

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

El Precedente según Sentencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana: 2008-2022


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Pedro Esteban Coello Pinos

Director:

Julio Teodoro Verdugo Silva

ORCID: 0000-0002-3984-0467

Cuenca, Ecuador

2023-06-05

Resumen

La jurisprudencia ha tenido un rol importante en la producción de derecho en los sistemas de tradición inglesa, donde nace la doctrina del precedente. Sin embargo, esta esta ha jugado un rol auxiliar en los sistemas legales de raigambre del civil law. Este panorama cambia al llegar el constitucionalismo a dichos sistemas, donde el rol del juez constitucional al ser garante de derechos se vuelve más activo y mediante su labor de interpretación de la constitución se convierte en creador consiente de derecho a través de su jurisprudencia. Es así que figura del precedente constitucional fue recogida en nuestro país en la Constitución del 2008, generando en que el Ecuador cohabiten dos ideas o teorías del precedente diferentes. Por un lado, encontramos al fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia que es propio del civil law y tiene como antecedente a la casación francesa. Por otro, tenemos al precedente constitucional emitido por la Corte Constitucional, que se asimila más al precedente propio del common law. El principal objetivo del presente trabajo es analizar como la Corte Constitucional del Ecuador ha conceptualizado al precedente constitucional a través de sus sentencias, para dicho objetivo, realizaremos una revisión de las sentencias de la Corte Constitucional desde el año 2008 donde nos enfocaremos en estudiar cómo se ha establecido la jurisprudencia vinculante, la regla de precedente, su composición, la clasificación del precedente y las técnicas de aplicación del precedente que ha contemplado la Corte.

Palabras clave: jurisprudencia, ratio decidendi, precedente constitucional, stare decisis

Abstract

Jurisprudence has played an important role in the production of law in English legal systems, where the doctrine of precedent was born. However, it had only play an auxiliary role in civil law systems. This scenario has changed with the with the constitutionalism adveniment to these systems, where the role of the constitutional judge as guarantor of rights, becomes more active, and using the interpretation of the constitution, they become in conscious law creators through their jurisprudence. Thereby, the figure of constitutional precedent was incorporated into our country's Constitution in 2008, generating the coexisting of two different ideas or theories of precedent in Ecuador. On the one hand, we have the triple reiteration ruling of the National Court of Justice, which is characteristic of civil law and has its antecedent in French cassation. On the other hand, we have the constitutional precedent of the Constitutional Court, which is more similar to common law's precedent. The main objective of the present work is to analyze how the Constitutional Court of Ecuador has conceptualized the constitutional precedent through its jurisprudence. For this reason, we will review the Constitutional Court's sentences since 2008, focusing on how binding jurisprudence has been established, the rule of precedent, its composition, the classification of precedent, and the precedent application techniques that the Court has considered.

Keywords: jurisprudence, ratio decidendi, constitutional precedent, stare decisis

Índice de contenido

Dedicatoria	6
Agradecimientos	7
Introducción	8
Capítulo I. ¿Qué es el precedente?	11
1.1 Estado del Arte	11
1.2 Concepto precedente.	13
1.3 Jurisprudencia y precedente.....	14
1.4 Teorías del Precedente.	15
1.4.1 Teoría del precedente en el civil law.....	15
1.4.2 Teoría del precedente en el common law	20
1.4.2.1 El precedente en Inglaterra.....	22
1.4.2.2 Perspectivas de los principales representantes del precedente en el common law inglés.....	23
1.4.3 La doctrina del precedente en EE.UU. Teoría flexible del precedente	24
1.4.4 Visiones del precedente en el common law: formalizada y desformalizada.	27
1.4.5 Diferencias entre las teorías.....	27
1.5 Composición del precedente	28
1.5.1 Ratio Decidendi y Obiter dictum	28
1.6 Clasificación y efectos del precedente	30
1.7 Overruling, Reversing, Distinguishing	32
Capítulo II. El Precedente en el Estado Constitucional de Derechos	36
2.1 Impacto del constitucionalismo en la creación judicial del derecho	36
2.2 Precedente constitucional y precedente judicial	38
2.2.1 Fundamento legal y constitucional del precedente en el Ecuador.....	40
2.3 Diferencias entre el precedente constitucional ecuatoriano y el precedente proveniente del common law.....	45
Capítulo III. El Precedente según la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.	46
3.1 El Precedente Vinculante durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 2008.....	46
3.2 Concepción del precedente de la Corte Constitucional por medio de sus sentencias.....	50
3.2.2 Regla de precedente.....	51

UCUENCA

	5
3.2.2.1 ¿Cómo se encuentra integrada una regla de precedente?.....	52
3.2.3 Clasificación de los precedentes judiciales que existen en el Ecuador	54
3.2.3.1 Precedentes Verticales y Horizontales	54
3.2.3.2 Precedente Auto-vinculante y Hetero-vinculante.	55
3.2.4 Precedentes de la Corte Nacional de Justicia.	55
3.2.4.1 Hetero-vinculatoriedad de los precedentes de la Corte Nacional de Justicia.	55
3.2.4.2 ¿Pueden perder su hetero-vinculatoriedad los precedentes de la Corte Nacional de Justicia?	56
3.2.4.3 Auto-vinculatoriedad de los precedentes de las salas de la Corte Nacional de Justicia.	57
3.2.5 Mutabilidad del Precedente.....	57
3.2.5.1 Reversión del precedente.....	58
3.2.5.2 Distinción del Precedente.	58
3.2.5.3 Extensión del precedente	59
Conclusiones	62
Recomendaciones.....	66
Referencias	67

Dedicatoria

A mi madre Karina, quien es la persona que más admiro en el mundo, cuyo esfuerzo y dedicación es la inspiración para todo lo que he logrado y lograré en mi vida.

A mi padre Fabrico, ejemplo de humildad, por siempre apoyarme en cada momento y enseñarme que puedo lograr todo lo que me proponga.

A mis abuelos Gil y Galud, quienes son los seres más sabios y amorosos que he tenido el honor de conocer.

A Dios, por siempre guiar mi camino, ser confidente de mis tristezas y autor incansable de mis alegrías.

Agradecimientos

A la Universidad de Cuenca, por brindarme la oportunidad de acceder a educación de la mejor calidad y por ser mi hogar durante estos años de estudio.

A todos quienes fueron mis docentes, por haber sido parte integral de mi educación y desarrollo personal. En especial al Dr. Teodoro Verdugo, ejemplo vivo de pasión por la academia, con quien siempre estaré agradecido por su dedicación y paciencia.

A mis hermanos, quienes han compartido conmigo los azares del destino, es gracias a ellos que nunca me he sentido solo y me han alentado a siempre seguir adelante.

De manera especial a Stefanie, por brindarme su amor incondicional y paciencia durante todos estos años, quien es motivo de mi felicidad cada día.

A los amigos que he hecho durante esta etapa, con quienes siempre estaré agradecido por haberme obsequiado su amistad.

Introducción

La creación de derecho judicial a lo largo de la historia ha jugado un papel importante para la producción del derecho, es así que el precedente se ha posicionado como fuente de derecho no solo en los ordenamientos jurídicos provenientes del sistema anglosajón donde esta figura es la más importante del sistema legal, sino que también ha ganado espacio entre los países que provienen del sistema Romano Germánico, que históricamente han renegado su implementación. La implementación del precedente en estos sistemas se ha debido en mayor parte gracias al constitucionalismo, donde se dio paso a un cambio en el paradigma del sistema de las fuentes del derecho, haciendo que los jueces tengan que lidiar directamente con la constitución y ser garantistas de derechos, es para cumplir con esta tarea que el juez adquiere un rol más activo, siendo creador de subreglas constitucionales, es decir creador de derecho.

Lo que se pretende en este trabajo de investigación es analizar la conceptualización del precedente desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador, misma que a partir de la vigencia de la Constitución del 2008 ha adquirido un rol más amplio y complejo, que no puede solo encasillarse en la función de eliminar normas inconstitucionales. Esto en razón que se le ha encomendado la función de ser el máximo órgano de control e interpretación constitucional, además de emitir sentencias que contengan jurisprudencia vinculante o precedente con carácter erga omnes, tal como lo contempla el art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador.

Por este motivo, se comenzará en el primer capítulo abordando el concepto del precedente y se lo contrastará con la jurisprudencia, a su vez, se analizará también el valor que ha tenido la jurisprudencia dentro de los países que provienen del civil law, donde mediante un pequeño repaso histórico estableceremos como los sistemas legales de Roma, Francia y España se han ido acercando a la idea de la jurisprudencia vinculante. Posteriormente analizaremos la doctrina del precedente en el common law, donde nos enfocaremos en contrastar las teorías del precedente inglesa y norteamericana, debido que a pesar que la última es el resultado de la primera, tienen características y peculiaridades propias.

Para finalizar el primer capítulo, se realizará un análisis sobre la composición del precedente, ya que lo fundamental en la doctrina del precedente es la ratio decidendi, siendo importante poder diferenciarla del obiter dictum; se expondrán los efectos que surte el precedente y la clasificación doctrinaria del mismo; dejando para el final el repaso de las diferentes técnicas de aplicación del precedente que han caracterizado a la dinámica del derecho judicial, como lo son el overruling, reversing y distinguishing.

En el segundo capítulo se analizará el impacto que ha tenido el constitucionalismo, debido a que ha generado importantes transformaciones en los sistemas legales, pudiendo resaltarse que ha cambiado el panorama en el sistema de fuentes del derecho siendo la Constitución la fuente de fuentes lo que ocasiona que el juez tenga que lidiar directamente con esta y es precisamente el juez en su labor de ser garante de los derechos que se enmarcan en la Constitución, que ha adquirido un rol más activo. Presentándose ahora al juez como creador consiente de derecho a través de la interpretación del texto constitucional, por lo cual se analizarán las limitantes que tiene el juez en su labor creadora de derecho, como lo son la separación de poderes y la argumentación jurídica, mismas que impiden que los jueces constitucionales rebasen su competencia y evitan un posible activismo judicial de carácter negativo.

Seguidamente se realizará una confrontación entre los tipos de precedente que se encuentran cohabitando en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido a que provienen de familias del derecho diferentes y poseen características particulares; por un lado el precedente judicial, característico del civil law y procedente de la casación francesa, este se manifiesta en nuestro país en el fallo de tripe reiteración de la Corte Nacional de Justicia; y el precedente constitucional, que fue establecido por la Constitución de 2008 y se asimila más al precedente propio del common law.

Finalmente, en el tercer capítulo, después de comprender la doctrina del precedente, nos remitiremos a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional desde el año 2008 para entender como esta ha sido conceptualizado al precedente desde sus inicios hasta la actualidad. Donde dicha conceptualización ha tenido importantes variaciones que han sido desarrolladas por Corte Constitucional a lo largo de los años. Entre los principales temas a tratar tenemos al etiquetamiento de ciertas sentencias como jurisprudencia vinculante, donde se podría pensar que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición hizo que cualquier decisión que no constituya jurisprudencia vinculante en los términos del Art. 436 numeral 6 de la Constitución, se la considere como jurisprudencia indicativa, sin fuerza obligatoria. Esta situación se mantuvo hasta el año 2016, donde a través de la sentencia 001-16-PJO-CC, la Corte Constitucional expresó que todas sus sentencias tienen carácter vinculante. Esto haría pensar que existió una transición de sentencias puramente indicativas a sentencias con carácter obligatorio, pero esto requiere un análisis a fondo del artículo 436 de la Constitución para entender la competencia de la Corte para emitir jurisprudencia vinculante y entender las técnicas tanto formalizada y desformalizada del precedente. Otro de los cambios importantes que se han suscitado y será tratado en este trabajo, es respecto a los efectos del precedente, específicamente referido al precedente horizontal que proviene de las cortes de justicia

ordinaria, donde la Corte Constitucional en la sentencia 1035-12-EP/20, ha establecido el precedente auto-vinculante, lo que significa que la decisión judicial que ha sido tomada por jueces que conforman un cierto tribunal, obliga a esos mismos jueces a resolver de la misma forma frente a un caso análogo, solo pudiendo apartarse de su propio precedente si existe la justificación suficientemente.

Capítulo I. ¿Qué es el precedente?

1.1 Estado del Arte

De los estudios sobre el precedente constitucional que se han realizado en los países de la región, podemos destacar a Colombia, debido a las similitudes que se encuentran con el caso ecuatoriano. También se puede decir que Colombia es uno de los países donde más se ha escrito sobre el precedente constitucional, debido a su temprana incorporación al derecho objetivo, donde es el mismo legislador colombiano que mediante ley estatutaria (Ley 270 de 1996, art. 48, numeral 1), quien definió el carácter vinculante y obligatorio de tales decisiones, ya que pasan a conformar un solo postulado, sentencia-ley, sentencia-constitución, y en tal medida gozan de la misma entidad que las normas que en su momento fueron analizadas (Colombia, Corte Constitucional, 1996). Esto en comparación al caso ecuatoriano donde hasta antes de la expedición de la Constitución de 2008, no se encontraba previsto el precedente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues ni la Constitución Política de la República de 1998, ni la Ley de Control Constitucional determinaron como facultad del anterior Tribunal Constitucional la de expedir decisiones que constituyan precedente.

Entre los autores colombianos más importantes que han escrito sobre el precedente constitucional, se encuentra Diego López Mediana (2006) y su obra titulada “El Derecho de los Jueces”, donde el autor desarrolla sus ideas sobre la creación judicial del derecho y la forma en que el juez deja de ser solo un aplicador de las normas vigentes, convirtiéndose en un creador consiente de derecho. Es precisamente en esta obra el autor define a la doctrina del precedente y expresa que “la doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tenga fuerza gravitacional prima facie sobre un caso nuevo análogo por sus hechos o circunstancias” (p.109).

Otra de las características del precedente según la Corte Constitucional colombiana, es que no solo se contempla un precedente vertical proveniente de la Corte Constitucional, sino que también existe el precedente horizontal que puede vincular a una autoridad frente a casos similares. En este sentido Nattan Nisimblat (2020) en su obra “El sistema de precedentes de Colombia”, explica que:

Además del precedente vertical, existe también un deber de sujeción de los jueces a sus propias decisiones cuando no existan pronunciamientos verticales, es decir, que por las mismas razones dadas para la existencia de un ascendiente, se justifica vincular a cada funcionario con el deber de estabilidad, seguridad e igualdad de trato, siempre que se

presenten casos análogos, en los que no exista definición previa por parte de las altas cortes o un funcionario de superior jerarquía, que bien puede ser una corte de cierre o un tribunal. Así, entonces, se entenderá como precedente horizontal, aquellas decisiones que adopte una misma autoridad frente a casos similares o análogos, del cual podrá apartarse o separarse únicamente exponiendo razonadamente los motivos por lo que se justifica decidir de una forma distinta a pesar de la identidad en los sujetos, en las causas y en los objetos estudiados. (p.6)

A nivel nacional, hasta el momento, sobre el precedente en Ecuador se han publicado ciertos estudios y trabajos de investigación importantes. Se puede destacar a Pamela Aguirre y su libro “El Precedente Constitucional: La transformación de las fuentes jurídicas” como la obra más prominente y completa desarrollada en el Ecuador. En esta obra se expresa que:

La creación judicial del derecho en el ámbito constitucional ecuatoriano no se asemeja a la de las familias de origen en el civil law, puesto que de una interpretación integral del texto constitucional se advierte que los criterios contenidos en las sentencias y dictámenes constitucionales son de obligatoria observancia por parte de los operadores jurídicos, independientemente de que sean reiterados o no. (Aguirre, 2019, p.187)

Es así que el precedente en Ecuador se distingue de la tradición del civil law, al aplicar ciertas técnicas del precedente propias de la doctrina del precedente usado en los países provenientes del common law. “Se advierte inclusive la incorporación positiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de las técnicas propias de interpretación y aplicación del precedente en las familias de origen en el common law, como son el distinguish y el overruling.” (Aguirre, 2019, pág.187) Para la autora, las decisiones de la Corte Constitucional llevan implícitamente el principio stare decisis, por lo cual en materia constitucional se exige a los jueces que obligatoriamente se acojan a las decisiones que han sido tomadas anteriormente por jueces homólogos o superiores al encontrarse con un caso análogo.

Otros de los autores ecuatorianos que han aportado al desarrollo conceptual del precedente constitucional ecuatoriano es Vladimir Bazante Pita (2015), mismo que en su obra “El precedente Constitucional” realiza importantes diferenciaciones entre el precedente y la jurisprudencia, el principio del stare decisis y el precedente en el common law; además se establecen cuestiones importantes respecto a la potestad de la Corte Constitucional para emitir precedente obligatorio. Por su parte, Andrea Molina Molina (2018), en su trabajo titulado “El precedente constitucional en la corte constitucional ecuatoriana” nos brinda un acercamiento muy acertado sobre la doctrina del precedente y su desarrollo en el common

law y el civil law; realizando a su vez una distinción entre el precedente constitucional y el precedente judicial. También se puede resaltar a la “Guía de jurisprudencia constitucional. El precedente judicial” de María Eugenia Díaz Coral y Daniel Eduardo Gallegos Herrera (2022), donde se realiza una recopilación y análisis de ciertas sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se puede evidenciar la naturaleza del precedente constitucional ecuatoriano, los tipos de precedentes judiciales y la posibilidad de modificar los precedentes, entre otras cuestiones relevantes.

1.2 Concepto precedente.

Al hablar sobre el precedente se desprende una duda sobre su definición, para resolver esta duda podemos recurrir al Diccionario de la Real Academia Española, donde encontramos que la palabra “precedente” es utilizada como adjetivo “que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos; o a su vez como: aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta.” (RAE, 2022). Es esta última definición la que cobra importancia para el análisis del presente trabajo debido a que tiene relación con el rol que cumple el juez a la hora de emitir su decisión dentro de un proceso, misma que debe guardar concordancia con una resolución emitida anterior a esta, siempre y cuando el caso actual sea igual al caso anterior resuelto. (Molina, 2018)

En pocas palabras podríamos decir que existe un precedente cuando una decisión de una autoridad sirve de fundamento para un nuevo pronunciamiento, siempre que se trate de la misma materia y sean casos similares. Se debe tener en cuenta que pueden existir múltiples decisiones, pero siempre debe mantenerse el mismo fundamento, el cual dio origen al derecho relacionado con el tema relevante. (Bernal Pulido, 2008).

El precedente provee una regla susceptible de ser universalizada, que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. (Taruffo, 2007, p. 88)

Autores como Bazante (2015) definen al precedente como:

La construcción de la vinculatoriedad de una decisión basada en las motivaciones que se expresen en la jurisprudencia (sentencia o sentencias). De allí que, encontrar las razones por las que se pueden comparar un caso anterior a uno por decidir puede generar diversas complicaciones, como, encontrar las razones para la decisión y diferenciarlas de las que solo sirvieron para complementarla. (p.18)

Pudiéndose apreciar que Bazante destaca la vinculatoriedad del precedente hacia futuros casos análogos y la importancia de encontrar las razones que fueron utilizadas en la decisión, debido a que solo estas son las que conforman al precedente.

1.3 Jurisprudencia y precedente.

Para entender mejor al precedente, se debe empezar realizando una diferenciación entre el precedente y la jurisprudencia, podemos partir indicando que tanto el precedente como la jurisprudencia nacen a partir de la actividad de los jueces al momento de resolver conflictos que llegan a su conocimiento.

Por un lado, tenemos a la jurisprudencia, que se encuentra inmediatamente condicionada por las leyes, y también las leyes lo están, a su vez, por la jurisprudencia, ya que ésta es la que determina su alcance y contenido. (Nieto García, 2007) Los orígenes de la jurisprudencia se remontan al Derecho Romano, donde era utilizada para la resolución de conflictos en base a normas preestablecidas por parte de expertos encargados de ayudar en la práctica jurídica. (Vidal, 2010)

Como una primera diferenciación entre jurisprudencia y precedente, se puede decir que la sentencia es el género, abarcando varios contenidos de acuerdo a las competencias de la Corte, y el precedente es la parte donde se establece el pensamiento judicial construido por medio de la argumentación del juez. (Ávila, 2013)

La jurisprudencia es la encargada de establecer la doctrina que desarrolla el tribunal en los distintos ámbitos del derecho, esto es, cada caso en concreto que resuelve la autoridad, en el que se evidencian diversos temas. (...) es un criterio auxiliar, en el sentido que, cuando las disposiciones de la Constitución y de las demás fuentes formales del derecho no tienen un sentido unívoco, que sea capaz de eliminar toda indeterminación, la jurisprudencia auxilia al entendimiento pleno del sentido de dichas fuentes formales, pues en ella se encuentran las normas adscritas que expresan su significado en sentido prescriptivo. El auxilio o la contribución de la jurisprudencia al proceso interpretativo es entonces claro e indeclinable: coadyuva al entendimiento pleno del sentido jurídico, el contenido y el alcance de las disposiciones que conforman el universo de las fuentes del derecho. (Bernal, 2003, como se citó en Molina, 2018)

Mientras que la jurisprudencia es la encargada de dar sentido a normas oscuras o vacíos legales. El precedente establece principios y reglas para la fundamentación de decisiones con una misma temática; se diferencian debido a que la jurisprudencia tiene un carácter fluctuante dependiendo a los cambios del entorno social donde se desarrolla, por otro lado,

el precedente se conforma en un solo pronunciamiento, mismo que sirve como base para resolver casos futuros. (Poveda, 2010). Pero tanto la jurisprudencia y el precedente tienen un elemento común en su estructura, debido a que ambos se encuentran compuestos por *ratio decidendi* y *obiter dictum* (Bazante, 2015), que quieren decir la “razón de la decisión” y los “dichos al pasar”.

La jurisprudencia se puede constituir en una colección de decisiones por parte de un tribunal o conjunto de tribunales, mientras que en el precedente se especifica más el método por el cual un caso decidido resuelto influye en otro caso análogo, pero aun no resuelto. (Obando, 2011). Otro elemento que diferencia entre la jurisprudencia y precedente, es la observancia por parte de los jueces, la jurisprudencia al ser utilizada como fuente de auxiliar del derecho, es meramente indicativa y los jueces la utilizan solo como referente conceptual común e indicativo y no bajo reglas de la analogía, caso contrario ocurre con el precedente donde se exige que subreglas de casos anteriores y nuevos se conecten a través de la analogía fáctica. (López, 2006)

A su vez, Taruffo (2007) al diferenciar al precedente de la jurisprudencia establece que:

Quando se habla del precedente se hace generalmente referencia a una decisión relativa a un caso particular, mientras que cuando se habla de la jurisprudencia se hace, generalmente, referencia a una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones relativas a varios y diversos casos concretos (p.87)

Para Bazante (2015), la jurisprudencia y el precedente tienen un elemento en común y se trata de la vinculación que surten, así expresa que:

El elemento vinculante en realidad es común tanto para el precedente como para la jurisprudencia. Sabemos que toda sentencia es vinculante, pero, con la construcción del precedente sabemos cuál o cuáles son las razones que condujeron a determinada decisión. Si la jurisprudencia es lo general, el precedente es lo específico, la primera contiene a la segunda. (Bazante, 2015, p.18)

1.4 Teorías del Precedente.

1.4.1 Teoría del precedente en el civil law.

Dentro de los sistemas provenientes de la tradición romano germánico, la jurisprudencia ha tenido un rol secundario, siendo la ley la principal fuente de derecho. Realizando un repaso histórico para observar el valor de la jurisprudencia en los ordenamientos jurídicos provenientes del civil law, tenemos que primeramente remontarnos a la antigua Roma en palabras de Aguirre (2019) “el derecho romano nace muy alejado de la idea de jurisprudencia,

y se va acercando a ella por dos caminos: el primero referente a la obra de los grandes jurisconsultos romanos, y el segundo relativo al valor de autoridad que se le otorga a las codificaciones tardo imperiales” (p.6). es decir, que, aunque en un principio la jurisprudencia no tenía valor alguno, con el paso del tiempo y la práctica, la idea de jurisprudencia comienza a ser aceptada.

En un inicio, la Roma monárquica, se describe como una etapa ponderantemente religiosa donde las instituciones jurídicas no tuvieron mayor desarrollo pero es desde la fundación de la Republica que los jurisconsultos romanos adquieren un rol fundamental en su labor de emitir sus criterios jurídicos, cabe resaltar que dichos criterios en sus inicios solo contaban con fuerza persuasiva debido a la relevancia del análisis que realizaban y a la respetabilidad de los jurisconsultos, pero con el paso del tiempo, durante el Imperio Romano, estos criterios incluso llegaron a ser considerados como obligatorios.

Para entender mejor las facultades y competencias de estos llamados jurisconsultos, las podemos clasificar de la siguiente manera:

- a. Respondere = el prudens interpreta el ius y emite opiniones y dictámenes generalmente a propósito de un juicio y a solicitud de magistrados, jueces y particulares.
- b. Cavere = cuando asiste y aconseja a los particulares en la redacción de cláusulas... explicándoles la importancia y alcances de los tecnicismos jurídicos, actividad ésta, más propia de los notarios (tabelliones).
- c. Agere = cuando asesora a los litigantes y a sus defensores (oratores, advocati), siendo estos últimos los que en la práctica abogan por las partes en juicio.
- d. Scribere = consistía en elaborar y publicar literatura jurídica a través de responsa (respuesta a consultas), quaestiones (sobre casos reales o imaginarios con fines didácticos), digesta (colecciones ordenadas con comentarios y casos prácticos), comentarios ad Sabinum (acerca del ius civile) y ad Edictum (acerca del ius honorarium), así como monografías relativas a materias específicas del Derecho privado. (Lara Salas, 2015, p.21)

Es a partir de la creación del “Consilium Principis”, que fue un colegio de jurisconsultos que tenían como finalidad asesorar al emperador, encontramos que a pesar de ser considerados sus criterios como persuasivos, pesaban en los jueces al momento de emitir sus decisiones debido a que provenían de personas con influencia sobre el emperador, pudiendo llegarse a pensar que estos criterios eran obligatorios. Para Bernal de Bugueda (1974): “las respuestas

de los jurisconsultos autorizados debieron tener fuerza de ley, además de intervenir estos directamente en el proceso en el proceso legislativo como miembros del concilio". (p.95)

Como mencionamos al inicio del presente apartado, el otro punto que debemos tratar es el valor de las codificaciones romanas, para esto nos referiremos a la más grande obra de Justiniano, el "Corpus Iuris Civilis" que fue desarrollado por el jurista Triboniano, este código se encontraba compuesto por tres partes que son: "Instituciones", "Digesto" y "Codex". Es precisamente en el Digesto que se realizó una recopilación de jurisprudencia de los jurisconsultos más importantes de la época como Gayo, Ulpiano, Paulo, entre otros. Pudiendo llegarse a considerar en este punto que la jurisprudencia se considera como fuente de derecho.

De este modo podemos verificar que el derecho romano a pesar de tener su punto de partida alejado de la idea de jurisprudencia, con el paso de los años va aceptando a la jurisprudencia como fuente de derecho, esto mediante la aceptación de los criterios de los jurisconsultos y su posterior codificación.

Siguiendo este proceso histórico, en Francia, la Revolución Francesa tuvo una gran repercusión en sus instituciones jurídicas. Dicha revolución desembocó en la expedición del Código de Napoleón de 1804, que recoge postulados del Corpus Iuris Civilis, es decir, los criterios de los antiguos jurisconsultos romanos. Para entender mejor el panorama francés, debemos remontarnos a la época anterior a la revolución de 1789, debido a que en esta época, existió un repudio generalizado a la creación judicial del derecho.

En el llamado "ancien régime", los encargados de administrar justicia eran los parlamentarios provinciales, estos adoptaban resoluciones por medio de las cuales establecían que pensamiento de derecho iban a seguir en sus decisiones posteriores o que principios de derecho eran aplicables. Es decir, podemos evidenciar que la jurisprudencia era fuente de derecho, pero las decisiones tomadas por estos tribunales eran arbitrarias porque no justificaban su poder para desconocer tanto leyes como decretos, respondiendo sus decisiones en varias ocasiones a mantener el statu quo para el beneficio de su clase, lo que generó el repudio de la sociedad francesa que se vio reflejado en el nuevo orden jurídico posterior a la revolución.

Después de la revolución, lo que se buscaba era asegurar la vigencia del Estado formalista, así que se instauró en el Código Napoleónico al Tribunal de Casación, al cual no se le da la facultad de interpretar la ley, dejándosele esta competencia únicamente al poder legislativo

En palabras de Aguirre (2019):

El valor que se le da a la jurisprudencia luego del proceso revolucionario es nulo, como consecuencia del desprecio al ejercicio arbitrario de los parlamentos; sin embargo, el método subsuntivo por el cual la premisa mayor será encontrada en las reglas claras, completas y coherentes no resulta suficiente, puesto que la realidad rebasa a la normativa impuesta en el derecho positivo. (p.40)

Partiendo de este problema sobre si la ley es completa y coherente, es que los llamados “inquietos franceses” encuentran que la ley efectivamente tiene vacíos y que tampoco puede abarcar todos los problemas que se presentan en la realidad, misma que es cambiante. Es debido a estos problemas que encuentran en los criterios jurisprudenciales el mecanismo ideal para la actualización de las leyes, convirtiéndose la jurisprudencia en fuente auxiliar del derecho.

En el año de 1837, el antiguo Tribunal de Casación se convierte en la Corte de Casación, donde adquiere nuevas competencias, como la de unificar la jurisprudencia de los tribunales franceses y al ser un órgano superior debía también verificar que las decisiones de los jueces inferiores se encuentren conforme a ley. Sin embargo, dicha Corte era carente de la potestad de conocer los casos particulares que dieron origen al recurso planteado, es decir, no podían conocer las particularidades de los casos que fueron casados previamente. Pudiendo concluirse que en Francia, la jurisprudencia jugó un rol auxiliar, en medida que solo ilustraba las insuficiencias de la ley, pero sin tener carácter de obligatorio cumplimiento.

Desembocando este recorrido en España, país que tiene influencia del derecho romano y la revolución francesa, pero con particularidades propias con respecto a la jurisprudencia. Para analizar dichas peculiaridades, debemos remitirnos a su sistema de casación para entender el valor que se le ha dado a la jurisprudencia. A pesar de tener influencia del modelo francés, la casación española si puede resolver la cuestión de fondo del caso, cosa que no podía realizar la Corte de Casación francesa. También encontramos que el ordenamiento jurídico español establece la posibilidad de presentar un recurso de casación ante una posible infracción de las normas o de la jurisprudencia, demostrando el gran valor de la jurisprudencia dentro de este sistema, debido a que adquiere la categoría de fuente de derecho.

El caso del ordenamiento español se aleja de la casación original francesa al incorporar el modelo con algunas variantes. Se crea un Tribunal Supremo con la finalidad de asegurar la interpretación exegética de la ley, pero también para afianzar los criterios que se han ido incorporando en las sentencias por medio de la doctrina legal. De lo cual se concluye que es el propio legislador el que advierte que la ley puede ser incompleta, incoherente, de ahí que reconocen positivamente como uno de

los requisitos de procedencia de la casación, el supuesto que “doctrina legal” no haya sido observada. Así, se verifica que la jurisprudencia tiene valor de fuente de derecho, porque es la ley la que le reconoce este valor. (Aguirre, 2019, p.40)

En la justicia ordinaria española se puede establecer que la jurisprudencia se considerada como fuente de derecho siempre y cuando ciertas características; primeramente, tenemos que un mismo punto de derecho debe ser reiterado en distintas ocasiones; segundo, que deben provenir del máximo órgano de administración de justicia. Estas características denotan una formalización de la jurisprudencia para que pueda establecerse como vinculante.

Con respecto a la justicia constitucional, al establecerse al Tribunal Constitucional español, se le confiere la facultad de emitir sentencias interpretativas o manipulativas, facultad que es conferida por mismo Poder Legislativo, convirtiéndose las sentencias del Tribunal Constitucional en fuente de derecho, erga omnes cuando se resuelve sobre acciones de control constitucional e inter partes cuando se resuelven conflictos de constitucionalidad. (Aguirre, 2019). Teniendo esto en cuenta, se puede concluir que los razonamientos que se encuentran en las sentencias del Tribunal Constitucional se constituyen en jurisprudencia obligatoria dependiendo de la competencia que conozca el Tribunal.

Actualmente, con el paso de los años y el advenimiento de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, implicó un gran impacto en los países provenientes civil law, es así que:

En el civil law la autoridad de la ley fue superior a la de las decisiones judiciales, de tal forma que el precedente constituye fuente de Derecho; se imaginaba que con una legislación clara y completa el juez simplemente debería aplicar la ley para solucionar los litigios, incluso en algunos casos el juez al no poder identificar la norma aplicable al caso debía acudir al legislador; sin embargo en virtud del impacto del constitucionalismo, se dio al juez un poder similar al del juez del common law. (Molina, 2018, p.32)

Para concluir, se puede expresar que, en la tradición del derecho romano germánica, la jurisprudencia ha jugado un papel auxiliar, persuasivo para el juez, pero no de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, a lo largo de la historia se puede observar como los ordenamientos jurídicos le han ido dando más valor a la jurisprudencia debido a que es un mecanismo idóneo para actualizar la ley porque se entiende que la ley no es perfecta. Es así que los sistemas jurídicos contemporáneos han mutado y han tomado elementos propios de otras familias del derecho.

1.4.2 Teoría del precedente en el common law.

El sistema del common law nació durante el siglo XVII en Inglaterra y se propagó en el mundo con las conquistas coloniales inglesas. En este sistema prevalece la producción del derecho de origen judicial y prima la regla de stare decisis por la cual un juez, al decidir el caso, está vinculado por los precedentes judiciales, es decir a sentencias dictadas por otros jueces al decidir casos análogos.

El common law es un derecho construido por los jueces, un derecho judicial (judge made-law), con base en decisiones establecidas en cientos de años de casos. Conforme estas decisiones se fueron acumulando, gradualmente fueron condensándose en principios del derecho (principles of law). A su vez este sistema se basa en un principio fundamental que puede enunciarse de la siguiente manera: los casos análogos deben decidirse de manera similar. (Londoño, 2007, p.58)

Rupert Cross (1991), considerado el mayor pensador del precedente del derecho inglés, al hablar sobre el llamado case law que es un símil para referirse al common law, expresa que:

Así, en un sistema jurídico basado en un Derecho de origen jurisprudencial o case law, el juez que resuelve un caso posterior forzosamente debe tener en cuenta los casos anteriores, ya que los mismos no se consideran simples materiales auxiliares que el juez puede tener en consideración al dictar la sentencia, como sí ocurre en otros sistemas jurídicos.” (p.24)

Debemos resaltar que en el precedente de tradición anglosajona nos encontramos que es el futuro juez quien, al interpretar la sentencia anterior, crea a su vez el precedente al acogerse a la razón de la decisión de la sentencia del juez anterior, tal como explica Taruffo (2007) “es por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, “crea” el precedente.” (p.88)

Son por estas particularidades que podemos observar que la jurisprudencia en los sistemas provenientes del common law adquiere una gran importancia, diferente a lo que sucede en países provenientes del civil law.

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 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. (Avila, 2013, p.21)

Con respecto a la producción del derecho en el common law se afirma que:

El common law o derecho anglosajón, es creación básicamente del quehacer judicial de las Cortes, a través de sus sentencias que resuelven reiteradamente una causa en el mismo sentido y, que vincula a los jueces en casos futuros idénticos (stare decisis), llegando incluso a entenderse como un precedente judicial con efectos normativos (erga omnes) a partir de casos particulares (Landa, 2010, como se citó en Molina, 2018)

Al hablarse sobre una de las principales instituciones del derecho anglosajón y característica primordial del precedente como lo es el stare decisis, se expresa que:

Stare decisis es el nombre abreviado de la doctrina que constituye la esencia del sistema jurídico imperante en los países anglosajones. Este sistema, como es sabido, se llama common law. El nombre completo de la doctrina es stare decisis et quia non movere, que significa, en traducción flexible, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto”. La idea general que subyace a la doctrina es la del respeto por las decisiones precedentes, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. (Legarre, 2005, pp.1-2)

Otros autores con respecto al stare decisis también mencionan:

El respeto al precedente, probablemente constituye la característica principal y la razón de ser del derecho anglosajón. El denominado stare decisis (atenerse a lo decidido), consiste en el respeto que los tribunales de justicia deben observar frente a sus propias decisiones y las de los tribunales que están situados por encima en la jerarquía del poder judicial, es decir, el precedente actúa de forma horizontal en el primer caso, y de forma vertical en el segundo. (Morales, 2020, p.34)

Entre las características principales del common law, tenemos a la que Aguirre (2019) denomina como: “La posibilidad de mejorarlo mediante la intervención de los jueces, la estructura del common law es en gran parte el espíritu de un crecimiento gradual focalizado en los jueces, dado que la necesidad de resolver litigios concretos va confirmando el desarrollo gradual, basado en la experiencia del derecho.” (p.86). Es debido a que existe una cierta derrotabilidad de las normas, que el derecho puede ser modificado por ciertas

transformaciones sociales mediante los jueces, buscando ajustar el derecho a las necesidades y problemas actuales de la sociedad.

Para el mejor estudio del precedente, analizaremos la evolución y desarrollo de los sistemas jurídicos que provienen del common law, en específico de Inglaterra y Estados Unidos, debido a la importancia que han tenido estos en la evolución de la doctrina de precedente desde su inicio en las primeras cortes inglesas y la posterior exportación de su sistema y criterios hacia las cortes coloniales de América del Norte donde adquirieron características propias y distintas al desarrollo inglés.

1.4.2.1 El precedente en Inglaterra.

El precedente en Inglaterra ya era utilizado por los habitantes celtas, aun antes de la invasión normanda. Pero no es sino hasta la llegada de Guillermo II de Normandía o como fue conocido “Guillermo el Conquistador” en el año 1066, que se inició con la sistematización de la costumbre usada por los habitantes de la isla. La instauración de la tradición continental feudal debido a la conquista normanda permitió la centralización del poder de la corona, incluyendo a la administración de la justicia.

Como consecuencia de la conquista normanda de Inglaterra, se inició el proceso de formación del sistema judicial anglosajón, y con ello se instauran instituciones que en la actualidad siguen en funcionamiento, como lo son los Tribunales de Westminster, conformado por el Tribunal del Tesoro, Tribunal del Banco del rey y el Tribunal de las Cusas Comunes. Esta centralización de la administración de justicia a su vez permitió que la jurisprudencia gane espacio en el desarrollo del derecho, ya que las decisiones adoptadas por dichos tribunales gozaban de la aprobación real, es decir, eran decisiones adoptadas por el propio rey.

El reconocimiento formal de la doctrina del precedente en Inglaterra se inicia en la segunda mitad del siglo XIX, dentro de la reforma del sistema judicial de ese país que se extendió hasta el siglo XX. En palabras de Berman (1994):

Solo a partir del final del siglo XIX la doctrina declarativa del precedente, como fuera llamada, fue reemplazada –tanto en Inglaterra como en EEUU.– por la doctrina estricta, llamada [stare decisis], por la cual la decisión de un solo caso cuyos hechos están “en completa armonía” con los hechos de un caso posterior es vinculante para este último. (p.1723)

Es así que, mediante dicha reforma, se genera una simplificación del sistema judicial inglés, ahora conformado por cuatro niveles de jerarquía judicial: 1. La Corte Suprema de la Judicatura, 2. La Corte de Apelaciones, 3. La Corte Superior de Justicia, y 4. Las Cortes de

la Corona, Las Cortes del Condado, Las Cortes de Magistrados y los Tribunales. Es en este sentido que las decisiones adoptadas por la Corte Suprema constituyen precedentes obligatorios para toda la judicatura, mientras que las decisiones de las demás judicaturas solo son obligatorias para las cortes inferiores. Entonces, los únicos precedentes con plenos efectos, verticales y horizontales, son aquellos que provienen de la Corte Suprema de la Judicatura, vinculando a la propia judicatura y a las instancias inferiores. (Aguirre, 2019)

De esa manera, el papel de los jueces dentro del sistema jurídico inglés evolucionó desde la doctrina declarativa del precedente, donde los jueces solo enunciaban el derecho existente, hacia una doctrina mucho más estricta del *stare decisis*, por la cual los tribunales se ven obligados a seguir las decisiones judiciales adoptadas con anterioridad sobre hechos que guarden completa armonía entre ellos.

1.4.2.2 Perspectivas de los principales representantes del precedente en el common law inglés.

Entre los principales representantes de la teoría del precedente en el common law, tenemos a Sir Edward Coke. Desde el punto de vista de este autor, las leyes del Rey no solo incluyen las leyes del monarca reinante, sino también las de sus predecesores quienes han creado durante siglos, un sistema legal que ha perdurado en el tiempo. Es decir, Coke, concibe el derecho inglés como la evolución de las tradiciones nacionales de Inglaterra, y no únicamente como las decisiones adoptadas por el regente.

Para Coke, y de hecho para los ingleses en general, las “leyes del Rey” incluye las leyes no solo del monarca reinante pero también de sus predecesores: los Tudor, Los Plantagenet y los anteriores normandos, e inclusive los soberanos anglo-sajones, quienes mediante sus consejos y sus parlamentos y sus cortes han creado, durante siglos, un sistema legal que ha perdurado en el tiempo y ha llevado consigo los significados recordados del pasado. (Berman, 1994, p.1676)

Se puede decir que para Coke, en principio, la doctrina del precedente logra evidenciar el derecho existente dentro del common law. De igual manera, el uso de precedentes y decisiones judiciales permitirían definir el derecho inglés en términos históricos, pues “logró trasladar la atención jurisprudencial de la ley en general al derecho inglés, y en particular al common law inglés. (Aguirre, 2019, p.49)

Por otro lado tenemos a Sir Matthew Hale, quien señaló que el common law debe ser entendido como un proceso de adaptación, es decir, como un mecanismo de auto mejoramiento del derecho inglés, pero para este autor debía mantenerse siempre un marco

constitucional constante. Hizo también énfasis en la capacidad de evolucionar de las normas, señalando que las leyes debían cambiar con el tiempo o ellas perderán su utilidad.

Sir. Matthew Hale consideraba a las decisiones judiciales como una herramienta indispensable para conocer y practicar el derecho del common law, sin embargo, concebía que el precedente judicial no puede ser considerado como derecho en sí mismo, debido a que solo el Rey y el Parlamento pueden crear una ley propiamente dicha. Entendiéndose al precedente dentro de la teoría declarativa, más no implicaba la obligación de las cortes a regirse por las decisiones de antecesores, contradiciendo la obligatoriedad del stare decisis. (Aguirre, 2019)

En sintonía con el autor anterior, Sir William Blackstone consideraba al precedente como evidencia de la costumbre existente dentro del common law, esto implicaba que las decisiones judiciales no creaban las normas, simplemente las declaraban. Ben-Yishai (2013) reflexionaba también que “un precedente es el ejemplo de una costumbre. Los precedentes judiciales no crean leyes; son manifestaciones contemporáneas de una siempre subyacente norma” (p.106).

Se podría decir en pocas palabras que William Blackstone reconoce la autoridad del precedente como una evidencia de una norma consuetudinaria del common law, también es cierto que, para él, la existencia de precedentes concretados en decisiones judiciales, representan la aplicación e interpretación de una norma, y por tanto los jueces no deben alejarse de dicho precedente a no ser que este sea absurdo o injustificado.

Por último tenemos a Jeremy Bentham, quien reflexionó sobre la necesidad de contar con una sistematización clara de los precedentes, lo que a su vez le llevó a argumentar que, si bien los jueces pueden crear derecho, es indispensable contar con un sistema organizado de precedentes. Bentham al ser defensor del derecho codificado, sostenía que el derecho creado por los jueces pone en riesgo su utilidad y efectividad, atacando a la llamada creación judicial, considerándola una usurpación.

1.4.3 La doctrina del precedente en EE.UU. Teoría flexible del precedente.

Se pueden distinguir dos fases en la evolución de la teoría del precedente en EE. UU. La primera fase es de carácter colonial, donde existía una importante relación entre el derecho y la jurisdicción, semejante a la práctica en Inglaterra, pero con una peculiaridad, la existencia de las Cartas Coloniales en el nuevo continente, mismas cartas que pueden ser consideradas como las primeras constituciones de la colonia en cuanto estas se consideraban vinculantes en la legislación colonial y porque regulaban las estructuras fundamentales de la colonia. Y

la segunda etapa, tras la independencia de EE. UU. en la que se cuenta con un sistema judicial unitario y jerarquizado que permitió el desarrollo jurídico distinto al de Inglaterra.

El stare decisis en los Estados Unidos guarda concordancia al desarrollo que tuvo en Inglaterra, así el canciller James Kent en el año 1863, establecía que una sentencia sería considerada como precedente al derivarse de “una decisión maduramente reflexionada sobre un punto de derecho que ha dado origen a un litigio” (Tunc & Tunc, 1975, p.248). La aplicación del stare decisis se realizó por medio de las Cartas Coloniales, impidiendo que se apliquen leyes coloniales contradictorias. Esta misma práctica fue la que sirvió como fundamento para que luego de la Revolución de 1776, se realizará un control de constitucionalidad de las leyes, con el fin de crear reglas a ser utilizadas en casos similares.

A diferencia del sistema inglés, se aportaron mayores modificaciones a la cultura del common law. La existencia de una Constitución escrita, la organización piramidal y estrictamente jerarquizada del sistema judicial sumado a la influencia doctrinal del liberalismo revolucionario francés son las características peculiares que permitieron un desarrollo distinto al tradicional de Inglaterra.

El posicionamiento de la doctrina del precedente en EE. UU., a diferencia del desarrollo más actual en Inglaterra, como prueba de la existencia del common law, permitió establecer un sistema “flexible” del precedente que, sin restar certeza y seguridad jurídica, brindó un amplio campo de maniobra a los jueces norteamericanos; además incentivó un activismo judicial característico de regímenes jurisdiccionales progresistas. (Aguirre, 2019, p.77)

Si bien es cierto que el fundamento de la independencia de EE. UU fue la aplicación de los derechos del common law a todos los habitantes de la colonia, las cortes pronto iniciaron un proceso activo para fortalecer los principios constitucionales del país. Esta flexibilidad permitió que los jueces estadounidenses puedan desarrollar su jurisprudencia dentro del marco del realismo jurídico, alejándose del formalismo característico de una doctrina estricta del precedente. Es decir, esta doctrina “flexible” del stare decisis fue el mecanismo ideal para crear un sistema judicial mucho más práctico y progresista, que responda a las necesidades que tenga una sociedad en determinado momento.

Una vez analizadas las peculiaridades del stare decisis, para entender la práctica del precedente y los efectos que surte el precedente en Estados Unidos, debemos analizar la jerarquización del sistema judicial en Estado Unidos, donde encontramos que:

En el sistema federal de justicia de los Estados Unidos se distinguen tres niveles de cortes, Cortes de Distrito (United States district courts) o “trial courts”, que son las cortes de primera instancia; subiendo un nivel encontramos las Cortes de Circuito (United States circuit courts) o “appellate courts”, las cuales constituyen la segunda instancia; y, por último, la Corte Suprema de Justicia (Supreme Court of the United States), la cual conoce de la apelación de las decisiones tomadas por las cortes de apelación. (Londoño, 2007, p.61)

Para las llamadas Cortes de Distrito, solamente serán obligatorios los precedentes que fueran emitidos por las Cortes de Circuito a las que están pertenezcan, mientras que los precedentes que emanen de la Corte Suprema serán obligatorios tanto para las Cortes de Distrito como para las Cortes de Circuito, siendo este precedente el denominado “vertical stare decisis”. También existe el “horizontal stare decisis”, el cual consiste en que las cortes de un determinado nivel, están obligadas a seguir sus propios precedentes que hayan sentado en sus decisiones. Por otra parte, tenemos que los precedentes que hayan sido establecidos por una corte del mismo nivel pero perteneciente a otra jurisdicción, estos carecen de carácter obligatorio y solo poseen “persuasive authority” o autoridad persuasiva, mientras que los precedentes emanados por cortes inferiores no tienen ningún valor (ya sea obligatorio o persuasivo) sobre las cortes superiores.

Como otro rasgo característico de este sistema, es que el derecho norteamericano se ha beneficiado extensamente de la doctrina del precedente, sobre todo en la rama del derecho constitucional. Por ejemplo, la decisión adoptada en Marbury vs. Madison de 1803, marcó el comienzo del activismo judicial, persistente hasta la actualidad. El desarrollo de esa decisión marcó un hito en el derecho jurisprudencial estadounidense al permitir el judicial review por medio de Writ of Certiorari (que consiste en un procedimiento de revisión efectuado por la Corte Suprema respecto a las resoluciones tomadas por las cortes inferiores) garantizando la supremacía de la Constitución y la imposición de la jerarquía constitucional, permitiendo a su vez el análisis de procesos judiciales provenientes de cortes inferiores.

En conclusión, se puede decir que a diferencia de la doctrina del precedente estricta desarrollada en Inglaterra, donde se sostiene que los tribunales deben seguir ciegamente los precedentes establecidos en casos anteriores, la doctrina del precedente flexible de Estados Unidos reconoce que los precedentes pueden ser cambiados o incluso superados si las circunstancias lo justifican. Esto permite que la ley evolucione y se adapte a los cambios en la sociedad. Es importante destacar que la doctrina del precedente flexible no significa que los tribunales puedan simplemente ignorar los precedentes establecidos. Los tribunales aún

deben seguir los precedentes vinculantes establecidos por tribunales superiores, a menos que haya una buena razón para no hacerlo. Sin embargo, esta doctrina permite que los tribunales tengan cierta libertad para adaptar la ley a los cambios en la sociedad.

1.4.4 Visiones del precedente en el common law: formalizada y desformalizada.

El precedente debe ser aplicado e interpretado desde dos posturas analizadas ampliamente en la iusteoría, la formalista y la desformalista. La visión formalista, aboga por una aplicación estricta del precedente; es decir, la ratio decidendi se encuentra en los argumentos centrales de la resolución del caso, que deben estar expresamente consignados en la decisión. La visión contrapuesta, la desformalizada, expone un análisis más complejo. En efecto, para encontrar el precedente o ratio decidendi de un caso, es necesario deconstruir el fallo para identificar el precedente que vinculará a los casos futuros, esto a partir de los hechos relevantes del caso, los argumentos fundantes y la decisión misma. Para autores como Goodhart (1930), para encontrar la razón fundamental de la decisión, hay que deconstruir y reconstruir el fallo, el intérprete no debe solo limitarse a la aplicación del texto de la decisión, sino su sentido integral.

1.4.5 Diferencias entre las teorías.

Para apreciar el valor que tiene la jurisprudencia en estos dos sistemas jurídicos, es necesario realizar un contraste sobre la influencia que ha tenido en la creación del derecho, tanto en el civil law como fuente auxiliar del derecho y en el common law como fuente directa del derecho. De esta manera, en los países de raigambre del civil law, la ley es la máxima fuente de derecho y esta solo puede ser expedida por el poder legislativo en comparación a los países del common law, en las que el precedente forma parte del derecho objetivo.

Desde este punto de vista, el precedente plantea cuestiones de muy diferente índole en las tradiciones jurídicas del common law y civil law. En la primera, el precedente es una de las fuentes del derecho, y los problemas que plantea son relativos a su determinación, a la comparación de casos, a las técnicas para seguir o apartarse del mismo, al tipo de vinculatoriedad en función del tribunal, etc. En los sistemas de civil law, por el contrario, la principal cuestión gira en torno al reconocimiento del precedente como fuente formal del derecho; cuestión está, que más allá de su carácter meramente especulativo, tiene importantes implicaciones teóricas y prácticas, como la cuestión de la vinculación de los jueces por determinadas decisiones judiciales y, la legitimación del poder judicial para crear derecho. (Iturralde, 2013, p.197)

En los sistemas del common law se da a la jurisprudencia mucha importancia, al punto de constituirse en fuente formal del Derecho, obligatoria erga omnes; en el civil law ha sido relegada a fuente auxiliar y la razón de este fenómeno es la atrofia histórica de la función jurisdiccional respecto a la preeminencia de la ley. (Ávila, 2013)

Otros autores como Aguirre (2019) afirma que:

Mientras que en el civil law se exige la verificación de criterios coincidentes sobre un mismo punto de derecho para que sea considerada vinculante la “doctrina jurisprudencial” o jurisprudencia, y que además el derecho positivo le reconozca como fuente de derecho de manera expresa; en los sistemas jurídicos de origen en el common law no existen tales requisitos. En efecto, en ellos tan solo se requiere que en el precedente se identifique la ratio decidendi, pues es este el derecho judicial realmente vinculante. Esta realidad no se traduce de ninguna manera en la ilusión que en los ordenamientos jurídicos de origen en el civil law solo existe creación del derecho en códigos y leyes, así como tampoco que en los ordenamientos jurídicos de origen en el common law todo el derecho es creado judicialmente; esto porque no existe una única fuente del derecho que monopoliza su creación. (p.272)

Es decir, mientras que en el civil law se exige que existan criterios coincidentes sobre un mismo punto de derecho para que se considere como jurisprudencia vinculante y que el derecho positivo le reconozca como fuente de derecho, en los sistemas de origen en el common law no existen tales requisitos.

Sin embargo, con el paso del tiempo, la jurisprudencia también ha tomado importancia en los países del civil law es por esto que se deben diferenciar las exigencias requeridas para que exista el precedente en el civil law. En la actualidad “la doctrina del precedente, surgida en el sistema jurídico del common law, tiene en la actualidad una relevancia destacada en todos los sistemas jurídicos dada la importancia de las decisiones judiciales no sólo en la vertiente que le es propia” (Iturralde, 2013, p.194)

1.5 Composición del precedente

1.5.1 Ratio Decidendi y Obiter dictum

Lo primordial en la doctrina del precedente es la consideración tanto de la ratio decidendi como del obiter dictum. Es por esto que se debe entender que, dentro de una sentencia, lo que hace el juez es exponer las razones de su decisión tomando en cuenta las pruebas aportadas, hechos que han sido probados y argumentos de los abogados; considerando únicamente de forma obligatoria, las proposiciones que fueron consideradas para la toma

de su decisión (*ratione decidendi*) de la sentencia anterior y considerando los *obiter dicta*, que solo poseen con una autoridad de persuasión. (Rupert & Harris, 2012). Hay que aclarar que no toda la sentencia conforma al precedente, sino solo la *ratio decidendi* misma que es la parte motivada de la sentencia y que posee una fuerza normativa vinculante. (Bernal Pulido, 2005).

Taruffo (2007) coincide que en la doctrina del precedente es fundamental la diferenciación entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, pero dicha distinción no es un tema sencillo de resolver en la práctica, a propósito de esto menciona que:

La doctrina del precedente distingue entre *ratio decidendi*, es decir la regla de derecho que constituye el fundamento directo de la decisión sobre los hechos específicos del caso, y *obiter dictum*, o sea todas aquellas afirmaciones y argumentaciones que se encuentran en la motivación de la sentencia pero que, no obstante su utilidad para la comprensión de la decisión y de sus motivos, no constituyen parte integrante del fundamento jurídico de la decisión. Esta distinción puede ser difícil de percibir en la práctica, pero es fundamental, en cuanto ayuda a entender cómo únicamente por medio de la referencia directa a los hechos de la causa se puede determinar cuál es la razón jurídica efectiva de la decisión, es decir, la *ratio* que solamente puede tener eficacia de precedente. Los *obiter dicta* no tienen ninguna eficacia y no pueden ser invocados como precedente en la decisión de casos sucesivos, ya que no han condicionado la decisión del caso anterior. (p.91)

La *ratio decidendi*, a grandes rasgos entendida como la razón de la decisión, forma parte de la doctrina del *stare decisis* o estar a lo decidido, que tiene su origen en Inglaterra y es definida por Blackstone (1765) como “regla establecida de someterse a los precedentes cuando puntos ya juzgados vuelvan de nuevo ante los jueces”. (p.69) Siendo de gran importancia la diferenciación de la *ratio decidendi* y del *obiter dictum* debido a que el principio del *stare decisis* es el que blindo a la *ratio decidendi*, haciendo que el siguiente juez, al momento de emitir su sentencia, tenga que obligatoriamente someterse a lo dicho anteriormente en el caso análogo.

Es necesario entender la composición del precedente, distinguiendo la *ratio decidendi*, los *obiter dictum* e incluso, de la *decisum*. (Molina, 2018). La *decisum*, se entiende como la resolución concreta del caso; la *ratio decidendi* es la formulación general del principio, regla o razón que constituye la base fundamental de la decisión; y los *obiter dictum*, no tienen poder vinculante, pero si poseen fuerza persuasiva dependiendo del prestigio y jerarquía del Tribunal que emite la sentencia, y constituyéndose en un criterio auxiliar de

interpretación. (Estrada, Cepeda, & Montealegre, 2007). El obiter dictum es entonces todo aquello que no forma parte de la ratio decidendi, que no se encuentra recubierta por la regla del stare decisis, pero cuenta con cierto nivel de persuasividad debido a que, en esta, se expresan cuestiones de derecho independientes de la ratio decidendi. (Rupert & Harris, 2012).

Para la identificación de la ratio decidendi y la obiter dicta, Bazante (2015) explica que:

Para identificar correctamente al precedente se pueden descartar aquellos argumentos que no son completamente necesarios para la toma de la decisión. Son los llamados obiter dictum, las afirmaciones hechas en la sentencia con ocasión de dar mayor relevancia a la ratio decidendi, perdiendo, a su vez, protagonismo en la sentencia, ya que no son lo central del asunto en litigio, sin que por ello dejen de ser ilustrativos, e inclusive, en determinado momento podrían ser considerados como ratio decidendi, claro está, de haber condiciones fácticas para ello, con lo que se produciría una transformación de obiter en ratio, la cual requiere, en el mismo sentido que el cambio de precedente, una argumentación muy sólida que respalde la transformación. (p.23)

1.6 Clasificación y efectos del precedente

La doctrina reconoce varios tipos de sentencias con calidad de precedentes, de las cuales se pueden destacar a las llamadas sentencias fundadoras de línea, en las que se hacen grandes recuentos de principios y reglas sobre un vacío jurisprudencial existente; las sentencias hito, donde se establecen sub-reglas con respecto a cuestiones de derecho que atañen al caso, que comúnmente generan cambios dentro de la línea jurisprudencial; y las sentencias confirmadoras que no son más que la aplicación de la ratio decidendi contenida en una sentencia anterior y aplicada al caso nuevo. (López Medina, 2006)

Al hablar sobre los efectos del precedente, primeramente, se debe analizar el grado de vinculatoriedad del mismo, siendo erga omnes, desde dos perspectivas: la primera que es abstracta debido a que convierte al precedente en una fuente de derecho formal y la segunda que es concreta y respecta a los operadores de justicia que deben respetar obligatoriamente al precedente al momento de resolver el caso. (Molina, 2018). Existe también vinculación inter pares, cuando una vez identificada la ratio decidendi, el precedente puede ser aplicado en casos similares; es inter partes cuando una corte ha fallado en un caso concreto y solo vincula a los que han intervenido en dicho proceso; puede ser también inter comunes, cuando por medio de los efectos de la sentencia, se beneficie a terceros sin haber sido parte del proceso pero que se encuentren en la misma situación que las partes que si intervinieron.

(Ávila, 2013).

Otra de las formas que se puede clasificar al precedente es por su fuerza normativa, distinguiendo al precedente persuasivo del precedente obligatorio, para esto hay que tener clara la distinción entre las fuentes directas e indirectas del derecho, siendo las fuentes directas las que conforman en sí mismas disposiciones normativas, haciéndolas una fuente de aplicación inmediata del derecho, y las fuentes indirectas, que ayudan a la comprensión de las disposiciones normativas, careciendo de autonomía propia. De lo anterior se puede colegir que el precedente es obligatorio porque forma parte del derecho vigente y se puede exigir como cualquier otra norma contenida en un ordenamiento jurídico.

En palabras de Aguirre (2019), para que el precedente sea considerado como persuasivo, implica que:

La jurisprudencia y/o el precedente sean considerados como persuasivos significa que estas formas de creación judicial del derecho tienen como finalidad informar criterios jurídicos que pueden o no ser observados por los operadores jurídicos, dado que su peso en el sistema de fuentes depende eminentemente de lo valiosa que se considere la argumentación jurídica esgrimida, así como el prestigio de la Corte que la emite. (p.143)

Cuando la doctrina hace referencia a la clasificación del precedente, mayormente se hace énfasis en la distinción del precedente con efectos horizontales y el precedente con efectos verticales.

El precedente vertical es aquel que proviene de las altas cortes, que al emitir un pronunciamiento que constituya precedente, este vinculara a los tribunales inferiores, resumiéndose en esta obligación de aplicar el precedente proveniente de su jerárquico superior. Es verdad que los tribunales están obligados a la aplicación del precedente, pero también tienen la alternativa de aplicar la disanalogía de su caso con la del caso del precedente y de esta forma distinguiéndolo, debido a la necesidad de un tratamiento diferenciado, esto gracias a la derrotabilidad de las normas que es característica del derecho judicial. Pero los tribunales inferiores no pueden modificar el precedente (aplicando el *overruling*) porque esto solo podrá ser ejercido por la corte que instituyó el precedente.

El precedente horizontal se traduce en este conjunto de razones que ha expresado la corte y vincula a las demás cortes de su misma jerarquía y así misma, planteándose el principio *stare decisis*, debido a la obligación de observar sus propios criterios a futuro.

De lo señalado hasta aquí, se deduce que los efectos horizontales del precedente dan

paso a tres alternativas al tribunal que debe decidir en el futuro: La primera, declarar y aplicar el precedente ya existente; la segunda, distinguir el caso, es decir, mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante y apartarse del precedente (distinguish); y, la tercera, si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, derogarlo o anularlo (overruling). (Aguirre, 2019, p.152)

Dándose así a los tribunales superiores un mayor nivel de maniobra al momento de dar su decisión, esto debido a que los tribunales inferiores se encuentran sujetos a las decisiones anteriores de sus superiores. Mientras que los tribunales superiores pueden hasta invalidar un precedente anterior.

Otros autores como Legarre & Rivera (2006) expresan que los precedentes horizontales, son aquellos que se fundan en decisiones tomadas por un juez o un tribunal igual nivel jerárquico, y a su vez, el cual debe ser seguido por sí mismo, en virtud de los principios de congruencia y seguridad jurídica. Y los precedentes verticales son las decisiones de los altos tribunales que al emitir pronunciamientos que constituyen precedentes vinculantes, obligan a los tribunales inferiores seguir dichos precedentes de sus superiores jerárquicos.

1.7 Overruling, Reversing, Distinguishing.

Como hemos mencionado, la importancia del precedente recae en la aplicación del principio stare decisis o estar a lo decidido, que implica el deber de obediencia de los jueces hacia aquellas resoluciones que han adquirido la calidad de precedente, sin embargo, es en la práctica que se presentan distintas situaciones que impiden cumplir con esta regla y pueden hasta obligar al juzgador a apartarse del precedente. (Molina, 2018).

Es por esto que existen distintas técnicas de aplicación del precedente, mismas que hacen que el derecho jurisprudencial sea verdaderamente una fuente dinámica y que faculte la adaptabilidad del derecho a la sociedad, entre estas técnicas podemos destacar al Overruling, reversing, distinguishing.

Primeramente, el juez para resolver el caso es necesario que destaque la conexión entre el caso que es precedente y el caso actual por resolver, cuando estos casos sean idénticos, significa que el trato debe ser el mismo, pero si existen ciertas diferencias, las semejanzas deben ser relevantes para que se aplique el mismo trato a pesar de existir diferencias, pero cuando las diferencias sean más relevantes, entonces el trato debe ser distinto; y por último cuando los casos sean distintos, el trato también debe ser distinto. (Bernal Pulido, 2005). También podría suscitarse que la regla invocada no goce de la categoría de precedente, debido a una confusión entre obiter dicta y no es ratio decidendi.

Frente a estos supuestos, se pueden utilizar distintas técnicas aplicación del precedente basadas en la analogía si lo que se busca es seguir al precedente y de la disanalogía para poder distinguirlo o apartarse del mismo, pudiéndose incluso manipular la amplitud de la ratio decidendi, mediante su ensanchamiento o su estrechamiento. (López Medina, 2006)

Para autores como Molina (2018), un precedente al ser aplicado por el juez, este debe realizar un proceso de interpretación, todo esto previo a su aplicación misma, existiendo varias técnicas de interpretación de entre las cuales podemos destacar a: la distinción respecto de los hechos o también llamada distinguishing, donde el juez deberá sustentar motivadamente el razón de su criterio y porque los hechos de su caso no son compatibles a los hechos del caso donde se emitió el precedente, resultando así en la no aplicación de dicho precedente; la interpretación extensiva, asimilación o harmonizing, se da cuando el juez concluye que la ratio decidendi tiene un significado más amplio que la que los hechos le otorgan; en la interpretación restrictiva o restrictive distinguishing, el juez resuelve que la regla de derecho establecida como precedente resulta ser demasiado amplia, así que procede a restringir su interpretación; y por último la interpretación analógica, donde ante una laguna de derecho, y por medio de la analogía se usa la regla del precedente anterior para resolver el nuevo caso.

Como se expresó anteriormente, entre las principales técnicas de aplicación del precedente tenemos al distinguishing, reversing y overruling a las que conceptualizaremos a continuación.

La primera técnica es conocida como distinguishing que como ya se ha mencionado, significa distinguir y consiste en analizar los hechos del caso anterior y determinar si verdaderamente coinciden con los hechos del proceso sobre el cual se debe dictar la nueva sentencia. Si el juez considera que existen motivos suficientes para dictar una resolución distinta, deberá identificar concretamente los hechos que son diferentes en el proceso actual, sin importar de las analogías que puedan existir. Este es un mecanismo útil que permite a los jueces formular cambios en el derecho, adaptándolo a las nuevas circunstancias y así evitando que la jurisprudencia se estanque en el pasado y no evolucione conforme a la realidad. También implica a su vez que se encuentren dictando sentencias distintas ante situaciones muy similares, lo que aumenta la complejidad del sistema y contribuye a que las decisiones judiciales no siempre sean completamente previsibles. (Sancho, 2015).

Para Bazante (2015), el distinguishing se basa en:

La diferencia existente entre la causa decidida anteriormente y la causa por resolver,

en este caso el precedente también será inaplicable, pero no por los cambios conceptuales y sociales, sino «porque existe una diferencia importante entre las dos causas, y que esta justifica que se resuelva la causa de manera distinta a la anterior», es decir, el juez deberá apartarse de la ratio decidendi del primer caso y, fundamentar una nueva ratio para el segundo, o introducir una excepción a la ratio del primero, conocido como el distinguish. (p.42)

El segundo de los mecanismos mencionados que permiten que el derecho anglosajón evolucione (caracterizado por su dinámica), es el llamado reversing. Debemos tener claro que la doctrina del precedente no sería posible si los tribunales no se encontraran organizados jerárquicamente. Es de esperarse que el número de resoluciones sea tan elevado que sería demasiado difícil poder localizar el precedente adecuado para el caso en concreto. Es debido a este motivo que los órganos judiciales están obligados a observar la jurisprudencia dictada por los tribunales de rango jerárquico superior (debido al efecto vertical del precedente) pero no están obligados a observar la de los órganos inferiores, pudiendo dejar sin efectos a la sentencia del tribunal inferior, esto si es que en el caso de que alguna de las partes decida interponer un recurso de apelación contra la resolución judicial, el tribunal de apelación podrá dejar sin efecto la sentencia del tribunal inferior. Esta nueva sentencia será aplicable para el proceso concreto y sentara un nuevo precedente que deberá observarse en las resoluciones que se dicten a partir de ese momento. (Sancho, 2015)

De lo anterior podemos concluir, que el reversing solo podrá ser aplicado por una corte jerárquicamente superior con respecto a un precedente emitido por una corte inferior. Esto también es afirmado por Aguirre (2019) al expresar que “una corte superior puede alejarse del precedente sentado por la corte inferior cuando se trata de un mismo caso, lo que es conocido como reversing precedent”. (p.70)

Como ultima técnica a analizarse tenemos al overruling, asemejada al reversing, por el hecho se dejarse sin efecto la sentencia de un tribunal inferior donde se lo hacia dentro de un mismo proceso por medio de la apelación. En cambio, lo que sucede en el overruling, es que se modifica el precedente en proceso posterior. (Sancho, 2015). Pudiendo de esta forma las altas cortes al momento de resolver un conflicto actual, alejarse de un precedente que ha sido constituido por tribunales inferiores.

La técnica del overruling radica en crear un nuevo precedente para el caso que se debe resolver; existiendo un distanciamiento del caso precedente con el caso actual. Esto gracias a la posibilidad de los jueces para actualizar sus criterios y corregir errores, creando un

nuevo precedente. Para que proceda un overruling, es decir, la creación de una nueva regla, es necesaria una fuerte carga argumentativa explicando que dicho cambio no arbitrario, sino más bien responde a una necesidad de realizar justicia. (Kevin Fandl, 2012)

Como hemos mencionado, es necesario que se mantenga el precedente en el tiempo y por esto es de gran importancia del overruling, Bazante (2015) expresa que:

Tomando en cuenta que los cambios sociales y conceptuales se producen muy lentamente, llegará una época en la que la ratio decidendi, resulte inoperante, por lo que en este supuesto operará el llamado overruling, es decir, que bajo un patrón fáctico determinado, la nueva decisión se apartará por completo del precedente. (p.42)

Capítulo II. El Precedente en el Estado Constitucional de Derechos.

2.1 Impacto del constitucionalismo en la creación judicial del derecho.

Para entender el desarrollo del precedente en los países de raigambre del civil law, como lo es caso de Ecuador, donde históricamente se han alejado de dicha figura jurídica; es importante abordar el impacto que ha tenido la llegada del constitucionalismo a este tipo de sistemas legales. Como se analizó en el capítulo anterior, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos provenientes del civil law implicó grandes cambios, de entre los cuales podemos destacar el cambio en el sistema de las fuentes de derecho, la introducción de principios directamente aplicables a conflictos jurídicos y el nuevo rol de los jueces al tener que lidiar no solo con la ley, sino que también con la Constitución. En palabras de Aguirre (2019) “el tránsito del Estado legal al Estado constitucional conlleva una serie de replanteamientos en los sistemas jurídicos, así como en la iusteoría, entre ellos el de la ley como fuente hegemónica y el valor de otras fuentes del derecho, entre ellas la jurisprudencia.” (p.101) Es entonces que a partir del constitucionalismo, se han venido efectuando cambios fundamentales en el derecho público y en los textos constitucionales, en donde los derechos que en consagran en estos últimos, se convierten en normas de directa aplicación a los conflictos jurídicos, cambiando incluso al modelo tradicional de argumentación basado en la subsunción aplicado para las normas regla, existiendo ahora modelos como la ponderación que es aplicada para los principios, la proporcionalidad y el test de razonabilidad.

El cambio del modelo legocéntrista significó también la instauración de nociones básicas que modificaron la concepción del constitucionalismo clásico, entre las cuales podemos destacar al establecimiento de la supremacía de la constitución y en consecuencia la transformación del sistema de fuentes, convirtiéndose la Constitución en la “fuente de fuentes”, entendiéndose como la fuente matriz de la cual se desprende todo el ordenamiento jurídico. Para efectos de este trabajo hay que destacar que uno de los cambios más importantes de la transición al Estado constitucional es que se obliga a los jueces, sin importar su nivel a lidiar directamente con el texto constitucional, generando gran importancia en la interpretación y argumentación constitucional, dejando de lado a las antiguas habilidades de interpretación de la ley pues no ofrecen todos los elementos necesarios para la interpretación del texto constitucional. Es por esta complejización de la labor de interpretación y aplicación del derecho, que el juez pasa a adquirir un rol más activo e importante que el que tenía en el Estado legalista, llegando incluso a generar derecho a través de sus precedentes.

Es innegable que debido a la transición al Estado Constitucional, el juez constitucional pasa de ser simplemente un aplicador mecánico de la ley a través del uso del silogismo de subsunción, a convertirse en el principal protector de los derechos y el creador cotidiano del derecho. Además, este es el llamado a proteger los derechos fundamentales incluso cuando no estén específicamente reconocidos por la ley ordinaria.

El nuevo Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho exige que el Juez asuma nuevos desafíos acordes con el desarrollo del Derecho y del Estado. La función que debe cumplir hoy está lejos del rol estático y mecánico que significó y se le atribuyó en los primordios del Estado de Derecho. Antes de aplicador ciego de la ley, hoy el juez desempeña un papel mucho más activo y fundamental: es el principal protector de los derechos fundamentales y, a través de la interpretación de la norma desde la Constitución, es creador del Derecho. (El Juez en el Estado Constitucional, 2012)

Este nuevo rol del juez, está muy alejado del que Montesquieu le asignó en su libro “El espíritu de las leyes”, en el cual, para su teoría de la separación de poderes, cataloga al juez como “boca de la ley”, teniendo el poder judicial un rol secundario que se limita a la aplicación de la ley, convirtiéndose ahora en un creador de derecho. En palabras de Diego López Medina (2006) explica que:

Uno de los puntos fundamentales de este cambio consiste en la reestructuración de las fuentes del derecho constitucional con impacto ulterior en sus prácticas argumentativas y en su incidencia política. El cambio, en breve, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la Constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como un creador consciente de subreglas constitucionales y no simplemente como un aplicador pasivo de los textos. (p.11)

En la actualidad nos encontramos ante un juez que posee la calidad de garantista de derechos y tiene que asumir un rol diferente al que desarrollaba derecho clásico, debido a que, en sus fallos, establecerá precedentes que vinculan la aplicación de las normas jurídicas de una forma u otra. En el Estado Constitucional de Derechos, la compleja labor del Juez, comienza realizando una tarea de interpretación e integración de las normas constitucionales para después verse obligado a motivar sus decisiones mediante la técnica de la argumentación jurídica. (Lema, 2012, pp.49-50)

Es decir, el Juez tiene que generar una especie de confrontación material entre la ley y los principios constitucionales, para ubicar o encontrar una armonía que permita

solucionar el problema relativo a interpretación y aplicación del derecho, porque el Juez al poner en relación la Constitución con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación del derecho. (Lema, 2012, p.62)

Se puede concluir que la creación de derecho judicial, se realiza por medio de la jurisprudencia a través del precedente y se encuentra basada en la construcción y ponderación de derechos, donde se busca brindarles sentido a las instituciones jurídicas a través de la integración e interpretación del ordenamiento positivo. Esta tarea supone un nivel de abstracción con respecto a normas particulares, donde se busca darle integridad y sentido ordenamiento jurídico en su conjunto, es por esto que se necesita atribuirle un significado concreto a la ley, permitiendo encaminar el ordenamiento jurídico para alcanzar los fines que persigue la constitución.

2.2 Precedente constitucional y precedente judicial.

Habiendo realizado el repaso necesario para entender la creación judicial del derecho, es importante ahora diferenciar los dos tipos de precedentes que se encuentran cohabitando al mismo tiempo dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido a que cada uno posee características propias y provienen de familias del derecho distintas.

En la justicia ordinaria un sistema de “jurisprudencia vinculante” de características de origen en la familia del civil law, dado que el requisito de reiteración –tres fallos– para la generación es propio de esta familia jurídica. En tanto que, al no existir tal requisito en la formación del precedente constitucional ecuatoriano, se lo asimila al propio de las familias cuyo origen radica en el common law”. (Aguirre, 2019, p.277)

Coexistiendo dos instituciones diferentes, por un lado, la jurisprudencia vinculante, proveniente de las cortes de casación francesas, propia del civil law y por otro lado el precedente constitucional con rasgos característicos del precedente anglosajón, ajeno a nuestro sistema jurídico tradicional.

Luis Fernando Ávila (2013), con respecto al fallo de triple reiteración y al precedente constitucional, realiza tres importantes distinciones:

Primero, por el proceso de razonamiento, pues mientras el fallo de triple reiteración alude a la formación de una ratio a partir de un problema de legalidad, el precedente

constitucional parte de un problema de constitucionalidad donde se encuentran en colisión y/o vulneración principios constitucionales.

Segundo, por los efectos. En el caso del fallo de triple reiteración, su obligatoriedad ocurre en dos niveles: tanto para la judicatura y las instituciones estatales como para los usuarios del sistema judicial y la administración pública en tanto parámetro de interpretación invocable. En este caso, no existe posibilidad de que tenga efectos sobre los procesos concretos que se reiteran. Mientras, el precedente constitucional tiene efectos más complejos.

Tercero, el fallo de triple reiteración responde a un análisis silogístico que busca la reiteración formal de un criterio idéntico o similar (por tres ocasiones consecutivas o no) para hacer un criterio general de interpretación judicial. Por su parte, el precedente constitucional tiene un doble proceso técnico. Es inductivo pues toma un caso particular concreto con el fin de compararlo sistemáticamente con sus criterios de interpretación (ratios) respecto de los parámetros de interpretación de fallos anteriores con el fin de construir un criterio nuevo o ratificar el que prevalece en el pensamiento jurídico constitucional. Es, además, deductivo porque en el desarrollo del problema del precedente a resolver toma las fuentes del derecho y construye argumentadamente reglas concretas para resolver un problema jurídico y, además, desarrollar o interpretar (aclarar o establecer los alcances o límites) las normas constitucionales. (pp.202-203)

Es importante recalcar que no es suficiente la existencia de la triple reiteración sobre un mismo punto de derecho con patrones fácticos similares, sino que además estos criterios deben ser obligatoriamente remitidos al Pleno de la Corte Nacional, para que en un plazo no mayor de sesenta días se delibere sobre su aceptación. Únicamente si el Pleno lo ratifica, o si no se pronuncia dentro de dicho plazo, la opinión constituye jurisprudencia obligatoria, caso contrario no. También cabe mencionar que dicho requisito de remisión al Pleno de la Corte Nacional no se encontraba previsto antes de la vigencia de la Constitución del 2008.

Por su parte el precedente constitucional, para autores como Morales (2020), es definido como: “la razón o conjunto de razones establecidas en una o más sentencias previas, emitidas por el máximo órgano de administración de justicia constitucional, con las cuales se deben resolver nuevos casos con características fácticas análogas que las vuelven vinculantes” (p.15). Resaltando como característica principal que el precedente constitucional solo puede ser emitido por el máximo órgano de justicia constitucional, en el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional.

Se puede concluir que el precedente judicial se caracteriza por la necesidad de reiteración, misma idea que ha sido fuertemente criticada por la doctrina porque podría violar el principio de igualdad al permitir que se apliquen criterios diferentes en casos similares hasta que se alcance la emisión del fallo de triple reiteración. Mientras que, en materia constitucional, solo es necesaria la demostración de la existencia de la sentencia (ya sea fundadora de línea o paradigmática) para que la ratio decidendi del caso sea aplicable a un caso análogo. Es decir, las sentencias que son emitidas por la Corte Constitucional para que sean consideradas como precedente, no requieren de la reiteración, en cambio lo que se necesita es que la propia Corte Constitucional lo declare como precedente en la parte resolutive de su fallo.

2.2.1 Fundamento legal y constitucional del precedente en el Ecuador.

Respecto al precedente judicial, este se remonta a las reformas constitucionales que se introdujeron en la Constitución de 1993, que permitió la creación de la casación en la Corte Suprema de Justicia. Se establecieron salas especializadas por materias, eliminando la tercera instancia y creando el Consejo de la Judicatura como un organismo independiente encargado de administrar y disciplinar la Función Judicial. Como resultado, se hizo necesario contar con un mecanismo para racionalizar y cambiar la perspectiva de la jurisprudencia, lo que llevó a la creación de la Ley de Casación y, por ende, al fallo de triple reiteración.

La relevancia del precedente judicial en Ecuador se encuentra en el fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia, de acuerdo al artículo 19 de la Ley de Casación, se establece que la repetición de un fallo en tres ocasiones consecutivas se considera precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema. Es por esto que en el mismo artículo se establece que todas las sentencias de casación deberán ser obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley.

Art. 19.- PUBLICACION Y PRECEDENTE. - Todas las sentencias de casación serán obligatoriamente publicadas en su parte dispositiva en el Registro Oficial y constituirán precedente para la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que dichas sentencias sean publicadas en la Gaceta Judicial o en otra publicación que determine la Corte Suprema de Justicia.

La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema. (Asamblea Nacional, 2004)

Este criterio uniforme que fuera emitido por tres veces en decisiones distintas, donde se haya resuelto un mismo punto de derecho y solo bajo estas circunstancias podía considerarse como jurisprudencia vinculante que debía ser obligatoriamente observada por todas las judicaturas exceptuando a la Corte Suprema, denotando la no existencia del principio del stare decisis o atenerse a lo decidido debido a que la Corte que emitía el fallo no tenía la obligación de seguir su propio precedente y resultando así en la sola existencia de efectos verticales del precedente. En conclusión, se puede decir que este tipo de jurisprudencia, conforme a la Ley de Casación de 1993, tenía dos requisitos fundamentales, que se veían reflejados en la regla de origen, donde para que estos fallos sean vinculantes, solo podían provenir de la Corte Suprema y la regla de reiteración, que se basa en la existencia de tres fallos distintos con un criterio similar.

En la actualidad, desde la vigencia de la Constitución del 2008, podemos encontrar establecido dentro de la misma, la facultad de Corte Nacional para emitir este tipo de precedente judicial. Es así que el artículo 184, en su segundo numeral establece como función de la Corte Nacional “Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración” (Asamblea Nacional, 2008). Sin embargo, también se establecieron algunos cambios respecto a la nueva visión del precedente judicial con respecto a la concepción que se contemplaba en la Ley de Casación de 1993, estos cambios tienen que ver primeramente con la necesidad de remitir el fallo al pleno de la Corte para que deliberen sobre la aceptación del precedente y otro de los cambios se refiere a los efectos del precedente emitido por la Corte Nacional, existiendo ahora la obligación de la Corte Nacional de observar sus propios criterios, es decir ya no solo surte efectos verticales, sino que también se constata la existencia de efectos horizontales. Así lo confirma el artículo 185 de la Constitución que expresa que:

Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala. (Asamblea Nacional, 2008)

Se puede destacar que en el segundo inciso del artículo citado, se establece que las salas especializadas de la Corte Nacional, solo podrán apartarse de los precedentes jurisprudenciales siempre y cuando exista unanimidad en el cambio de criterio por parte de la Sala y deberá existir la motivación suficiente para dicho cambio. Confirmándose una vinculación tanto vertical como horizontal dentro de la actual concepción de la jurisprudencia obligatoria a través del fallo de triple reiteración de la Corte Nacional, quedando “blindada” dicha jurisprudencia bajo el principio de stare decisis debido a la vinculación que tiene sobre la misma Corte que expide el fallo.

Por otro lado, tenemos al precedente constitucional, que tiene su punto de partida con la Constitución del 2008, en palabras de Ávila (2013):

Con la Constitución de 2008 se dio un proceso histórico-cultural de interpretación constitucional, en el que se incorporaron normas jurídicas justiciables y principios de interpretación al ordenamiento jurídico, mecanismos de garantía de derechos, garantizando la aplicación de principios ponderados a casos concretos a partir de la interpretación de la Constitución y construcción del pensamiento jurídico del sistema de justicia constitucional a través de una labor creativa con efectos obligatorios que desarrolle el contenido de la Constitución vigente, conocido como “jurisprudencia constitucional” (Ávila como se citó en Molina 2018).

Al analizar el concepto de precedente constitucional, es importante señalar que antes de la aprobación de la Constitución de 2008, no estaba establecido en la legislación ecuatoriana, ni la Constitución Política de 1998 ni la Ley de Control Constitucional la potestad del anterior Tribunal Constitucional para emitir decisiones que sirvieran como precedente. La Constitución de 2008 supuso un cambio importante en la forma que se entienden las fuentes del derecho en el Ecuador, no solo limitándose a las leyes formalmente aprobadas, sino que también pueden existir otras manifestaciones que pueden generar derecho objetivo, como es el caso de la jurisprudencia constitucional. Esto indica un cambio en la concepción tradicional de las fuentes del derecho. (Aguirre, 2019)

Como consecuencia, el juez deja de ser solo un intérprete de las leyes para convertirse en un creador de reglas jurisprudenciales que especifican el significado y alcance de los derechos constitucionales, incluyendo la posibilidad de reconocer nuevos derechos.

El fundamento constitucional del precedente constitucional se encuentra plasmado en el artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, en sus numerales uno y seis, que expresan:

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

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias.

Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

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

De lo cual podemos destacar la importancia del papel que la Constitución le asigna a la Corte Constitucional, debido a las atribuciones que le son establecidas en el artículo 436. Es así que la Corte es designada como la instancia máxima para interpretar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, siendo sus decisiones y dictámenes vinculantes y tienen efectos legales en el sistema jurídico.

El numeral 1 del mencionado artículo no quiere decir otra cosa que no sea la que se infiere de sus propias letras, esto es, que sus decisiones tienen el carácter vinculante, es decir, que son obligatorias, en los términos señalados en el capítulo anterior; por lo que al indicar «decisiones» entendemos que son sentencias y que estas a su vez se dictan en todo proceso en el que sea necesaria la interpretación, ya que si no hay interpretación sencillamente no hay derecho; y, que la interpretación se encuentra presente en todo proceso, porque al interpretar la Constitución examinamos temas constitucionales, y esto sucede independientemente de que sea una acción de «interpretación autónoma», de control de constitucionalidad o de garantías jurisdiccionales. (Bazante, 2015, p.46)

Al analizar el numeral 6 del artículo 436, podemos denotar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional adquiere un peso importante, debido a que sus decisiones no solo son vinculantes para las partes involucradas, sino que también tienen efectos vinculantes para todos. Pese a que en este numeral se encuentran establecidos de forma taxativa solo ciertos procesos constitucionales, se debe advertir que al hacerse referencia a “demás procesos constitucionales” no hace referencia a un etiquetamiento exclusivo de competencias para emitir precedentes constitucionales por parte de la Corte Constitucional, más bien abre un abanico de posibilidades para que la Corte Constitucional emita sus precedentes sin

necesidad de encasillarse en las que se encuentran enumeradas en el artículo 436 numeral seis.

Además, vale resaltar que el numeral señala confusamente «y demás procesos constitucionales», por lo que esta referencia incluye todos los otros procesos en los que sea necesaria la decisión de la Corte, ya que existiendo un «proceso», la consecuencia obvia es una sentencia al respecto, por lo que este numeral también serviría, de no existir el numeral primero, para sustentar el carácter vinculante de las decisiones de todos los procesos constitucionales. En efecto, si lo que se pretendió es asegurar la competencia de selección y revisión de la Corte Constitucional, no tiene sentido que se incluya a los demás procesos constitucionales, toda vez que, para la resolución sobre estos también se debe tener en cuenta el carácter vinculante de sus decisiones, es decir, su carácter obligatorio no solo para las partes, sino para toda la comunidad jurídica, a fin de asegurar la efectiva vigencia del principio de igualdad. (Bazante, 2015, p.47)

En este mismo sentido, el artículo 187 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se establece que:

Art. 187.- Competencias. - Únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el artículo 436 de la Constitución, la Corte Constitucional producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante en los términos previstos en la Constitución y en la presente ley. (LOGJCC, 2020)

Puede parecer que esta disposición normativa a primera vista parezca restrictiva, esto al iniciar con un adjetivo excluyente, por cual podría entenderse que existe una interpretación restrictiva sobre las atribuciones de la Corte Constitucional para emitir precedentes, pero debemos tener en cuenta a que este mismo artículo de la LOGJCC, nos remite al artículo 436.6, en el cual no hace referencia a una interpretación restrictiva, incluso abriendo paso a que la Corte Constitucional genere precedentes en todas sus competencias. (Aguirre, 2019)

De las disposiciones normativas analizadas, tanto en la Constitución como en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a la Corte Constitucional, se puede concluir en palabras de García Toma (2008) que un precedente constitucional con carácter vinculante es una “disposición jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el órgano de control constitucional ha decidido establecer como regla general; y, que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”. (p.413)

2.3 Diferencias entre el precedente constitucional ecuatoriano y el precedente proveniente del common law.

Para finalizar el presente capítulo y una vez analizados los tipos de precedentes vinculantes que cohabitan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto el precedente judicial proveniente de los fallos de triple reiteración de la Corte Nacional y el precedente constitucional proveniente de la Corte Constitucional, y en sintonía con la doctrina del precedente analizada en el capítulo anterior, encontramos que el precedente constitucional se asemeja más al precedente propio del common law, es por esto que vale la pena realizar dos importantes distinciones entre estos tipos de precedente de familias del derecho distintas.

La primera y más importante diferencia que encontramos del precedente constitucional con respecto al precedente anglosajón, es que en el precedente constitucional la ratio decidendi ya se expresa por los propios jueces que emiten el fallo, a diferencia de la tradición del common law, donde la ratio decidendi se encuentra inmersa en el texto del fallo y es el próximo juez, quien deberá encontrar la razón de la decisión y al aplicarla en un caso análogo, se convierte en precedente.

La segunda diferencia que se puede encontrar es que el precedente constitucional con efectos horizontales y verticales, solo puede provenir de la Corte Constitucional mientras que en el common law, este puede provenir de cualquier juez de cualquier nivel, pero es tarea del siguiente juez, por medio de la deconstrucción de la sentencia establecer cuál fue la ratio decidendi del caso.

Capítulo III. El Precedente según la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.

3.1 El Precedente Vinculante durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 2008.

Es necesario analizar como la Corte Constitucional ecuatoriana ha entendido al precedente constitucional desde la vigencia de la Constitución de 2008 y como dicho concepto ha venido evolucionando con el transcurso de los años. Para esto, debemos arrancar con la conformación de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, misma que se formó durante los años posteriores a la vigencia de la Constitución de 2008. Se debe entender a este período de transición como aquel periodo desde que el antiguo Tribunal Constitucional se constituyó como Corte Constitucional, pero no le fue posible constituirse conforme a las previsiones constitucionales, es decir, que era necesario que se encuentren integradas las diferentes Funciones que intervienen en su nombramiento.

En el presente apartado nos concentraremos en una situación sumamente especial, el etiquetamiento de las sentencias por parte de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, donde a primera vista se podría decir que solo se etiquetó como vinculante a dos sentencias, pero se debe realizar un análisis a fondo para dilucidar las sentencias que verdaderamente constituyen precedente con efectos vinculantes, esto es mas allá de este “etiquetamiento” que la misma Corte les dio en su momento.

En este mismo sentido, Morales (2020), expresa que:

Exclusivamente se consideró como decisiones vinculantes, primero, a la sentencia 001-10-PJO-CC, emitida con efecto erga omnes en relación a aspectos tales como, el impedimento de los jueces para calificar recursos de apelación en procesos de garantías jurisdiccionales, la obligación de subsanar omisiones en aplicación del principio de iura novit curia, entre otros. Posteriormente, el precedente jurisprudencial obligatorio signado como 001-12-PJO-CC, que constituyó jurisprudencia constitucional vinculante y obligatoria, al ser “precedente constitucional de unificación y de fundación de línea jurisprudencial” exclusivamente para casos que mantengan identidad objetiva.

Esta dinámica de la Corte Constitucional para el período de transición, hizo que cualquiera decisión que no constituya jurisprudencia vinculante en los términos del Art. 436 numeral 6 de la Constitución, se la considere tácitamente como jurisprudencia indicativa, es decir, sin fuerza obligatoria vertical u horizontal.

Fue hasta el año 2016, con la expedición de la sentencia 001-16-PJO-CC, que la Corte Constitucional del Ecuador expresamente ratificó la norma del Art. 436 numeral 1 de la Constitución, esto es, que todas las sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter vinculante. (p.50)

Para el mencionado autor, la Corte Constitucional para el periodo de Transición, solo emitió dos sentencias vinculantes, debido a que fue la misma Corte la que las etiquetó de aquella forma, entendiéndose a este etiquetamiento como la expresa rotulación de una sentencia bajo el nombre de jurisprudencia vinculante.

La primera es la sentencia que debemos analizar es la Sentencia 001-10-PJO-CC que se expidió el 22 de diciembre del 2010, siendo la primera en etiquetarse como jurisprudencia vinculante, debido que en aquella se contempla que “la jurisprudencia vinculante desarrollada en esta sentencia constituye precedente constitucional y tiene efectos erga omnes.” (Corte Constitucional, 2010, p.21) Dentro de esta sentencia se puede observar que existe una especie de división del precedente, dándose un giro a lo que se debía tratar como jurisprudencia vinculante, esto debido a que la Corte basa su competencia para emitir jurisprudencia vinculante solamente en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución.

Resulta tan relevante la función que debe desempeñar la Corte Constitucional en ejercicio de la competencia prevista en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución, esto es, el desarrollo de jurisprudencia vinculante -horizontal y vertical- respecto a los derechos y garantías jurisdiccionales. (Corte Constitucional, 2010, párr.23)

Es así que podemos encontrar que la Corte Constitucional realiza una división en cuanto a la interpretación aislada de los numerales 1 y 6 del artículo 436. Donde basa su competencia para emitir jurisprudencia vinculante se basa en su numeral 6, donde al momento de expedir la sentencia 001-10-PJO-CC, expresa que “la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en ejercicio de sus atribuciones establecidas en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución de la República, expide la siguiente sentencia.” (Corte Constitucional, 2010, p.19)

La segunda sentencia que debemos analizar es la Sentencia 001-12-PJO-CC, debido a que en esta sentencia también se encuentra dicho etiquetamiento de jurisprudencia vinculante y se establece que “la jurisprudencia vinculante desarrollada en esta sentencia constituye precedente constitucional.” (Corte Constitucional, 2012, p.9) En esta sentencia nos encontramos ante un “precedente constitucional de unificación” debido a la necesidad unificar criterios mantenidos por el Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición

respecto de varios casos análogos. Donde resulta interesante que nuevamente la Corte basa su competencia de emitir jurisprudencia vinculante únicamente en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución, sosteniendo la posible tesis de una división del precedente.

Es efectivamente, en la sentencia 001-16-PJO-CC, donde la denominada “Primera Corte Constitucional”, instituida después de haber finalizado el periodo de transición constitucional, establece de forma expresa que:

De lo cual se colige entonces que todos los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de constitucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la Corte Constitucional al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución. (Corte Constitucional, 2016, párr.25)

Dejando de lado la división del precedente que se basa en interpretar de forma separada el numeral 1 y 6 del artículo 436, al establecer que todas las sentencias emitidas por la Corte Constitucional se constituyen en precedentes de carácter vinculante.

Después de haber analizado estas sentencias, cabe ahora preguntarnos si el resto de sentencias que se emitieron hasta antes de la sentencia 001-16-PJO-CC y que no gozaban del etiquetamiento de jurisprudencia vinculante, ¿eran estas sentencias puramente indicativas o si surtían efectos vinculantes? Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta que la práctica del precedente constitucional ecuatoriano no se limita solamente a una práctica formalizada, donde se emiten reglas jurisprudenciales que se encuentran descritas de forma expresa en el decisum de la sentencia, sino que también se debe aplicar la técnica des-formalizada para identificar al precedente, técnica propia del common law, que propone realizar un ejercicio hermenéutico de la sentencia constitucional para identificar la ratio decidendi que conforma al precedente.

Y es precisamente a partir de la adopción de esta postura que la CC, desde su transformación de Tribunal Constitucional a CCPT, así como la Corte ya instituida al finalizar la transición constitucional, ha adoptado precedentes vinculantes de obligatorio cumplimiento en la mayoría de sus competencias constitucionales, lo cual reafirma que no existe etiquetamiento de “algunas sentencias” como precedente. (Aguirre, 2019, pp. 196-197)

Como ejemplo de sentencias las cuales no fueron etiquetadas como jurisprudencia vinculante, no obstante, dentro de ellas se encuentran contempladas reglas jurisprudenciales obligatorias erga omnes, tenemos al dictamen 001-13-DGP-CC, donde se expresa que:

En ejercicio de la competencia atribuida a la Corte Constitucional en el artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución, en virtud del problema jurídico identificado en el caso, esta Corte Constitucional dicta la siguiente regla jurisprudencial de aplicación obligatoria con efecto erga omnes para todos los procesos en trámite y los que llegaren a presentarse con las mismas características. (Corte Constitucional, 2013, p.12)

Siguiendo esta fundamentación de su competencia para emitir precedente, la Corte también lo ha hecho en las sentencias 016-13-SEP-CC, 034-13-SCN-CC y 006-13-SIS-CC. Es entonces que desde el año 2008 hasta el año 2016, para (Aguirre, 2019) existen 45 sentencias que contienen reglas jurisprudenciales con efectos vinculantes y obligatorios que fueron dictadas por la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, así como la Primera Corte Constitucional, mismas sentencias que provienen de las distintas competencias que le fueron asignadas a la Corte y no solo bajo el numeral 6 del artículo 436. Estas sentencias mencionadas son las siguientes: 001-08-SIC-CC, 002-08-SIC-CC, 001-09-SIC-C, 001-09-SIC-CC, 002-09-SIC-CC, 003-09-SIC-CC, 004-09-SIC-CC, 005-09-SIC-CC, 006-09-SIC-CC, 002-10-SIC-CC, 003-10-SIC-CC, 001-12-SIC-CC, 003-09-SIN-CC, 011-12-SIN-CC, 004-10-SCN-CC, 012-10-SCN-CC, 014-10-SCN-CC, 001-13-SCN-CC, 034-13-SCN-CC, 002-14-SCN-CC, 003-15-SCN-CC, 001-13-DGP-CC, 045-11-SEP-CC, 052-11-SEP-CC, 016-13-SEP-CC, 045-13-SEP-CC, 080-13-SEP-CC, 102-13-SEP-CC, 029-14-SEP-CC, 110-14-SEP-CC, 113-14-SEP-CC, 071-15-SEP-CC, 182-15-SEP-CC, 239-15-SEP-CC, 265-15-SEP-CC, 037-16-SEP-CC, 002-09-SAN-CC, 004-13-SAN-CC, 006-13-SIS-CC, 024-15-SIS-CC, 011-16-SIS-CC, 001-10-PJO-CC, 001-12-PJO-CC, 001-14-PJO-CC, 001-16-PJO-CC.

La Corte Constitucional para el Período de Transición, fundamentó la división del precedente constitucional en la interpretación aislada de los numerales 1 y 6 del art. 436 de la Constitución, por lo que habría una clase de precedentes para interpretar la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos y otra clase de precedentes exclusivo para la revisión de procesos de garantías constitucionales, olvidando que toda sentencia independientemente del proceso constitucional del que resulte, implica la construcción de razones en torno a derechos, sean de carácter procesal o sustantivo, y es aquella construcción la auténtica ratio decidendi, no importando el lugar del que provenga. (Bazante, 2015, p.57)

En síntesis, se puede decir que el precedente constitucional ecuatoriano ha evolucionado en su entendimiento, pasando por un proceso de etiquetamiento, en el cual se podría creer que solo las sentencias que se encontraban rotuladas como jurisprudencia vinculante podían tener ese carácter. Pero es la misma Corte Constitucional quien de forma acertada ha logrado desarrollar criterios vinculantes en otras sentencias, mismas que no gozaban de la rotulación de jurisprudencia vinculante (Bazante, 2015), esto hasta llegar al año 2016 donde se despejó toda duda sobre su competencia para emitir precedente obligatoriamente vinculante.

3.2 Concepción del precedente de la Corte Constitucional por medio de sus sentencias.

Una vez analizado el precedente vinculante, desde la transición del etiquetamiento de sentencias vinculantes hasta la sentencia donde la Corte Constitucional de forma expresa tuvo que dejar claro que su competencia para emitir precedente constitucional vinculante se basa en todas sus facultades que se encuentran dentro del texto constitucional, cabe ahora analizar las demás cuestiones relevantes sobre el precedente constitucional ecuatoriano que ha desarrollado la Corte Constitucional por medio de sus sentencias, para lograr entender al precedente desde el punto de vista de la Corte.

3.2.1 El precedente en estricto sentido.

Para analizar la naturaleza del precedente judicial en sentido estricto, debemos remitirnos a la Sentencia No. 109-11-IS de agosto del 2020. Para el mejor entendimiento de los conceptos desarrollados en esta sentencia, es necesario realizar una pequeña revisión de los antecedentes de la misma, para que en lo posterior podamos contrastarla con un caso similar donde se sentó previamente un precedente judicial por parte de la Corte Constitucional.

Acontece que el ciudadano Luis Vicente Rosero Ortiz, en el año 2008 presentó un amparo constitucional contra un acuerdo ministerial que fue usado por el director provincial de educación de Pichincha para declarar insubsistente el nombramiento de profesor. El ciudadano procedió a solicitar su reintegro y el pago de los haberes laborales que había dejado de percibir. Es así que la segunda sala de la Corte Constitucional para el periodo de Transición acogió amparo mediante la resolución N° 0133-09-RA. En la fase de ejecución de la sentencia, se informó al Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito de su reintegro, pero no se le cancelaron los valores que dejó de percibir en razón del tiempo que lo apartaron de la institución. El señor Rosero en el año 2011, presenta una acción de incumplimiento de sentencia donde agrega que la Corte Constitucional ya ha emitido un pronunciamiento favorable en un caso análogo, esto es en la sentencia N° 28-16-SIS-CC.

Teniendo claro los antecedentes del caso, es hora de analizar uno de los conceptos que se desarrollaron en esta sentencia, que es lo que la Corte Constitucional ha denominado como precedente en sentido estricto. En esta sentencia se expresa que:

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

Dicho precedente judicial en sentido estricto está conectado íntimamente con la motivación de las decisiones judiciales. Según la Constitución (artículo 76 núm. 7 letra l), toda decisión judicial debe tener una motivación; dentro de esta, sin embargo, cabe distinguir la *ratio decidendi*, o sea, el conjunto de razones que son esenciales para la justificación de lo decidido (las demás consideraciones contenidas en la motivación suelen denominarse *obiter dicta*). Y, dentro de la *ratio decidendi*, cabe todavía identificar su núcleo, es decir, la regla en la que el decisor subsume los hechos del caso concreto para, inmediatamente, extraer la decisión (lo que queda fuera de dicho núcleo son las razones que fundamentan la mencionada regla). (Corte Constitucional, 2020, párr. 22-23)

De lo cual podemos destacar que el precedente en estricto sentido es fuente de derecho y que este se encuentra relacionado con la garantía de motivación, debido a que esta brinda de legitimidad a las decisiones judiciales y dicha motivación tiene que identificarse en la decisión. También en el párrafo citado podemos encontrar lo que es la *ratio decidendi* para la Corte, misma que la define como el conjunto de razones que justifican lo decidido, siendo la *obiter dicta*, las demás consideraciones que se encuentran contenidas en la motivación, pero existe algo más que es importante y es determinar el núcleo de la *ratio decidendi*, debido a que “el núcleo es la regla en la que el decisor subsume los hechos del caso concreto para extraer la decisión.” (Díaz & Gallegos, 2022, p.18)

3.2.2 Regla de precedente.

Es dentro de la sentencia 109-11-IS que la Corte Constitucional declara lo que debe entenderse como regla de precedente, o también denominado en el common law como “rule of precedent”, que hace referencia a la regla por medio de la cual los ordenamientos jurídicos logran configurar el funcionamiento adecuado de los precedentes judiciales. Es por esto que la Corte Constitucional ha expresado que para que una regla constituya un precedente en sentido estricto, esta debe innovar el sistema jurídico actual, también ha establecido que:

Ahora bien, cuando dicha regla no es tomada por el decisor –sin más– del sistema jurídico preestablecido (que incluye las leyes, los instrumentos internacionales de derechos humanos, las normas de origen jurisprudencial, etc.), sino que, más bien, es

el producto de la interpretación que el decisor hace de dicho ordenamiento con miras a resolver el caso concreto, estamos ante una regla de precedente. De lo anterior se sigue que, si bien, todo precedente judicial en sentido estricto o regla de precedente radica en el núcleo de una ratio decidendi, no todo núcleo de una ratio decidendi constituye un precedente judicial en sentido estricto o regla de precedente. Para ello, es preciso que la regla cuya aplicación decide directamente (subsuntivamente) el caso concreto haya sido elaborada interpretativamente por el decisor y no meramente tomada del Derecho preexistente. (Corte Constitucional, 2020, párr..24)

3.2.2.1 ¿Cómo se encuentra integrada una regla de precedente?

Con respecto a la composición de la regla de precedente, esta se encuentra integrada por un supuesto de hecho y por una consecuencia jurídica. Es así como la Corte se basó en la sentencia N° 028-16-SIS-CC4, que fue emitida por el Pleno de la Corte Constitucional en de junio de 2016, donde se resolvió la acción de incumplimiento para establecer la existencia previa de una regla de precedente. Como antecedentes de esta sentencia tenemos que:

Dicha causa tuvo como antecedente la demanda de acción de amparo constitucional presentada por Mauricio Mosquera Larrea en contra de la dirección provincial de educación de Pichincha, mediante la cual impugnó el acuerdo N° 013 de 5 de marzo de 2008, que declaró insubsistente su nombramiento N° 068-P de 18 de septiembre de 2006, como profesor de la escuela “El Cebollar”. La Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito rechazó la demanda presentada, por lo que el señor Mosquera Larrea interpuso recurso de apelación. La Segunda Sala de la Corte Constitucional para el período de transición, con resolución N° 0088-09-RA emitida el 30 de junio de 2009, revocó la decisión impugnada y, en consecuencia, concedió el amparo solicitado. Una vez ejecutoriada la resolución N° 0088-09-RA, la institución demandada únicamente le restituyó a su cargo, por lo que Mauricio Mosquera Larrea solicitó al tribunal distrital que se ordene el pago de remuneraciones que no le fueron canceladas durante el tiempo que duró el litigio; sin embargo, la judicatura contencioso administrativa negó tal requerimiento, por lo que, el señor Mosquera presentó una acción de incumplimiento ante la Corte Constitucional, signada con el N° 0070-12-IS.

El caso N° 0070-12-IS fue resuelto mediante sentencia N° 028-16-SIS-CC, de 8 de junio de 2016, en la que los entonces jueces constitucionales declararon el incumplimiento parcial de la resolución N° 0088-09-RA y dispusieron al director provincial de educación de Pichincha que cancele al actor los haberes dejados de

percibir por el tiempo que el accionante estuvo en desocupación. (Corte Constitucional, 2020, párr. 26-27)

La decisión tomada por la Corte la sentencia 028-16-SIS-CC fue la siguiente:

Suspender los efectos del acto ilegítimo y retrotraer las cosas al estado anterior de la emisión de dicho acto. En consecuencia, a pesar de que no conste expresamente en la decisum de la resolución constitucional, el pago de haberes dejados de percibir era un efecto connatural a la concesión de una acción de amparo constitucional, que no implicaba indemnización. (Corte Constitucional, 2016, p.10)

Es de este modo, en la sentencia antes mencionada podemos observar la existencia de una regla de precedente, esto debido a que en la motivación de la sentencia se encuentra la ratio decidendi producto de la interpretación de la Corte Constitucional, más no se encontraba de forma expresa en el ordenamiento jurídico, cumpliendo con la necesidad de que la regla de precedente innove el sistema jurídico actual.

En la motivación de la sentencia de la Corte Constitucional que se acaba de reseñar, se aprecia que el núcleo de su ratio decidendi, es decir, la regla cuya aplicación directa (subsuntiva) decide el caso, no preexistía en el ordenamiento jurídico, sino que fue producto de la interpretación del artículo 95 de la Constitución de 1998. Por tanto, la sentencia examinada sí contendría una regla de precedente. Como toda regla, esta se compone de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, y puede expresarse de la siguiente manera: Si i) un funcionario público ha impugnado por vía de amparo la resolución administrativa en la que se deja sin efecto su nombramiento, ii) formulando como una de sus pretensiones la de que se le paguen los haberes dejados de percibir como consecuencia de dicha resolución, y iii) el amparo ha sido concedido, iv) pero sin la orden expresa de que se paguen esos haberes [supuesto de hecho], entonces, se debe entender que implícitamente ordenó el pago de dichos haberes a la persona beneficiaria del amparo [consecuencia jurídica]. (Corte Constitucional, 2020, párr.28)

Siendo esta regla de precedente aplicable al caso del señor Rosero debido a que se logra verificar la existencia de los elementos del supuesto de hecho de la regla, siendo casos análogos, sin importar la similitud fáctica de ambos casos, debido a que esta no es tomada en cuenta para la configuración del precedente judicial en razón de la motivación de la sentencia.

3.2.3 Clasificación de los precedentes judiciales que existen en el Ecuador.

Es de suma importancia saber distinguir entre la clasificación de los precedentes judiciales que existen dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta clasificación es desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia 1035-12-EP/20 de enero de 2020. Donde un cadete de la Escuela Superior de Policía “General Alberto Enríquez Gallo” presenta una acción de protección en contra de dicha escuela de policía debido a que el cadete impugnó una resolución por la cual se lo expulsó de dicha institución, en razón de haberse fugado de la institución educativa y haber ingresado a un centro de diversión, todo esto sin permiso de la escuela de policía y sin haber estado en estado franco. En la primera instancia, el juez acepta su acción de protección, sin embargo, en la segunda instancia se revoca la acción de protección. Es por esto que el accionante presenta una acción extraordinaria de protección en la que alega que existen dos sentencias que fueron expedidas por otras salas de la misma Corte Provincial donde se aceptaron las acciones de protección de dos compañeros del cadete y que no fueron tomadas en consideración por la sala de apelación.

3.2.3.1 Precedentes Verticales y Horizontales

En el primer capítulo de este trabajo analizamos que los precedentes pueden ser verticales y horizontales dependiendo de la jerarquía de quien emita el precedente y quienes deban aplicarlo. El caso anteriormente mencionado sirvió para que la Corte desarrolle los conceptos de la clasificación de los precedentes judiciales que existen en el Ecuador, misma clasificación que alude a la jerarquía de la autoridad que establece dichos precedentes y su vez a quien le corresponde aplicarlos, estos pueden ser verticales u horizontales.

Los precedentes pueden ser, o bien, verticales, cuando provienen de una decisión judicial adoptada por un órgano jerárquicamente superior al de referencia, o bien, horizontales, cuando provienen de una decisión adoptada por un órgano del mismo nivel jerárquico que el de referencia. (Corte Constitucional, 2020, párr.17)

Se debe tener claro que un precedente horizontal no vinculante, a pesar no de ser de obligatoria observación por parte del juez, puede servir como argumento con la finalidad de persuadir al mismo.

Cabe aclarar que un precedente horizontal no vinculante puede esgrimirse, no obstante, como argumento por las partes con finalidad persuasiva, correspondiendo al juez o tribunal a pronunciarse sobre tal argumento, cuando sea relevante en el debate procesal. Lo mismo ocurre con el precedente vertical cuando este no es vinculante, es decir, cuando no existe una norma jurídica que le atribuya esta calidad. (Corte Constitucional, 2020, párr.20)

3.2.3.2 Precedente Auto-vinculante y Hetero-vinculante.

Los precedentes horizontales a su vez se pueden dividir en auto-vinculante y hetero-vinculante, a se los cuales considera como:

La auto-vinculatoriedad quiere decir que el fundamento (centralmente, la ratio decidendi) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a esos mismos jueces cuando, en el futuro, tuvieren que resolver un caso análogo; de manera que dichos jueces pueden apartarse de su propio precedente solo si lo justifican suficientemente. Esto es así porque, si bien un juez resuelve casos singulares, debe universalizar el fundamento de sus decisiones para casos análogos futuros: resultaría irracional y contrario al derecho fundamental a la igualdad formal si un juez que, en el caso A, ha dicho que debe hacerse X por darse las circunstancias 1, 2 y 3, posteriormente, en el caso B, sostuviera lo contrario ante esas mismas circunstancias y sin justificar su cambio de opinión. (Corte Constitucional, 2020, párr.19)

Es así que en la denomina “auto-vinculatoriedad” del precedente horizontal, se debe entender que el fundamento de una decisión judicial emitida por jueces de un tribunal, obliga a los mismos jueces a resolver de la misma forma si es que tuviesen un caso similar en el futuro.

Y por otro lado tenemos al precedente hetero-vinculante, que en palabras de la Corte significa:

La hetero-vinculatoriedad significa que el fundamento (centralmente, la ratio decidendi) en cuya virtud una decisión judicial ha sido tomada por los jueces que componen un cierto tribunal obliga a otros jueces del mismo tribunal que, en el futuro, tuvieren que resolver un caso análogo. Tal vinculación por los precedentes horizontales se verifica, por ejemplo, en la Corte Constitucional, cuyas decisiones vinculan a sus futuros integrantes. (Corte Constitucional, 2020, párr.18)

Cabe resaltar que la Corte ha expresado que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se contempla al precedente horizontal hetero-vinculante de las decisiones emitidas por las cortes o tribunales provinciales. “Por lo que respecta a las decisiones judiciales adoptadas por los tribunales de las salas de las cortes provinciales (y otros órganos jurisdiccionales de instancia), la Corte observa que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no instituye el precedente horizontal hetero-vinculante.” (Corte Constitucional, 2020, párr.18)

3.2.4 Precedentes de la Corte Nacional de Justicia.

3.2.4.1 Hetero-vinculatoriedad de los precedentes de la Corte Nacional de Justicia.

La Corte Constitucional en la sentencia 1035-12-EP/20 ha establecido que para que un precedente de la Corte Nacional de Justicia sea considerado como hetero-vinculante, este debe reunir “las condiciones establecidas en el artículo 185 de la Constitución y las disposiciones legales relacionadas; en caso contrario, se aplica lo mismo que para los precedentes de los tribunales de las salas de las cortes provinciales” (Corte Constitucional, 2020, p.4). Es decir, si no se reúnen los antes mencionado requisitos, no tendrían efectos hetero-vinculantes la decisión de dicha Corte.

La Corte Constitucional en base a la sentencia anterior y reitera en la sentencia 1791-15-EP/21 de enero de 2021 que:

El constituyente ha establecido las condiciones para que un precedente sea vinculante en sentido horizontal para la Corte Nacional de Justicia, como lo son, (i) la reiteración por tres ocasiones de la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, y (ii) el pronunciamiento conforme del pleno de la Corte Nacional de Justicia, dotando a dicha reiteración con el carácter de jurisprudencia obligatoria. (Corte Constitucional, 2021, párr. 24)

Como hemos analizado anteriormente, pese a que una decisión que no goce del carácter de hetero-vinculante, aun así puede utilizarse como argumento con finalidad persuasiva, para lo cual debe:

La Corte Constitucional considera que para que un dictamen, resolución o sentencia no hetero-vinculante sea objeto de pronunciamiento por la judicatura que conoce una causa, el mismo debe ser alegado expresamente por el recurrente. Ello, porque no es razonable exigir a un juzgador que sepa de la existencia de un pronunciamiento de otro juzgador que no es vinculante para el primero. (Corte Constitucional, 2021, párr.25)

3.2.4.2 ¿Pueden perder su hetero-vinculatoriedad los precedentes de la Corte Nacional de Justicia?

En la 1797-18-EP/20 de diciembre de 2020, la Corte Constitucional establece la forma en que puede dejarse sin efecto el fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia.

Si una de las decisiones que conforman un fallo de triple reiteración es dejada sin efecto por parte de la Corte Constitucional, eso implica – al menos en los casos en que únicamente existen tres fallos reiterados– que el presupuesto constitucional para que el criterio de la Corte Nacional de Justicia constituya jurisprudencia vinculante ya no se cumple. (Corte Constitucional, 2020, párr.56)

Sin embargo, no perdería su carácter de hetero-vinculante sí el criterio que constituye la jurisprudencia obligatoria contiene a su vez más de tres sentencias, pues si se dejase sin efecto una de ellas, se siguiese cumpliendo con el presupuesto de la Constitución, mismo que consiste en que la opinión se reitere por lo menos en 3 ocasiones. La Corte Constitucional también ha establecido que, si únicamente existen tres fallos y uno es dejado sin efecto por la Corte Constitucional, entonces:

Corresponde que el pleno de la Corte Nacional de Justicia emita una nueva resolución en la que identifique otras decisiones que se encuentren vigentes a efectos de que el criterio siga constituyendo jurisprudencia vinculante. Para ello, se deberá tomar en cuenta si las consideraciones realizadas en la sentencia constitucional que dejó sin efecto la sentencia de la Corte Nacional de Justicia que constituía el precedente obligatorio afectan o no el referido criterio. (Corte Constitucional, 2020, párr.57)

3.2.4.3 Auto-vinculatoriedad de los precedentes de las salas de la Corte Nacional de Justicia.

En la sentencia 668-17-EP/22 de abril de 2022, la Corte Constitucional determina la existencia de precedente auto-vinculante de las salas de la Corte Nacional de Justicia.

Es preciso puntualizar que los precedentes auto-vinculantes no requieren de un número específico de pronunciamientos sobre el mismo punto, es decir, un precedente auto-vinculante puede existir con independencia de un fallo de triple reiteración. Por ejemplo, en la Sentencia N°. 33-17-EP/21 de 21 de diciembre de 2021, esta Corte concluyó que la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia vulneró el derecho a la igualdad del accionante, al concluir que la ratio decidendi empleada en un caso análogo obligaba a la Sala a resolver de la misma forma, en razón del stare decisis. (Corte Constitucional, 2022, párr.31)

La Corte Constitucional también puntualizó que debido a la naturaleza variante de este tipo de precedente, es decir del precedente auto-vinculante, este debe ser alegado expresamente en el momento oportuno. Debido a que este tipo de precedentes no se aplican de manera automática solo por su mero hecho de existir, diferente a como lo hacen los precedentes que constituyen el fallo de triple reiteración.

3.2.5 Mutabilidad del Precedente

Como último punto a tratarse dentro del presente trabajo, trataremos la posibilidad de modificar los precedentes constitucionales, situación que se detalla en la sentencia 109-11-IS, donde la Corte Constitucional deja claro que los precedentes no son inmutables. Como se

estableció en el primer capítulo de este trabajo, existen ciertas técnicas de aplicación del precedente que permiten que el derecho jurisprudencial sea una fuente dinámica que permita adaptarse a las necesidades constantemente cambiantes de una sociedad. La Corte Constitucional ha expresado que existen dos formas en las que el precedente puede verse afectado y estas son la reversión y la distinción.

Ahora bien, los precedentes judiciales no son inmutables. Hay dos formas en que ellos pueden ser afectados: la reversión y la distinción. La reversión de los precedentes de la Corte Constitucional se da cuando ella se “aleja de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia” (art. 2 núm. 3 LOGJCC). Mientras que la distinción se produce cuando la Corte argumentadamente determina que el caso actual se diferencia del caso que dio lugar al precedente en alguna propiedad relevante, lo que conduce a introducir una excepción en la correspondiente regla de precedente. (Corte Constitucional, 2020, párr.30)

3.2.5.1 Reversión del precedente

Con respecto a la reversión de los precedentes constitucionales, la Corte en su sentencia 11-19-CP/19 de diciembre de 2019, establece que conforme al artículo 2 numeral 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que expresa que “La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia” (LOGJCC, 2020)

Las sentencias de la Corte Constitucional (como cualquier sentencia) son decisiones motivadas; las razones centrales de la motivación que conducen directamente a la decisión (la ratio decidendi) son elaboraciones interpretativas de la Corte que constituyen precedentes vinculantes para casos futuros análogos, de conformidad con el artículo 436 (número 6) de la Constitución. Por lo que tales precedentes constituyen normas jurídicas que pueden ser revertidas por la propia Corte Constitucional, por lo dispuesto en el artículo 2 (número 3) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Corte Constitucional, 2019, párr.19)

3.2.5.2 Distinción del Precedente.

Por su parte la distinción, consiste en que la Corte “de manera argumentada, determina que el caso actual se diferencia de aquel que dio lugar al precedente en alguna propiedad relevante, lo que le conduce a introducir una excepción en la correspondiente regla de precedente” (Díaz & Gallegos, 2022, p.50). La Corte en la sentencia 154-12-EP/19, establece

una distinción con respecto a la sentencia 037-16-SEP-CC, donde en esta última se había establecido como regla de precedente que:

Una vez que la Sala de Admisión ha admitido a trámite una acción extraordinaria de protección, y por tanto se ha superado la fase de admisión, el Pleno de la Corte Constitucional en la fase de procedibilidad deberá dictar sentencia en la cual se analice el fondo del asunto, esto es se verifique la vulneración de derechos en la decisión judicial impugnada, sin que pueda volver a analizar los presupuestos de admisibilidad ya superados en la primera fase de esta acción. (Corte Constitucional, 2016, p.31)

Para lo cual la Corte reconoce la fuerza vinculante de la mencionada regla de precedente sobre el principio de preclusión en los asuntos de admisibilidad que no puede ser revisados fuera de la fase correspondiente, pero en base al artículo 2 numeral 3 de LOGJCC, se ve en la necesidad de forma explícita y argumentada de establecer los alcances y las excepciones a dicha regla de precedente.

El Pleno de la Corte Constitucional considera oportuno establecer una excepción a la regla jurisprudencial establecida en la sentencia No. 037-16-SEP-CC de tal manera que si en la etapa de sustanciación el Pleno de la Corte identifica, de oficio, que el acto impugnado no sea una sentencia, un auto definitivo o una resolución con fuerza de sentencia, en los términos establecidos en los párrafos 44 y 45 supra, la Corte no puede verse obligada a pronunciarse sobre el mérito del caso. (Corte Constitucional, 2019, párr.52)

3.2.5.3 Extensión del precedente

Otra de las posibilidades para que se modifique el precedente es mediante la extensión del mismo, que sucede cuando una regla de precedente que fue establecida para aplicarse en un supuesto de hecho determinado puede ser extendida a otros supuestos que sean considerados análogos, cuando existan las mismas razones o más razones para poder establecerla.

Para entender mejor a la extensión del precedente tenemos que referirnos a la sentencia 57-18-IS/21 de agosto de 2021, donde como antecedentes encontramos que un ciudadano presentó una acción de protección en contra de la Armada del Ecuador debido a que el proceso administrativo por el cual lo separaron de la entidad afectó su buen nombre en razón que había sido involucrado en un hecho delictivo. En primera instancia se acepta su acción de protección y se dispone el reintegro del accionante a su lugar de trabajo, ante esto, la

Procuraduría General del Estado apela la sentencia, pero esta fue rechazada por el tribunal de alzada y se confirmó la sentencia. Sin embargo, siete años después el ciudadano presenta una acción de incumplimiento donde solicita disponer a la Armada del Ecuador el pago de sueldos y beneficios sociales que dejó de percibir más intereses respectivos por el tiempo que se encontraba separado de la institución.

Es con estos antecedentes que la Corte Constitucional expresa que:

Al respecto, esta Corte observa que la decisión judicial referida no dispuso de forma expresa el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, y se limitó a disponer el reintegro y dejar sin efecto los actos vulneratorios de derechos. En general, este Organismo ha considerado que, a través de una acción de incumplimiento, no se puede ordenar medidas distintas a las dispuestas en la sentencia respecto de la cual se alega el incumplimiento. (Corte Constitucional, 2021, párr.22)

La regla de precedente la cual se plantea su aplicación, es la que fue establecida en la sentencia 109-11-IS, donde la Corte señala que procederá el pago de las remuneraciones dejadas de percibir como consecuencia de la separación del puesto de trabajo, aun si en la sentencia cuyo cumplimiento es reclamado no fue ordenado expresamente dicho pago, estableciendo los siguientes presupuestos:

Si i) un funcionario público ha impugnado por vía de amparo la resolución administrativa en la que se deja sin efecto su nombramiento, ii) formulando como una de sus pretensiones la de que se le paguen los haberes dejados de percibir como consecuencia de dicha resolución, y iii) el amparo ha sido concedido, iv) pero sin la orden expresa de que se paguen esos haberes [supuesto de hecho], entonces, se debe entender que implícitamente ordenó el pago de dichos haberes a la persona beneficiaria del amparo [consecuencia jurídica]. (Corte Constitucional, 2020, párr.28)

Es en esta regla de precedente que la Corte Constitucional, se establece que si bien en marco de la acción de incumplimiento no se puede ordenar el cumplimiento de medidas diferentes a las que se encuentran contenidas en la sentencia constitucional, por excepción cuando se pretenda el pago de haberes laborales dejado de percibir, incluso si estos no hayan sido ordenados en la sentencia constitucional, se debe realizar una verificación de las pretensiones y solicitudes en la demanda de origen y la especificidad de las medidas que fueron ordenadas en base a dichas pretensiones. (Corte Constitucional, 2021)

Es así que la Corte Constitucional en la sentencia 57-18-IS/21 expresa lo siguiente:

Conviene resaltar que, si bien la regla recogida en la sentencia No. 109-11-IS/20 ha sido aplicada mayoritariamente en acciones de incumplimiento provenientes de acciones de amparo, dentro de la sentencia no. 55-13-IS/19 -que deviene de una acción de protección, esta Corte analizó la pretensión de las accionantes en la demanda de acción de protección y lo ordenado en las sentencias de primera y segunda instancia. De manera tal que la Corte aplicó la regla antes mencionada sin citarla expresamente. Este Organismo considera que la regla en cuestión es aplicable también a las acciones de protección ya que, si esta es aplicable a las acciones de amparo, en las que, por regla general, la declaración de vulneración de derechos constitucionales no implicaba automáticamente la reparación del daño, más aún lo debería ser en las acciones de protección, en las que expresamente se prevé el deber de reparar. (Corte Constitucional, 2021, párr.25)

Dicha revisión que se menciona que fue realizada anteriormente en la sentencia 55-13-IS/19, la Corte negó la acción de protección debido a que concluye que “de la verificación del expediente de acción de protección, se evidencia que las accionantes nunca solicitaron como pretensión pago de remuneraciones, ni tampoco solicitaron el pago de las remuneraciones que pudieran haberse generado en el periodo comprendido entre la destitución y efectivo reingreso.” (Corte Constitucional, 2019, párr.30). Por lo cual la Corte considero la aplicación de la regla de precedente teniendo como supuesto análogo al amparo constitucional a la acción de protección.

Como conclusión podemos encontrar que la Corte Constitucional reafirma la regla de precedente que expresa que no se puede modificar el contenido de las sentencias y dictámenes constitucionales, pero también introduce una excepción a la regla de precedente de la sentencia 109-11-IS/20 que se estableció a una acción de amparo, por lo cual la Corte considera que la misma regla es aplicable a las acciones de protección, mismas tiene como finalidad la reparación de la persona afectada.

Conclusiones

Luego del análisis de las diferentes teorías del precedente y la revisión de sentencias de la Corte Constitucional, resumo este trabajo en las siguientes conclusiones:

1. La jurisprudencia y el precedente se diferencian en cuanto se puede establecer que la primera es el género, siendo una de las competencias de una Corte o un juez, es decir, cuando se habla de jurisprudencia se entiende a una pluralidad de decisiones sobre diversos casos. Por otro lado, el precedente es la especie, siendo la decisión sobre un caso en particular en el cual se ha desarrollado un pensamiento judicial a través de la argumentación del juez que a su vez sirve para resolver casos futuros.
2. La jurisprudencia ha jugado un rol secundario en los sistemas legales provenientes del civil law, caracterizándose como persuasiva para el juez, con la función de dar claridad al derecho positivizado; mientras que en el common law, la jurisprudencia ha sido considerada como fuente directa de derecho. El principio stare decisis es la característica fundamental de la doctrina del precedente en el common law y se basa en el respecto de las decisiones precedentes, es decir, un tribunal tiene que respetar tanto las decisiones propias tomadas ante un caso anteriormente, así como las decisiones de los tribunales superiores.
3. El precedente se encuentra compuesto por la ratio decidendi o “razón de la decisión” y el obiter dictum o “dichos al pasar”. Es importante poder diferenciarlos en cuanto no toda la sentencia conforma al precedente, si no solo la ratio decidendi entendida como la regla de derecho que se constituye en el fundamento directo de la decisión, siendo el obiter dictum todas aquellas argumentaciones y afirmaciones que no forman parte de la ratio decidendi, en consecuencia, no se encuentran blindadas bajo el principio del stare decisis pero cuentan con cierto nivel de persuasividad. Existen dos teorías para poder identificar a la ratio decidendi dentro de una sentencia; la formalizada propone que la ratio decidendi se encuentra expresamente consignada en los argumentos centrales de la resolución del caso; y la desformalizada donde es necesaria una deconstrucción del fallo para identificar al precedente, interpretándose de forma integral de toda la sentencia.
4. Entre las teorías del precedente existentes dentro del common law encontramos a la teoría estricta del precedente inglesa y la teoría flexible del precedente norteamericano. Para la teoría estricta, los tribunales deben seguir ciegamente los precedentes que se han establecido en casos anteriores; en cambio para la teoría flexible, se reconoce que los precedentes pueden ser cambiados o superados si la situación lo amerita, permitiendo a los jueces adaptar la norma a los cambios sociales.

5. Existen ciertas técnicas de aplicación del precedente que permiten la adaptabilidad del derecho a los cambios en la sociedad, entre las cuales podemos destacar al overruling, reversing y distinguishing. El distinguishing consiste en distinguir los hechos del caso anterior con respecto a los del caso actual para resolver de manera distinta en base a estas diferencias. El reversing, que solo puede ser aplicado por una corte jerárquicamente superior con respecto a un precedente emitido por una corte interior, alejándose de dicho precedente y dictando uno nuevo que será obligatorio para las cortes inferiores. Por último el overruling, en el cual se modifica un precedente anterior en un proceso posterior, creándose una nueva regla de derecho aplicable para ese caso y apartándose del anterior.
6. La llegada del constitucionalismo a los sistemas legales del civil law implicó grandes transformaciones tales como el replanteamiento del sistema de las fuentes de derecho, la introducción de principios directamente aplicables a conflictos jurídicos y el nuevo rol de los jueces constitucionales. Con respecto a este último, los jueces han pasado de ser solo meros aplicadores del derecho existente en el ordenamiento jurídico, a tener un rol más activo en su labor de interpretar la Constitución, creando reglas aplicables para casos futuros.
7. En el Ecuador se encuentran cohabitando dos clases de precedente. Por un lado, el precedente judicial propio del civil law y resultado de la casación francesa, este se refleja a través del fallo de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia y tiene ciertos requisitos como lo son la reiteración de un mismo punto de derecho en tres fallos distintos y la necesidad de remitir el fallo al Pleno de Corte para que se pronuncie sobre el establecimiento de la jurisprudencia vinculatoria. En cambio, el precedente constitucional de la Corte Constitucional, tiene más similitud con el precedente propio del common law, es así que solo se necesita la demostración de la sentencia para que la ratio decidendi expresada en la misma pueda utilizarse en casos análogos. El precedente constitucional pese a ser muy similar al precedente del common law, se diferencia en que en el precedente constitucional la ratio decidendi ya se expresa por los propios jueces que emiten el fallo, mientras que en la tradición del common law, la ratio decidendi se encuentra inmersa en el texto del fallo y es el próximo juez quien deberá encontrar la razón de la decisión y al aplicarla en un caso análogo. Otra de diferencia es que es solo la Corte Constitucional puede emitir precedente con efectos verticales y horizontales, mientras que en el precedente del common law, este puede provenir tanto de las Cortes de Distrito (en este caso sin efectos verticales al ser la de menor nivel), de las Cortes de Circuito y de la Corte Suprema.

8. A pesar que la Corte Constitucional para el Periodo de Transición ha etiquetado solo a ciertas sentencias como jurisprudencia vinculante, basando su potestad para emitir precedente únicamente en el numeral 6 del artículo 436 de la Constitución; haciendo pensar que cualquier decisión que no constituya precedente en atención a dicho numeral se le considere tácitamente como indicativa, debido a una interpretación aislada de los numerales 1 y 6 del art. 436. Esto no quiere decir que las demás sentencias que se dictaron no se hayan constituido como precedente, en razón de que el precedente constitucional ecuatoriano no se limita solamente a una práctica formalizada, donde las reglas jurisprudenciales se encuentran descritas de forma expresa en el decisorio de la sentencia, sino que también se debe aplicar la técnica desformalizada para identificar al precedente y es así que se ha podido identificar reglas jurisprudenciales vinculantes en sentencias que no gozaron del etiquetamiento de jurisprudencia vinculante.
9. La Corte Constitucional ha expresado que el precedente en sentido estricto es fuente de derecho y se encuentra relacionado con la garantía de motivación, debido a que esta brinda de legitimidad a las decisiones judiciales y dicha motivación tiene que identificarse en la decisión. También ha señalado a la *ratio decidendi* como el conjunto de razones que justifican lo decidido, mientras que la *obiter dicta* son las demás consideraciones que se encuentran contenidas en la motivación. Es importante determinar el núcleo de la *ratio decidendi*, debido allí se encuentra la regla en la que el decisor subsume los hechos del caso concreto para extraer la decisión.
10. La regla de precedente, es el medio por el cual los ordenamientos jurídicos logran configurar el funcionamiento de los precedentes. Una regla de precedente a su vez, se encuentra compuesta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica.
11. La Corte ha contemplado la existencia de precedente verticales y horizontales. Son verticales cuando provienen de una decisión judicial adoptada por un órgano jerárquicamente superior al de referencia y horizontales cuando provienen de una decisión adoptada por un órgano del mismo nivel jerárquico al de referencia. El precedente horizontal a su vez se divide en heterovinculante y autovinculante. La autovinculante opera cuando el fundamento de una decisión judicial emitida por jueces de un tribunal, obliga a los mismos jueces a resolver de la misma forma si es que tuviesen un caso similar en el futuro. La heterovinculante en cambio significa que el fundamento de una decisión judicial que ha sido tomada por jueces que componen un cierto tribunal obliga a otros jueces del mismo tribunal a resolver de igual manera ante casos similares. Cabe resaltar que la Corte ha expresado que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no se contempla al precedente horizontal heterovinculante de las decisiones emitidas por las cortes o tribunales provinciales.

12. La Corte Constitucional reconoce la heterovinculatoriedad de los precedentes en sentido horizontal de la corte nacional, siempre que cumpla con los requisitos constitucionales, como la reiteración por tres ocasiones de la misma opinión sobre un mismo punto de derecho y el pronunciamiento conforme del pleno de la Corte Nacional de Justicia. Explica también que pueden perder la heterovinculatoreidad si es que una de las decisiones que conforman un fallo de triple reiteración es dejada sin efecto por parte de la Corte Constitucional, en razón de que el presupuesto constitucional para que constituya jurisprudencia vinculante ya no se cumple. Ante este caso, le corresponde que el pleno de la Corte Nacional de Justicia emitir una nueva resolución en la que identifique otras decisiones que se encuentren vigentes a efectos de que el criterio siga constituyendo jurisprudencia vinculante.
13. La corte ha declarado que el precedente no es inmutable y contempla ciertas tecnicas de aplicación del precedente tales como; la reversión, que implica que la Corte Constitucional puede alejarse de un precedente anterior; la distinción, donde de manera argumentada se determina que el caso actual se diferencia de aquel que dio lugar al precedente, lo que le conduce a introducir una excepción en la correspondiente regla de precedente; y la extensión del precedente, cuando una regla de precedente que fue establecida para aplicarse en un supuesto de hecho determinado puede ser extendida a otros supuestos que sean considerados análogos.

Recomendaciones

Es necesario continuar estudiando el precedente constitucional ecuatoriano y prestar especial atención a los conceptos que la Corte Constitucional desarrolle a través de sus sentencias en los años venideros. Se debe también persistir en el debate del precedente en foros académicos y su estudio en las universidades, para que los estudiantes de derecho se familiaricen con esta figura del derecho relativamente nueva. Se recomienda también a los profesionales del derecho a hacer uso de los precedentes, debido a que estos brindan un gran abanico de posibilidades y herramientas a usarse en el litigio profesional. No solo haciendo uso de las sentencias de la Corte Constitucional, debido a que como hemos establecido en el presente trabajo, los precedentes autovinculantes son obligatorios para los jueces de un mismo tribunal que han expedido una sentencia anterior, debiendo observarla si se trata de casos similares, por lo tanto, las Salas de la Corte Nacional de Justicia y las Cortes Provinciales pueden establecer precedentes autovinculantes; para lo cual es labor de los abogados realizar una tarea investigativa con el fin de encontrar sentencias expedidas por dichos tribunales donde se pueda identificar la ratio decidendi para ser utilizada en el caso actual que sea similar. Es importante también a hacer uso del precedente horizontal heterovinculante, que pese a que no sean obligatorios para otros tribunales, pueden servir de forma persuasiva, sirviendo para convencer al juez de fallar en razón de nuestra tesis del caso. Todo esto contribuyendo a expandir la cultura del uso del precedente en Ecuador.

Referencias

- Aguirre, P. El precedente constitucional: la transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2019.
- Ávila, L. (2013). Teoría y praxis del precedente constitucional. Quito: Pantone Impresiones.
- Bazante, V. (2015). El precedente constitucional. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Ben-Yishai, A. (2013). Common Precedents: The Presentness of the Past in Victorian Law and Fiction. Oxford: Oxford University Press.
- Berman, H. (1994). The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale. The Yale Law Journal 103, n.º 7, 1521-1738.
- Bernal, C. (2008). El Precedente en Colombia. Revista Derecho del Estado, 14-44.
- Bernal, C. (2005). El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Bernal, C. (2005). El precedente constitucional. Memorias de las V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal de Bugueda, B. (1974). Sobre la jurisprudencia romana: (sus características y tendencias, la literatura jurídica y las escuelas de Derecho). Universidad Iberoamericana.
- Blackstone, W. (1765). Commentaries on the Laws of England, Commentaries on the Laws of England. Oxford: Clarendon Press.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Constituyente. Registro Oficial Nro 449.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2013). JUEZAS Y JUECES CONSTITUCIONALES. Conformación de la Primera Corte Constitucional del Ecuador, de http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/Informes_labores_Corte/Juezas_y_Jueces_Constitucionales_2013.pdf
- Díaz, M. & Gallegos, D. (2022). Guía de jurisprudencia constitucional. El precedente judicial: actualizada a noviembre de 2022. Quito: Corte Constitucional; Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

EL JUEZ EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL (2012). *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (13), 7-9. Recuperado en 13 de marzo de 2023, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572012000100001&lng=es&tlng=es.

Estrada, A., Cepeda, M., & Montealegre, E. (2007). *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Fandl, K. (2012). *Narrowing the gap: legal English for the new international legal practitioner*. Chicago: American Bar Association.

García Toma, V. (2008). Las sentencias: Conceptualización y Desarrollo Jurisprudencial en el Tribunal Constitucional Peruano. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldívar Lelo de Larrea, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Goodhart, A. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case. *Yale Law Journal* 40, n°2, 161-83.

Iturralde, V. (2013). Precedente Judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n°4, 194-201.

Lara, A. (2015). *La jurisprudencia romana como fuente de inspiración para el derecho actual*. [Tesis de derecho]. Universitat de Lleida.

Legarre, S. (2005). Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos. *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional*. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-ensenanzas.pdf> [Fecha de consulta: 5 de enero del 2023]

Legarre, S., Rivera, J. (2006). Naturaleza y dimensiones del "Stare Decisis" [en línea]. *Revista chilena de derecho*. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10435>.

Lema, Bolívar. (2012). *Constitucionalización del derecho*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Ley de Casación. (2004, 24 de marzo). Registro Oficial Suplemento 299. Ecuador. LEXIS

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2009, 22 de octubre).
Registro Oficial Suplemento 52. Ecuador. LEXIS.

Londoño N. (2007). La obligatoriedad de los principios del derecho en el common law de los
Estados Unidos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 55-68.

López, D. (2006). *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia

López, D. (2006). *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Molina, A. (2018). *El Precedente Constitucional En la Corte Constitucional Ecuatoriana [Tesis de maestría]*. Universidad del Azuay.

Morales, D. (2018). *La observancia del principio de obligatoriedad del precedente constitucional en acciones de protección en el Distrito Metropolitano de Quito en el año 2018. [Tesis de Maestría]*. Universidad Andina Simón Bolívar.

Nisimblat, N. (2020). El Sistema de Precedentes en Colombia. *Revista Colegiada De Ciencia*, 1(2), 1–10. Recuperado a partir de <https://revistas.up.ac.pa/index.php/revcolciencia/article/view/1344>

Nieto, A. (2007). *Crítica a la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.

Obando, V. (2011). *Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva. Base para un modelo*. Lima: Ara Editores E.I.R.L.

Pabón, L. (2015). La argumentación jurídica como presupuesto de legitimidad de la decisión jurisdiccional en el Estado Constitucional. En *La argumentación jurídica como presupuesto de legitimidad de la decisión jurisdiccional en el Estado Constitucional La Administración De Justicia En El Estado Constitucional*.

Poveda, A. (2010). *El Precedente en el Derecho Colombiano. Un Estudio Comparado con la Jurisprudencia*. Estudios en Temas Actuales del Derecho Comercial Colombiano en la Universidad Católica de Colombia, 1-28.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.6 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [fecha de consulta 3 de enero].

Rupert, C., & Harris, J. (2012). *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press.

Sancho, J. (2020). De la Doctrina del Precedente. Distinguishing, reversing y overruling. Javier Sancho Durán. <https://javiersancho.es/2015/10/20/distinguishing-reversing-y-overruling-el-pilates-de-la-doctrina-del-precedente/>

Sentencia Nro. 001-10-PJO-CC. (2010, 22 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Roberto Lemarie, J.P).

Sentencia Nro.001-16-PJO-CC. (2016, 22 de marzo). Corte Constitucional del Ecuador (Alfredo Ruíz, J.P).

Sentencia Nro. 001-12-PJO-CC. (2012, 5 de enero). Corte Constitucional del Ecuador (Roberto Lemarie, J.P).

Sentencia Nro. 109-11-IS. (2020, 26 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador (Alí Lozada, J.P).

Sentencia Nro. 28-16-SIS-CC. (2016, 8 de junio). Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencia Nro. 1035-12-EP/20. (2020, 22 de enero). Corte Constitucional del Ecuador (Alí Lozada, J.P).

Sentencia Nro. 1791-15-EP/21. (2021, 27 de enero). Corte Constitucional del Ecuador (Teresa Nuques, J.P).

Sentencia Nro. 1797-18-EP/20. (2020, 16 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia Nro. 668-17-EP/22. (2022, 20 de abril). Corte Constitucional del Ecuador (Enrique Herrería, J.P).

Sentencia Nro. 33-17-EP/21. (2021, 21 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Enrique Herrería, J.P).

Sentencia Nro. 11-19-CP/19. (2019, 4 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador (Alí Lozada, J.P).

Sentencia Nro. 154-12-EP/19. (2019, 20 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia Nro. 037-16-SEP-CC. (2016, 3 de febrero). Corte Constitucional del Ecuador.

Sentencia Nro. 57-18-IS/21. (2021, 18 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador (Daniela Salazar, J.P).

Sentencia Nro. 55-13-IS/19. (2019, 20 de agosto). Corte Constitucional del Ecuador (Teresa Nuques, J.P).

Taruffo, M. (2007). Precedente y Jurisprudencia. Revista Precedente, 86-99.

Tunc, A. y Tunc, S. (1975). El derecho de los Estados Unidos de América. Ciudad de México: Imprenta Universitaria. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=633>>. [Fecha de consulta: 11 de enero de 2023].

Vidal, I. (2010). Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho. Lima: Palestra Editores.