusividad en la interpretación, la **eficacia del proceso** que legitima al organismo de control (seguridad, certeza, economía procesal, racionalidad jurídica), y la **igualdad jurídica** que garantiza el debido proceso de las partes a través de la vigencia de la justicia material.

Y la segunda hará referencia a los efectos hacia fuera, partiendo del fortalecimiento de los derechos fundamentales sobre la base del principio de igualdad, con el fin de que la interpretación constitucional alcance obligatoriedad por la propia naturaleza de las normas constitucionales (supremacía y normatividad).

De acuerdo a los modelos de reconocimiento analizados, se ha podido notar que el acento y la tendencia en los modelos en consolidación, es aplicar el precedente para fortalecer la institucionalidad constitucional a través de la eficiencia procesal. No puede ser de otro modo, dentro de la dinámica evolutiva de las instituciones políticas.

Sin embargo, en algunos países con modelos en consolidación del precedente, la tendencia está variando, y cada vez más, se aplica el precedente para favorecer la igualdad jurídica. Pero ¿cuál es la importancia de que esta tendencia se fortalezca?

Es importante, puesto que este principio abre la puerta para la realización del Estado constitucional y todo lo que implica. En otras palabras, en la medida que esta tendencia se consolide, los derechos fundamentales, legítimamente, pueden ser garantizados por vía jurisdiccional.

1 El proceso constitucional y la interpretación jurisdiccional exclusiva.

De acuerdo a lo que he establecido y siguiendo a Sagüés, desde la visión más amplia de la doctrina del precedente, se puede vislumbrar tres formas de efectos, a partir de los tipos de jurisprudencia.

Primero, **efectos persuasivos**, que son aquellos que provienen de otras sentencias jurisdiccionales o de los tribunales del mismo rango; segundo, **efectos contradictorios**, en la cual se debe identificar las reglas mayoritaria y minoritaria dentro del mismo organismo; y, por último, **efectos imperativos** que proviene de los tribunales superiores y que es obligatoria.³⁰⁶ Como extensión de este último efecto, se desprenden los efectos hacia fuera.

En cuanto a los efectos persuasivos, problema se presenta en los modelos de justicia constitucional débiles, donde no están perfectamente delimitadas las competencias de las altas cortes de justicia. Así, por ejemplo, existe confrontación entre la Función Judicial y el Tribunal Constitucional respecto de la sustanciación del amparo constitucional.³⁰⁷

En un caso reciente, el problema, incluso, vincula a otros órdenes jurisdiccionales, como el Tribunal Supremo Electoral, respecto de la acción de amparo a favor de Lucio Gutiérrez, ex-Presidente de la República quien había sido descalificado por el TSE por haber incurrido en varias infracciones electorales para participar en las elecciones presidenciales de noviembre de 2006.³⁰⁸

Luego, respecto de los efectos contradictorios, el problema se presenta en los organismos de control de la constitucionalidad que se dividen en salas, como en el caso ecuatoriano, donde el pleno no dirime las sentencias contradictorias. Esta situación aflora como un problema

³⁰⁶ Néstor Sagüés, *La Eficacia Vinculante de...*, op.cit., p. 20.

³⁰⁷ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 018-2000-TP, cs. 015-29-RA, RO-35: 14-mar-2000, *Rory Lucín y otros-Corte Superior de Manabí*, considerando IV. Estos son casos de amparo constitucional presentadas por jueces y funcionarios judiciales por destituciones mediante procesos en los que se habían violado las garantías del debido proceso. En muchos de los casos, la sentencia fue estimatoria, lo cual provocó varios inconvenientes en cuanto al acatamiento de las sentencias del TC.

³⁰⁸ El Universo, “Velásquez advierte que TSE deberá respetar decisión del Tribunal Constitucional”, 13-jul-2006.

importante en las entrevistas (002), sobre las cuales se realizó el Capítulo II de esta investigación.³⁰⁹

Finalmente, como consecuencia lógica, los efectos imperativos sobre los otros jueces chocan con el blindaje institucional de la Función Judicial y los otros órdenes jurisdiccionales, como sucedió en una queja presentada por la negativa de apelación por inhibición del juez de instancia, pues no se consideraba competente. En este caso, el Tribunal ordena al juez acepte la apelación, y remite copia de lo actuado al Consejo Nacional de la Judicatura.³¹⁰

Estos problemas llevan a la conclusión de que es necesario dotar de herramientas coercitivas y procedimientos de incumplimiento al TC como en el caso del Perú con el fin garantizar el cumplimiento de las sentencias, como un aditamento que fortalecerá la aplicación del precedente, pero no desde un apuesta de defensa institucional, como aparece las entrevistas realizadas para el Capítulo II. El fin debe ser garantizar el Estado constitucional y, a través de él, los derechos fundamentales.

Por último, estos efectos constituyen el mínimo para la eficiencia de un organismo de control de la constitucionalidad y, a partir del cual, el fortalecimiento de la justicia constitucional irá en ascenso.

A continuación se expondrán los principios que se ven fortalecidos a partir de los efectos al interior o sobre el proceso.

1.1 Seguridad jurídica.

En la mayoría de los modelos de reconocimiento analizados, el principio de seguridad y certeza jurídica son los principales argumentos para la aplicación de la doctrina del precedente a la justicia ordinaria y constitucional. Este principio se relaciona con dos dimensiones del

³⁰⁹ Anexo III, p.8 (002).

³¹⁰ Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. s/n, cs. s/n, RO 27: 21-feb-2003, *Averroes Bucaram-Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil*, considerando sexto.

quehacer jurisdiccional de los organismos de control de la constitucionalidad. La dimensión de operatividad procesal por parte de los operadores jurisdiccionales, pues el saber de antemano la existencia de los precedentes facilita la labor de juzgamiento de las causas puestas a su conocimiento.

La otra dimensión es la que engloba a los usuarios del sistema, abogados litigantes, investigadores y los ciudadanos en su conjunto, pues sus intereses procesales serán canalizados bajo reglas claras y predecibles.

Como contrapartida, la seguridad se ve fortalecida por la posibilidad racional de modificación de los precedentes, cuando existan argumentos suficientes para cambiar el criterio mantenido.³¹¹

No obstante, esta finalidad de eficiencia requiere la existencia de reglas que garanticen la operatividad, lo cual respecto del TC ecuatoriano se ha identificado como un problema³¹². Tal como lo hace notar, Azuela Güitrón, la aplicación del precedente debe superar algunos problemas:

1. la falta de redacción de criterios en múltiples asuntos, porque en la mayoría de los casos las sentencias permanecen desconocidas para el público, quienes ignoran se ha integrado o no la jurisprudencia;
2. el establecimiento de criterios que no guardan relación con el contenido de la sentencia;
3. inexistencia de reglas para la redacción de los criterios;
4. la ausencia de reglas para la sistematización de los hechos;
5. falta de seguimiento del criterio elaborado;
6. constatación de tesis contradictorias; y,

³¹¹ Carlos Bernal Pulido, *op.cit.*, p. 180.

³¹² Anexo III, p. 9 (005).

6. criterios que tiene diversos puntos de vista.³¹³

Sin lugar a dudas, estos criterios deberán ser tomados en cuenta por el TC ecuatoriano respecto de las reglas que debe establecer para la aplicación del precedente constitucional. Estas observaciones son válidas a partir de los hallazgos de la investigación cualitativa del Capítulo II.

Este principio de seguridad está ubicado en el margen del ideal de justicia y apunta a los fines institucionales de eficiencia y no cabe duda legítima al organismo de control de la constitucionalidad ante la sociedad:

“la aplicación de sus propios precedentes es una forma de legitimación que tienen la propia Corte Constitucional. La racionalidad –y la coherencia es parte de ella- es una forma de adquirir legitimidad. Un poder que se ejerce irracionalmente es de plano ilegítimo. Por el contrario, el ejercicio racional de un poder es un poderoso argumento para el reconocimiento de su legitimidad”³¹⁴

Por último, este anhelo de seguridad es más fuerte en lo constitucional, pues consiste en un poder supremo a través de la interpretación constitucional de jueces creativos, una especie de supertribunal que hace decir a la Constitución lo que sus gestores quisieron expresar para la posteridad.

1.2 Racionalidad de la justicia constitucional.

Desde la perspectiva del proceso, el precedente se convierte en una regla hermenéutica puesta al servicio del operador de justicia constitucional, que le permite apuntalar el

³¹³ Mariano Azuela Güitrón, “Hacia una mejor justicia. Algunos Aspectos”, en Procuraduría General de la República, *La Reforma Jurídica en 1983*, México, 1984, p. 124 y ss., cita por Luis Cabrera Acevedo, p. 490.

³¹⁴ Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 159.

fortalecimiento institucional del organismo de control de la constitucionalidad, es lo que Leonor Moral Soriano ha denominado argumento ab-ejemplo.³¹⁵

Esta regla se complementa con las otras que forma el acervo hermenéutico del organismo de control de la constitucionalidad. En el caso ecuatoriano, estas reglas constan en la Constitución, y en principios jurisdiccionales que se han aplicado a los casos concretos, muchos de ellos con reconocimiento en la doctrina de los tratadistas.³¹⁶

Esta regla hermenéutica de racionalidad no presenta mayor dificultad más allá de que en el caso ecuatoriano, se desconoce en la práctica del TC. Pero desde la teoría, un problema ha sido identificar qué parte de la sentencia es el precedente y cuáles son las reglas para su elaboración.

En los modelos analizados, particularmente, en España, Colombia y Perú, las reglas se hicieron luego como materialización de una experiencia institucional e histórica. En el caso peruano, esas reglas son muy precisas y reglamentarias, y tienen influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En caso español, no existen reglas detalladas en la jurisprudencia.³¹⁷

No obstante, es de consenso en todos los modelos analizados, que la parte de la sentencia que constituye precedente es la denominada *ratio decidendi*, la cual, generalmente se encuentra en la parte considerativa.

La *ratio* es la parte que contiene el argumento principal y que ha sido construido sistemáticamente con varios elementos de otras sentencias, y al cual se le da vinculación hacia el futuro respecto del proceso particular y los demás procesos futuros, con la salvedad de la modificación motivada. Es importante también para identificarla, verificar el nexo que este argumento central tiene con lo resuelto cuando la fundamentación no sea del todo clara.

³¹⁵ Leonor Moral Soriano, op. cit., p. 129.

³¹⁶ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000, p. 150.

³¹⁷ Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional. Antecedente y Fundamentos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 363-364; y, Carlos Gaviria, op.cit., 5-21, 63-71.

En definitiva, la adopción del precedente como una herramienta hermenéutica va en beneficio, igualmente, de la celeridad procesal y la disminución del trabajo de los operadores constitucionales. El principio detrás es el mismo que el caso de la seguridad: la eficiencia procesal para fortalecer la institucionalidad y el principio jerárquico o de autoridad.

Este principio de autoridad adquiere mucha importancia en los organismos de control de la constitucionalidad que adolecen de falta de independencia y de potestades reales para hacer cumplir sus decisiones.

1.3 Consagración de la justicia material.

El elemento más importante de los principios garantizados por los efectos hacia dentro o procesales es el atinente al principio de igualdad jurídica, según el cual, a casos iguales, igual solución. La divergencia para establecer un trato diferente o apartarse del precedente, es lo que Perelman ha denominado principio de inercia.³¹⁸

Este principio de igualdad permite la consagración de la justicia material, es decir aquella relacionada con las condiciones históricas y reales de las partes procesales, lo cual permitirá establecer normas de proporcionalidad para mantener una aplicación general y reconocer las diferencias de las minorías.

Este principio es importante, pues no está relacionado con el proceso o la institución, sino, con la pretensión de las partes y con el ejercicio de los derechos fundamentales.

Justamente a partir este vínculo en doble vía –la igualdad puede conectarse con otros derechos como los sociales; y, los derechos fundamentales y sustentar la defensa de la igualdad procesal-, adquiere legitimidad la sentencia y, por tanto, el precedente con el fin de extender sus efectos más allá del proceso.

³¹⁸ Leonor Moral Soriano, op.cit., 136.

Si no fuera por esta simbiosis, el precedente sólo tendría razón de ser dentro de las fronteras del proceso.

Este principio de igualdad y esta instrumentación como plataforma para romper los límites del caso particular, se acentúan en un proceso de amparo constitucional, pues el objeto que se discute en aquel es la defensa concreta de un derecho humano frente a la posibilidad de daño actual o eventual por parte del Estado o un particular. En otras palabras, el principio de igualdad da contenido cierto a las sentencias de amparo, como una consecuencia directa de la consolidación de la democracia constitucional.

2. Fortalecimiento del Estado constitucional.

2.1 Materialización de los derechos humanos en los casos concretos.

Un efecto hacia fuera del precedente es el impacto en el estatuto de derecho fundamentales a través de la acción de amparo constitucional, pues al establecer criterios predecibles, uniformas y razonables, permite la progresividad e intangibilidad de los derechos fundamentales.

Es decir, permite a los ciudadanos mantener las conquistas sociales logradas a través de los precedentes o, en su defecto, avocarlos a incidir judicialmente –por las vías del Derecho- para que sus derechos sean mejorados. Pues se entiende que su estatuto no puede ser interpretado regresivamente.

Por otro lado, si el juez constitucional quiere apartarse del precedente, a través de su interpretación, tendrá que argumentar de tal manera que su decisión sea legítima y convencer a los ciudadanos que no significa un desmejoramiento de su estatuto de derechos fundamentales.

Para ilustrar esta problemática se cita un caso del TC peruano, el cual ha sido duramente cuestionado.

En el caso del TC peruano, luego de la publicación de la Ley 28237 que puso en vigencia del Código de Procedimiento Constitucional, se consagró una amplia acción de amparo constitucional que dejaba únicamente la actividad judicial ordinaria fuera del control de constitucionalidad, incluso, en ante la amenaza de vulneración o como aquello que se conoce como amparo preventivo.

Luego, esta visión amplia del precedente de varias sentencias lo hizo poco atractivo para los usuarios y produjo una *ordinarización del amparo peruano*.³¹⁹

No obstante, luego el mismo Tribunal, quien había promovido con su activismo judicial esta ampliación, luego lo restringió con la sentencia del caso *Anicama* que limita su conocimiento sobre conflictos sobre las pensiones de jubilación, cuyo tratamiento se reserva a la competencia contencioso-administrativa. En este caso, el precedente fue un pretexto técnico para descongestionar el trabajo de los jueces constitucionales, especialmente, del TC.³²⁰

El problema que se quiere destacar aquí es la legitimidad del precedente, puesto que, ante la opinión pública, resulta contradictorio una argumentación tan decidida por parte del TC a favor de los derechos fundamentales a través de la acción de amparo que, a su vez, evada tan elegantemente su propia responsabilidad institucional.

Además, surge la pregunta sobre si esta actuación vulneraría algún derecho fundamental de las partes en los procesos de amparo que fueron, arbitrariamente, enviados a la jurisdicción contencioso-administrativa.

³¹⁹ Eloy Espinosa-Saldaña, “El Precedente Constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o usarle en una forma inadecuada en la actual coyuntura peruana”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006, p. 85.

³²⁰ Eloy Espinosa-Saldaña, “El Precedente Constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o usarle en una forma inadecuada en la actual coyuntura peruana”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006, p. 90.

No obstante los peligros y los avances y retrocesos, en teoría la aplicación del precedente constitucional reclama un juez creativo que abandone el despacho y se empape de la realidad social, un funcionario que supere el perfil de burócrata y se convierta en un analista político, con el fin de que pueda balancear sus decisiones y dar legitimidad a su actuación sin caer en la tiranía de las mayorías y la tentación de quedar bien con todos. Lo que se exige de los jueces constitucionales es una combinación extraña entre científico, político y ser humano.

2.2 Supremacía de la interpretación constitucional.

La supremacía de la interpretación constitucional es una consecuencia necesaria del principio de supremacía constitucional, y supone la asunción de la facultad exclusiva de las normas constitucionales.

Es necesario hacer énfasis en este principio, pues es a través de aquel que el Tribunal Constitucional se convertirá en intérprete supremo de la Constitución. Esta especialidad en la interpretación constitucional responde al proceso de judicialización del Derecho y la emergencia del Estado constitucional.

No obstante, el diseño constitucional debe establecer mecanismos que permitan balancear este enorme poder de los jueces de decir “lo que la Constitución es”.

Ejemplos que hay que tener en cuenta es el caso de la extralimitación de Sala Constitucional venezolana, la revisión de sentencias firmes del caso boliviano -ya tratados-, y el caso peruano que a continuación se detalla.

Así, en el caso del Perú, se estableció, por vía jurisprudencial, una particular interpretación de las normas del Código de Procedimiento Constitucional, que permite presentar un segundo amparo sobre un hecho fallado cuando se presentan dudas sobre la interpretación de un precepto constitucional. Pero impide el desacato de los precedentes constitucionales, pues

considera es un imperativo de este *Tribunal de Precedentes*, cuya misión fundamental es proteger el principal elemento del orden constitucional: el precedente constitucional.

En este caso, el TC consideró que no era procedente un segundo amparo, sino la aplicación del recurso de agravio previsto en el artículo 18 del Código de Procedimiento Constitucional para las sentencias denegatorias de amparo del 202.2 de la Constitución, puesto que el TC interpretó que un desconocimiento flagrante de un precedente constitucional, representa una violación al orden constitucional expresamente establecido por el TC a través de su interpretación:

25. El Tribunal considera que una decisión judicial emitida sin tomar en cuenta los precedentes vinculantes del supremo intérprete de la Constitución aplicables al caso, viola el orden constitucional y debe ser controlado por este Colegiado a través del propio recurso de agravio, que debe habilitarse en este supuesto como el medio procesal más eficaz e idóneo para restablecer la supremacía de la Constitución, alterada tras una decisión judicial estimatoria de segundo grado en un proceso constitucional³²¹

Este caso lleva a la pregunta ¿hasta dónde puede llegar el poder de un organismo de control de la constitucionalidad que le permite exhumar las situaciones jurídicas ya decididas? Debe ser un recurso extraordinario, excepcional y reglamentado en la ley.

En todo caso, las razones para este recurso deben ser objetivas y determinadas taxativamente en la ley. El caso del no acatamiento del precedente no motivado, sugiere, más bien, una sanción administrativa y una investigación de la actuación del juez; y, posiblemente, la emisión de un instructivo donde se aclare cómo debe apartarse de un precedente un juez que así lo considere. De alguna manera, el no aplicar el precedente es, tácitamente, apartarse de él. La infracción administrativa en el caso peruano comentado está en no haber motivado esta negativa.

³²¹ Sentencia 04853-2004-PA/TC, Dirección Regional de Pesquería de la Libertad, Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 25 del apartado 6.

2.3 Normatividad de las sentencias constitucionales.

El otro efecto necesario es el de normatividad de las sentencias constitucionales, lo cual se desprende del principio de normatividad constitucional. La lógica es la misma que el caso de la supremacía de lo constitucional: lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Esta normatividad tiene un impacto en el sistema de fuentes, pues, a la larga la sentencia estaría a la par de la norma constitucional. Pero también tiene un impacto sobre los poderes públicos y la percepción de los ciudadanos sobre el valor de la Constitución.

A este nivel, las críticas suben de tono respecto de la impropiedad de que los jueces participen de lleno en la elaboración de la Política Pública a través de sus sentencias, lo cual tendería a politizar más su actuación en los países latinoamericanos.

La aplicación estricta de esta normatividad de las sentencias puede chocar con la cultura jurídico-política de los países del *civil law*. Esto ha llevado a algunos autores a establecer los efectos de eficacia únicamente persuasivos.³²²

Talvez, lo más lejos que se pueda llegar respecto de la normatividad de las sentencias es a lo que se ha denominado como sentencias aditivas o interpretativas, en el sentido que cubren ciertos silencios de la normativa con efectos generales.

Sin embargo, esta problemática pierde algo de novedad cuando del amparo constitucional se trata, puesto que, en todos los casos, la normatividad sólo puede ser activada desde el proceso particular.

En un caso, el TC peruano ha admitido explícitamente que sus precedentes suponen una modificación en el sistema de fuentes del Derecho, pues, a través de sus sentencias aditivas, ha complementado los vacíos de la legislación, tal como ocurrió en el peculiar caso 11756-AA/TC

³²² Francisco Zúñiga, op.cit., p. 157.

que estableció como causal de desafiliación de un AFP, la cual no estaba determinada originalmente en la Ley 28991:

“el Tribunal Constitucional considera necesario precisar que los precedentes vinculantes que dicta constituyen también fuente del Derecho [...] establecida por este Colegiado en la sentencia 1776-2004-AA/TC, de modo que la relación que se plantea entre la Ley aludida y el precedente vinculante que establece ahora este Colegiado en la presente sentencia es una relación de integración jurídica antes que de jerarquía o de exclusión de una con respecto al otro, y viceversa.”³²³

Esta normatividad de las sentencias constitucionales supone una diferencia entre jurisprudencia y precedente establecida por el TC peruano.

La jurisprudencia y el precedente tienen un origen común, es decir, la interpretación jurisdiccional a partir del caso concreto, su diferencia está específicamente en *extremo efecto normativo* de los precedentes; mientras que, la jurisprudencia es la doctrina del TC desarrolla en su actividad hermenéutica. Este efecto normativo tiene alcance general y vincula a todas las autoridades públicas y no sólo una herramienta técnica para ejercer un poder normativo general.³²⁴

Finalmente, este poder normativo es reafirmado, además, a través de una diferencia entre el precedente judicial y el precedente constitucional. Mientras, el precedente judicial, de acuerdo al *common law* aplicado en el sistema jurídico de los Estados Unidos de América es de carácter vertical, pues se aplica desde la Corte Suprema a los jueces inferiores y debe ser invocado por los interesados en el caso concreto; el precedente constitucional se aplica con efectos generales casi como una ley.³²⁵

³²³ Sentencia 3741-2004-PA/TC, Ramón Hernando Salazar Yarleque, Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 39 del apartado 7.

³²⁴ Sentencia 3741-2004-PA/TC, Ramón Hernando Salazar Yarleque, Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 47 del apartado 7.1.

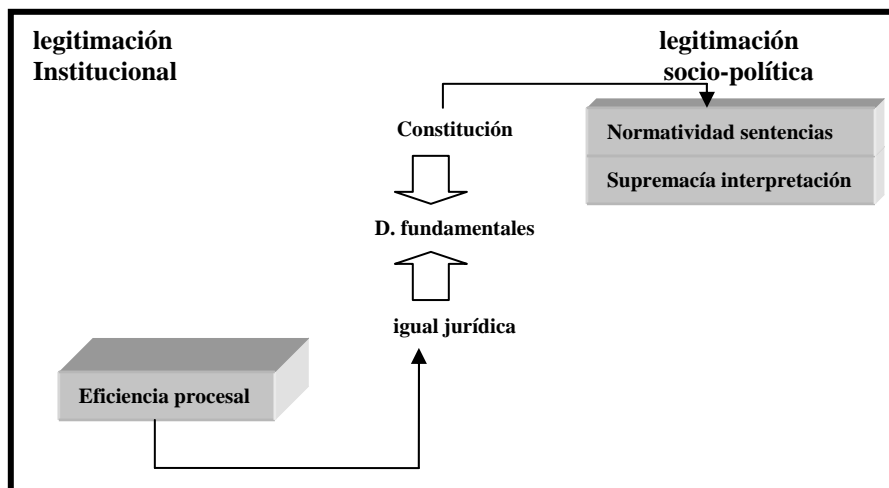
³²⁵ Sentencia 3741-2004-PA/TC, Ramón Hernando Salazar Yarleque, Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 48 y 49 del apartado 8.

En definitiva, la normatividad está en relación directa con el modelo de reconocimiento del precedente con eficacia imperativa. En consecuencia, será más fuerte en Estados Unidos, Argentina, México y el SIDH, mientras que en el otro extremo de “eficacia persuasiva” estarían Venezuela, Bolivia, Chile y Ecuador.

Bernal Pulido da una orientación sobre lo que serían las condiciones para la fuerza vinculante de las sentencias constitucionales que resulta ser un corolario perfecto sobre esta parte de los efectos del precedente constitucional. Según este autor, las condiciones son: a) una norma que genera obligación de acción u omisión; b) destinatario con deber jurídico de cumplir; c) titular con derecho subjetivo ³²⁶para reclamar judicialmente; d) sanción jurídica por la infracción.

Es necesario, entonces, someter los casos particulares aquí tratados para poder verificar, de acuerdo a este mínimo de exigencias de la obligatoriedad, para proyectar la supremacía y normatividad de la interpretación y las sentencias constitucionales por un buen cause.

Cuadro 2. Efectos del precedente constitucional



³²⁶ Bernal Pulido, op.cit., p. 208.

Capítulo II

Diagnóstico General sobre el Muestreo de Percepción sobre Aplicación del Precedente Constitucional en la Acción de Amparo en el Tribunal Constitucional

1. Descripción de la metodología, límites y justificación del muestreo.

En este acápite se establecen los fundamentos teóricos para la elaboración de la metodología y la adopción de las técnicas de investigación. Esto se materializó en el Protocolo de Investigación que fue el documento guía para el estudio de campo y que contiene los detalles logísticos³²⁷. Sobre esta base también se elaboraron los Instrumentos Particulares para la Investigación Cualitativa.³²⁸

Finalmente, luego de la aplicación de estos documentos mencionados, se obtuvo un Instrumento Particular de la Investigación Cualitativa, el cual se lo ha reproducido independientemente, pues éste supone el documento cuasipúblico que se validó con los entrevistados.

No se debe olvidar que esta metodología goza de una gran dosis de flexibilidad, razón por la cual, en el lenguaje será siempre provisional, pues esto indica que siempre está sujeto a ajustes en todas las etapas de la investigación

1.1 Objeto de la investigación.- El problema que se va a investigar es la percepción de los asesores del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del precedente en la actividad jurisdiccional en la acción de amparo, para lo cual, se debe establecer tres elementos esenciales: 1) el uso del precedente en la actividad jurisdiccional; 2) el nivel de vinculación de las sentencias

³²⁷ Ver Anexo I.

³²⁸ Ver Anexo II.

anteriores; y, 3) cuál es el mecanismo idóneo de implementación del precedente. La pregunta que se intentará contestar es: ¿la vinculación jurídica del precedente jurisprudencial en la acción de amparo fortalece al TC como intérprete supremo de la Constitución en el Ecuador?

1.2 Finalidad de la investigación.- En consecuencia, lo que se busca, de acuerdo a la aplicación de un análisis cualitativo, es decantar datos concretos de un universo de percepciones subjetivas en búsqueda de significados, interpretaciones y comprensiones respecto de éstas, y su relación con el paradigma del constitucionalismo que recomienda la implementación del precedente constitucional como un instrumento para garantizar los principios de justicia, igualdad y seguridad jurídica; la realización de las garantías del debido proceso y los Derechos Fundamentales; y, la legitimidad de la actividad jurisdiccional y el rol jurídico-político del órgano de control de la constitucionalidad como intérprete supremo de la Constitución.

1.3 Modelo epistemológico.- En la investigación científica, ocupa un lugar central el método, y respecto de su diseño, ésta puede ser cuantitativa o cualitativa. Respecto del uso de una u otra se ha presentado una aguda polémica, no obstante, más allá del debate teórico, ambos son válidos siempre y cuando cumplan con los requerimientos científicos que permitan evaluar su validez técnica o control de calidad; y, al menos, reunir algunos elementos comunes: a) que el objeto de la investigación sea las inferencias descriptivas o explicativas *a partir de la información que se tenga del mundo*"; b) la admisión previa de un nivel de incertidumbre, pues *“se intenta llegar a datos ciertos a partir de datos inciertos”*; c) la publicidad de los resultados de la investigación, sujetas al cuestionamiento de una comunidad científica determinada; y, d) la validez de la investigación se la realiza a través de la constatación de un conjunto de *normas inferenciales*: el método.³²⁹

³²⁹ Gary King, Robert Keohane y Sydney Verba, *El Diseño de la Investigación Social. La inferencia científica en los estudios cualitativos*, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pp. 16-19.

Además, en la práctica, la diferencia entre lo cualitativo y lo cuantitativo es una “cuestión de estilos y técnicas específicas”. Así mientras, lo cuantitativo se basa en cálculos numéricos, comprobación de hipótesis que se resumen en datos de fácil manejo con el fin de establecer diagnósticos y proyecciones; lo cualitativo, tiene un estilo discursivo y perceptivo, y se centra, generalmente, en un reducido número de casos, los cuales son asumidos en su globalidad.³³⁰

Ahora, lo importante, será el cruce comparativo o piramidación que se propone en este diseño metodológico, y el establecimiento de un orden objetivo y planificación que dé legitimidad a los resultados de la investigación cualitativa.

El modelo epistemológico elegido, tomado de la clasificación de los paradigmas o marcos epistemológicos para la investigación -de Egon Guba e Yvonna Lincoln-, ha sido el del constructivismo³³¹, que busca el entendimiento y reconstrucción de las situaciones investigadas, sobre el postulado de que la realidad social es una construcción humana previa y cambiante, por lo cual se busca la reconstrucción subjetivista de lo socialmente construido, a través de la aprehensión de significados subjetivos, percepciones, símbolos, y los valores que se crean y recrean en toda interacción social, lo cual se ha denominado *interaccionismo simbólico*³³².

El foco de interés de este modelo de investigación cualitativa será el análisis de las estructuras lógicas que relacionan unos eventos con otros (estudio descriptivo/interpretativo), la construcción de teoría fundamentada; e, interaccionismo simbólico de las percepciones (estudio de orientación teórica).³³³

1.4 Sujetos de interés.- Los sujetos de interés, es decir, a aquellos de quienes se quiere extraer las percepciones sobre las que se basará esta investigación cualitativa, son:

³³⁰ *Ibíd.*, p. 14.

³³¹ Egon Guba e Yvonna Lincoln, *Competing Paradigms in Qualitative Research*, citado por José Ignacio Ruiz Olabuénaga, *Metodología para la Investigación Cualitativa*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 216.

³³² J Fiske, *Audiencing: Cultural Practice and Cultural Studies*, citado por José Ignacio Ruiz Olabuénaga, *op.cit.*, p. 217.

³³³ José Ignacio Ruiz Olabuénaga, *op.cit.*, p. 43.

GRUPO 1: los asesores del Tribunal Constitucional en funciones, de más de un año en funciones. De la información preliminar recabada, son 9 los que cumplen estas condiciones de un universo de 15 asesores en funciones. Se busca establecer las percepciones de los funcionarios con mayor experiencia en la institución, y que se supone, en teoría, gozan de alguna estabilidad laboral-institucional, con el fin de garantizar la mayor libertad y espontaneidad en las entrevistas.

GRUPO 2: otros sujetos de interés son juristas que cumplan con el siguiente perfil: a) especialistas en Derecho Constitucional; b) magistrados en funciones o no del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema (algunos pueden haber estado en ambas funciones); y, c) amplia experiencia en la administración de justicia, investigación jurídica o litigación en el Derecho Constitucional.

El interés en entrevistarlos es la ausencia de literatura nacional sobre el precedente constitucional, razón por lo cual se editará un documento audiovisual con dos fines. En primer lugar, establecer una doctrina nacional a partir de la edición de sus opiniones grabadas en video; y, en segundo lugar, que este documento sea una fuente de éste y otros estudios científicos. En este documento no se buscará establecer sus percepciones, sino sus opiniones académicas sobre el precedente constitucional.

No obstante, se utilizará el mismo guión de temas de la entrevista a los asesores, excepto, lo del perfil general.³³⁴

El detalle de quienes fueron entrevistados consta en la Estructura para la Conversación del Anexo II.

2. Estudio de campo

³³⁴ Ver Anexo II, par. II, Estructura de la Conversación: guión de temas, p. 2.

El estudio de campo tendrá cuatro fases interdependientes: a) definición del problema y diseño provisional del trabajo (diseño provisional); b) recogida, codificación y análisis de datos (texto provisional); c) informe, validación de la investigación y control de calidad (texto *cuasi* público); y, d) informe final (texto público). Con este fin, se seguirá el esquema propuesto por Ruiz Olabuénaga para la investigación cualitativa de campo.³³⁵

En consecuencia, el problema en el estudio de campo, de acuerdo a la metodología cualitativa y el modelo epistemológico elegido, busca el saber vertical, pues intenta elegir en un principio el punto de inicio de la investigación (provisionalidad) para luego precisar la extensión y los límites concretos del problema (flexibilidad). Por lo tanto, el diseño cualitativo, resulta ser flexible, provisional y busca asumir el objeto de investigación de manera global.

Será imprescindible la participación valorativa y próxima del investigador.

2.1 Técnicas de investigación cualitativa.

2.1.1 Entrevista en profundidad.- La técnica central escogida dentro de la metodología de investigación cualitativa es la denominada entrevista en profundidad que consiste en una *conversación profesional con una o varias personas para un estudio analítico de investigación o para contribuir en los diagnósticos o tratamientos sociales.*³³⁶

El tipo de entrevista será individual, dirigida y semiestructurada, pues se basará en un esquema general y flexible de preguntas, pues la intención es realizar un esfuerzo de comprensión, maximizar significado, encontrar respuestas sinceras que luego serán codificadas en un sistema sencillo y flexible.

Esta entrevista se la realizará a través de varios procesos: a) **proceso social de interacción (intercambio)**, en la cual se busca persuadir y crear empatía (relación espontánea de

³³⁵ José Ignacio Ruiz Olabuénaga, op.cit., pp. 51-82.

³³⁶ *Ibíd.*, p. 165.

auténtica comunicación interpersonal); b) **proceso técnico de recogida de la información (aprehensión)**, a través del cual se alcanza el objetivo propuesto, para lo cual se debe diseñar un **protocolo de conversación** en el cual se registra hora, emplazamiento, guión de temas, hipótesis posibles de trabajo, estructura de la conversación, ritmo y duración; y, c) **proceso instrumental para conservar la información (registro)**, que incluye utilización de instrumentos de fijación de la información, la datación, la contextualización y la sistematización de anotaciones que enriquezcan la recogida de la información. Sin embargo, el uso de estos recursos se evaluará en caso específico de acuerdo a su viabilidad.³³⁷

Es importante, establecer que no es indispensable contar con una cantidad extensa y representativa de entrevistados, sino que se busca, de acuerdo a la metodología cualitativa, maximizar los datos hasta la extenuación o agotamiento en el cada caso individual, con el objeto de poder comprender e interpretar las percepciones de los entrevistados.

2.2.2 Análisis de contenido.- La siguiente técnica de análisis cualitativo que se ha elegido es el análisis de contenido de un texto espontáneo y previamente orientado para su análisis, el cual estará contenido en los archivos electrónicos en video y las notas personales tomadas de la entrevistas en profundidad obtenidos.

Con esta operación lo que se busca es encontrar inferencias a partir del texto y del contexto (textos escondidos, percepciones del emisor, referencias del destinatario) con lo que se diferencia del solo *análisis documental* que sólo se queda con el texto. Esta técnica será indispensable para la construcción de los textos propuestos en esta investigación. Los pasos fundamentales del análisis de contenido son: a) la lectura analítica de datos; y, b) la interpretación de los datos obtenidos.³³⁸

³³⁷ S.J. Taylor, y Bogan R., *Introducción a los Métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de Significados*, Barcelona, Editorial Paidós, 1987, pp. 101-130; Andrés Minguez Vela y María Fuentes Blanco, *Cómo hacer una investigación social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pp. 99-127.

³³⁸ José Ignacio Ruiz Olabuénaga, op.cit., pp. 191-214.

3 Problematicación sobre la aplicación del precedente en la actividad jurisdiccional.

A continuación se exponen los hallazgos concretos de la investigación de campo realizada. Los antecedentes y generalidades de estos hallazgos están consignados en el Anexo V de este estudio, el cual puede ser revisado si se considera necesario.

3.1 Percepción sobre el uso del precedente en la actividad jurisdiccional

Según los entrevistados, la principal fuente del Derecho es la Constitución. Luego, respecto de las otras fuentes no existe consenso. Así se puede ver tres líneas distintas: a) la normativa legal instrumental para el trabajo del Tribunal Constitucional (Ley Orgánica del Control Constitucional, etc...); b) la normativa internacional, especialmente, la relacionada con los derechos humanos; y, c) los hechos del caso puesto a la resolución del juez constitucional.

Estas líneas se unifican en la idea reiterada de la Constitución como instrumental, por un lado para el cumplimiento de los derechos humanos, y por el otro, para la solución de los intereses procesales de los casos particulares.³³⁹

En esta identificación de fuentes, llama la atención que no aparece la jurisprudencia. Incluso, uno de los entrevistados se manifestó en contra de la aplicación de la jurisprudencia, pues no corresponde a la tradición jurídica y viola la independencia del juez de establecer una decisión personalizada para cada caso: “los hechos de cada caso son distintos y no se puede aplicar una solución tomada en otro caso... Esto no favorece la justicia.” El entrevistado cree que el juez debe aplicar la sana crítica (001).³⁴⁰

³³⁹ *Ibíd.*, p. 8.

³⁴⁰ *Ibíd.*, p. 8

Sólo uno de los entrevistados opina que, luego de Constitución, la fuente es la jurisprudencia del TC. Incluso, dice que el Pleno aplica criterios de casos anteriores. Pone un ejemplo. Dice que el TC ha aplicado el mismo criterio de un caso sobre derechos laborales a otros cien con la misma pretensión. La percepción del precedente que aparece en este caso, no es exacta, pues confunde la acumulación de autos ante la identidad subjetiva, objetiva y de causa con la jurisprudencia.

Por otra parte, la idea de jurisprudencia es sinónimo de sentencia, pero no como una norma con efectos obligatorios sobre procesos constitucionales futuros o, incluso, respecto del propio ordenamiento jurídico.

Otro elemento percibido por los/as entrevistados/as es el uso ilustrativo de las sentencias anteriores dentro del texto, por lo cual son sólo referenciales y se constituyen en criterios generales que dan cierto nivel de coherencia a las decisiones, pero principalmente facilitan el trabajo de los operadores de justicia en el TC.

Respecto de la importancia de la aplicación del precedente, emergen la certeza jurídica, la actualización del derecho. Estos principios están únicamente relacionados con la eficiencia en el trabajo y no con la garantía de la justicia material de las partes a través del principio de igualdad jurídica, mucho menos como un elemento de fortalecimiento de la justicia constitucional y garantía de los derechos humanos.

Finalmente, los/as entrevistados/as evidenciaron varios problemas para la aplicación de sentencias anteriores:

- a) no existen criterios uniformes y sistematizados, sino que es la experiencia sobre la reiteración continua de varios criterios históricos la que da, en un principio, luces a los asesores quienes redactan los borradores de las sentencias;

b) otra fuente de estos “criterios generales” (no vinculantes, sino referenciales) son las instrucciones verbales de los vocales. Aunque, en la mayoría de los casos, por la inestabilidad institucional y la poca familiaridad de los vocales con sus funciones, éstos terminan haciendo lo que los asesores les aconsejan (001 y 002);

c) estas instrucciones, a veces, aparecen contradictorias entre las salas, y el Pleno no ha tenido la voluntad política, por la inestabilidad política, de emitir normas para el tratamiento de estas diferencias (003 y 004); y,

d) no existe una sistematización de las sentencias y un sistema de búsqueda adecuado que permita encontrar rápidamente y con certeza los criterios anteriores. Esto ha sido una constante lucha por parte de los asesores para que se implemente un buen banco de datos: “La consecuencia lógica...Cada uno confía en su memoria... Esto ya lo dijo el Tribunal. Sí, me acuerdo...” (Ramiro Rivadeneira).³⁴¹

Lo más importante de esta parte resulta ser la percepción de la instrumentalidad de la norma constitucional, la cual no tiene ningún sentido axiológico, sino más bien un uso pragmático, lo cual la posiciona como la fuente principal, invisibilizando a las otras fuentes.

No obstante, según esto, sería el texto de la Constitución y no la norma, siguiendo a Díaz Reborio, (es decir el contenido material: derechos fundamentales, principios, y valores), lo que tendría supremacía y no la normatividad.

Por otra parte, la jurisprudencia es sólo ilustrativa y se manifiesta a través de “criterios generales” laxos y bajo el control de los operadores de la justicia constitucional.

³⁴¹ Anexo III, p. 9.

Finalmente, emerge un hecho poco advertido por la teoría y referido al hablar de los efectos del precedente constitucional hacia el proceso. El problema del uso del precedente en la actividad jurisdiccional es un problema eminentemente operativo por la falta de sistemas de búsqueda eficaces, al margen de la inestabilidad política, los pareceres propios de cada vocal, y la falta de voluntad política que se advierte desde fuera de la institución.

Este hallazgo entra en pugna con las afirmaciones desde lo teórico acerca de que es el uso del precedente responde, casi exclusivamente, al diseño constitucional, y la tradición jurídica.

3.2 Percepción sobre el nivel de vinculación de las sentencias anteriores

La primera cuestión que aparece en las entrevistas, reiterándose y enlazándose con lo dicho al final del acápite anterior, es el uso ilustrativo de las sentencias anteriores. Esta “ilustración” debe entenderse en dos sentidos. Uno, fundamentar en su sentido lato, vale decir convencer a las partes procesales. Dos, adjuntar la mención de las fuentes como una tradición junto con las otras fuentes. El centro de esta operación la ocupa la Constitución.

Luego, los entrevistados perciben como sinónimos la operación de ilustrar y argumentar. Es decir, argumentar no es visto como un camino racional, metodológico y sistemático de encontrar una solución ponderada para el caso concreto.

Respecto de la aplicación de sentencias anteriores para garantizar la legitimidad de la actuación jurisdiccional, la opinión se bifurca en dos direcciones:

- a) como una cuestión individual, ligada a la ética y a la moral del juez constitucional (tesis de minoría -001-); y,

b) como una cuestión de eficiencia por celeridad procesal, pues el saber de antemano los criterios aplicables a los casos posteriores facilita el juzgamiento de las causas particulares (tesis de mayoría).

A la larga, estas dos formas de legitimidad a través del precedente son dos caras de la misma moneda individualizada llamada TC, hacia dentro y hacia fuera. Pero esta identificación es unilateral y no involucra el asentimiento de las otras autoridades o la sociedad en su conjunto.

Por eso, los resultados lógicos que fortalezcan, según los/as entrevistados/as, esta forma de hacer justicia constitucional a través del precedente, llevaría a aumentar las herramientas represivas y coercitivas a favor del TC con el fin de asegurar el cumplimiento de las sentencias hacia las autoridades y los/as ciudadanos/as. Sin embargo, se debe prever un margen de discrecionalidad desde la flexibilidad de los precedentes hacia los otros operadores del sistema de justicia y hacia el mismo TC.

Esta flexibilidad se ve avalada por Ramiro Rivadeneira en pro del avance del Derecho y su acomodo a la realidad social imperante.³⁴²

En definitiva, el uso de sentencias anteriores con valor obligatorio debe servir para ilustrar (en el sentido aquí establecido) las sentencias. Junto a esto, debe implementarse un aparato coercitivo para garantizar la eficiencia del TC, y un mecanismo de modificación motivada al servicio de los jueces constitucionales distintos del TC.

De lo tratado, destaca la inexistencia de un proceso reflexivo de la magistratura constitucional, que hubiese posicionado un rol renovado del juez constitucional y del poder que la normativa actual le da, a pesar de la inestabilidad política. No reconocen, por tanto, el valor de persuasión del precedente ya tratado líneas atrás. Y el enfoque institucional parece resignar sus

³⁴² *Ibíd.*, p. 10.

pasos hacia una reforma constitucional-legal como una esperanza de establecer una justicia constitucional.

Por otro lado, la denominada en el modelo español “vinculación de los poderes público”, no es un principio ponderado que nace de la calidad del TC de intérprete supremo como una prolongación de la supremacía constitucional y la propia jurisprudencia de éste, sino como una cuestión de imperio o potestad estatal, irreflexiva y autoritaria.

Está ausente, en esto fiel a la teoría, una visión de vinculación simbólica de la norma constitucional hacia los ciudadanos, más o menos en el sentido que relataba Ramiro Rivadeneira: “la Constitución viva”.³⁴³

En otra palabras, el nivel de vinculación del precedente está, de acuerdo a las percepciones de los entrevistado, en su punto más bajo, y coincide con la teoría ya expuesta en el Capítulo I, razón por la cual, el modelo ecuatoriano está bien ubicado dentro del modelo de vinculación débil.

Sin embargo, el dato nuevo es el gran peso de la visión de aumentar su poder que tiene el TC, propia de las instituciones -los tribunales- jóvenes que aún sufren de injerencias del poder en su actividad.

Se puede tomar como ejemplo el caso colombiano en el período 1991-1996, el actual período del TC chileno desde el 2005; y, el caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela que, incluso, con el fin de afianzar su renovado poder, ha extralimitado sus funciones, al punto de poner en cuestión su legitimidad. Este elemento es común a los países de modelo débil de vinculación del precedente.

3.3 Percepción sobre el mecanismo de implementación del precedente

³⁴³ Ramiro Rivadeneira, *cción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.

En el Capítulo II, se hizo notar que sólo en el caso venezolano se establece a través de norma constitucional expresa, la calidad del organismo de control de la constitucionalidad. En los demás casos, es a través de norma legal, por vía jurisprudencial, o por una combinación de ambos, como en Colombia, Perú y España; y, en menor medida, en México y Argentina.

Un elemento central, el cual se recalcó muchas veces, fue el papel de las “apoyos normativos” o más bien dicho, del impacto normativo en la implementación de la doctrina del precedente en los sistemas de justicia constitucional, como en caso de Perú y Chile. Ahora, la pregunta es ¿cuál es el mecanismo idóneo más allá de las soluciones normativas?

Los/as entrevistados/as hayan acuerdo sobre la implementación por vía constitucional, excepto uno de ellos (001). Además, intuitivamente, advierten los riesgos de cargar de un poder muy grande al TC, y opinan que sí debe constar una norma expresa en la Constitución, pero que debe establecerse en qué materias –no en todas- y con qué efectos.³⁴⁴

Luego, respecto de que la implementación se la haga a través de una ley, no pareció de consenso. Sólo en un caso, pareció importante, incluso, recalcando que el TC lo presentó así en su proyecto de ley al Congreso Nacional, el cual, finalmente, “no pasó”(002).

Las reglas concretas de cómo se usará y con qué efectos el precedente constitucional debe ser potestad del TC (unanimidad, excepto 001).

Una idea original de los/as entrevistado/as es la necesidad de cambiar la cultura jurídica a fin de que la adaptación de los operadores de justicia, los poderes públicos y los ciudadanos entiendan cómo se debe aplicar el precedente y con qué efectos concretos.

Todo esto también es distinto a la evidencia teórica sobre de las bondades de las soluciones normativas para favorecer la aplicación del precedente, incluso en el ámbito nacional, a partir de la opinión de Hernán Salgado y José Vicente Troya. Estos juristas ven inevitable,

³⁴⁴ *Ibíd.*, p. 11.

dado el prestigio de las normas positivas y la tradición jurídica del Ecuador, el establecimiento del precedente a través de una norma positiva.³⁴⁵

En resumen, opinan los/as entrevistado/as que el mecanismo que se implemente para la aplicación del precedente constitucional debe ser fuerte, pero flexible.

3.4 Percepción sobre la relación entre precedente y la interpretación constitucional

En la doctrina y la tendencia de los sistemas de justicia constitucional parece ser un hecho la consagración de los organismos de control de la constitucionalidad como intérpretes supremos, en detrimento de la tradicional interpretación obligatoria a cargo de los parlamentos.

Esta tendencia se ve reproducida fielmente a partir de las percepciones de los entrevistados, excepto en un caso (001). Respecto de la exclusividad, el criterio de apoyo y defensa es también una consecuencia lógica de esta supremacía, y no se admite sistemas mixtos.³⁴⁶

Además, la supremacía aquí aludida se aplica respecto de los poderes públicos y especialmente sobre la actividad de los jueces ordinarios, pero en términos de flexibilidad, con el fin de que quien tenga argumentos válidos, pueda apartarse motivadamente de lo determinado por el TC.

Esta fuerza de la interpretación del TC no concuerda con el uso ilustrativo percibido por los/as entrevistado/as.

La razón de esta contradicción puede hallársela en la visión de los funcionarios del TC, quienes con el fin de evitar la interferencia de actores externos en la actividad del TC, se ven avocados a la búsqueda, formal e informal, de independencia institucional.

³⁴⁵ Hernán Salgado y José Vicente Troya, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.

³⁴⁶ Anexo III, p. 12.

De estas percepciones, no se mencionó la forma cómo se fortalecería el Estado constitucional a través de la interpretación exclusiva del TC y, a través de éste, la realización de los derechos fundamentales.

Tampoco son concientes de la alteración en el sistema de fuentes y las connotaciones jurídico-políticas de este rol de intérprete supremo.

Cuadro 3. Hallazgos de la investigación cualitativa

a. El valor de la Constitución es instrumental para el desarrollo del proceso. La jurisprudencia es ilustrativa y se instrumenta en “criterios generales” que no son obligatorios, sino únicamente referenciales;

b. Un problema operativo y no falta de voluntad política impide aplicar los precedentes, toda vez que no están ordenados ni sistematizados, lo cual hace difícil establecer lo que se decidió en casos pasados;

c. El nivel de vinculación es mínimo y depende de la dinámica propia del caso y las instrucciones verbales de los vocales del TC;

d. Los funcionarios buscan independencia respecto de las otras instituciones públicas, lo cual conlleva a fortalecer la institucionalidad y los mecanismos coercitivos para el cumplimiento de las sentencias constitucionales; y,

e. Se opta por la implementación de un mecanismo fuerte de precedente, pero

flexible. Debe hacerse a partir de una resolución del Pleno del TC. Las soluciones normativas se ven como secundarias, pero se acepta una norma constitucional, pero limitada a temas concretos y especificados taxativamente.

Capítulo III

Implementación del Precedente Constitucional en la Acción de Amparo

Este Capítulo resulta de la comparación de los hallazgos de la investigación empírica y los postulados teóricos respecto de la implementación del precedente constitucional. Tal vez, debió llamarse “a manera de conclusión”. De hecho en el cuadro 3 se rescata lo que es distinto del marco conceptual desarrollado en el Capítulo I, y a lo largo del Capítulo II se realiza la comparación en cada percepción de los entrevistados.

A continuación, se resumen las soluciones sugerencias para la implementación del precedente constitucional en el Ecuador.

Este Capítulo se divide en dos partes. Se trata primeramente los mecanismos posibles de implementación, y luego el ideal que ha de inspirar esta empresa.

1. Mecanismos de implementación.

1.1 Asunción de nuevo rol por el juez constitucional.

Lo primero que es necesario es crear conciencia del renovado rol del juez de cara a la democracia constitucional. Ya no es suficiente un juez ilustrado y armado de los últimos conocimientos de la hermenéutica y de la doctrina comparada, sino un ser humano volcado al servicio de las personas, creativo y de una conducta ejemplar; conocedor y sensible a la realidad social imperante, según o hace notar Holmes:

“El juez debe conocer y tomar en cuenta las necesidades concretas de la sociedad de su época, las doctrinas políticas que prevalecen en ésta, y las convicciones sociales, explícitas e implícitas, sobre el interés público que en ella imperan”³⁴⁷

De la investigación cualitativa, se puede observar que impera una visión institucional y administrativista de la función del juez, quien debe ser un funcionario eficiente, sin filiación política pública y con una formación profesional sólida.³⁴⁸

Afortunadamente, de los entrevistados, se tiene una idea clara de la función del amparo constitucional como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, donde el juez asume un rol de garante.³⁴⁹

Esta visión garantista, usando terminología de Ferrajoli, encuentra dificultad al momento de definir las tareas concretas que abonan este perfil de súper hombre, y así bajarlo de este quintaesenciado ideal. Gozaíni hace un esfuerzo por dar unas pistas sobre el mentado perfil.³⁵⁰ Entonces, el juez debe, al menos, tener las siguientes características:

- a) debe superar las rigidez de las normas procesales y, por lo tanto, hacer prevalecer la justicia por sobre todas las cosas, aplacando el formalismo jurídico;
- b) debe atenderse las situaciones urgentes, lo que equivale actuar inmediatamente sin previsión de la decisión del proceso. En tal razón, se debe tomar medidas cautelares, por ejemplo, creativas, efectivas y de inmediato cumplimiento;
- c) debe conocer la realidad de los hechos, lo cual impondría el contacto con el lugar de los hechos, los actores sociales e interesados, académicos, etc. No es suficiente dirigir

³⁴⁷ Luis Recaséns Siches, “Jurisprudencia Sociológica Norteamericana”, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Driskil S.A., 1982, p. 630.

³⁴⁸ Anexo III, p. 4.

³⁴⁹ *Ibíd.*, p. 4.

³⁵⁰ Gozaíni, Oswaldo Alfredo, “Funciones del Juez en los Procesos Constitucionales”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006, pp. 315-330.

- el proceso a distancia como ocurre ahora. Es importante citar el ejemplo de la Corte Interamericana y la Corte Constitucional que destacan en este rubro; y,
- d) debe acompañar el conflicto social, es decir, en contacto permanente a través de una gestión del proceso público y transparente, con total apertura a los interesados.

1.2 Racionalización de actividad jurisdiccional por parte del organismo de control constitucional.

En este apartado, el énfasis es la utilidad del precedente como una regla hermenéutica respecto de la eficiencia del proceso y la garantía de los derechos fundamentales. Es necesario dar mayor importancia al uso del precedente constitucional como un instrumento para garantizar la justicia material y, a través de ésta, los derechos fundamentales, con el fin de realizar el Estado constitucional.

Las ventajas de la certeza, seguridad y predecibilidad de las decisiones judiciales al alcance de los ciudadanos, permitirá consolidar una doctrina progresiva de los derechos fundamentales, emancipadora de los excluidos sociales, al servicio de las minorías y equilibradora de las tesis mayoritarias.

Hacia lo interno, la adopción de la doctrina del precedente legitima y apoya el lento proceso de institucionalización, donde la independencia del organismo de control de la constitucionalidad se la gana y no se la recibe como una concesión constitucional o legal de espaldas al conocimiento y aceptación de los ciudadanos. Este proceso se vería fortalecido a través de una ingeniería social adecuada.³⁵¹

Hacia fuera, no sólo alcanza a los ciudadanos de un territorio determinado, sino que forma parte de un afán de construir una jurisprudencia universalista o cosmopolita al servicio de

³⁵¹ Luis Recaséns Fiches, op.cit., p. 634.

la humanidad,³⁵² donde el precedente ocupa un lugar privilegiado como uno de los mecanismos de esta “jurisprudencia constitucional integradora”, como lo llama Bernal Pulido³⁵³, que permitirá esta construcción deductivamente sobre la base de la realidad social.

1.3 Reforma normativa.

En esta parte, toca sugerir posibles líneas o criterios de implementación del precedente constitucional, sobre la base conceptual aquí elaborada y los hallazgos de la investigación cualitativa. Aquí aparece un elemento resaltado en casi todo el estudio, y es la función de la normativa para crear institucionalidad y fortalecer el estatuto de derechos fundamentales.

La evidencia comparativa parece favorecer las soluciones normativas para apuntalar el precedente constitucional, de acuerdo a la experiencia de Colombia, Perú y España; incluso, en Argentina y México, a pesar sus rasgos anglosajones en sus sistemas de Derecho.

Incluso esta tesis recibe el aval de respetables constitucionalistas locales, en razón de la autoridad que aún tiene la ley –más bien, la norma positiva- en un país como Ecuador de profundo raigambre del Derecho románico-español.³⁵⁴

No obstante, no se puede desconocer otras posibilidades, las cuales combinadas, pueden ser un cóctel potente a favor de la democracia constitucional.

Resalto la tesis tomada de la investigación cualitativa, donde surge con mucho ahínco las soluciones institucionales. De hecho, es indispensable militar a favor de la tesis que exige jueces constitucionales garantistas y comprometidos con la causa, jugándose su integridad y estabilidad. Muchos de los avances pudieron hacerse por vía jurisdiccional o a través de instructivos y

³⁵² Gustavo Zagrebelsky, “¿Qué es ser Juez...”, op.cit., p. 162.

³⁵³ Carlos Bernal Pulido, op.cit., p. 164.

³⁵⁴ Rafael Oyarte, Hernán Salgado, José Vicente Troya, Julio César Trujillo y Ramiro Rivadeneira, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.

sistemas operativos de búsqueda y sistematización de información, tal como lo expresa Ramiro Rivadeneira.³⁵⁵

1.3.1 Ingeniería Constitucional y legal.

La agenda a este respecto sin entrar en el detalle de la carpintería jurídica necesaria, debe centrarse en fortalecer la independencia institucional del organismo de control de la constitucionalidad.

En el mismo sentido de la independencia, el organismo de control de la constitucionalidad no debe estar sometido a control político alguno, y debe ser renovado por partes³⁵⁶ en períodos más largos que no coincidan con los períodos de las dignidades elegidas por votación popular, especialmente, el Presidente de la República y los miembros del Congreso Nacional.

Luego, es necesario que la Constitución establezca, explícitamente, al organismo de control de la constitucionalidad como intérprete supremo de la Constitución. Los entrevistados, mostraron ciertos temores y propusieron que se determinen los temas, objeto de interpretación exclusiva.³⁵⁷

La norma constitucional debe ser muy descriptiva para evitar erróneas interpretaciones, como ocurre en el caso venezolano, donde ocurre una suma de generalidad de la norma constitucional, también cierta politización de la Sala Constitucional y falta de creatividad para legitimar sus argumentos más allá de la autoridad que da la toga pretoriana y un rebatible academicismo.

³⁵⁵ Ramiro Rivadeneira, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.

³⁵⁶ Ramiro Rivadeneira, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.

³⁵⁷ Anexo III, p. 11.

Pero no puede restringirse a determinar los temas sobre los cuales puede interpretar con efectos *erga omnes*, puesto que sería una innecesaria mutilación que establecería un estado de excepción constitucional que atentaría contra las propias posibilidades de la democracia constitucional.

Empero, sí debe establecerse el alcance de los efectos hacia el proceso, la sujeción de los poderes públicos y los propios ciudadanos. Un límite para empezar la discusión debe ser el estatuto de derechos fundamentales adoptado en la Constitución ecuatoriana.

Por último, debe asegurarse el cumplimiento de las sentencias constitucionales, pero no desde una visión autoritaria y pro defensa de la institucionalidad, sino como una garantía del Estado constitucional a favor de las personas. Puede tomarse como modelo la acción de incumplimiento del Perú.

Incluso, se debe ir más allá. El respeto a la Constitución y, por tanto, la vinculación de su interpretación, debe vincular a los ciudadanos como un deber supremo, lo cual supone darle un valor simbólico a la norma constitucional, tal como sucede en los Estados Unidos y, en menor medida, en la Constitución de 1991 de Colombia.

1.3.2 Fortalecimiento de magistratura.

Esto requiere garantizar una integración del organismo sobre la base de méritos profesionales, académicos y de carrera judicial. Una de las entrevistadas (004), manifestaba que era necesario endurecer los requisitos para ser magistrado del Tribunal Constitucional,³⁵⁸ lo cual parece que es necesario, aunque preocupa el deplorable estado de la educación universitaria. Lo

³⁵⁸ Anexo III, p. 5.

que sucedería es que todas las universidades elaborarían perfiles de PhD de acuerdo al mercado y sin ningún control de calidad.³⁵⁹

El ideal es que estén los mejores al frente del organismo de control de la constitucionalidad, tomando en cuenta, además una hoja de vida impecable, procesos públicos de impugnación, mecanismos de cuotas de género y acciones afirmativas, especialidad en lo constitucional y derechos humanos; y, una gran dosis de sensibilidad social y aceptación por parte de la comunidad.

Uno de las percepciones de la investigación cualitativa es que, al parecer, existe una relación directa entre el perfil descrito y el entendimiento de la importancia del precedente constitucional.³⁶⁰

1.3.3 Organización interna de la magistratura constitucional.

Una cuestión impostergable es mejorar la logística y operatividad de las labores de los operadores constitucionales, no sólo del organismo de control de la constitucionalidad, sino también de los operadores ordinarios, los litigantes y los ciudadanos en abstracto. Un ejemplo es la forma de codificación en versión virtual de la Corte Suprema de Justicia de México.³⁶¹

Debe tomarse en cuenta las observaciones de Azuela Güitrón resumidas líneas atrás, y las percepciones de los entrevistados en la investigación cualitativa.³⁶²

Otros ejemplos a seguir son los de Colombia, Perú y Argentina, que disponen de sistemas de búsqueda de sentencias bastante eficientes y al alcance de cualquier persona en el mundo entero.

³⁵⁹ Es indispensable transparentar y sincerar los concursos públicos de méritos. Es decir, eso de dar puntos por cursos, nacionales y extranjeros, por cursos de postgrados, por publicaciones, carrera, etc., debe terminar, pues esconde un gran negocio comercial y una socapada hipocresía social. Lo ideal sería un concurso en el cual sería indispensable tener un gran perfil sin necesidad de materializarlo en reconocimientos, sino en la sola prueba de méritos con un porcentaje mínimo por carrera (no más del 20%).

³⁶⁰ Anexo III.

³⁶¹ Anexo IV.

³⁶² Anexo III, pp. 8-9.

2. Entre la cultura del precedente y la realidad social.

El abordaje de esta reforma normativa, que combina la inclusión de normas positivas, la voluntad política y la búsqueda de los escenarios políticos adecuados para tales reformas integrales, tiene detrás, además, como animal agazapado a la realidad social que pone en duda la implementación del precedente constitucional y el desarrollo de la justicia constitucional del Ecuador.

Tomar en cuenta la realidad social cierra el círculo de la integralidad que debe guiar la incorporación del precedente constitucional en el Ecuador a partir de esta investigación.

Esta realidad reclama un cambio radical en la forma de enseñar el Derecho en las universidades, secuestradas por el ritualismo que es la versión más oscura del formalismo jurídico.

Este cambio debe dar mayor importancia al estudio de la jurisprudencia y la implementación de materias como Derecho Judicial, Razonamiento Judicial, Argumentación Jurídica, Análisis Jurisprudencial, etc.

Se debe, además, complementar estos círculos de estudio y discusión a los operadores judiciales y constitucionales, a través de ofertas de capacitación en períodos de dos años a tiempo completo de estudios especializados en Hermenéutica Jurídica, Derechos Humanos, Derecho Constitucional y Derecho Judicial, otorgados por concursos públicos de méritos y financiados enteramente por el Estado ecuatoriano, para no tener que esperar el apoyo de la cooperación internacional.

La idea detrás de todas estas gestiones es la creación de una nueva cultura jurídica que dé importancia de valores como la tolerancia, la realización del Derecho a través de principios y

valores universales; y, la construcción desde el empirismo de la actividad jurisdiccional en la acción de amparo –no exclusivamente- de los tribunales de una doctrina jurídica transnacional.

Dentro de esta lógica general, debe emerger el organismo de control de la constitucionalidad armado de la adarga de precedente constitucional abriendo caminos a través de su interpretación, hacia su metamorfosis lenta a convertirse en el intérprete supremo de la Constitución y el máximo garante de los derechos fundamentales en el fértil campo de la democracia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA³⁶³

LIBROS Y REVISTAS

Alexy, Robert, “Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo*, España, Editorial Trotta, 2003.

Aragón, Manuel, “El control jurisdiccional como paradigma del control jurídico”, en *Interpretación Constitucional*, Tomo I, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México UNAM, México, 2005.

Ávila, Luis, “Acción de Amparo Constitucional: estudio preliminar”, en *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004, pp. XXIV-XXVIII.

Ávila, Luis, “Acción de Hábeas Corpus: estudio preliminar”, en *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, Tomo II Acción de Amparo Constitucional, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.

³⁶³ En los casos que fuere necesario, en esta bibliografía se hará mención expresa si el documento se tiene sólo en versión electrónica. Además, se ha omitido la regla del Manual de Estilo de la Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador, pues su inclusión en el texto suele alterar el formato y la diagramación del mismo. En algunos de estos documentos, no consta editorial, pero los datos de autoría serán suficientes para que los interesados puedan buscar el documento en la Web

Ávila, Luis, “Estudio Preliminar. Acción de Amparo Constitucional”, en Corporación de Estudios y Publicaciones, *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, T. II, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.

Ávila, Luis, *Jurisprudencia Obligatoria: Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005.

Ávila, Ramiro, “Garantías Constitucionales en tiempos de Constitucionalismo”, en Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar sede de Quito, *Revista Aportes Andinos*, No. 19, Quito, 2007.

Bovino, Alberto, *El Fallo Suárez Rosero*, Compilación de Documentos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Profesores de esta Materia, vol. II, Washington, Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University Collage of Law, 2001.

Cabra Monroy, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002.

Cabrera Acevedo, Lucio, “La Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y aspectos de sus Facultades Discrecionales”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990 (documento electrónico).

Carlos Chipoco, *Análisis del concepto de “precedente vinculante” en la jurisprudencia del tribunal constitucional: La Sentencia recaída sobre el Expediente No. 422-2005-PA/TC*, Perú (documento electrónico).

Camargo, Pedro, *Manual de los Derechos Humanos*, Bogotá, Editorial Leyer, 1995.

Cano Mata, Antonio, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

Casal Hernández, Jesús, *Cosa Juzgada y Efecto Vinculante en la Justicia Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2004 (documento electrónico).

Chiriboga, Galo, *Las Garantías de los Derechos Constitucionales, Alcances y Limitaciones de la Reforma Política en el Ecuador 1998*, Quito, Asociación Americana de Juristas, AAJ y otros, 1999.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano. Compilación de instrumentos*, Costa Rica, 2004.

Comisión Andina de Juristas, *Los Procesos de Amparo y Hábeas Corpus*, Serie de Lecturas Constitucionales, No. 14, Lima, 2000.

Comisión Andina de Juristas, *Tribunal Constitucional e interpretación constitucional: una mirada a los tribunales constitucionales*, Perú, Serie de Lecturas Constitucionales Andinas, Num. 4, 2001.

Corporación de Estudios y Publicaciones, *Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional*, Quito, 2004.

Corwin, Edward, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Argentina, Editorial Fraterna, 1978.

Díaz Revorio, Javier, *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003.

Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, España, Editorial Ariel S.A., 3ra. Edición, 1995.

Enríquez Maionica, Giancarlo, *La Variedad del Control Constitucional en Venezuela*, Venezuela (documento electrónico).

Escobar, Claudia, *Prácticas Constitucionales y Discrecionalidad Judicial*, Revista de Derecho Foro, No. 6, Quito, Universidad Andina “Simón Bolívar” sede de Ecuador, 2006.

Espinosa-Saldaña, Eloy, “El Precedente Constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o usarle en una forma inadecuada en la actual coyuntura peruana”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006 (documento electrónico).

Fernández Segado, Francisco, *La Jurisdicción Constitucional en España*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Retrepo Piedrahita”, 1ra. Edición, 1999.

Fernández, Alberto, *Función Creadora del Juez*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

Fernández, Miguel Ángel, “La Sentencia del Tribunal Constitucional, su eventual carácter vinculante y la inserción en las fuentes del Derecho”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006 (documento electrónico).

Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, eds., *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Luigi Ferrajoli*, Buenos Aires, Editorial Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Miguel Carbonel y Rodolfo Vásquez (coord.), *Estado Constitucional y Globalización*, Porrúa UNAM, México, 2001.

Friedman, Lawrence, *En la Encrucijada: la Sociología Jurídica en los años noventa*, en crítica jurídica, No. 12, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1993.

Ferreyra, Raúl, *Corte Suprema de Argentina y el Control de Constitucionalidad. Vicisitudes y Retos del Papel Institucional del Tribunal*, www.bibliojuridica.org/libros/4/1510/19.pdf.

García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1994.

García, Alonso, “La Teoría del Derecho en Tiempos de Constitucionalismo”, en Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo (s)*, España, Editorial Trotta, 2003.

Gargarella, Roberto, “Las Amenazas del Constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, en *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003.

Gaviria Díaz, Carlos, *Sentencias: herejías constitucionales*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Global Rights “Amigos por la Justicia”, *El Uso del Sistema Interamericano para los Derechos Humanos. Guía Práctica para ONG’s*, Estados Unidos de América, 2004 (documento electrónico).

González Oropeza, Manuel, “Características iniciales del Federalismo Mexicano”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990 (documento electrónico).

Gozaíni, Oswaldo Alfredo, “Funciones del Juez en los Procesos Constitucionales”, en Universidad de Talca, *Revista Semestral de Estudios Constitucionales*, Talca, julio de 2006 (documento electrónico).

Graniola, Carlos, *El Poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Buenos Aires, EDISAR, Editora Distribuidora Argentina SRL, 1976.

Haro, Ricardo, *Perfiles de la Reforma Constitucional Argentina de 1994*, www.conhist.org (documento electrónico).

Heibner, Jorge, *Los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

- Hoyos, Arturo, *La Interpretación Constitucional*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 1998.
- Jiménez, Pablo, *Nuevas Formas de Interpretación Constitucional, luego de operada la Reforma Constitucional de Argentina de 1994*, Argentina, Universidad Nacional de Mar del Plata (documento electrónico).
- Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser defensor de la Constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
- King, Gary, Keohane, Robert y Verba, Sydney, *El Diseño de la Investigación Social. La inferencia científica en los estudios cualitativos*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.
- Larrea Holguín, Juan, *Derecho Constitucional*, Serie Cátedra, Vol. I, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000.
- López Guerra, Luis, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, 1998.
- López Guerra, Luis, coord., *La Justicia Constitucional en la Actualidad*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2002.
- López, Diego, *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho Judicial*, Bogotá, Ediciones UNIANDES, 2001.
- López, Diego, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Editorial Legis, 2004.
- Low, Susan, “El Rol de la Corte Suprema en los Estados Unidos”, en Comisión Andina de Juristas, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000.
- Luhmann, Niklas, *La Observación Sociológica del Derecho*, Crítica Jurídica, No. 12, 1993.
- Luna, José, *El Proceso de Amparo*.

Meador, Daniel Jhon, *Los Tribunales de los Estados Unidos*, México, Pereznieto Editores, Derecho Comparado, 1995.

Medina, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2003.

Minguez Vela, Andrés y Fuentes Blanco, María, *Cómo hacer una investigación social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

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

Morales, Marco, *Justicia Constitucional en la Actualidad*, Instituto de Derecho Público Comparado y Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Quito, Editora Nacional, 2002.

Niemeyer, Víctor, “El Congreso Constituyente Norteamericano de 1787 y el Congreso Constituyente Mexicano de 1916-1917. Comparación y Contraste”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990 (documento electrónico).

Nieto Castillo, Santiago, “Jurisprudencia e Interpretación Jurídica en la Constitución Mexicana. Evolución e Implicaciones en la Cultura Jurídica Nacional”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990 (documento electrónico).

Nogueira, Humberto, “El Derecho a la Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional*, Medellín, Fundación Konrad Adenauer, 1997.

Omeba, *Enciclopedia Jurídica*, “Interpretación Constitucional”, Tomo XVI, Buenos Aires, Driskill S.A., 1982.

Oficina de Programas de Información Internacional del Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Semblanza del Sistema Jurídico de EE.UU.*

Pacheco, Máximo, *Teoría del Derecho*, Santiago de Chile, 4ta. Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1990.

Ordoñez, Hugo, *Hacia el Amparo Constitucional en el Ecuador*, Quito, PUDELECO Editores, 1999.

Pérez Luño, Antonio, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1999.

Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2000.

Prieto Sanchíz, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Pulido, Carlos Bernal, *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Recaséns Siches, Luis, “Jurisprudencia Sociológica Norteamericana”, en *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Driskil S.A., 1982.

Rivera Santibáñez, José Antonio, *El Precedente Constitucional emanado de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su impacto en el Ordenamiento Jurídico y la actividad de los Órganos de Justicia en Bolivia*, en Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Providencia, Librotecnia, julio-2006 (documento electrónico).

Rivera Santibáñez, José Antonio, *La Jurisprudencia Constitucional*, Cochabama, Circuito Especializado de Capacitación Dimensión Constitucional del Proceso Penal, Cooperación Técnica Alemana Proyecto de Reforma Procesal Penal, 2006 (documento electrónico).

Roach, Joachim, “El Control Constitucional: función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional”, en Comisión Andina de Juristas, *La Constitución de 1993*, Lima, 1993.

Roche, Jhon P., *Tribunales y Derechos: el Poder Judicial Norteamericano en Acción*, México D.F., Editorial Letras S.A., 1965.

Ruiz Olabuénaga, José Ignacio, *Metodología para la Investigación Cualitativa*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

Sagüés, Néstor, *La Corte Suprema y el Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Argentina*, Ius et Praxis, No. 1, Chile, Universidad de Talca, 1998.

Sagüés, Néstor, *La Eficacia Vinculante de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. y Argentina*, en *Estudios Constitucionales*. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Providencia, Librotecnia, julio-2006 (documento electrónico).

Sagüés, Néstor, “Tribunal Constitucional e Interpretación Constitucional. Una mirada a los Tribunales Constitucionales”, en Comisión Andina de Juristas, *Serie de Lecturas Constitucionales Andinas*, No. 4, Perú, 1995.

Sierra Porto, Humberto, *Sentencias de Inconstitucionalidad, Temas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”, 1995.

Schwartz, Bernard, “Poderes Federales y Estatales”, Vol. I, *Los Poderes del Gobierno*, México, Facultad de Derechos de la Universidad Autónoma de México (UNAM), 1966.

Schwartz, Carl, “El Papel del Precedente como factor institucional en la toma de la decisión judicial: Estados Unidos y México”, en James Frank Smith, coord., *Estudios Comparativos, Estudios Especiales*, Núm. 24, Derecho Constitucional Comparado. México-

Estados Unidos, t. I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1990 (documento electrónico).

Smith, Juan Carlos, “Jurisprudencia”, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Buenos Aires, Driskil S.A.

Taylor, S.J. y R., Bogan, *Introducción a los Métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de Significados*, Barcelona, Editorial Paidós, 1987.

Tribunal Constitucional de Chile, *Memoria del Tribunal Constitucional de 2006*, Chile, 31-mar-2007 (documentos electrónico).

Torres, Luis Fernando, *La Legitimidad de la Justicia Constitucional*, Cuadernos Constitucionales, Quito, Librería Jurídica Cevallos, 2003.

Torsten, Stein, “Criterios de Interpretación de la Constitución”, en Comisión Andina de Juristas, *La Constitución de 1993: análisis y comentarios III*, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales, Lima, 1996.

Tribunal Constitucional, *Informe del Tribunal Constitucional al H. Congreso Nacional*, enero-diciembre de 2000, V.I, Ecuador, síntesis estadística.

Trujillo, Julio César, “Las Garantías Constitucionales”, en Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, *Memorias de Eventos de Derecho Constitucional*, Quito, Abya-Yala, 2000.

Trujillo, Julio César, *Teoría del Estado en Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador, 2006.

Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

Vila Casado, Iván, *Nuevo Derecho Constitucional: antecedentes y fundamentos*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

Watson, Richard, *Democracia Americana: logros y perspectivas*, México, Editorial Noriega, 1986.

Wolfe Christopher, *La Transformación de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1999.

Wroblewski, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1ra. Edición, 1988.

Zagrebelsky, Gustavo, *¿Qué es ser Juez Constitucional?*, Revista Dikaion, No. 15, Colombia, Universidad de La Sabana, noviembre de 2006 (documento electrónico).

Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Guayaquil, Editorial Edino, 1999.

Zuluaga, Ricardo, “Los Derechos Sociales”, en Fundación Konrad Adenauer, *El Constitucionalismo Colombiano*, en *Anuario de Derecho Constitucional*, Medellín, 1997.

Zúñiga, Francisco, “Sentencias del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial. El valor del precedente”, Chile, en Centro de Estudios Constitucionales de Talca, *Estudios Constitucionales*, *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, julio de 2006 (documento electrónico).

NORMATIVA JURÍDICA

Nacional

- Acta 6, Octavo Congreso Extraordinario, Archivo del Congreso Nacional.
- Decreto Legislativo s/n, Constitución Política de la República del Ecuador, RO 1: 11-ago-1998.
- Constitución Política de la República del Ecuador, Decreto Legislativo s/n, Registro Oficial 1, 11- ago 1998.
- Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Rs. s/n, Interpretación de la Ley Orgánica del Control Constitucional en lo referente a la Acción de Amparo. RO 378: 27-jul-2001.

- Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal, Ley 101-2003, RO 743: 13-ene-2003.
- Código de Procedimiento Penal, Ley No. 000. RO-S 360: 13-ene-2000.
- Codificación 10, Código Civil, RO-S 46: 24-jun- 2005.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 262-2001-TP, Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional. RO 492: 11-ene-2002.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. TC-096-9-97, Reglamento Orgánica Funcional del Tribunal Constitucional. RO 189: 7-nov-1997.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Archivo General del Congreso Nacional, 1998.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Proyecto de Reformas a la Constitución Política del Estado, Quito, presentado a la Asamblea Nacional Constituyente en 1998.

Internacional

- Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, del 14 a 25 de junio de 1993.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 1979;
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, octubre de 1979.
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, diciembre de 2000.

Comparada

- Constitución de la Nación Argentina, 22-ago-1994 (documento electrónico).

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 30-dic-1999 (documento electrónico).
- Constitución de la República de Bolivia, Ley 1615, 6-feb-1995 (documento electrónico).
- Constitución de la República de Chile, 1980 con reformas de 2001 (documento electrónico).
- Constitución de la República de México, Diario Oficial de la Federación, 5 feb-1917, con reformas que entrarán en vigor el 1 de enero del 2004 (documento electrónico).
- Constitución de la República del Perú, 1- jul- 1993 (documento electrónico).
- Constitución del Reino de España, 6-dic-1978 (documento electrónico).
- Constitución Política de la República de Colombia, 6-jul-1991 con reformas de 2001.
- Código Procesal Constitucional del Perú, Ley 28237, 31-may-2004.
- Decreto 2067 del Presidente de la República de Colombia, "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional", 4-sep-1991.

PERIÓDICOS

- Diario El Comercio, "El abuso del amparo", Editorial, 11-ago-2005.
- Diario El Comercio, "En Ecuador se abusa del recurso de amparo: Velásquez", 15-mar-2006.
- Diario El Comercio, Editorial, "La esquivada seguridad jurídica", 5-jun-2006.
- El Universo, "Velásquez advierte que TSE deberá respetar decisión del Tribunal Constitucional", 13-jul-2006.

SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Sentencias nacionales

- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 001-2002-AA, cs. 001-2002-AA, *David Galván*, RO 517: 19-feb-2002.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 001-2002-TC, cs. 001-2002-DI, *Juez Séptimo de lo Civil de Pichincha*; RO 548: 4-abr-2002.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 0014-2005-RA, cs. 0014-2005-2005, RO-S 297: 22-jun-2006, *José Fernando Rosero Rhode-Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y el Ministro de Salud Pública*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 002-05-TC, 0002-05-TC, RO-S 382: 23-oct-2006, *Silvana Sánchez y otros*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 0021-2003-TC, cs. 021-2003-TC, RO 192: 17-oct-2003, *César Zurita-Comandante General de la Policía Nacional*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 002-2003-DI, cs. 002-2003-DI. RO 230: 11-dic-2003, *Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 006-2002-TC, cs. 006-2002-TC, RO 623: 22-jul-2002, *José Castillo, Presidente del Comité de la Asociación de Municipalidades del Ecuador AMAE*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 006-2003-HC, RO 63: 16-abr-2003, *Carlos Vera, Cuenca, Provincia del Azuay*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 007-2001-TP, cs. 021-2001-TC,RO-S 260: 6-feb-2001, *Pedro De la Cruz y otros*.

- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 008-2000-TP, cs. 980-99-TC, *Rafael Oyarte*. RO-S 1: 24-ene-2000
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 008-2003-AA, cs. 008-2003-AA, Luis *Valverde-Ministerio del Ambiente*, RO 206: 7-nov-2003.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 012-2003-TC, cs. 012-2003-TC, RO 143: 8-ago-2003, *María Josefa Coronel*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 018-2000-TP, cs. 015-29-RA, RO-35: 14-mar-2000, *Rory Lucín y otros-Corte Superior de Manabí*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 030-2000-TP, cs. 530-99-TC, RO-S 84: 24-may-2000.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 042-2002-HD, cs. 042-2002-HD, RO-S 66: 22-abr-2003, *Luis Correa-CONCLINA S.A, Hospital Metropolitano*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 042-2002-HD, cs. 042-2002-HD, RO-S 66: 22-abr-2003, *Luis Correa-CONCLINA S.A, Hospital Metropolitano*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 043-2001-TC, cs. 043-2003-TC, RO 517: 19-feb-2002, *Ernesto Fuentes*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 044-1-97, cs. 71-96-TC, RO 105: 10-jul-1997, *Eddy Vishñay, Presidente del Colegio de Contadores del Guayas*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 060-2001-TP, cs. 022-2000-TC, RO-334: 28-may-2001, *Milton Vinuesa*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 074-99-TP, cs. 615-99-IS, RO-S 331: 2-dic-1999, *Quinta Sala de la Corte Superior de Quito*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 088-2001-TP, cs. 998-2000-TC, RO-351, 20-jun-2001, *Jorge Zavala Baquerizo*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 101-RA-01-IS. RO 423: 1-oct-2001.

- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 1028-01-RA, cs. 1020-01-RA, RO 550: 8-abr-2002, *Antonio Quinto, Asociación de Empleados Municipales del Cantón Chone-Municipio del Cantón Chone.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 175-2001-TP, cs. 001-2001-TC, RO 423: 1-oct-2001.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 180-2000-TP, 826-99-TC, RO 194: 30-oct-2000, *Carlos Díaz, Presidente de la Asociación de Abogados del Guayas.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 186-2001-TP, cs. 025-2001-TC, RO 423: 1-oct-2001, *Bernado Buehs.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 187-2000-TP, cs. 020-2000-TC, RO-S 222: 12-dic-2000, *Ernesto López.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 239-2002-RA, cs. 239-2002-RA, RO 659: 10-sep-2002, *Rogelio Viteri-Consejo de Disciplina, Consejo Nacional de la Marina.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 265-2002-RA. RO 648: 26-ago-2002.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 347-98-TC, cs. 347-98-TC, *Enrique Ponce y otros, diputados nacionales-Ex Asamblea Constituyente*, RO-S 20: 7-sep-1998.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 364-2002-RA, cs. 364-2002-RA, RO 683: 15-oct-2002, *Ruth Ortega-Ministerio de Educación y Cultura y otros.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 455-RA-01-IS, cs. 520-2001-RA, RO 436: 19-oct-2001, *Marco Cruz-Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 455-RA-01-IS, cs. 520-2001-RA, RO 436: 19-oct-2001, *Marco Cruz.-Servicio Ecuatoriano de Sanidad Agropecuaria.*
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 627-AA-00-IS, cs. 011-2000-AA, RO 205: 11-nov-2000, *Francisco Banchón y otros.*

- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 641-2001-RA, cs. 641.2001-RA, RO 20: 12-feb-2003, *Roberto Cayambe y otros-Director Provincial de Educación de Chimborazo*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 641-2001-RA, cs. 641.2001-RA, RO 20: 12-feb-2003, *Roberto Cayambe y otros-Director Provincial de Educación de Chimborazo*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 856-2001-RA, cs. 856-2001-RA, RO 585: 29-may-2002, *José Mena, Gerente General de la Agencia de Garantía de Depósitos AGD*.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. 89-98-IS, cs. 89-98-IS, RO 334: 8-jun-1998, *Primera Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*; y, Rs. 006-2003-DI, cs. 006-2003-DI, RO 194: 21-oct-2004.
- Tribunal Constitucional del Ecuador, Rs. s/n, cs. s/n, RO 27: 21-feb-2003, *Averroes Bucaram-Juez Sexto de lo Civil de Guayaquil*.

Sentencias comparadas

Argentina

- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Caric Petrovic*, sentencia en recurso de queja Pedro y otros, 28-may-2002.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Cs. 32/93, *Giroldi, Horacio David y otros*, G. 342. XXVI.

Bolivia

- Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 0777/2006-R, M.R: Martha Rojas, 8-ago-2006, expediente 2006-14103-29-RHC, *Juan Pedraza-Danny Morón*.

- Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia constitucional 1426/2005-R, M.R. (Magistrado Relator): William Durán, 8-nov-2005, expediente 2005-11458-23-RAC, FINDESA-Adolfo Gandarilla y otros.

Chile

Tribunal Constitucional de Chile, 4-oct-2007, *Libertino Rivas*, RIT 778-2006.

Colombia

- Corte Constitucional de Colombia, C-131 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, expediente D-182, *Andrés de Zubiria y otros*, artículo 2º en sus numerales 2º, 3º, 4º y 5º; y artículo 23 parcial del Decreto 2067 de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia, C-037 de 1996, Magistrado Ponente (M.P.): Vladimiro Naranjo Meza, expediente 008, artículo 48 de la Ley 58/94, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Corte Constitucional de Colombia, C-083, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, expediente D-665, *Pablo Bustos*, artículo 8 de la Ley 153 de 1887.
- Corte Constitucional de Colombia, C-113 de 1993, M.P., Jorge Arango Mejía, expediente D-096, *José Pedraza Picón*, artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.
- Corte Constitucional de Colombia, C-252 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, expedientes D-2825, D-2838, D-2841, D-2845 y D-2847, *Rafael Sandoval López*, Ley 553 de 2.000.

España

- Sección Decimosexta de Audiencia Provincial de Barcelona, *María Rosa-Plácido*, recurso928/2003, sentencia 313, 24-may-2004.
- Tribunal Constitucional de España, Sala Primera, 6715-2003, *Raquel García Mateos- "Alcampo, S.A."*, Sentencia 15-ene-2007.
- Tribunal Constitucional, Primera Sala, *Natalio González Redondo-Instituto Nacional de Empleo (INEM)*, sentencia 39/1984, 20-marzo-TC.

Perú

- Sentencia 0024-2003-AI/TC, Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia 04853-2004-PA/TC, Dirección Regional de Pesquería de la Libertad, Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia 07281-2006-PA/TC, Santiago Terrones Cubas, Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia 3741-AA/TC, Ramón Hernando Salazar Yarlenque, Tribunal Constitucional del Perú.

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 62/02, caso 12.285, *Michael Domínguez v. Estados Unidos*, 22-oct-2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Gangaram Panday*, sentencia-fondo, 29-ene-1997.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Genie Lacayo*, sentencia-fondo, 29-ene-1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Última Tentación de Cristo*, sentencia 5-feb-2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Mayagna (Awas Tingni)*, sentencia 31-ago-2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Suárez Rosero*, sentencia-fondo, 12-nov-,1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Villagrán Morales (Niños de la Calle)*, sentencia, 19-nov-1999.

Venezuela

- Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, M.P.: José Delgado, exp. 00-1866, caso *Ricardo Combillas y otros*, 9-nov-2000.
- Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 22-sep-2000, n. 1077, *Servio Tulio León*.
- Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, M.P.: José Cabrera, expediente 00-1529, *Corporación de Turismo de Venezuela (Corpoturismo)*, 6-feb-2001.
- Sentencia Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 19-jul-2001, n. 1309, *Herrmann Escarrá*
- Sentencia de la Sala Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, 20-oct-2000, *Rafael Chavero*.

ENTREVISTAS

- Julio César Trujillo, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.
- Rafael Oyarte, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.
- Ramiro Rivadeneira, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.
- Salgado, Hernán, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 21-sep-2007.
- Troya, José Vicente, *Acción de Amparo y Precedente Constitucional*, entrevista-video, Luis Ávila, edit., Quito, 20-sep-2007.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

- www.bibliojuridica.org
- www.cecoch.cl
- www.conhist.org
- www.juridicas.unam.mx
- www.monografias.com
- www.precedente.net
- www.pwc.com/pe
- www.scjn.gob.mx
- www.uasb.edu.ec

Anexo I
Protocolo de Investigación Cualitativa

Tesis de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional
Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador
“¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente constitucional en la acción de amparo en el Ecuador”

Diseño general de la Investigación Cualitativa

1. Objeto de la investigación.- El problema que va a investigar es la percepción de los operadores judiciales (magistrados y asesores del Tribunal Constitucional, magistrados de la Corte Suprema de Justicia; y, jueces de los Civil y Penal de Pichincha) sobre la aplicación del precedente en la actividad jurisdiccional en la acción de amparo, para lo cual, se debe establecer tres elementos esenciales: 1) el uso del precedente en la actividad jurisdiccional; 2) el nivel de vinculación de las sentencias anteriores; y, 3) cuál es el mecanismo idóneo de implementación del precedente. La pregunta que se intentará contestar es: ¿la vinculación jurídica del precedente jurisprudencial en la acción de amparo fortalece al TC como intérprete supremo de la Constitución en el Ecuador?

2. Finalidad de la investigación.- En consecuencia, lo que se busca, de acuerdo a la aplicación de un análisis cualitativo, es decantar datos concretos de un universo de percepciones subjetivas en búsqueda de significados, interpretaciones y compresiones respecto de éstas, y su relación con el paradigma del constitucionalismo que recomienda la implementación del precedente constitucional como un instrumento para garantizar los principios de justicia, igualdad y seguridad jurídica; la realización de las garantías del debido proceso y los Derechos Fundamentales; y, la legitimidad de la actividad jurisdiccional y el rol jurídico-político del órgano de control de la constitucionalidad como intérprete supremo de la Constitución.

3 Modelo epistemológico.- El modelo epistemológico elegido ha sido el del *constructivismo*, que busca el entendimiento y reconstrucción de las situaciones investigadas, sobre el postulado de que la realidad social es una construcción humana previa y cambiante, por lo cual se busca la reconstrucción subjetivista de lo socialmente construido, a través de la aprehensión de significados subjetivos, percepciones, símbolos, y los valores que se crean y recrean en toda interacción social, lo cual se ha denominado *interaccionismo simbólico*. En consecuencia, el significado es atribuido a los objetos por los sujetos como resultado de su interacción social, por lo cual, la principal fuente de datos es la interacción humana

El foco de interés de este modelo de investigación cualitativa será el análisis de las estructuras lógicas de que relacionan unos eventos con otros (estudio descriptivo/interpretativo), la construcción de teoría fundamentada; e, interaccionismo simbólico de las percepciones (estudio de orientación teórica).

4. Estudio de campo.- El estudio de campo tendrá cuatro fases interdependientes: a) definición del problema y diseño provisional del trabajo (diseño provisional); b) recogida, codificación y análisis de datos (texto provisional); c) informe, validación de la investigación y control de calidad (texto *cuasi* público); y, informe final (texto público).

El problema en el estudio de campo, de acuerdo a la metodología cualitativa y el modelo epistemológico elegido, busca el saber vertical, pues intenta elegir en un principio el punto de inicio de la investigación (provisionalidad) para luego precisar la extensión y los límites concretos del problema (flexibilidad); por lo tanto, el diseño cualitativo, resulta ser flexible,

provisional, busca asumir el objeto de investigación de manera global; la imprescindible participación valorativa y próxima del investigador.

5. Recogida de información.

5.1 Entrevista en profundidad.- La técnica central escogida dentro de la metodología de investigación cualitativa es la denominada entrevista en profundidad que consiste en una *conversación profesional con una o varias personas para un estudio analítico de investigación o para contribuir en los diagnósticos o tratamientos sociales*. El tipo de entrevista será individual, y será dirigida y no estructurada, pues se basará en un esquema general y flexible de preguntas, pues la intención es realizar un esfuerzo de comprensión, maximizar significado, encontrar respuestas sinceras que luego serán codificadas en un sistema de codificación sencillo y flexible. Esta entrevista se realizará a través de varios procesos: a) **proceso social de interacción (intercambio)**, en la cual se busca persuadir y crear empatía (relación espontánea de auténtica comunicación interpersonal); b) **proceso técnico de recogida de la información (aprehensión)**, a través del cual se alcanza el objetivo propuesto, para lo cual se debe diseñar un **protocolo de conversación** en el cual se registra hora, emplazamiento, guión de temas, hipótesis posibles de trabajo, estructura de la conversación, ritmo y duración; y, c) **proceso instrumental para conservar la información (registro)**, que incluye utilización de instrumentos de fijación de la información, la datación, la contextualización y la sistematización de anotaciones que enriquezcan la recogida de la información. Sin embargo, el uso de estos recursos se evaluará en caso específico de acuerdo a su viabilidad.

Es importante, establecer que no es indispensable contar con una cantidad extensa y representativa de entrevistados, sino que se busca, de acuerdo a la metodología cualitativa,

maximizar los datos hasta la extenuación o agotamiento en el cada caso individual, con el objeto de poder comprender e interpretar las percepciones de los entrevistados.

Sin embargo, se entrevistará, al menos, a 4 asesores del Tribunal Constitucional (dos en funciones y dos retirados), 4 magistrados del Tribunal Constitucional (2 en funciones y 2 retirados), 4 magistrados de la Corte Suprema de Justicia (dos en funciones y dos retirados); y, 2 jueces de lo civil y 2 de los penal de Pichincha (todos en funciones). En total, se realizarán 12 entrevistas. Se evaluará la necesidad de hacer más entrevistas.

5.1.1 Grabación de video.- El recurso técnico preferente para la fijación de los datos recogidos en la entrevista en profundidad, será la grabación con una cámara de video marca Sony dvd-205/800x digital zoom. En la medida de lo posible se tomará notas escritas y se suspenderá la grabación en caso de que el entrevistado así lo solicite, por razones de confidencialidad, desconfianza o cualquier otra razón, hecho que cuya trascendencia se evaluará en su debido tiempo.

5.1.2 Levantamiento de texto.- Las grabaciones se mantendrán, en lo que sea posible, en mini discos de video digitales (mini-DVD) individuales para cada entrevistado, cuyo tiempo total de video es de media hora. Luego, estos datos serán procesados sin editar a través del programa de edición de video “Ulead”. Se evaluará si es necesario, editar los videos sólo con los tramos de la grabación que sean más relevantes, pero en todo caso se guardarán los videos originales en bruto para ser revisados para esta investigación o utilizados para otras investigaciones.

5.2 Análisis de contenido.- La siguiente técnica de análisis cualitativo que se ha elegido es el análisis de contenido de un texto espontáneo y previamente orientado para su análisis, el cual

estará contenido en los archivos electrónicos en video y las notas personales tomadas de la entrevistas en profundidad obtenidos. Con esta operación lo que se busca es encontrar inferencias a partir del texto y del contexto (textos escondidos, percepciones del emisor, referencias del destinatario) con lo que se diferencia del solo *análisis documental* que sólo se queda con el texto. Esta técnica será indispensable para la construcción de los textos propuestos en esta investigación. Los pasos fundamentales del análisis de contenido son: a) la lectura analítica de datos; y, b) la interpretación de los datos obtenidos.

5.2.1 Texto provisional de campo.- Una vez procesadas las grabaciones y las notas de campo, se ensayará un texto provisional de campo el cual se lo comparará con el marco teórico elaborado, el protocolo de conversación y el formato provisional de codificación. Este texto ya puede ser evaluado por el director de la investigación. Se evaluará la necesidad de que sea revisado por otros investigadores.

5.2.2 Texto interpretativo provisional o cuasi público.- Este es un ensayo de interpretación, en el cual se intenta demostrar el nivel de comprensión del entrevistador sobre la realidad social investigada. Este texto debe ser validado tal como se lo indica en este protocolo.

5.2.3 Informe final o público.- Este es el texto final ya validado y sometido al control de calidad, tal como se considera en este protocolo, con la finalidad de presentarlo a la sociedad o a una comunidad científica determinada.

6. Control de calidad científica.

6.1 Validación del informe cuasi público.

6.1.1 Socialización con los entrevistados.- Lo que se busca es hacer conocer a los entrevistados las inferencias provisionales que se han considerado por el entrevistador como importantes, y que éstos puedan hacer observaciones a estos resultados con el fin de corregir posibles distorsiones en la comprensión de las situaciones, tiempo, características, elementos, juicios de valor, etc. Esta socialización consiste en una especie de negociación entre el entrevistador y el entrevistado con el fin de lograr encontrar la mayor cantidad de significados posibles y cercanos a las percepciones subjetivas, y dar fiabilidad, riqueza y confiabilidad científica a la investigación.

6.1.2 Socialización con el director de tesis.- El objeto será que el director de la investigación evalúe el uso científico y la el proceso de elaboración y revaloración de los datos recogidos, su coincidencia con el marco teórico realizado previamente a la investigación de campo y adelantar algunas líneas conclusivas de los hallazgos encontrados.

6.1.3 Socialización con otros investigadores o personas no entrevistadas.- Será, además, importante una revisión del informe cuasi público con otros investigadores, personas relacionadas con el ámbito académico de estudio u otras personas no entrevistadas pero que pertenecen al mismo grupo, institución o comunidad (grupo de control), lo cual permitirá acoger otros puntos de vista acerca de la globalidad, especialmente de algunas cuestiones que sólo se pueden percibirse desde afuera.

6.2 Piramidación de información.

La piramidación de información consiste en contrastar el informe cuasi público-validado con otros estudios cualitativos y cuantitativos similares que permitan adicionar alguna información válida y que pueda enriquecer la investigación, toda vez que si bien es cierto se ha tomado para esta investigación la metodología cualitativa, el uso de la cuantitativa también es válida, pues ambas son complementarias.

Anexo II

Instrumentos Particulares de la Investigación Cualitativa

Protocolo Provisional de Conversación

Tesis de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional
Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador
“¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente constitucional en la acción de amparo en el Ecuador”

I

Registro de los entrevistados

Entrevistado	Institución	Cargo	E-mail	Fecha/hora

II

Grupo de interés

Grupos de interés	Número
GRUPO 1	
Asesores del Tribunal Constitucional. ³⁶⁴	5
GRUPO 2	
Especialistas en Derecho Constitucional/magistrados o ex magistrados de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional. ³⁶⁵	4
TOTAL:	9

³⁶⁴ El universo de los asesores más antiguos es de 9. De éstos, se ha logrado pactar entrevistas con 5 de ellos: 2 de la Tercera Sala, 2 de la Segunda, y 1 de la Primera. Pidieron que se mantenga en reserva sus identidades. Sólo permitieron notas de campo.

³⁶⁵ Julio César Trujillo, especialista en Derecho Constitucional, ex vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales y catedrático de la Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador (UASB); José Vicente Troya, experto en Derecho Tributario, magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Director del Área de Derecho de la UASB; Rafael Oyarte, jurista y experto en Derecho Constitucional, ex asesor del TC y catedrático de varias universidades; y, Ramiro Rivadeneira, asesor del Tribunal Constitucional. Este último entrevistado participa en las dos entrevistas, puesto que autorizó que se grabe la entrevista y sea editada como un documento fuente.

III

Estructura de la conversación: guión de temas

1. Generalidades

1.1 Perfil personal.

- Formación profesional y académica;
- Trayectoria personal;
- Ambiciones personas respecto de su trabajo;
- Preferencias políticas, religiosas, tolerancia a varios temas (niños, indígenas, mujeres, ancianos, homosexuales, lesbianas, clonación, aborto, pena de muerte, comunismo, libre mercado).

1.2. Actividad jurisdiccional del juez constitucional.

- Derecho, percepción, comprensión, uso y futuro;
- Constitucionalismo, naturaleza, alcances, dificultades, política, democracia, Derechos Humanos;
- Acción de Amparo, naturaleza, alcances, dificultades, Derechos Humanos, lucha social, burocracia, Estado Social de Derecho;
- Actividad jurisdiccional, Función Judicial, funcionarios judiciales;
- Rol del juez en los nuevos tiempos, política, democracia y justicia; y,
- Juez constitucional, rol especial, justicia formal y material, formalismo, políticas públicas, exceso de poder, hacer el Derecho, ejecutar el derecho escrito.

3 El precedente constitucional.

3.1 Uso del precedente en la actividad jurisdiccional.

- Fuentes del Derecho, comprensión, conocimiento, aplicación, importancia
- Familias o Sistemas de Derecho, anglosajones, románicos, leyes, sentencias;
- Sentencias judiciales, aplicación de la ley, norma jurídica, instrumento político;
- Precedente, no uso, uso accidental, uso argumentativo, fuente del derecho, instrumento de racionalización judicial, fallo de triple reiteración, justicia de las partes;
- Constitución, no uso, uso accidental, uso argumentativo, fuente del derecho, política pública, realización de Derechos Humanos, emancipación-inclusión social;

3.2 Nivel de vinculación de las sentencias anteriores.

- Jerarquía de los jueces, control de las decisiones, independencia respecto de superiores, posibilidad de contradecir;
- Igualdad jurídica, igual solución para los casos parecidos, arbitrariedad, imposibilidad;
- Racionalidad judicial, discrecionalidad, orden en los juicios, criterios jurisdiccionales; y,
- Vinculación de las sentencias, nombrar fuente, argumentar, aplicar e interpretar, aplicar como si fuera una ley.

3.3 Mecanismo idóneo de implementación del precedente.

- Mecanismos, no implementación, fallo de triple reiteración, fuente del Derecho, decisión jurisdiccional exclusiva;
- Incorporación normativa, reforma constitucional, Asamblea Constituyente, reforma a leyes, reglamentación judicial, cultura jurídica, capacitación a judiciales y universidades;

4. Interpretación constitucional y el Tribunal Constitucional.

- Importancia, aplicar o hacer el Derecho, constitucionalismo, democracia, Derechos Humanos, control de la constitucionalidad, justicia constitucional;
- Mecanismos; interpretación de los jueces, diputados y Tribunal Constitucional, sólo los jueces ordinarios, sólo los diputados, sólo el Tribunal Constitucional;
- **La pregunta que se intentará contestar es: ¿la vinculación jurídica del precedente jurisprudencial en la acción de amparo fortalece al TC como intérprete supremo de la Constitución en el Ecuador?**

IV

MEMORANDO COMPROMISORIO SOBRE EL USO ÉTICO DE INFORMACIÓN

Fecha:
Dirigido a:
Institución:

Yo, **LUIS FERNANDO ÁVILA LINZÁN**, ecuatoriano, No. de cédula 130572855-0, aspirante a la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar sede de Quito, pido autorización a usted para realizarle una entrevista en profundidad, mediante la grabación de video y toma de notas, en aplicación de una metodología cualitativa con el fin de realizar una investigación para mi tesis de maestría que se titula “*¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente constitucional en la acción de amparo en el Ecuador*”.

A través de la entrevista busco establecer un muestreo sobre las percepciones de los operadores de justicia sobre el uso del precedente en el sistema de justicia, ordinaria y constitucional; el nivel de vinculación de las sentencias; los posibles mecanismos de implementación; y, si el Tribunal Constitucional debe ser el supremo intérprete de la Constitución.

Mediante el presente memorando, me comprometo a usar la información recogida sólo para uso científico en la investigación mencionada o en temas relacionados con la investigación constitucional posterior. También, me comprometo a socializar los resultados provisionales de la investigación antes del informe final, con el fin de cotejarlo de acuerdo a sus observaciones y comentarios.

Muchas gracias por su colaboración.

Atentamente,

Luis Fernando Ávila Linzán

Observaciones:

.....
.....
.....
.....

Anexo III

Instrumentos Particulares de la Investigación Cualitativa

Formato Provisional de Codificación³⁶⁶

Tesis de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional Universidad Andina Simón Bolívar sede de Ecuador

“¿Quién debe ser el intérprete supremo de la Constitución?: el precedente constitucional en la acción de amparo en el Ecuador”

1. Generalidades

1.1 Perfil personal.

Cód.	Formación	Trayectoria	Expectativa	Tolerancia	Ideología
001	Diplomado en Derecho Constitucional de la PUCE y egresado de la maestría en Derecho Administrativo de la UASB-Q.	Secretario General del Ministerio de Bienestar Social. 1 año y 6 meses en el TC.	Estudiar inglés fuera del país.	Evade preguntas sobre temas complicados como el aborto. Se dice muy católico.	No tolera hablar de sus preferencias políticas.
002	Diplomado en Derechos Humanos de USFQ. Tiene varias publicaciones.	Amanuense de un Juzgado del Trabajo, asesora del Congreso Nacional y libre abogada en libre ejercicio. Lleva ocho años en el TC.	Quisiera ser vocal del TC, pero bajo reglas distintas que fortalezcan a la institución como órgano técnico-jurídico.	Es frontal con sus respuestas. Es muy tolerante con la mayoría de temas. Se dice agnóstica.	Se ubica en la izquierda y es activista en género. Considera que su ideología no le ha graves en el TC.

³⁶⁶ Cuando aparezca en la codificación “no aplicable” significa que el entrevistado no opinó sobre eso o, de acuerdo al desarrollo de los temas, el entrevistado no estuvo de acuerdo con alguna de las partes de la entrevista que hace imposible la siguiente. Por ejemplo, si dice que no está de acuerdo con la implementación del precedente, no tiene sentido que se codifique información sobre el mecanismo de implementación. Por otra parte, poner atención a las siguientes siglas: UCE (Universidad Central del Ecuador), PUCE (Pontificia Universidad Católica del Ecuador), USFQ (Universidad San Francisco de Quito), y UASB-Q (Universidad Andina Simón Bolívar sede de Quito). El código 005 corresponde a Ramiro Rivadeneira, quien accedió a que se haga pública su participación en esta investigación, en la entrevista y el material audiovisual editado en este trabajo, y que, además, se cite a lo largo del trabajo.

003	Es abogado de la UCE. Tiene un diplomando en Derecho Constitucional en la USFQ y en la Universidad Carlos III de España.	Trabaja 23 años en el TC, y tiene ocho años de asesor. Considera que lo más importante es la experiencia y luego la educación académica. Es muy importante ser transparente.	Le gustaría hacer carrera en el TC, aunque considera que es muy difícil por la inestabilidad de la institución que influye sobre la inestabilidad del personal. En el 2003, se desconoció los nombramientos y los asesores son ahora de libre remoción.	Es conservador con algunos temas complicados y cree que algunos son muy criticables, pero está abierto a discutirlos para los casos concretos. Se dice muy católico.	No le parece que sea importante definirse ideológicamente, lo importante es la justicia social que garantice igualdad de oportunidades para todos. Piensa que debe garantizarse el libre mercado que dé oportunidades e integración social.
004	Tiene un diplomado en Derecho Constitucional en la UASB-Q.	La entrevistada tiene 8 años de asesora del TC. Antes realizó asesoría para trabajadores. Considera tener una visión social en todas sus actividades profesionales.	Su ambición personal es regresar al trabajo social, especialmente, en grupos de sociedad civil en la defensa de los derechos de los trabajadores.	Se considera atea. No cree en la aplicación de la pena de muerte, pues el castigo es inútil si no se arreglan las razones estructurales que permiten la comisión de delitos (económicos, sociales y políticos). El control de natalidad debe ser responsabilidad individual de las personas y las parejas.	Es de izquierda y militante del Partido Socialista del Ecuador (PSE).
005	Tiene una maestría en Derecho Constitucional en la UASB-Q, tiene un diplomado en derechos humanos y derecho constitucional en la USFQ, y está cursando una Maestría en derechos humanos en una Universidad de Chile. Ha realizado varias publicaciones en los temas constitucionales.	El entrevistado se define como un activista de los derechos humanos. Un activista que está pasivo. Comenzó a trabajar en Amnistía Internacional, luego pasó a la Comisión Ecuatoria de Derechos Humanos (CEDHU) en el área de denuncias, posteriormente pasó a la Fundación Regional de Derechos Humanos (INREDH), organismo del	No se preocupa mucho por su futuro, pero quiere especializar su conocimiento en derechos humanos y vincularse a alguna institución de defensa, organismo intergubernamental o del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	Se considera profundamente religioso. Católico. Respecto del aborto considera que tiene dos formas de ser abordado desde lo personal: a) desde su creencia religiosa no lo acepta, pues es un atentado contra la vida, pero existen mujeres que pierden la vida por el mismo motivo, lo cual es una realidad social que no se puede desconocer; y, b) quien está convencido de una y otra posición va a actuar de	El entrevistado se considera socialista, pero no con ánimo de militancia alguna. Más bien, se considera un socialista-humanista. Todas las tendencias ideológicas tienen cosas buenas y malas. No se puede satanizar a una u otra tendencia. De hecho, desde cualquier ideología puede servirse a la gente.

		cual aún forma parte. En INREDH coordinó un proyecto de garantías constitucionales, lo cual lo llevó a la Corporación Latinoamericana para el Desarrollo (CLD), en donde desarrolló un proyecto de justicia constitucional y se vinculó posteriormente al TC como asesor, desde hace 6 años.		acuerdo a eso y la ley no tiene control sobre eso.	
--	--	--	--	--	--

1.2. Actividad jurisdiccional del juez constitucional.

Cód.	Derecho	Constitucionalismo	Amparo	Juez ord.	Imparcialidad/juez
001	Positivista. El derecho es un conjunto de normas para proteger los derechos de las personas.	Positivista. Es muy crítico con el activismo en derechos humanos. La Constitución actual es buena.	Garantiza los derechos humanos. Existe abuso. No debe extenderse a providencias judiciales. Si es del caso, sólo a las de última instancia.	El juez debe ser eficiente. No demorar los procesos. Debe estar capacitado y ser elegido por sus méritos académicos y profesionales.	Es una cuestión de la moral y la ética de cada juez, de su cultura personal y jurídica. Nada tiene que ver con las normas.
002	El derecho es un instrumento para garantizar la justicia social. Es tridimensional: valores, realidad social y normatividad.	Es la norma más importante, pues establece los fundamentos de una sociedad y permite la aplicación de los derechos humanos.	Es una garantía de los derechos fundamentales. Está de acuerdo con la ampliación del amparo a las providencias judiciales no firmes. No existe abuso, sino desconocimiento de las partes y engaño de los abogados a sus clientes sobre la viabilidad procesal	Es un ser humano, debe interpretar la Constitución y garantizar los derechos humanos.	Es importante garantizar la no injerencia de los partidos políticos y las funciones del Estado.
003	Es un instrumento necesario y debe cambiar con la sociedad.	El constitucionalismo garantiza un orden supremo	Es un instrumento para garantizar los derechos	Es el encargado de hacer cumplir los principios	Piensa que es importante. Especialmente, cree que esto

		para la sociedad.	humanos. No existe abuso, sino desconocimiento del uso del amparo. Además, las sentencias no se cumplen, y eso no le da legitimidad al trabajo a la acción de amparo, por eso le llueven críticas.	constitucionales. Es la boca que dice la ley.	garantizaría la estabilidad del TC y así se legitimaría su actuación frente a la sociedad.
004	El Derecho es que es una expresión de una sociedad de clases. Tiene una función controladora y disciplinaria.	La norma constitucional es suprema y evidencia valores.	Es un mecanismo para garantizar los derechos humanos. No hay abuso del amparo constitucional. Cree que se debe ampliar la acción de amparo, pero únicamente a aquellas que se relacionan con la garantía del debido proceso. No a todas la providencias.	El juez debe garantizar los derechos humanos. El juez no es la boca que dice la ley. Esto se debe al legalismo de nuestro sistema de Derecho. El juez debe tomar en cuenta los valores y la historia para poder decidir.	Es importante que sea imparcial. En lo particular, su experiencia es que los magistrados no se dejan asesorar. Se debe agravar los requisitos para los vocales.
005	El Derecho no debe utilizar a la ley como un instrumento de exclusión social, pero tampoco como emancipación social. El Derecho es anterior es anterior a la ley y al Estado.	Es un instrumento para los jueces –no sólo constitucionales- para la aplicación del Derecho en un sentido amplio, y de acuerdo a los cambios de la realidad social. Se debe considerar a una Constitución viva con el fin de que el juez pueda adaptarla a la realidad social cambiante.	Es un mecanismo para garantizar los derechos humanos. Existe un abuso de la acción de amparo, especialmente, de las partas procesales. Pero este abuso no deslegitima la naturaleza garantista de esta acción. Ahora, en todo caso, el juez constitucional tiene la responsabilidad de limitar estos abusos y se debe preguntar si la acción de amparo, lejos del abuso, sirve para proteger al	El juez debe garantizar el Derecho y no ley. No siempre la ley consagra el Derecho. Si hay conflicto, prevalece el Derecho.	Es importante que sea imparcial.

			<p>débil respecto del fuerte o para intereses particulares de determinados grupos. No se ha hecho un estudio acerca de esto. Por otra parte, los medios de comunicación no presentan información objetiva de los casos de amparo donde ocurre abuso. Por otra parte, el amparo ha sido subutilizado por desconocimiento de los ciudadanos. Un gran problema es la visión administrativista del amparo, de acuerdo al cual se considera como objeto de la acción a los actos administrativos. Esto provoca que los efectos de la sentencia se resuman en dejar sin efecto o suspende, pero no otros efectos, como la reparación, la prevención, etc.... Respecto de esto, el rol de la sociedad civil es importante.</p>		
--	--	--	---	--	--

3 El precedente constitucional.

3.1 Uso del precedente en la actividad jurisdiccional.

Cód.	Fuente. Der	Constitución	Uso/precedente	Importancia	Problemas
001	La Constitución. La jurisprudencia no, pues cada caso es distinto.	Es la principal fuente del Derecho.	No está de acuerdo. El juez debe aplicar la sana crítica en cada caso.	No aplicable.	Existen “criterios generales”, instruidos por los vocales verbalmente.
002	La Constitución, la jurisprudencia del TC, los instrumentos internacionales y la doctrina.	Es la norma más importante, pero no se puede descuidar los derechos fundamentales.	Está de acuerdo que se usen sentencias anteriores para fundamentar las futuras. De hecho eso hace el pleno con los casos de las salas.	Es importante porque da certeza, seguridad jurídica y permite la actualización del Derecho.	El no establecimiento de los precedentes dificulta fallar con certeza y agilidad.
003	Constitución, Ley Orgánica del Control Constitucional, Resolución de la CSJ sobre el amparo. La jurisprudencia no se acostumbra.	La Constitución es la más importante fuente.	Cree que las sentencias son sólo referenciales, por lo que no deben ser una fuente formal. Se puede determinar determinados criterios generales, pues hay que mantener cierta coherencia con lo que se decide.	No aplicable.	Los criterios dependen de los cambios de TC. Generalmente, los vocales vienen sin saber mucho del manejo del TC y no dan instrucciones sobre lo que se decide, y se fían, generalmente, de lo que dicen los asesores.
004	la Constitución, luego los instrumentos internacionales..	La Constitución es la principal fuente.	Las sentencias pueden aplicarse para casos futuros, pero es difícil por varias razones.	Permitiría fallar con mayor eficiencia y certeza.	Hay mucha inestabilidad de los vocales, pero también de los asesores. Existe contradicción entre las decisiones de las salas en la acción de amparo. El pleno debería dirimir las contradicciones entre las salas.
005	La primera fuente son los hechos aportados por las partes. Luego, obviamente, se tiene la Constitución, las leyes, la doctrina. Los instrumentos internacionales y las sentencias extranjeras	La Constitución, pero a partir de los hechos procesales.	Está de acuerdo. Pues da certeza a las decisiones y se puede prever las soluciones.	Certeza e igualdad jurídica.	Existe un vacío en el uso de sentencias anteriores, pero una razón operativa, la cual se refiere a la falta de un sistema de búsqueda expedito de las sentencias, lo cual dificulta encontrar los criterios anteriores y definir una línea de criterio. Este sistema es muy difícil de

sólo en casos difíciles o de alta connotación política.				desarrollar a pesar de los pedidos realizados desde el TC para su implementación, pues se necesita mucha gente que levante los textos y los haga informáticos, y realicen un tesoro. “La consecuencia lógica... Cada uno confía en su memoria. Esto ya dijo el Tribunal... Sí, me acuerdo...”. No hay falta de voluntad política.
---	--	--	--	---

3.2 Nivel de vinculación de las sentencias anteriores.

Cód.	Ilustrar sentencia	Argumentar	Legitimar	Ordenar
001	Es importante	Es aplicable de acuerdo a la sana crítica del juez.	No es necesario. Es cuestión de moral y profesionalismo de los jueces.	Sólo hacia dentro para las partes en el proceso concreto
002	Es necesario.	Permite argumentar con mayor agilidad.	Da mayor legitimidad a la actividad del TC, por lo que debe ser una vinculación fuerte.	Debe ordenar, pero con cierta flexibilidad para los jueces inferiores par que permita el avance de la jurisprudencia.
003	Es únicamente esto. Un ejemplo del fracaso del precedente es el fallo de triple reiteración, pues nadie lo controla. Debe ser materia casable.	Los criterios son maleables. Es difícil. No debe ser fuerte, pues el derecho es cambiante. Debe ser una sugerencia.	La legitimidad está dada por el cumplimiento de las sentencias del TC.	Es importante el cumplimiento de las sentencias.
004	Es lo usual.	Es un instrumento fuerte para argumentar.	La eficiencia garantizaría la aceptación social.	Depende del mecanismo formal para asegurar el cumplimiento de las sentencias.
005	Es parte de la mecánica.	La argumentación se hace más certera.	Se recalca el tema de la eficiencia y la igualdad de las partes.	Los precedentes son importantes, pero no deben aplicarse de manera estricta. Por ejemplo, “qué grave hubiese sido si la primera resolución sobre la caducidad de la prisión en firme hubiese servido como precedente...” Deben ser obligatorios, pero no ser una atadura. Es necesario fortalecer la institucionalidad y eliminar los problemas de organización. Por ejemplo, las salas actúan sin

				coordinación como organismos propios, lo cual permite la emergencia de fallos contradictorios. Existe un desprecio de los nuevos vocales respecto de lo decidido por el anterior. Borra y va de nuevo en cada período. Esto es cuestión, también, de cultura jurídica, pero esto, de hecho, no ayuda a la implementación del precedente.
--	--	--	--	--

3.3 Mecanismo idóneo de implementación del precedente.

Cód.	Norma const	Norma legal	Resolución TC	Logística TC	Capacitación
001	No aplicable	No aplicable	No aplicable	No aplicable	No aplicable
002	No es necesario.	No es necesario.	El TC debe establecer las normas concretas para la aplicación del precedente.	El TC debe sistematizar las líneas jurisprudenciales.	Es necesaria para el TC y para los usuarios.
003	Sólo en materias y temas determinados previamente en al Constitución.	No aplicable.	El TC debe establecer los criterios generales como sugerencias para el trabajo diario de los vocales y asesores.	No aplicable.	Es indispensable.
004	No es indispensable.	Es necesario garantizar el cumplimiento de las sentencias constitucionales. Esto ocurre en el proyecto presentado por el TC al Congreso Nacional.	No está descartado.	No aplicable.	No aplicable.
005	No es indispensable.	No es indispensable.	Es el TC, mediante resolución, quien debe establecer las reglas para determinar el precedente.	Es necesario arreglar los problemas organizativos y de integración del TC. Uno de esos mecanismos puede ser la integración por tercios y no total como ocurre ahora.	Es aplicable para los operadores de justicia y para los ciudadanos dentro de una agenda de defensa de los derechos humanos.

4. Interpretación constitucional y el Tribunal Constitucional.

Cód.	Inter. TC	Inter. Leg.	Inter. TC/Leg.	Jueces Ord.
001	No es necesario.	Sólo el Congreso debe interpretar con efectos generales y obligatorios para garantizar el Estado de Derecho.	El TC, sólo para el proceso.	Sólo para el proceso.
002	Debe ser el intérprete exclusivo.	El Congreso no debe.	El TC debe interpretar con ciertos efectos generales desde la interpretación.	Debe someterse a la interpretación constitucional, pero debe poder apartarse fundamentadamente. Esto es democrático.
003	Es necesario, pero sólo en temas determinados.	No es ya necesario.	Esto debilita al TC.	Debe acatar las sentencias del TC.
004	Sí debe ser.	No es necesario.	No es necesario.	El juez ordinario tiene una función fundamental.
005	Debe constar en la constitución.	No debe el Congreso.	No es posible.	Es indispensable. El régimen no debe ser muy rígido.

ANEXO IV

MODELO DE LA CORTE SUPREMA DE MÉXICO DE CODIFICACIÓN DE LOS PRECEDENTES³⁶⁷

Registro No. 921001

Localización:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Apéndice (actualización 2002)

Tomo I, Const., Jurisprudencia SCJN

Página: 5

Tesis: 1

Jurisprudencia

Materia(s): Constitucional

AMPARO CONTRA LEYES. EL MOTIVO MANIFIESTO E INDUDABLE DE SU IMPROCEDENCIA, PUEDE SUSTENTARSE EN LA CONFESIÓN DEL QUEJOSO DE QUE NO RECLAMA EL PRIMER ACTO DE APLICACIÓN SINO UNO POSTERIOR.-

Si existe prueba plena en cuanto a que el acto de aplicación de la ley que se tilda de inconstitucional en la demanda de amparo, por su fecha de emisión, no fue el primero en el que se actualizaron las hipótesis normativas en perjuicio del quejoso, es inconcuso que puede determinarse la existencia de una causa manifiesta e indudable de improcedencia del juicio de garantías. Ahora bien, para el desechamiento de la demanda respectiva el Juez de Distrito puede basar su determinación de que no se está en presencia del primer acto de aplicación en diversos medios de convicción, entre los que pueden encontrarse las propias manifestaciones que el quejoso haya realizado en su demanda o en los escritos aclaratorios, pues éstas constituyen una confesión expresa, admisible en el juicio de amparo y con valor probatorio pleno, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 199 y 200 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, pues tiene la eficacia convictiva suficiente para demostrar que no reclama el primer acto de aplicación de la ley y que, por ende, se actualiza de manera manifiesta e indudable la improcedencia del juicio de amparo, en términos ya sea de las fracciones III, IV o XII, párrafo primero, del artículo 73 de la citada ley, según sea el caso; la primera, por ser la ley reclamada materia de otro juicio de amparo que se encuentra pendiente de resolver; la segunda,

³⁶⁷ Esta ficha de ejemplo no coincide con el original, pues ha sido cambiado su formato para incluirlo en este estudio. www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/

por haber sido la norma general materia de una ejecutoria en otro juicio de garantías; o, la tercera, por no haberse reclamado la ley en el juicio constitucional con motivo de su primer acto de aplicación dentro del plazo que establece el artículo 21 de la legislación de la materia. En consecuencia, es dable desechar la demanda de garantías por cuanto hace a la ley, con independencia de que la demanda pueda admitirse por los actos de aplicación relativos, si éstos se combaten por vicios propios y no se esté en el caso de que la reclamación de la ley represente una hipótesis de excepción al principio de definitividad.

Novena Época:

Contradicción de tesis 4/2002-PL.-Entre las sustentadas por el Primero y el Décimo Segundo Tribunales Colegiados, ambos en Materia Administrativa del Primer Circuito.-24 de mayo de 2002.-Unanimidad de cuatro votos.-Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán.-Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán; en su ausencia hizo suyo el asunto Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.-Secretaría: Claudia Mendoza Polanco.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, julio de 2002, página 64, Segunda Sala, tesis 2a./J. 50/2002; véase la ejecutoria en la página 65 de dicho tomo.

ANEXO V

CUADRO COMPARATIVO POR PAÍSES DEL CIVIL LAW DE AMÉRICA LATINA Y DE LOS PAÍSES EUROPEOS QUE INFLUYERON EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDAD ACERCA DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

PAÍS	RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL	RECONOCIMIENTO LEGAL	RECONOCIMIENTO JUDICIAL	
			VINCULACIÓN DEL PRECEDENTE	EFFECTOS DEL PRECEDENTE
Alemania				
Argentina	Reconocimiento implícito de interpretación exclusiva de la Corte Suprema. En el artículo 116 se reconoce a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores la facultad de fallar sobre las causas respecto de todos los puntos de la Constitución y las leyes de la Nación, pero sin que violenten la atribución del Congreso de crear leyes (Art. 75.12).			
Bolivia	No se establece el reconocimiento explícito del precedente y la interpretación es funcional. El Art. 59.1 establece que el Poder			

	Legislativo es competente para interpretar las leyes. En el artículo 234 determina que el Congreso es competente para dictar leyes interpretativas con el voto de dos tercios y sin que el Presidente pueda vetarla. Art. 16.IV reconoce al Tribunal Constitucional como competente del control de la constitucionalidad.			
Brasil				
Chile				
Colombia				
Costa Rica				
Ecuador				
El Salvador				
España				
Guatemala				
Italia				
México				
Nicaragua				
Panamá				
Paraguay				
Perú				
Uruguay				
Venezuela				