

Xavier Rodas Garcés

ESTRATEGIA METODOLÓGICA
PARA LA APLICACIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Autor:

Xavier Rodas Garcés

ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Autor

Xavier Rodas Garcés



Primera edición: diciembre 2019

© Ediciones Grupo Compás 2019

ISBN: 978-9942-33-152-6

Diseño de portada y diagramación: Grupo Compás

Este texto ha sido sometido a un proceso de evaluación por pares externos con base en la normativa del editorial.

Quedan rigurosamente prohibidas, bajo las sanciones en las leyes, la producción o almacenamiento total o parcial de la presente publicación, incluyendo el diseño de la portada, así como la transmisión de la misma por cualquiera de sus medios, tanto si es electrónico, como químico, mecánico, óptico, de grabación o bien de fotocopia, sin la autorización de los titulares del copyright.

Guayaquil-Ecuador 2019

Cita.

X. Rodas (2019) Estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional, Editorial Grupo Compás, Guayaquil Ecuador, 197 pag

PRÓLOGO

Primero que todo, agradezco la oportunidad que me brinda el autor de hacer unas pequeñas notas introductorias para el texto que el lector tiene en sus manos, en tanto el libro deviene de la tesis defendida por Rodas Garcés, como ejercicio de titulación del programa de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho, de la Universidad de La Habana, trabajo que con satisfacción he dirigido.

El texto resume una trabajosa labor científica, que cierra una etapa investigativa y refleja un quehacer maduro de su autor que le ha permitido una construcción y sistematización sólida y coherente del objeto de estudio, con soluciones propias y adecuadamente argumentadas.

La selección del tema investigativo en sí mismo ya aporta mérito al texto: es atinado que los investigadores seleccionen como temas de investigación, aquellos que en el área de saber resultan importantes y sobre todo necesarios y útiles. Sucede que ante el proceso innovador del ordenamiento jurídico que instaura la Carta Fundamental de 2008 en el Ecuador, cambia la tradicional identidad ley-derecho, se transforma la estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y como consecuencia natural, todo ello influye en la cultura judicial del país. El posicionamiento de la jurisprudencia constitucional obligatoria, como fuente directa del derecho significa un cambio de paradigma para el sistema de derecho ecuatoriano, que para su integración sistémica y aplicación adecuada a nivel nacional, bien requeriría, como propone el autor, del diseño de una estrategia metodológica dirigida a su mejor aplicación, de manera que pueda contribuir a perfeccionar el funcionamiento del sistema judicial, sobre todo si se tiene en cuenta que la Constitución tiene ya más de diez años de vigencia.

La investigación que ofrece fundamento a esta obra, aborda un tema de demostrada actualidad e

importancia, aporta un estudio jurídico-doctrinal, que resulta sistemática valiosa, actualizada y oportuna sobre la información relacionada con la materia objeto de estudio, que pone al alcance de todos, a mi juicio la mejor teoría, tal como refiere Atienza aquella que convierte en fácil lo difícil y no viceversa.

En el estudio en general, se destacan los recursos metodológicos empleados, evidencias de la suficiencia investigativa de su autor. Los métodos de investigación utilizados resultan muy atinados para el tipo de investigación realizada, y novedosos, en relación con la ciencia jurídica acostumbrada. La estructura lógica general sobre la que se asentó responde a los objetivos trazados y permite discurrir por un cauce adecuado a los efectos de alcanzar los objetivos propuestos y demostrar las ideas que su autor desarrolla. En ese sentido merecen mención especial, el diseño mismo de la investigación, por su articulación y coherencia, así como, el diagnóstico realizado sobre la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial, en particular como parte del mismo, el análisis que efectúa sobre la base de informes de investigación de tres expertos en el tema de la aplicación de la jurisprudencia constitucional y la problemática del sistema judicial ecuatoriano, a los que el aspirante pone a dialogar, con el objetivo de contribuir a responder las preguntas centrales de la investigación que sirve de base al presente texto.

El autor del texto presenta una novedosa y constructiva propuesta, arriba a conclusiones originales, concretas, con valor científico, en correspondencia con el modelo de análisis que se propone. Los resultados obtenidos se apoyan en un excelente aparato crítico y son de necesaria aplicabilidad.

Los resultados tienen como fundamento de credibilidad una amplia, especializada y actualizada bibliografía, que evidencia el empleo de materiales diversos, con especial énfasis en importantes obras

indispensables para el tema dentro de la teoría de derecho ecuatoriana, cubana y extranjera.

Sus contenidos son certeros, precisos, con claro valor de uso en pos del perfeccionamiento del sistema judicial ecuatoriano. El tema está estrechamente relacionado con la voluntad de cumplir con los principios de supremacía constitucional y aplicación directa de la Constitución, en la República del Ecuador. Al decir del autor, "La jurisprudencia constitucional, en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia diseñado por la Constitución de 2008 es un potente instrumento social, político y jurídico en manos de los jueces y de la ciudadanía, que aún no logra institucionalizarse, para favorecer los cambios y las innovaciones sociales en democracia que entraña el proyecto político contenido en la Constitución. No logra aún encarnarse en el quehacer judicial cotidiano los múltiples usos social, jurídico y político de la jurisprudencia constitucional, en correspondencia con los nuevos paradigmas del Estado constitucional de derechos y justicia, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la constitucionalización de la administración de justicia". De ahí que investigar en torno a ese tema para proponer vías estratégicas que contribuyen a solucionar la problemática definida, es importante, necesario, útil, pertinente y muy actual.

El texto contiene un análisis del posicionamiento teórico filosófico y metodológico en el sistema judicial del Ecuador, para la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fundamentos de una estrategia metodológica, en pos de contribuir a la utilización de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano. Aborda el neoconstitucionalismo y el Estado constitucional de derecho, el constitucionalismo ecuatoriano en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Analiza el enfoque teórico y evolutivo de la estructura del sistema de fuentes del derecho, el surgimiento de la jurisprudencia constitucional en el constitucionalismo ecuatoriano y la jurisprudencia constitucional en la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho en el Ecuador.

Diagnostica el estado actual de la aplicación de la jurisprudencia constitucional y desde esta realidad, bajo el influjo de los análisis desarrollados en capítulos precedentes, se proponen elementos constitutivos, como fundamentos de una estrategia metodológica para contribuir a la utilización de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano. Los elementos de los componentes de la estrategia fundamentada son coherentes con los análisis teóricos y metodológicos que en el texto se ofrecen. En sentido general la lógica misma que sigue la investigación que da base a este texto, confirma la firmeza de los resultados que alcanza el investigador. Tiene como punto de partida un problema científico y como propósito proponer vías que coadyuven a su solución, y con ello contribuir al perfeccionamiento del actuar judicial en el país. De ahí que como resultados científicos, se sistematizan fundamentos teóricos y metodológicos con el objetivo de sustentar científicamente el rol de la jurisprudencia constitucional en el Ecuador y como ya se ha planteado, se argumenta científicamente la necesidad de diseñar una estrategia para contribuir a su adecuada aplicación como fuente directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano.

La investigación tiene una concepción poco usual en trabajos científicos en la arena jurídica, que de forma novedosa permite abordar criterios, principios y procedimientos que configuren las vías para lograr transformaciones en el actuar judicial ecuatoriano en relación a la mejor aplicación de la jurisprudencia constitucional.

Por último, considero de gran valor que el texto se aparte de la reducción normativista del positivismo,

concentre un apreciable saber sobre la materia,
ofrezca caminos y abra puertas...

Dra. Lissette Pérez Hernández

PRÓLOGO

En la actualidad la jurisprudencia ha superado esquemas a la hora de decidir conflictos sometidos al estudio de un operador jurídico; el derecho judicial ha adquirido un nuevo valor que responde al modelo vanguardista adoptado por el texto constitucional, el cual ha comprendido la importancia de la justicia material en cada pronunciamiento, teniendo claro que ello se logra con el impulso de jueces convencidos de su rol garantista de derechos y, también, gracias a la unificación y divulgación de todos los fallos proferidos

*Alfredo Ruiz, Pamela Aguirre y
Dayana Avila*

Han transcurrido más de 11 años desde la entrada en vigencia de la Constitución 2008, y con ella un nuevo paradigma constitucional caracterizado por el papel preponderante de la jurisprudencia como fuente directa del Derecho. Este hecho histórico, trae consigo la necesidad de comprometer a ciudadanos, estudiantes, docentes y demás interesados en el mundo del derecho constitucional a empoderarse, analizar y criticar las decisiones emitidas en esta materia, con la finalidad de demandar su adecuada implementación.

Con estos antecedentes, y a partir del compromiso citado, esta innovadora obra sobre la cual tengo el honor de prologar “Fundamentos de una estrategia

metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano", se convierte en un enorme esfuerzo por evidenciar el camino recorrido desde la adopción de neoconstitucionalismo en el Ecuador, la constitucionalización de la justicia, como producto de la entrada en vigencia de la nueva constitución, hasta llegar a evidenciar el papel protagónico que debe asumir la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, a través de la emisión de su jurisprudencia.

Así, nos encontramos ante un importante estudio académico en el que el autor desarrolla a través de un análisis metodológico, cómo la jurisprudencia se ha convertido a partir de la vigencia de la nueva Constitución, en su máxima expresión, y evidencia el fundamental papel que cumple la Corte Constitucional para el efecto. Una Corte cuya responsabilidad consiste precisamente en traducir en su jurisprudencia, el sentir garantista y dinámico que recoge la Constitución y que representa el clamor de una sociedad cambiante que espera y aspira que esta revalorizada fuente del derecho evidencie y garantice el cumplimiento y protección adecuada de sus derechos.

Sin más preámbulos, los invito a realizar una lectura crítica de esta obra, ya que estoy convencida que la discusión sobre los planteamientos realizados en ella, nos permitirá aportar y enriquecer al debate existente sobre el papel que cumple y anhela cumplir la jurisprudencia constitucional y como esta debe ser entendida y aplicada por los jueces de manera garantista.

Dayana Avila Benavidez
Asesora de la Defensoría del Pueblo

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPITULO I	15
POSICIONAMIENTO TEÓRICO, FILOSÓFICO Y METODOLÓGICO PARA LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JUDICIAL DEL ECUADOR	15
I.1. El neoconstitucionalismo y el Estado constitucional de derecho. Particularidades en Ecuador.....	16
I. 2. El constitucionalismo ecuatoriano en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano.....	39
I.3. La constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano	45
CAPITULO II.....	56
EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.....	56
II.1. Enfoque teórico y evolutivo de la estructura del sistema de fuentes del derecho.....	57
II.2. El surgimiento de la jurisprudencia constitucional en la evolución del constitucionalismo ecuatoriano.....	68
II.3. La jurisprudencia constitucional en la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho en el Ecuador	81
CAPITULO III:.....	107
FUNDAMENTACIÓN DE UNA ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JUDICIAL ECUATORIANO	
III.1. Las estrategias metodológicas. Razones que justifican una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano	108
CONCLUSIONES	161
RECOMENDACIONES	163
BIBLIOGRAFÍA	166
ANEXOS.....	191

INTRODUCCIÓN

La República del Ecuador experimenta un proceso de profundas innovaciones en su institucionalidad jurídico política a partir del proceso constituyente que aprobó la Carta Fundamental de 2008, la que consagra un nuevo modelo de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia, y un nuevo tipo de Derecho, el Derecho constitucionalizado de los valores, los principios, las reglas, la ponderación y el pluralismo jurídico.

Con la promulgación de la Constitución de 2008, en la República del Ecuador se adopta el neoconstitucionalismo como ideología de Estado¹, el que se inspira en el principio de supremacía constitucional, la vigencia de los derechos fundamentales, el principio político democrático de soberanía popular y la creación de un tribunal especializado para la interpretación y control de los preceptos y postulados superiores, la Corte Constitucional, cuyas decisiones expresadas a través de sentencias y dictámenes, tienen carácter vinculante, definitivo e inapelable², lo que permite afirmar que persigue desarrollar un modelo de organización estatal denominado Estado constitucional.

El nuevo orden fundamental atribuye a la Corte Constitucional la facultad para establecer "jurisprudencia constitucional obligatoria", lo cual implica su posicionamiento como fuente directa del derecho, que trastoca la tradicional identidad ley-derecho, provoca la transformación de la estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico y por consiguiente, de la cultura judicial del país.

El modelo jurídico político que instituye la vigente Constitución ecuatoriana establece la sujeción de los

¹ Ver: Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, R.O 479, 02-10-2008, p. 15. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

² Ver: Artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, R.O. No. 449, 20-X-2008, p. 129. Disponible: www.lexis.com.ec. Fecha de consulta 12 de abril de 2018.

jueces a la jurisprudencia constitucional, es decir, se debe aplicar el derecho no sólo con arreglo a la ley, sino fundamentalmente, en consonancia con la Constitución y los precedentes emanados del máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia constitucional, la Corte Constitucional³, concebida como órgano de cierre del sistema, lo cual según *Habermas*⁴ “sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente”, en la medida en que se concreta el derecho constitucional a través de una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia.

De este modo, la hermenéutica del sistema jurídico ecuatoriano se vincula no sólo al texto constitucional y a la ley, sino también a la jurisprudencia constitucional y concretamente a los precedentes emanados de la Corte Constitucional, lo que implica el consecuente abandono de la teoría de fuentes del sistema romano germánico, según la cual los jueces debían proferir sentencias con exclusiva sujeción a los preceptos legales.

Sin embargo, conforme a la observación empírica de determinadas condiciones actitudinales e institucionales del desempeño judicial ecuatoriano y de consultas a trabajos científicos realizados⁵, que sirve de fundamentación fáctica a la presente investigación, se evidencia que las decisiones judiciales carecen de la

³ Ver: Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, R.O 479, 02-10-2008, p. 14. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

⁴ Habermas, J., *Facticidad y validez*, Editorial Trotta, Madrid, 2008, p. 316.

⁵ Ver: Montaña, Juan. *El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Centro de Estudios y Difusión de la Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, p. 91. Colectivo de autores. *Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional*. Publicación serie Jurisprudencia constitucional No. 7. Secretaría Técnica Jurisdiccional. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2016, p. 155. Basabe-Serrano, Santiago. *La calidad de las decisiones judiciales en Cortes Supremas: Definiciones conceptuales e índice aplicado a once países de América Latina*, En: “Revista Boliviana de Ciencia Política” Vol. I, N°. 1, Asociación Boliviana de Ciencia Política, 2017, p. 67. De Cabo de la Vega, Antonio. *Líneas y políticas para el fortalecimiento sustancial y procesal del precedente constitucional*. Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión, *Nuevo Derecho Ecuatoriano*, N°. 5, Investigación Jurídica Comparada, Proyecto Prometeo, Quito, 2015, p.12. De Cabo, Antonio, *et al.*, Investigación Jurídica Comparada, Proyecto Prometeo. Centro de Estudios y Difusión de la Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2015, p. 6.

suficiente argumentación con base a la jurisprudencia constitucional, lo cual hace patente la dificultad que entraña convertir los fallos de los jueces constitucionales en fuente directa del derecho.

A los jueces corresponde plasmar en sus decisiones judiciales el contenido, los principios y valores de la Constitución, para lo cual se requiere cuenten con herramientas metodológicas que lo faciliten y sirvan de guías que orienten las condiciones en que debe desenvolverse la recepción de la jurisprudencia constitucional, al tener que superar el tradicional método jurídico en la aplicación del derecho para resolver eventuales colisiones entre preceptos legales y jurisprudenciales, resguardando siempre aquellos postulados esenciales del Texto Fundamental.

Para lograrlo, es preciso que se conozca con fundamento científico la transición del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico que plantea la Constitución vigente: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho; de la prevalencia del principio de legalidad como criterio exclusivo de existencia y validez del derecho, al principio de constitucionalidad como criterio rector de la juridicidad; de la reducción del derecho a la ley y el predominio de ésta sobre las restantes fuentes del derecho, al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y el carácter obligatorio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La transición que plantea la Constitución de 2008 en el Ecuador comporta una ruptura, un punto de quiebre en la estructura del sistema de fuentes del derecho y en la función del juez, dado que la Constitución asume una posición antiformalista; rompe con la concepción normativista tradicional, y en tanto, las decisiones judiciales han tener como fundamento el contenido de la ley de que se trate y la interpretación que a tomo con el conflicto asienta como jurisprudencia la Corte

Constitucional, que presenta fuerza vinculante, expansiva, y forma parte del conjunto de normas que de manera dinámica y sistémica integran el derecho ecuatoriano⁶.

Para orientar la comprensión sobre el estado transicional de la estructura del sistema de fuentes del derecho, la funcionalidad de la jurisprudencia constitucional y el rol de los jueces, Zagrebelsky⁷ señala que “la jurisprudencia constitucional ha asumido la altísima tarea de adecuar el derecho a las exigencias de la nueva sociedad en transformación” y que “los jueces, más que defender una legalidad decrepita, deben orientarse a crear gradualmente la nueva juridicidad prometida por la Constitución”.

De esta manera se entiende la relevancia e impacto que tiene la jurisprudencia constitucional en la configuración e instrumentación de la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho y la consecuente necesidad de elaborar estrategias metodológicas que permitan su aplicación, facilitando que los jueces cumplan su función de precautelar los principios constitucionales que conforman el sistema jurídico ecuatoriano actual: unidad de la Constitución, eficacia integradora, fuerza normativa y concordancia práctica, así como la igualdad en la aplicación de la norma, la seguridad jurídica y la justicia sustancial.

A partir de estas necesidades se identifica como contradicción dialéctica esencial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la existente entre el imperativo de incorporar la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, versus la necesidad de acciones

⁶ Ver: Montaña, Juan. Op. Cit., p. 91. Colectivo de autores. Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Publicación serie Jurisprudencia constitucional No. 7. Secretaría Técnica Jurisdiccional. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2016. Basabe-Serrano, Santiago. *La calidad de las decisiones judiciales en Cortes Supremas: Definiciones conceptuales e índice aplicado a once países de América Latina*. Op. Cit., p. 55. Ver: Grijalva, Agustín. *Interpretación, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*. En: “La Nueva Constitución del Ecuador”, Quito, 2008, p. 282.

⁷ Ver: Zagrebelsky, Gustavo. *Una atormentada apología de la ley*. En: “Fe en el Derecho”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 42.

que fortalezcan la preparación de los jueces en la aplicación de esta nueva fuente de Derecho.

Tomando en cuenta dicha contradicción, se formula el siguiente problema científico: ¿Cuáles son los fundamentos teóricos - metodológicos que permiten sustentar científicamente el diseño de una estrategia metodológica para contribuir a perfeccionar la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial del Ecuador?

La hipótesis que guía el desarrollo de la investigación se define en los siguientes términos: El posicionamiento teórico filosófico y metodológico para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial del Ecuador, el objetivo y justificación de la estrategia, los principios rectores que la justifican, los presupuestos normativos y los propios elementos que la constituyen, fundamentan la necesidad de una estrategia metodológica para contribuir a perfeccionar la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial del Ecuador.

Desde el punto de vista metodológico y sobre la base de la concreción espacial-temporal en que se contextualizan el objeto de investigación y el campo de acción, del problema científico derivan interrogantes que permiten orientar con mayor precisión la investigación, a saber: 1. ¿cuál es el estado actual de la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano?; 2. ¿cómo se aplican en el razonamiento y en la elaboración de las sentencias judiciales las decisiones de carácter vinculante proferidas por la Corte Constitucional?; 3. ¿qué características esenciales debe tener la estrategia metodológica que se diseñe para contribuir a la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial del Ecuador?; y, 4. ¿cómo influyen el nuevo giro argumentativo y los nuevos enfoques hermenéuticos en la aplicación del derecho, como

fundamentos para una estrategia metodológica para contribuir a la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano?.

La estrategia metodológica es concebida, para efectos de la investigación, como el resultado científico de significación práctica, de carácter instrumental, para contribuir a transformar el funcionamiento del objeto de la realidad materia de investigación (el sistema judicial), mejorar su eficiencia y productividad mediante la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, en correspondencia con la nueva estructura del sistema de fuentes y los postulados del orden jurídico político fundamental que consagra la Constitución de 2008.

En relación con lo anterior el objetivo general de la investigación se centró en: fundamentar una estrategia metodológica sobre la base de sus propios elementos constitutivos y la constitucionalización del sistema jurídico en el Ecuador, para contribuir al perfeccionamiento de la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano.

Desde la perspectiva de los elementos fundamentales del diseño metodológico propuesto, se derivan los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar el posicionamiento teórico filosófico y metodológico en el sistema judicial del Ecuador para la aplicación de la jurisprudencia constitucional.
2. Diagnosticar el estado actual de la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano.
3. Fundamentar la necesidad y diseño de una estrategia metodológica para contribuir a la adecuada aplicación de la jurisprudencia constitucional, como fuente directa del derecho en el sistema judicial del Ecuador.

El enfoque metodológico de la investigación se fundamentó en la teoría crítica del derecho que hizo posible efectuar el análisis de las bases culturales y el contexto histórico, social y político de las transformaciones jurídicas operadas en el Ecuador a partir del proceso constituyente que dio lugar a la nueva carta magna, factores que influyen paulatinamente en la definición de los nuevos cauces para pensar y practicar el derecho y la consecuente configuración de una nueva cultura judicial, en la que es elemento esencial, la jurisprudencia constitucional y su carácter normativo y vinculante⁸.

La metodología de investigación jurídica aplicada al estudio de la jurisprudencia constitucional y el rol de los jueces en la presente investigación, se aparta de la reducción normativista del positivismo que predomina en el estudio del derecho en el Ecuador, y desde una perspectiva integradora, se incursiona en el campo de la fundamentación teórica de los paradigmas constitucionales y el análisis de la realidad jurídica del país, partiendo de enfoques epistemológicos, gnoseológicos y ontológicos del fenómeno cultural que comporta el posicionamiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho y su uso político, social y jurídico, concebido en el texto fundamental para materializar los principios y valores del nuevo constitucionalismo ecuatoriano y de la justicia sustancial que postula, haciendo énfasis en el potencial emancipatorio del Derecho, según la concepción del

⁸ Según Bonetto, M. y Piñero, M., la Teoría crítica del derecho es el conjunto de ideas que explican los efectos sociales y los entramados políticos de la praxis jurídica; se orienta a la aprehensión de las condiciones históricas y las estructuras político sociales que confluyen en el estudio del derecho; hace uso de categorías materialistas con el fin de penetrar en la comprensión profunda de la naturaleza y del rol del derecho; pretende demostrar que son las condiciones histórico materiales de la vida social las que explican las formas y funciones de las instituciones jurídicas. Para esta corriente de pensamiento, el derecho es una práctica social específica que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto de los grupos sociales que operan al interior de una formación económica social determinada, práctica de naturaleza discursiva, discurso ideológico y discurso del poder. Ver: Bonetto, M. y Piñero, M. *Teoría crítica del Derecho*. En: "Revista del Centro de Estudios Avanzados" N°. 3, Córdoba, Argentina, 1994, p. 402.

proyecto político gestado en el proceso constituyente de 2008⁹.

Se partió de un enfoque metodológico integrador y holístico, orientado al conocimiento dialéctico de la totalidad del fenómeno en estudio, aplicando el paradigma de la complejidad y la articulación sistémica, siempre bajo una concepción del derecho como praxis social compleja (acción) de la vida de los pueblos y el reconocimiento de su potencial transformador¹⁰.

Desde un enfoque cualitativo, la investigación fue encauzada hacia la comprensión, identificación, descripción y evaluación de los elementos principales, contextuales y vinculados que caracterizan la función de la jurisprudencia constitucional y su aplicación como fuente directa del derecho, en correspondencia con la estructura del sistema de fuentes que establece la Constitución, en su relación esencial con los paradigmas neoconstitucionales y del Estado constitucional de derechos y justicia que establece la norma constitucional y a ese enfoque metodológico corresponde las técnicas de investigación documental, el análisis de contenidos y el análisis del discurso.

⁹ De acuerdo con Antonio Salamanca, por más de siglo y medio todavía sigue siendo hegemónico en el Ecuador el positivismo jurídico colonial con su reducción normativista; en esta iglesia, señala el prenombrado investigador, continúan adoctrinándose casi todos los operadores jurídicos, muchos siguen confesando el credo “el derecho es norma”, se ha fetichizado a la mediación escrita, transmisora del voluntarismo político, se la adora como una divinidad y se la invoca y pide muestras diarias de su poder; otros, decepcionados de la impotencia de aquel Moloch, se marchan escépticos como carne fresca para el relativismo, la retórica cínica y el sofisma de los Gorgias y Protágoras de nuestros días (...). En Ecuador, el colonialismo jurídico del positivismo normativista ha expropiado a los alumnos y estudiosos del Derecho la riqueza de explorar y buscar el mundo jurídico intercultural e interdisciplinariamente, como relación social histórico-jurídica, antropo-jurídica, socio-jurídica, axiológico-jurídica, económico-jurídica, psico-jurídica... y plantea desde la perspectiva del análisis de la colonialidad del poder, la necesidad de superar la dominación neocolonial que ha construido subjetividades, mentalidades, discursos e imaginarios a partir de los centros del poder hegemónico en el mundo, lo que ha conllevado a supeditar las formas de pensar y actuar, a los intereses de las potencias centrales y a sus modelos culturales. Ver: Salamanca, Antonio. *La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar*. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito, 2015, p. 2. Por otro lado, sostienen Núñez, M., y Enríquez, P., que el Derecho expresa un producto social al tiempo que actúa como factor social incidiendo sobre la misma sociedad que lo manifiesta. Ver: Núñez, M. y Enríquez, P., *Derecho y Política*. Editorial Porrúa, 2011, p. 115.

¹⁰ Ver: Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*, s/e México, 2004, p. 8.

Se utilizaron como métodos y técnicas de investigación documental, la localización de información y su fichaje textual o de contenido para justificar argumentativamente las partes subjetivas o conjeturas propias de las premisas y categorías de estudio; análisis documental, para el examen de las fuentes que brindan información sobre el objeto de estudio y su campo de acción, relacionados con el problema que se investiga. La información que recoge evidencias empíricas en torno a la problemática planteada, fue obtenida mediante la aplicación de cuestionarios de encuestas y autovaloración a 91 juezas y jueces de Salas de los Tribunales¹¹ de la ciudad de Guayaquil, que representan el 23, 5 % del total de jueces de la Provincia de Guayas y el 21 % del total de Jueces del país¹².

El estudio se aborda desde el punto de vista jurídico analítico, para evaluar la naturaleza de la jurisprudencia constitucional en la estructura del sistema de fuentes del derecho y en el quehacer de los operadores judiciales; jurídico exploratorio, para abrir camino a la realización de otras investigaciones alrededor de esta línea problemática; jurídico proyectivo, en la medida que encara la realidad de la práctica judicial en relación con la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho; y, jurídico propositivo, en tanto que, a partir de

¹¹ La República del Ecuador cuenta aproximadamente con 1933 jueces repartidos especialmente en unidades judiciales y cuenta con doce jueces por cada cien mil habitantes. En el caso de la Provincia del Guayas cuenta con 387 jueces con un promedio de 9 jueces por 100.000 habitantes. Los jueces de Guayaquil representan el 21 % del total, cifra nada despreciable y representativa de la judicatura ecuatoriana. Ver: Informe de Rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura de la Dirección Provincial de Guayas. Enero 2017–Enero de 2018. Guayaquil, enero 2018. Disponible: <https://www.eltelegrafo.com.ec>. Fecha de consulta 13 de septiembre de 2019.

¹² Santiago de Guayaquil, es la ciudad más grande y poblada de la República del Ecuador. Cuenta con casi 2,7 millones de habitantes, de acuerdo con la última estadística publicada por el INEC en el año 2018. Es, además, un importante centro de comercio con influencia a nivel regional, de finanzas, político, cultural y de entretenimiento. La ciudad es la cabecera cantonal del cantón homónimo y la capital de la provincia del Guayas. La ciudad se divide en 16 parroquias urbanas, aunque dentro de una nueva administración municipal, su organización consiste de 74 sectores. Es la segunda ciudad con mayor densidad demográfica en Ecuador, con particular importancia económica, política y social. Ver: Informe INEC, 2018. Disponible: <https://www.ecuadorencifras.gob.ec>. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2019.

la sistematización teórica efectuada se propone fundamentar una estrategia metodológica para contribuir al perfeccionamiento de la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema de justicia en el Ecuador, con arreglo a las exigencias que plantean los paradigmas del actual ordenamiento jurídico constitucional.

El aporte científico teórico está dado por el análisis de las nuevas relaciones entre jurisprudencia constitucional, sistema de fuentes del derecho, neoconstitucionalismo, Estado constitucional de derechos y justicia, constitucionalización del ordenamiento jurídico, constitucionalización de la administración de justicia, nuevo giro argumentativo en el ámbito judicial y nuevos enfoques hermenéuticos en la aplicación del derecho. Todo lo anterior se toma como fundamento teórico para la estrategia metodológica orientada a la aplicación de la jurisprudencia constitucional, sistematizado en un complejo de nuevas relaciones esenciales entre conceptos, categorías y postulados que permitan delinear las funciones de la teoría para el uso adecuado de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho y dotar a los jueces de una concepción científica, teórica y metodológica que los erija en actores eficaces del proceso de constitucionalización del derecho ecuatoriano y forjadores de la nueva cultura judicial que promueve la Constitución de 2008. Se hace uso además en la presente investigación del método de investigación jurídica de derecho comparado y para ello se realiza un estudio exegético de las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, como cartas fundamentales que presentan lo más avanzado del nuevo constitucionalismo en América Latina a los efectos de fundamentar la existencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. A los efectos de fundamentar el rol de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho se usó también

el método de derecho comparado y para ello se analizaron sentencias dictadas por las Cortes de Constitucionalidad del Ecuador, de Colombia y por el Tribunal Constitucional de Perú; se escogieron estos países por presentar similar sistema de derecho y una cultura jurídica afín, además de encontrarse ubicados en el mismo entorno geográfico.

Para validar las bases que pueden sustentar la contradicción identificada, se hizo uso del criterio de experto, para ello se entrevistaron a tres profesionales del Derecho, con reconocido prestigio académico y práctico, con más de 30 años de experiencia en la docencia y enseñanza del derecho, con similar experiencia como operadores jurídicos en Guayaquil.

El aporte científico de significación práctica de la presente investigación se expresa en que, dada la necesidad de la institucionalización del modelo jurídico político que postula la actual Constitución ecuatoriana, se genera el imperativo de elaborar una estrategia metodológica, con sujeción al contexto actual de la estructura del sistema de fuentes del derecho, para contribuir a que los jueces perfeccionen la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, y con ello, materialicen los principios constitucionales que informan al sistema jurídico ecuatoriano.

La fundamentación de la estrategia metodológica que se plantea como resultado científico de la investigación, favorece la aplicación de la jurisprudencia constitucional, articula las nuevas relaciones esenciales entre los elementos teóricos que se desprenden de los nuevos paradigmas jurídicos que entraña la Constitución, los aspectos metodológicos de la actual práctica judicial y el ordenamiento de acciones orientadas a la solución de la contradicción entre el estado actual y el estado deseado respecto de la aplicación de la jurisprudencia constitucional como

fuerza directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano.

El presente informe de investigación, en correspondencia con los objetivos formulados, está estructurado en tres capítulos. El primero de ellos, contiene el análisis del posicionamiento teórico filosófico y metodológico en el sistema judicial del Ecuador para la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fundamentos de una estrategia metodológica para contribuir a la utilización de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano. En el segundo capítulo se analiza la jurisprudencia constitucional en su función de nueva fuerza directa y vinculante del derecho; y, el sistema judicial cuya centralidad es el rol de los jueces en la realización del Estado constitucional de derechos y justicia, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la constitucionalización de la administración de justicia.

En el tercer capítulo se diagnostica el estado actual de la aplicación de la jurisprudencia constitucional y desde esta realidad, bajo el influjo de los análisis desarrollados en los capítulos precedentes, se proponen elementos constitutivos, como fundamentos de una estrategia metodológica para contribuir a la utilización de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano. Se plantean finalmente, conclusiones y recomendaciones atinentes a la problemática en estudio.

Resultados alcanzados:

- 1.- Se aporta una sistematización de los fundamentos teóricos y metodológicos que permitan sustentar científicamente el rol de la jurisprudencia constitucional en el Ecuador.
- 2.- Se argumenta científicamente la necesidad de diseñar una estrategia para contribuir a su adecuada aplicación como fuente directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano.

CAPITULO I
POSICIONAMIENTO TEÓRICO, FILOSÓFICO Y
METODOLÓGICO PARA LA APLICACIÓN
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JUDICIAL DEL ECUADOR

I.1. El neoconstitucionalismo y el Estado constitucional de derecho. Particularidades en Ecuador

El constitucionalismo, como teoría del derecho e ideología de Estado, se integra en un proceso de desarrollo dialéctico de causa-efecto, en correspondencia con los cambios que se operan en el devenir histórico condicionado por grandes convulsiones sociales, signadas por la reivindicación de derechos sociales y políticos en el orbe.

La historia del constitucionalismo advierte gradual construcción con la aparición del constitucionalismo liberal-revolucionario a partir de las revoluciones burguesas del siglo XVIII en los Estados Unidos de Norteamérica y Francia, patrón que se mantuvo como ideal constitucional hasta culminada la Segunda Guerra Mundial; momento a partir del cual se conforma un nuevo modelo democrático, entendido como Estado constitucional de derecho, que exhibe entre sus características esenciales el dejar de presentar constituciones programáticas y enunciatoras de principios y derechos para convertirse en directamente aplicables, así como por la creación de espacios democráticos igualitarios y de respeto a los derechos humanos reconocidos universalmente, identificado como una especie de constitucionalismo social¹³. En las últimas décadas del siglo XIX, a tono con el resquebrajamiento del concepto fuerte de

¹³ Ver: Habermas, Jürgen. *La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho*. En: “*Revista de Filosofía*”, N° 15, 1997, p. 25. Häberle, Peter. *El estado constitucional*. UNAM, México, 2001. p. 8. Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: “El nuevo constitucionalismo en América Latina”. Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Memorias del encuentro internacional “El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI”. Quito 2010. p. 9. Núñez Leiva, José Ignacio. *Neoconstitucionalismo y Jurisdicción constitucional*. Tesis en opción al grado de doctor en Derecho. Universidad de Castilla La Mancha. Toledo 2018. p. 67.

Constitución¹⁴ se refuerza la noción del nuevo constitucionalismo (neoconstitucionalismo)¹⁵.

Desde un análisis histórico, conforme al criterio de algunos autores¹⁶, se puede hablar de neoconstitucionalismo tras concluir la posguerra y no en las últimas décadas del pasado siglo, el que surge como consecuencia de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos producidas en los regímenes fascistas de Alemania, Italia y España y la renovación de las constituciones autoritarias de entonces.

Existe cierto consenso en atribuir la elaboración teórica del neoconstitucionalismo con la sistematización de trabajos de la Escuela de Génova, representada por Paolo Comanducci, Ricardo Guastini y Susanna Pozzolo, siendo esa última quien acuña universalmente el término en ocasión del XVIII *Internationale Vereinigung für Recht- und Sozialphilosophie*, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1997¹⁷.

¹⁴ Ver: Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. Op. Cit.; p. 10. Núñez Leiva, José Ignacio. Op. Cit., p. 69.

¹⁵ Ver: Valle Franco, Alex. El neoconstitucionalismo en América Latina. Disponible: https://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/neoconstitucionalismo-America-Latina-gaceta_0_2156184436.html. 00:00 / 04 de noviembre de 2014. Fecha de consulta: 10 de junio de 2019. Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Op. Cit., p. 10. Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: “Crítica y Derecho-2. Política, justicia y Constitución”, Luis Fernando Ávila, Ed. Corte Constitucional Ecuatoriana, Ecuador, 2011, p.12. Rusinque, Cielo. El neoconstitucionalismo latinoamericano. En: “Lecciones de derecho constitucional”. Tomo 1, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 9. Salazar, Pedro. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, En: “González Pérez, Luis Raúl y Valdés, Diego (Coords.). El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo”, México, UNAM, 2013, p. 43.

¹⁶ Ver: Carbonell, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. En: “El neoconstitucionalismo en su laberinto”. Editora Trotta, Madrid, 2007. Ávila, Ramiro, *Neoconstitucionalismo Transformador*. En: “El Estado de Derecho en la Constitución de 2008”. Abya Yala UASB, Quito 2011, p. 53. Ferrajoli, Luigi. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*, En: Miguel Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Op. Cit., nota 1, p. 18 a 21. Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Op. Cit., p. 209. Villabella Armengol, Carlos Manuel. *Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. En: “Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla IUS 25”, México 2010, p. 55. Valle Franco, Alex. El neoconstitucionalismo en América Latina. Disponible: https://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/neoconstitucionalismo-America-Latina-gaceta_0_2156184436.html. 00:00 / 04 de noviembre de 2014. Fecha de consulta: 10 de junio de 2019.

¹⁷ Aguilera, Rafael. *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*, Porrúa, México 2010. p.1. Rusinque, Cielo. *El neoconstitucionalismo latinoamericano*. En: “Lecciones de derecho constitucional”. Tomo 1, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 468. Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. *Aspectos generales*

Cuando se habla de neoconstitucionalismo se presta especial atención a la distinción entre el concepto formal y material del Estado constitucional, y para ello parte de concebir que no se cuenta con un Estado constitucional por contar con un texto que se le nombre desde lo formal Constitución; es preciso exhibir una Constitución que sea el resultado de la legitimidad democrática expresada en la voluntad del soberano y que cuenta con herramientas suficientes para limitar el ejercicio del poder y lograr la efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente en la norma suprema. Bajo esta lógica de pensamiento se concibe al Estado constitucional como un modelo en constante construcción y reinención, ya que de forma regular y constante se ha de luchar por hacer efectivos sus fundamentos de legitimidad democrática y de normatividad.

El neoconstitucionalismo integra un conjunto de doctrinas de variada índole que examinan o justifican la reconfiguración del derecho constitucional o del orden jurídico, vinculadas al fenómeno de la constitucionalización del derecho y al modelo jurídico político del Estado constitucional.

El neoconstitucionalismo contemporáneo, como doctrina filosófica surge en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, que persigue como cometido remplazar al positivismo jurídico y al iusnaturalismo. Como teoría de relativa nueva elaboración teórica no alcanza hasta la actualidad el necesario consenso entre sus diversos exponentes¹⁸ y estudiosos respecto a su claro

del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Op, Cit., p. 15. Casal, Jesús María. La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, p. 27.

¹⁸ Entre los autores de mayor reconocimiento en el tema como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Santiago Nino, Gustavo Zagrebelsky, Ferrajoli, Paolo Comanducci, entre otros, se advierten y presentan importantes discrepancias en sus argumentos, lo que genera un conflicto para delimitar los elementos comunes que hacen posible llenar de contenido coherente a esta nueva teoría y filosofía del derecho. Ver: García Jaramillo, Leonardo. *Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo*. En: "Revista Jurídica Virtual del

contenido; uno de los inconvenientes estriba, al decir de Figueroa Gutarra¹⁹ "en el carácter gravemente ambiguo y extremadamente vago que presenta el uso de este neologismo: se puede enarbolar el neoconstitucionalismo en sentidos muy distintos y, luego, una vez fijado el sentido, tampoco resultan nada claros los rasgos o elementos que han de concurrir para ostentar legítimamente dicho título".

A los efectos de desentrañar la clara esencia del neoconstitucionalismo, se asume la estructuración aceptada por Comanducci²⁰, Orive González²¹ y Carrillo de la Rosa²² desde tres vertientes para favorecer su comprensión, desde lo teórico, lo ideológico y lo metodológico, ya que como razona Barberis²³, "un problema metodológico: ¿qué autoriza a hablar de diversas tesis sostenidas por autores diferentes bajo varias etiquetas en términos de una (nueva) teoría del derecho? después, un problema ideológico:

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM". N°. 4. 2015, p. 472. Ahumada, María Ángeles. *Neoconstitucionalismo y constitucionalismo*. En: "P. Comanducci, M. A. Ahumada y D. González Lagier. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo". Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 134. Sanchís, Pedro. *¿Neoconstitucionalismos? (un catálogo de problemas y argumentos)*. En: "Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez", N° 44, 2010, p. 463. Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Cap. 3, segunda parte. UNAM, México, 1993. p. 234.

¹⁹ Ver: Edwin Figueroa Gutarra. Dimensiones del Estado neoconstitucional. Disponible: <https://edwinfigueroag.wordpress.com/9-neoconstitucionalismo-e-interpretacionconstitucional/>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

²⁰ Comanducci, asume esta clasificación tripartita del neoconstitucionalismo y para ello se apropia de la conocida la distinción, formulada por Bobbio, entre tres tipos, o tres acepciones, de positivismo jurídico, lo que a su juicio facilita su comprensión y la significativa la confrontación crítica entre tipos homogéneos de positivismo y, respectivamente, de neoconstitucionalismo. Permite; es del criterio, además, que dicha distinción permite advertir las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Ver: Comanducci, Paolo. *Constitucionalización y teoría del derecho*. Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, 23 de agosto 2005. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Disponible: <http://www.acader.unc.edu.ar>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

²¹ Ver: Orive González, Carlos Marcelo. *La aplicación del neoconstitucionalismo como instrumento de protección y garantía de los derechos fundamentales en la interpretación constitucional*. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta 12 de junio de 2019.

²² De acuerdo con Carrillo de la Rosa, hoy se identifican dos formas de neoconstitucionalismo uno positivista (teórico) y otro antipositivista (ideológico y metodológico). Ver: Carrillo de la Rosa, Yezid. *Aproximación a los conceptos de neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. En: "Revista Saber, Ciencia y Libertad". Julio 2010. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

²³ Ver: Barberis, Mauro. *¿Existe el Neoconstitucionalismo?*, En: *Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. N°. 4. 2015, p. 459.

admitiendo después de todo la existencia del neoconstitucionalismo, ¿cómo conviene definirlo y reconstruirlo? Por último, problemas teóricos: ¿el neoconstitucionalismo representa una alternativa teórica plausible al positivismo jurídico?

El neoconstitucionalismo metodológico se presentan como una ideología y se diferencia del positivismo metodológico y conceptual, defiende la tesis de la vinculación o tesis identificativa entre derecho y moral, que sustenta, la existencia de una conexión conceptual necesaria, no contingente, entre el derecho y la moral, que se expresa en la inclusión de principios constitucionales y derechos fundamentales en las nuevas constituciones. Entre los neoconstitucionalistas metodológicos se identifican a Ronald Dworkin²⁴, Robert Alexy²⁵, Gustavo Zagrebelsky²⁶ y Luigi Ferrajoli.²⁷

²⁴ Ver; Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, trad. de M. Guastavino. Ariel, Barcelona, 1984. *Id.* El Imperio de la Justicia. Gedisa, Barcelona, 1988. *Id.* *Freedom's Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996. *Id.* Justicia para erizos. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014. *Id.* Derechos, libertades y jueces. Centro de Estudios Carbonell. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2015.

²⁵ Ver: Alexy, Robert. El concepto y la validez del Derecho, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994. *Id.* Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. *Id.* La institucionalización de la justicia. Editorial Comares, Granada, 2005. *Id.* Teoría de la argumentación jurídica: La teoría racional como teoría de la fundamentación jurídica. Palestra Editores, Lima, 2007. *Id.* Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. *Id.* El concepto y la naturaleza del Derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008. *Id.* Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático, en Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trotta, Madrid, 2009. *Id.* Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático (A. García Figueroa, trad.). En “M. Carbonell (ed.) Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, 2010.

²⁶ Ver: Zagrebelsky, Gustavo. La corte constitucional u la interpretación de la constitución. Editorial: Tecnos. Madrid. 1987. *Id.* El derecho dúctil. novena edición. Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 14. *Id.* Una atormentada apología de la ley. En: “Fe en el Derecho”. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009. *Id.* *La ley y su justicia*. Editorial Trotta, Madrid, 2016.

²⁷ Ver: Ferrajoli, Luigi. *Derechos fundamentales*. En: “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Trotta, Madrid, 1999. *Id.* Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2000. *Id.* *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*. En: “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. Trotta, Madrid, 2001. *Id.* Democracia y garantismo. Editorial Trotta, Madrid, 2008. Ferrajoli Luigi, Moreso José y Atienza Manuel. La teoría del Derecho en el paradigma constitucional. Fontamara, México, 2010. Ferrajoli, Luigi. Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX. Palestra Editores, Lima, 2010. Ferrajoli, Luigi., et al., Un debate sobre el constitucionalismo. Marcial Pons, Madrid, 2012. Ferrajoli, Luigi. La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo como modelo teórico y como proyecto político. Editorial Trotta, Madrid, 2014. *Id.* El Derecho como sistema de Garantías. En: “Derechos y Garantías: La Ley del más Débil”. Editorial Trotta, Madrid, 2009. *Id.* Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En: “Un debate sobre el constitucionalismo”. Ferrajoli, Luigi, (et al.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012. *Id.* Derechos fundamentales y garantismo. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2015.

La idea central del pensamiento de *Dworkin* consiste en que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios; las reglas son sólo uno de los diversos estándares jurídicos, existe también la categoría de los principios; entre reglas y principios hay una diferencia cualitativa y no meramente cuantitativa; la regla de reconocimiento permite individualizar reglas jurídicas, pero no los principios jurídicos; y, no hay solución de continuidad entre principios morales y principios jurídicos²⁸. Es importante la consideración de *Dworkin* como partidario de la visión unificada entre el derecho y la moralidad, cuando sostiene que el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política y que su práctica interpretativa es compatible con no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello que es el derecho y a aquello que debe ser el derecho²⁹.

En esa misma línea *Robert Alexy*³⁰ aporta que “la presencia de los principios en un sistema jurídico, en tanto mandatos que se pueden optimizar, como los de dignidad humana, libertad, igualdad, democracia, estado de derecho y estado social, tiene consecuencias tanto en el carácter de dicho sistema jurídico, como en el concepto de derecho donde la pretensión de corrección resulta esencial y es claro que para este pensador, la tarea de optimización del derecho es siempre también moral”.

En esa misma línea de pensamiento, *Manuel Atienza* y *Juan Ruiz Manero*³¹ sostienen que el derecho no puede verse exclusivamente como sistema sino además como

²⁸ Dworkin citado por Carbonell, Miguel. *El Neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: “Teoría del neoconstitucionalismo”. Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 176. García, Juan. *Iusmoralismo* (s). Dworkin, Alexy, Nino. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2015, p. 55. García, Domingo. *Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Ara Editores, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2018, p. 37.

²⁹ Dworkin citado por Moreso, José J., *La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*. En: “¿Existe el neoconstitucionalismo?, Razones, debates y argumentos”. (Ortega, Santiago, Director), Editorial Jurista, Lima, 2013, p. 303.

³⁰ Alexy, Robert. Op. Cit., p. 163.

³¹ Ver: Atienza, Manuel y Ruiz Manero, J. *Las piezas del derecho*. Editorial Ariel. Barcelona, 1996, p.35.

una práctica social consistente en decidir casos, en justificar esas decisiones, en producir normas, etc. y al respecto, caracterizan los siguientes rasgos del derecho principialista o argumentativo, que defienden: 1) la conexión entre el derecho y la moral, y con ello, la crítica al positivismo jurídico; 2) la relación entre principios y reglas; y, 3) el papel de la ponderación en la jurisdicción. Los derechos, en concepción de estos autores, tienen una dimensión normativa pero también poseen una dimensión axiológica o valorativa, sin la cual la noción de derecho fundamental resulta incomprensible.

Desde otro punto de vista, *Luigi Ferrajoli*³² reivindica un constitucionalismo normativo o garantista que persigue el cumplimiento de las promesas que incorporan las constituciones de los Estados constitucionales, en orden a la satisfacción efectiva de los derechos fundamentales de los individuos, y en tal sentido, concibe al constitucionalismo en tanto sistema jurídico, como un conjunto de límites y vínculos, no sólo formales sino también sustanciales, rígidamente impuestos a todas las fuentes normativas por normas supraordenadas; y, como teoría del derecho, a una concepción de la validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.

Para contribuir a los fundamentos anteriores, es necesario tener en cuenta el planteamiento de *Carlos Santiago Nino*³³ quien enfatiza en la necesidad de ver al derecho como una prolongación de concepciones morales que se consideran válidas, como normas jurídicas moralmente justificadas; las normas jurídicas,

³² Ver: Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, Op. Cit., p. 9.

³³ Ver: Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Edit. Ariel, 12ª edición, Barcelona, 2003, p. 6.

señala, gozan de la misma validez que las pautas morales ya que esa validez deriva en realidad, de ciertos principios valorativos que otorgan legitimidad a los órganos jurídicos respectivos.

Como resumen, y dándose continuidad a las visiones anteriores se coincide con Nino³⁴, cuando plantea que lo importante del Derecho es que constituye un espejo en el que se reflejan los datos básicos de la sociedad que los científicos sociales están interesados en analizar, a partir de los factores que condicionan el dictado de las normas y las reacciones en cuestión, y conocer cómo ellas son percibidas por la comunidad.

Conforme a las posiciones teóricas anteriormente señaladas, la tesis de que el derecho y la moral tienen una relación esencial puede entenderse de diversas maneras: 1) que tal relación es de índole fáctica; 2) que esta conexión es de tipo valorativo o normativo (el derecho debería incorporar la moral crítica, por lo cual es necesario defender un objetivismo mínimo en ética); y, 3) que la conexión entre derecho y moral es de índole conceptual³⁵.

En esa línea de pensamiento, Susana Pozzolo³⁶ emplea el término neoconstitucionalismo para aludir a la perspectiva *iusfilosófica* que se propone como vía media entre el *iuspositivismo* y el *iusnaturalismo*, evitando el defecto del legalismo *iuspositivista* (o sea el legiscentrismo y la aplicación formalista del principio de legalidad, que no mira al contenido de las normas sino solo a sus formas, o sea a su mera validez formal) a través de la importancia jurídica atribuida y reconocida a la Constitución, sobresaliendo e incentivando la invasividad; el neoconstitucionalismo adopta una noción específica de Constitución que ha sido

³⁴ *Ibidem*, p. 7.

³⁵ Roca, Atienza y Ruiz Manero, J., Derecho y razonamiento práctico en Carlos Santiago Nino. Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, 2004, p. 55.

³⁶ Ver: Pozzolo, Susana. *Metacrítica del neoconstitucionalismo*. En: “¿Existe el neoconstitucionalismo?, Razones, debates y argumentos” (Ortega, Santiago, Director), Editorial Jurista, Lima, 2013, p. 55.

denominada “modelo normativo de la Constitución concebida como norma”.

Por su parte, *Gustavo Zagrebelsky*³⁷ utiliza la imagen de la ductilidad para caracterizar el carácter esencial del derecho en el Estado constitucional y precisa que la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir; la Constitución, puntualiza este autor, es la única forma posible en la actualidad de restaurar la vertiente material del derecho, la que tiene que ver con su justedad³⁸.

En el caso de la concepción del neoconstitucionalismo como una ideología, se debe precisar que se diferencia de la ideología constitucionalista, que presenta como objetivo primordial garantizar los derechos fundamentales y deja en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal, lo cual era prioridad en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, lo que tiene su explicación en el hecho de que el poder estatal hoy apoya al modelo de Estado constitucional y democrático de derecho. El neoconstitucionalismo ideológico no se limita a puntualizar los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente, promueve su defensa y ampliación, hace especial hincapié en la necesaria creación de todos los mecanismos institucionales para la tutela efectiva de los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

El neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación

³⁷ Ver: Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil...* Op. Cit., p. 14.

³⁸ Ver: Zagrebelsky, Gustavo. *La ley y su justicia*. Op. Cit., p. 134.

moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que se crean conforme al sentido de la Constitución; este pone generalmente de relieve una radical especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de la ley y a la aplicación de la ley.

El neoconstitucionalismo como ideología, propugna la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral y la valora como positiva, lo que explica que la constitucionalización de los sistemas jurídicos excluya la obediencia ciega al derecho legislado (antiformalista y antilegalista) y, en su defecto, prescriba la obligación moral de obedecer la constitución y las normas establecidas conforme a su sentido. En este particular Comanducci³⁹ identifica como una característica del neoconstitucionalismo ideológico, la exigencia de realizar una interpretación y lectura moral de la Constitución. Entre los principales precursores del neoconstitucionalismo ideológico se identifican a *Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Ronald Dworkin y Paolo Comanducci*.

El neoconstitucionalismo teórico, como teoría del derecho, tiene como cometido esencial describir los logros de la constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos. Con el surgimiento del neoconstitucionalismo se produce un proceso de positivización de un amplio catálogo de derechos fundamentales en las constituciones, las que se caracterizan por la presencia con gran fuerza de principios y reglas, y por algunas particularidades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.

³⁹ Comanducci, Paolo. Constitucionalización y teoría del derecho. Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, 23 de agosto 2005. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. República Argentina. Disponible: <http://www.acader.unc.edu.ar>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

Como teoría, el neoconstitucionalismo representa una alternativa respecto a la teoría *iuspositivista* tradicional, las nuevas constituciones hoy no son reflejos de estatismo, legiscentrismo y el formalismo interpretativo, tres de las características destacadas del *iuspositivismo* teórico decimonónico. Entraña un amplio catálogo de libertades y derechos fundamentales, de aplicación inmediata y eficacia directa, diagrama el poder político y consagra la soberanía popular.

El neoconstitucionalismo teórico, se opone al positivismo teórico, que se interesa por describir o reconstruir el modelo de sistema jurídico que surge de la constitucionalización de los sistemas jurídicos contemporáneos y que sería compatible con el positivismo actual, en la medida en que sólo acepta, al igual que el positivismo metodológico, la tesis de la conexidad contingente entre derecho y moral. Al respecto, *Ferrajoli*⁴⁰ sostiene que el neoconstitucionalismo no pretende poner en crisis o eliminar la tesis de la separación entre derecho y moral, sino completar el paradigma positivista.

El neoconstitucionalismo teórico asume la insuficiencia del modelo de las reglas respecto a los estándares normativos del derecho contemporáneo y en defecto asimila la existencia de los principios y reconoce la necesidad de la ponderación para la adjudicación del derecho. Entre los máximos representantes del neoconstitucionalismo teórico se identifican *Ronald Dworkin*, *Robert Alexy* y *Luigi Ferrajoli*.

Como resultado el estudio realizado, el neoconstitucionalismo, como corriente constitucional, es asumido en el trabajo de tesis que se presenta, como expresión de la nueva cultura jurídica, caracterizado por la inclusión de elementos materiales en la Constitución, que le proporcionan un contenido sustancial al sistema

⁴⁰ Ver: Ferrajoli, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales*. Op. Cit., p.43.

jurídico erigido sobre principios de dignidad, libertad, equidad, democracia y materializados mediante la aplicación del derecho con arreglo a la proporcionalidad, la ponderación y la conexidad.

Respecto a la recepción del neoconstitucionalismo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, *Jorge Zavala Egas*⁴¹, señala que el sistema constitucional surgido del Texto Fundamental del 2008, determina el efecto irradiación de los derechos fundamentales, en el sentido de que toda ley y demás normas, así como los actos del poder público, incluido el poder constituyente, deben adecuarse en la forma y en el contenido a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades, por lo que en ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos reconocidos en la Constitución.

Por su parte, *Alfonso Zambrano Pasquel*⁴² sostiene que la aplicación de la corriente neoconstitucionalista tiene carta de residencia en los fallos que viene expidiendo la Corte Constitucional, lo que deberá reflejarse en la calidad y certeza jurídica de los fallos de la justicia ordinaria. Y en esa línea de pensamiento, el profesor *Juan Ponce* resume los rasgos más significativos del

⁴¹ Zavala, Jorge. Derecho Constitucional. Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex Editores, Guayaquil, 2010, p. 61. En igual sentido, Abarca, Luis. El Estado constitucional de derechos y justicia social y sus instituciones tutelares. Universidad San Francisco, Quito, 2009, p. 33. Anchaluiza Shive, Christian. El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponible: www.corteidh.or.cr. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019. Andrade Ubidia, Santiago. *La Función Judicial en la vigente Constitución de la República*. En: “La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones”. Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 24.

⁴² Ver: Zambrano Pasquel, Alfonso. Del Estado constitucional al neoconstitucionalismo. Edilex Editores, Guayaquil, 2011, p. 55. En igual sentido Ávila, Luis Fernando. *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución del 2008 en el contexto andino*. Revista: “Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 32. Ávila Santamaría, Ramiro. *Estado constitucional de derechos y justicia*. En: “La Constitución del 2008 en el contexto andino”, Editor Ramiro Ávila, Quito, 2009, p.12.

neoconstitucionalismo en el contexto ecuatoriano y señala que el ordenamiento jurídico ahora no sólo está compuesto de reglas sino también de principios, se prioriza la ponderación para la aplicación del derecho versus la subsunción estrictamente legal, la supremacía de la sustancia o contenido de la Constitución versus la regla como ley o norma, la primacía de los valores contenidos en los principios constitucionales versus las normas en abstracto⁴³.

Para caracterizar y explicar los rasgos que definen y fundamentan el perfil neoconstitucionalista del ordenamiento jurídico del Ecuador, es pertinente, en primer lugar, destacar el criterio sistematizador de Miguel Carbonell⁴⁴, quien plantea tres distintos niveles de análisis en torno al tema. En primer lugar, el neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX; se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos alrededor de amplios catálogos de derechos fundamentales.

En segundo lugar, la práctica jurisprudencial de los tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante; los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo, puesto que entran en juego las técnicas interpretativas propias

⁴³ Ver: Ponce, Juan. *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, p. 14. Similar criterio sostienen; Ávila, Luis Fernando. Op, Cit., p. 30. Ávila Santamaría, Ramiro. Op, Cit., p.12.

⁴⁴Ver: Carbonell, Miguel. *El Neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: “Teoría del neoconstitucionalismo”. Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 9.

de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etc.; los jueces tienen que trabajar con "valores" que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.

En tercer lugar, los desarrollos teóricos novedosos que parten de los textos constitucionales con fuerte contenido sustantivo y de la práctica jurisprudencial con tendencia activista, pero también aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no sólo a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo: son importantes a este respecto, las aportaciones teóricas de *Ronald Dworkin*, *Robert Alexy*, *Gustavo Zagrebelsky*, *Carlos Nino*, *Luis Prieto Sanchís*, *Manuel Atienza* y *Luigi Ferrajoli*, entre otros ya mencionados.

Como síntesis de los planteamientos expuestos, cabe enfatizar que no existe un único y uniforme concepto de neoconstitucionalismo, sin embargo es posible inferir algunos rasgos generales en relación al conjunto de enfoques teóricos de los autores examinados: 1) predominio de los principios sobre las reglas; 2) uso frecuente de la ponderación y no sólo de la subsunción; 3) presencia activa de los jueces en la determinación del derecho; 4) reconocimiento del pluralismo valorativo del derecho; y, 5) carácter invasivo de la Constitución en todos los ámbitos del derecho.

Vinculado con el neoconstitucionalismo y como su expresión institucional manifiesta, es necesario examinar el significado del Estado constitucional en tanto respuesta jurídico política fundada en nuevos valores-derechos, la aplicación de mecanismos de democracia participativa para el control político y jurídico del

ejercicio del poder y la consagración de un catálogo de principios y derechos fundamentales que sustentan y legitiman el funcionamiento de la nueva institucionalidad política.

El modelo de Estado constitucional se puede definir a partir de tres factores relevantes: la supremacía constitucional y la prevalencia de los derechos fundamentales; la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos; y, la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute y a la efectividad de los derechos⁴⁵.

Lo anterior explica que, el paso del Estado legislativo (sometimiento del poder público a la ley), al Estado constitucional, presuponga la afirmación del carácter normativo de las constituciones, que pasan a integrar un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible, en línea de principio, para todos los poderes del Estado. Las normas constitucionales son vinculantes –de modo que queda definitivamente superada la imagen débil de la juridicidad constitucional característica del período liberal- al ser situadas por encima de los poderes del Estado y fuera del campo de acción y pugna política.

En esta misma dirección de pensamiento, Marina Gascón⁴⁶ pone de manifiesto que, “aunque lo que haya de entenderse por Estado constitucional parece una cuestión abierta o en todo caso sometida a debate, podría decirse de una forma genérica y puramente aproximativa, que constitucionales son todos aquellos sistemas donde, junto a la ley, existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos

⁴⁵ Ver: Peña, Antonio. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Editorial Trotta, España, 1997, p. 59

⁴⁶ Ver: Gascón, Mariana. *Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político*. En: “Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo.” Tomo VI (Ortiz, D. y Aquize, K., Coords.), Ara Editores, Lima, 2013, p. 57.

de los individuos y que tiene, por ello, carácter normativo: la constitución (y la carta de derechos que incorpora) ya no es un trozo de papel o un mero documento político, un conjunto de directrices programáticas dirigidas al legislador, sino una auténtica norma jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento".

Para una mayor caracterización del Estado constitucional, desde una perspectiva democrática y con énfasis en los derechos, *Peter Häberle*⁴⁷ sostiene como elementos constitutivos de este modelo, ante todo, a los derechos de igualdad y de libertad que se derivan de la dignidad de la persona: garantizan la apertura del ordenamiento y del proceso político desde el ciudadano.

*Luis Prieto Sanchís*⁴⁸ señala como rasgos singulares del Estado constitucional de derecho y como novedades que aporta este modelo: el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución, la rematerialización constitucional, la garantía judicial, la aplicación directa de la Constitución y la rigidez constitucional.

En el Estado constitucional de derecho, según *Prieto Sanchís*⁴⁹, la Constitución no se limita a fijar reglas de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos, sino que es concebida como la encarnación de un proyecto de transformación social y política y condiciona las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la salud, de las relaciones laborales, etc.

⁴⁷ Ver: Häberle, Peter. *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*. En: "La ciencia del Derecho Procesal Constitucional", Tomo I, Editorial Marcial Pons, México, 2008, p. 765.

⁴⁸ Ver: Prieto Sanchís, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Palestra Editores, Lima, 2013

⁴⁹ Ver: Prieto Sanchís, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, En: "Neoconstitucionalismo (s)", Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 123 y ss.

En el modelo de Estado constitucional de derecho se propone un paradigma distinto al del Estado liberal del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, a partir de la reafirmación –mediante la Constitución- del principio de la soberanía popular y la eliminación del principio de la soberanía del Estado, expandiendo su esfera hacia los derechos económicos, sociales y culturales, como así también hacia los derechos colectivos. En este paradigma la Constitución se concibe como un mecanismo dirigido a la protección de los derechos y también se proyecta como una gran norma directiva que compromete solidariamente a todos en la obra dinámica de la eficaz realización de los objetivos constitucionales⁵⁰.

El Estado constitucional, según definición de *Josep Aguiló*⁵¹, es el sistema jurídico-político que cuenta con una Constitución rígida o formal, que responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos, es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología; la Constitución tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política, de manera que se pueda afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, desempeñar su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político.

La Corte Constitucional colombiana define al Estado constitucional enfocado como respuesta jurídico política derivada de la actividad intervencionista del Estado, fundada en nuevos valores-derechos

⁵⁰ Ver: Gil Domínguez, Andrés. *Escritos sobre Neoconstitucionalismo*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 18. Abarca, Luis. *Op. Cit.*, p. 25. Aguilera, Rafael. *Op. Cit.*, p. 37.

⁵¹ Ver: Aguiló Regla, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Editorial Palestra. Lima, 2004, p. 509.

consagrados por la segunda y tercera generaciones de derechos humanos que se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política⁵².

El Tribunal Constitucional peruano, por su parte, abona al desarrollo teórico latinoamericano sobre la materia, cuando define la configuración de su modelo de Estado a partir de dos elementos esenciales: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.⁵³

El Estado constitucional, en mérito a las consideraciones planteadas es una manifestación de la idea de Estado de derecho, de lo cual se establece, inequívocamente, que el Estado constitucional de derecho incorpora junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad.

En el plano ecuatoriano, con la aprobación de la Constitución de 2008 se propicia la entrada del Ecuador al neoconstitucionalismo, y con ello, la adopción del modelo de Estado Constitucional, ya que el referido texto constitucional presenta fuerza normativa y eficacia directa, lo que propicia la constitucionalización

⁵² Ver: Sentencia T-406, 1992. Corte Constitucional de Colombia, Disponible: www.corteconstitucional.gov.co. Fecha de consulta: 13 de marzo de 2018.

⁵³ Ver: Sentencia STC Exp.00008-2003-P/TC. Tribunal Constitucional del Perú, Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 16 de marzo de 2018.

de la justicia, donde la Corte Constitucional ostenta el rol protagónico como máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional, con capacidad para producir jurisprudencia vinculante, lo cual implica la transformación de la estructura del sistema de fuentes, de los procedimientos metodológicos y de los contenidos esenciales en torno a la aplicación judicial del derecho, lo que hace suponer que se ha producido una constitucionalización del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El modelo creado instituye un tribunal especializado para la interpretación y concreción de los principios y valores de la Constitución: la Corte Constitucional, cuyas decisiones son vinculantes, erigiéndose en órgano facultado para la producción de normas jurídicas, a través de los precedentes constitucionales, de obligatoria aplicación en el ámbito de la impartición de justicia ordinaria.

La adopción por parte del Ecuador de la fórmula del paradigma del Estado constitucional, involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende, perfeccionar al Estado derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social.

La adopción del neoconstitucionalismo por el derecho ecuatoriano, implica una revolución en los órdenes conceptual y doctrinaria y el Estado constitucional implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación

y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico interno con el internacional y otros vectores de similar importancia.

Al juzgar por los rasgos expuestos que distinguen el nuevo modelo constitucional, es evidente que el ordenamiento jurídico del Ecuador se alinea en la matriz ideológica del neoconstitucionalismo y que la recepción de sus principios abre cauces diferentes para estudiar, comprender, interpretar y vivir el derecho, superando la tradición positivista que perduró hasta el año 2008.

El Estado constitucional de derecho, como modelo jurídico político que adopta la Constitución actual del Ecuador, encuentra su fundamento en el artículo 1 del Texto Fundamental, cuando reconoce que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”; fórmula jurídico política que se explica a través del desagregado de los componentes que lo configuran: constitucional, porque la Constitución es norma jurídicamente aplicable, es material, orgánica y procedimental, determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del poder; de derechos, por una doble dimensión: la pluralidad jurídica, es decir, el reconocimiento de múltiples sistemas jurídicos que coexisten, y la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y sobre la ley; de justicia, porque ésta es el fin que persigue la organización social y política, es sinónimo de plasmación práctica de los derechos reconocidos en la Constitución.

En el Estado constitucional del Ecuador se pueden identificar las siguientes características⁵⁴:

⁵⁴ Ver: Sentencias No. 002-09-SAN-CC, Caso 0005-08-AN; S.R.O. No. 566 de 8 de abril de 2009, p. 25. Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, R.O 479, de 02-10-2008, p. 12. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

1. Existencia de una Constitución rígida que, no sea modificable por la legislación ordinaria de manera sencilla;
2. Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;
3. Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
4. Interpretación extensiva del texto constitucional, que se verifica en la presencia de sus principios y normas, sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;
5. Directa aplicación de la Constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del Estado o entre éste y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;
6. Interpretación constitucional de las leyes; y,
7. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.

A partir de las posiciones expuestas, se puede afirmar el canon neoconstitucional instaurado en el derecho ecuatoriano desde la vigencia de la Constitución de 2008, y a este respecto, deben argumentarse los siguientes elementos configuradores del modelo normativo constitucional del Ecuador:

1. El nuevo modelo constitucional no se limita a la diagramación del poder sino que contiene un ambicioso catálogo de principios y derechos a los que se reviste del carácter de inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, al tiempo que sistematiza y articula un amplio espectro de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado hacia el objetivo estratégico del

buen vivir, los derechos del buen vivir, el régimen del buen vivir y el régimen de desarrollo para hacerlos posible, así como establece como el más alto deber del Estado, respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

2. Establece un conjunto de garantías para asegurar la supremacía de la Constitución y los derechos en ella consagrados: garantías normativas, institucionales, de políticas públicas y jurisdiccionales;
3. Define al Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, por lo que se adhiere a la corriente filosófica, jurídica y política del Estado justo, la tutela fuerte de los derechos, la fuerza normativa de la Constitución y el principio democrático de soberanía popular;
4. Está dotado de un conjunto amplio de principios, así como de reglas, que articulan valores jurídicos y éticos, en perspectiva identificativa y justificativos entre derecho y moral.

El nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia instituido por la Constitución ecuatoriana, permite visualizar las innovaciones en dos áreas: la teoría del derecho y el modelo político de Estado. El Estado constitucional ayuda a responder quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener éstas. El Estado de derechos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se las expide. El Estado de justicia nos resuelve el problema del por qué el Estado⁵⁵.

Puede concluirse que el neoconstitucionalismo se identifica como una nueva corriente del derecho constitucional antipositivista, neopositivista, en la que la

⁵⁵ Ver: Barbosa Gomes de Oliveira Filho, Gabriel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano: el estado moderno en contextos pluralistas*. En: "Panor. Braz. law - Year 4"- N° 5 y 6, ISSN 1075-1343, 2016. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019. Barroso, Luis. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. En: "¿Existe el neoconstitucionalismo?, Razones, debates y argumentos" (Ortega, Santiago, Director), Editorial Jurista, Lima, 2013. Ávila Santamaría, Ramiro. *Estado constitucional de derechos y justicia*. Op. Cit., p. 19. Ávila, Luis Fernando. Op. Cit., p. 30.

Constitución tiene un fuerte contenido material o sustancial y axiológico, como expresión del Estado Constitucional es una teoría que persigue limitar el poder de los gobernantes, garantizar la protección de los derechos fundamentales de la persona, lo que se concreta al reconocer como esencial en la aplicación del derecho el valor justicia y en admitir el necesario vínculo entre el derecho y la moral, en virtud de lo cual los jueces deben ser sujetos activos en la aplicación del derecho reconocido en la Constitución.

El Estado constitucional de derechos y justicia que consagra la Constitución del Ecuador, transita del principio de legalidad al de constitucionalidad, cesa con el monopolio del sistema jurídico de la ley escrita estructurado bajo el modelo continental, puesto que junto a este sistema existen otros que tienen igual reconocimiento y validez, se organiza y funciona a fin de realizar la justicia social, que en definitiva es la justicia para todos y debe garantizar en todo momento la vigencia de los derechos humanos: esto último constituye el eje central del actuar íntegro del Estado.

La irrupción de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, es parte del proceso de transformaciones fundamentales del ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir de la nueva Constitución, en el marco más amplio de la recepción de los postulados del neoconstitucionalismo y la instauración de su modelo jurídico- político, el Estado constitucional. En esta perspectiva de análisis, es necesario destacar que los diferentes enfoques doctrinarios expuestos, aportan a la configuración del marco teórico que permite explicar su incidencia en las nuevas tendencias del derecho ecuatoriano y en particular en la conformación de la estructura del sistema fuentes y el surgimiento del nuevo rol de la jurisprudencia constitucional.

I. 2. El constitucionalismo ecuatoriano en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano

En este epígrafe es pertinente enfatizar, los aportes del constitucionalismo ecuatoriano anteriormente descritos, en el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano, y hacer una mirada comparativa a los procesos constituyentes de países vecinos, a fin de identificar elementos comunes que los caracterizan, para ello se analizan las constituciones de Venezuela, Bolivia y por supuesto Ecuador, estimada una de las más avanzadas y representativa de este nuevo movimiento constitucionalista.⁵⁶

La idea de la existencia de un nuevo constitucionalismo latinoamericano⁵⁷, alcanza cierto desarrollo teórico a partir de los movimientos sociales que tiene lugar a fines del siglo pasado en parte de América Latina, en los que florece el poder constituyente a través de una asamblea plural, en la que se ven representados los más disímiles grupos sociales, se aprueban constituciones con serias implicaciones en el respeto y concreción de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y se potencia en rol del Estado en pos

⁵⁶ Ver: Sosa Sacio, Juan Manuel. ¿Qué es el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau. Gaceta constitucional N°52. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.p.8. Belloso Martín, Nuria. *El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?* En: “Cuadernos electrónicos del Filosofía del Derecho”, Número 32, ISSN: 1138-9877. 2015, p. 21. Rolla, Giancarlo. *La evolución del constitucionalismo en américa latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional*. En: “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”. ISSN 1138-4824, núm. 16, Madrid, 2012, pp. 329-351. Villabella Armengol, Carlos Manuel. Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma?, México, Mariel, 2014, pp. 87-93. Salazar, Pedro. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*. En: “El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo”, González Pérez, Luis Raúl y Valdés, Diego (Coords.), México, UNAM, 2013, p. 44.

⁵⁷Viciano Pastor y Martínez Dalmau citado por Osorio Gómez, Octavio. Ver: Osorio Gómez, Octavio. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano frente al neoconstitucionalismo*. En: “Revista Hechos y Derechos”. N° 32 de marzo abril 2016. Disponible: <https://revistas.juridicas.unam.mx>. Fecha de consulta: 13 de julio de 2019.

del desarrollo económico social de los países con mayor participación ciudadana en la administración estatal, identificándose con gobiernos de izquierda que promueven la inclusión social⁵⁸.

Las constituciones estudiadas de Venezuela⁵⁹, Bolivia⁶⁰ y Ecuador⁶¹ presentan rasgos comunes que hacen suponer la existencia de una nueva corriente constitucional en la región latinoamericana, entre los que se destacan una gran presencia de principios, valores y mandamientos al Estado, profundo reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales del ciudadano, con especial énfasis en el reconocimiento de la diversidad cultural y étnica y el derecho a un medio ambiente sano, se asume a la naturaleza como sujeto de derecho.

En las modernas constituciones estudiadas también se reconocen los derechos de igualdad ante la ley, con la prohibición de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen o creencia religiosa y se presta especial protección a los derechos de grupos minoritarios que históricamente se habían desconocidos; reconocen la obligación del Estado de desarrollar políticas de acción afirmativa que aseguren se concrete la igualdad real de todos los derechos para todos los ciudadanos, de manera específica asumen la

⁵⁸ Anchaluiza Shive, Christian. El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p.115. Disponible: www.corteidh.or.cr. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019. Barbosa Gomes de Oliveira Filho, Gabriel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano: el estado moderno en contextos pluralistas*, En: “Panor. Braz. law - Year 4” - Número 5 y 6, ISSN 1075-1343, 2016. p.377. Disponible: [tps://dialnet.unirioja.es](https://dialnet.unirioja.es). Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019. Ramiro Campero, Israel. Nuevo constitucionalismo latinoamericano? Disponible: <http://www.revistasbolivianas.org.bo>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019.

⁵⁹ Ver: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999. Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁶⁰ Ver: Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. De fecha 7 de febrero de 2009. Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

⁶¹ Ver: Constitución de la República del Ecuador. Disponible: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2019.

supremacía constitucional y la eficacia directa de los derechos.

Una característica puntual de estas constituciones, resulta que atribuyen al Estado un real protagonismo en el logro de objetivos sociales, así como aseguran diversas vías de participación directa del ciudadano en las funciones públicas que facilitan su empoderamiento. De esta forma se presentan como constituciones con programas de claro contenido económico, prevén instituciones garantistas de los contenidos constitucionales, como la Corte de Constitucionalidad o el Tribunal Constitucional, todo lo que facilita el control de la actuación estatal en correspondencia con el mandato constitucional.

La mirada comparativa que se realiza es tanto más importante, en la medida que permite destacar lo que viene ocurriendo en el contexto latinoamericano, donde el neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho calan cada vez más en las concepciones y las prácticas jurídicas, al punto que se va configurando una teoría del derecho constitucional y del Estado acorde a las realidades de la región desde sus propias perspectivas socioeconómicas y culturales, bajo la denominación del nuevo constitucionalismo latinoamericano con sus componentes de pluralismo jurídico, diversidad cultural y reivindicaciones sociales y estructurales⁶².

El Texto Fundamental al definir al Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia, provoca un tránsito institucional que ubica al país dentro del "paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano", proceso

⁶² Ver: Rajlad, B., Benente, M. y Muñoz, K., Nuevos procesos constitucionales en América, Ediciones Legales, Quito, 2013. Anchaluiza Shive, Christian. El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, p.115. Disponible: www.corteidh.or.cr. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019. Barbosa Gomes de Oliveira Filho, Gabriel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano: el estado moderno en contextos pluralistas*, En: "Panor. Braz. law - Year 4" - Número 5 y 6, ISSN 1075-1343, 2016. p.377. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019. Ramiro Campero, Israel. Nuevo constitucionalismo latinoamericano? Disponible: <http://www.revistasbolivianas.org.bo>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019.

que puede considerarse de renovación y fortalecimiento del constitucionalismo, de dinamismo creativo y de autenticidad democrática de los supuestos constituyentes, eficacia y fuerza creciente de la defensa de la Constitución, potenciada por la conciencia generalizada de su relevancia para realizar el programa social de las mayorías .

La Ley Fundamental ecuatoriana de 2008 hace parte de las nuevas constituciones de América Latina que preconizan que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, garantizar la totalidad de los derechos incluidos los sociales y los económicos, establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que pueden ser activados por la ciudadanía y generar reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía.

Para la Corte ecuatoriana, el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia entraña tres efectos esenciales: el reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales; el tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; y, la existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales⁶³. El Estado Constitucional supone “la aproximación máxima a la que ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, esto es, el

⁶³ Ver: Sentencia de jurisprudencia vinculante 001-10-PJO-CC., R.O.No.351-S- de 29-XII-2010, p. 4. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018.

ejercicio de los derechos que se imponen a la voluntad de quienes tienen el poder”⁶⁴.

En resumen, con arreglo a los enfoques doctrinarios expuestos, la norma superior y los criterios institucionales de la Corte Constitucional, son elementos básicos que configuran al Estado Constitucional diseñado por el Texto Fundamental de 2008:

1. La supremacía de la Constitución o reconocimiento de su carácter normativo superior;
2. La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica;
3. La garantía reforzada de los derechos;
4. El funcionamiento de una justicia especializada para los conflictos de orden constitucional; y,
5. El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho.

Según la configuración del modelo de Estado constitucional en el orden constitucional ecuatoriano, se establece que la Carta Fundamental deja de ser un programa político y se convierte en una norma jurídica de aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y sus garantías. Los derechos son enfocados como sinónimo de pluralismo jurídico y centralidad del ordenamiento jurídico y del sistema de justicia y se opera el tránsito del principio de legalidad al principio de constitucionalidad, del monopolio jurídico al pluralismo jurídico

Dado esos caracteres que se desprenden del nuevo diseño constitucional, el Estado se organiza y funciona para la realización de los derechos humanos, con el específico deber de garantizar sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, por lo que su más alto deber es respetar y hacer respetar

⁶⁴ Ver: Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, p. 12. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

los derechos garantizados en la Constitución⁶⁵. Y en este modelo jurídico político, el rol del juez es el de creador de derecho y garante de los derechos, así como la justicia es concebida como la plasmación práctica de los derechos fundamentales.

En una perspectiva integradora de análisis respecto de la incorporación del modelo de Estado constitucional en el Texto Fundamental del Ecuador, es preciso puntualizar que sus rasgos definitorios están expresados por la materialización del sistema jurídico, los derechos fundamentales como el núcleo valorativo del ordenamiento jurídico, la omnipresencia y ubicuidad de los derechos fundamentales, la ponderación como método para hacer frente a la estructura principalista de las normas constitucionales y la superioridad normativa de la Constitución que ya no es más una mera norma programática, aspectos que configuran el fenómeno de la constitucionalización del derecho o efecto expansivo de las normas constitucionales cuyo contenido material y axiológico se irradia con fuerza normativa por todo el sistema jurídico.

Como corolario de este análisis, se evidencia la estrecha relación que existe entre el neoconstitucionalismo y el Estado constitucional en la República del Ecuador, la que se expresa e integra en el modelo jurídico político que concibe en la actualidad, que asume el carácter normativo y la centralidad de la Constitución, así como de los derechos y garantías en ella establecidos, en el marco de la moral y la justicia sustancial, con una aplicación directa y vinculante, donde el juez ha de asumir un nuevo rol y con ello se dota de seguridad jurídica la administración de justicia al tener como epicentro los postulados constitucionales.

Conforme las coordenadas teóricas en las que se desenvuelve la investigación, hoy se puede hablar de

⁶⁵ Ver: Art. 3 núm.1; art. 11 núm. 9 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Disponible: <http://pdpa.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2019.

“neoconstitucionalismo andino”, como fenómeno constituyente de una subregión de Latinoamérica, en la que el Ecuador juega un importante rol, con especificidades propias, que lo diferencian del resto de Latinoamérica y más aún de Europa, con variables relativas a la interculturalidad y la pluriculturalidad, entre otras, con especial énfasis a las particularidades del “neoconstitucionalismo ecuatoriano” y sus aportes inéditos al constitucionalismo universal, a partir del proceso constituyente que dio lugar a la Carta Constitucional de 2008, sin desconocer que al “neoconstitucionalismo europeo”, le corresponde un extraordinario desarrollo teórico, normativo y jurisprudencial, de vigoroso carácter ecuménico o universal, que sin duda ha influenciado en América Latina⁶⁶.

I.3. La constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano

La constitucionalización del ordenamiento jurídico es un fenómeno inherente al neoconstitucionalismo y a su modelo de organización jurídico política, el Estado Constitucional, que según *Ricardo Guastini*⁶⁷ opera como el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales.

⁶⁶ Ordóñez, Jorge Benavides. *Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina*. En: “*Ius Humani. Revista de Derecho*” Vol. V, ISSN: 1390-440X-016, 2012, p. 173. Henríquez Viñas Miriam y Núñez Leiva, José Ignacio. *Una aproximación al nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: “Constitucionalismo y Procesos Constituyentes. Una revisión crítica al constitucionalismo latinoamericano”. Volumen II. (Gajardo Falcón, Jaime y Zúñiga Urbina, Francisco. Coordinadores). Editora Tomson Reuters, primera Edición, Santiago de Chile, 2016, p. 1.

⁶⁷ Ver: Guastini, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. En: “Neoconstitucionalismo (s)”, Editorial Trotta, Madrid, p. 50.

En ese sentido, para *Guastini*,⁶⁸ las principales condiciones de constitucionalización son: existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; garantía jurisdiccional de la Constitución; fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas "programáticas" sino "preceptivas"); "sobreinterpretación" de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; interpretación adecuada de las leyes.

Un ordenamiento jurídico se encuentra constitucionalizado, según *Guastini*⁶⁹, en circunstancias que la Ley Fundamental resulta extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales, por lo que son rasgos característicos del ordenamiento jurídico constitucionalizado: la rigidez y la garantía jurisdiccional de la Constitución, su fuerza vinculante, la sobreinterpretación constitucional, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Desde la misma perspectiva destaca *Luis Prieto Sanchís*⁷⁰, bajo la categoría de constitucionalismo fuerte, cuatro rasgos básicos: la Constitución es considerada como norma jurídica y no un catecismo moral o político, que vincula a sus destinatarios; además de norma formal o procedimental, la Constitución incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices,

⁶⁸ *Ídem*, p. 54.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Prieto Sanchís, Luis. Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho. Editorial Palestra, Lima, 2005, p.133.

etc., esto es, que la Constitución no sólo establece quién manda y cómo se manda, sino que pretende condicionar también en una amplia medida qué puede o debe mandarse; la tutela de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria; y, la Constitución habla de demasiadas cosas, lo hace en ocasiones con no poca imprecisión, se dirige a todos y no solo a las instituciones.

En esa línea de pensamiento, *Susanna Pozzolo*⁷¹ entiende a la constitucionalización del ordenamiento jurídico como el proceso dirigido a tornar la Constitución particularmente penetrante y capaz de condicionar todo ámbito de la legislación, la administración y la justicia, asumiendo la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquella de preservar el máximo de legalidad. En el modelo constitucionalista, acota Pozzolo⁷², que el derecho es una realidad dinámica, que consiste sobre todo, en una práctica social compleja, y su validez debe entenderse en términos sustanciales y la jurisdicción tiene entre sus tareas la interpretación adecuada de la ley a los principios constitucionales. El fenómeno de la constitucionalización del derecho comporta, para *Louis Joseph Favoreu*⁷³ un proceso que lleva a la unificación y simplificación del orden jurídico que borra la distinción entre derecho público y derecho privado, subordina las distintas ramas del derecho al derecho constitucional, las normas constitucionales son de aplicación directa e irrigan a todo el ordenamiento,

⁷¹ Ver: Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Editorial Palestra, Lima, 2011, p. 69.

⁷² *Ibidem.* p. 70.

⁷³ Favoreu, Louis Joseph. *La constitucionalización del derecho*, En: *Misceláneas. Homenaje a Rolando Drago*, La unidad del derecho, París, Económica, 1996, p. 25.

no necesitan de ley para hacerse operacionales, reconoce la autoridad de cosa juzgada de las decisiones del juez constitucional y los jueces ordinarios siguen la jurisprudencia constitucional.

Con el propósito de reforzar los fundamentos que se esgrimen en la tesis, es oportuno poner de manifiesto la posición de *Luis Roberto Barroso*,⁷⁴ quien sostiene que la constitucionalización del derecho se manifiesta a través de la irradiación de los valores, principios y reglas presentes en la Constitución por todo el ordenamiento jurídico, sobre todo por la vía de la jurisdicción constitucional, la aplicación directa de la Constitución y la interpretación de las normas infraconstitucionales conforme a la Constitución.

Con sujeción a los estándares reseñados, puede afirmarse que efectivamente el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a partir de la Carta Fundamental de 2008 se encuentra constitucionalizado, en refuerzo de cuyo planteamiento cabe señalar:

1. La normativa infraconstitucional que emana tanto del órgano parlamentario como de otros órganos de la institucionalidad estatal, durante la vigencia de la Constitución de 2008, recogen por lo general, de manera sistemática y profusa los postulados esenciales de la Norma Suprema;
2. La invocación de preceptos constitucionales es por regla común, el modo argumentativo y justificativo de todo acto normativo, administrativo o jurisdiccional de los competentes órganos del poder público;
3. Se establece procedimientos especiales para la producción de innovaciones del texto constitucional (enmienda, reforma parcial y asamblea constituyente), por lo que el sistema dota a la Constitución de una rigidez reforzada para garantizar la estabilidad y

⁷⁴ Barroso, Luis. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. En: “¿Existe el neoconstitucionalismo?, Razones, debates y argumentos” (Ortega, Santiago, Director), Editorial Jurista, Lima, 2013, p. 499.

permanencia de los objetivos esenciales del poder constituyente;

4. La Constitución se encuentra jurisdiccionalmente garantizada, y al efecto se ha diagramado todo un complejo orgánico procesal para la justicia constitucional, orientado a precautelar tanto el principio de supremacía constitucional como la vigencia plena de los derechos fundamentales, otorgando a todo ciudadano la potestad para que, de manera individual o colectiva, ejerza las acciones de inconstitucionalidad o de garantía de los derechos;
5. Se proclama de manera expresa, la fuerza vinculante y la aplicación directa de la Constitución, cuyos preceptos obligan a toda persona, autoridad e institución y exigen de jueces y agentes de la administración pública, su inmediata e incondicional ejecución;
6. El ámbito dispositivo y normativo de la Constitución alcanza por igual a las relaciones entre particulares, por lo que cabe hablar también de la constitucionalización de derecho privado;
7. La Constitución está poblada de regulaciones que condicionan de uno u otro modo la actuación de la legislación, la jurisprudencia, los desarrollos doctrinales, la acción de los actores políticos y de las relaciones sociales; toda actuación tanto del poder público como de los particulares es evaluada bajo el prisma de los preceptos constitucionales; y,
8. Se trata de una Constitución actuante y viviente, impregnada e irradiada en sus postulados fundamentales, en el ordenamiento legal que se creó a partir de ella, a diferencia de la vigencia precaria y condicionada que tuvieron las Cartas Políticas anteriores al 2008.

Como manifestación del fenómeno de la constitucionalización del derecho, la Constitución es considerada norma jurídica investida de plena eficacia,

superando la concepción de la Constitución como documento esencialmente político, como se explica a continuación.

En el neoconstitucionalismo, la Constitución tiene verdadero carácter de norma, por lo que su aplicación directa por parte de legisladores, jueces y administradores, es obligatoria. La eficacia directa significa que todos los llamados a aplicar el derecho deberán tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión.

La Constitución no sólo es norma sobre las normas, sino norma aplicable, no sólo es fuente sobre la producción, sino también fuente de derecho sin más. La Constitución es directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de ningún procedimiento previo de recepción por otra fuente del Derecho, y puede ser directamente invocada o alegada por cualquier persona, sin necesidad de hacerla acompañar de precepto legal alguno. Los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos⁷⁵.

La Corte Constitucional, refiriéndose a la consecuencia jurídica de la transformación a sistema normativo de la Constitución, señala que esta transformación progresiva de la Constitución hasta llegar a ser una norma, implica, por lo menos, en su fórmula pura, que todos los ciudadanos y operadores jurídicos habrán de tomar el texto íntegro de la Constitución como una premisa de decisión, igual que cualquier otra norma. Lo anterior, como bien señala *Ignacio de Otto*⁷⁶, trae sustanciales

⁷⁵ Ver: Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Disponible: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2019. Ponce, Juan. El neoconstitucionalismo en el Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2017, p. 19. Storini, Claudia y Guerra, Marcelo. *La justicia constitucional en el Ecuador y su desarrollo desde la vigencia de la constitución de Montecristi*. En: "Revista IURIS", No. 17 Volumen No 1, Bianaual, 2018, p. 38.

⁷⁶ De Otto, Ignacio. Derecho Constitucional, sistema de fuentes. Editorial Ariel, Barcelona, 1987, p.43

secuelas frente a la interpretación de la Constitución, a saber:

- a) Habrá de interpretarse todo el ordenamiento jurídico conforme al texto constitucional;
- b) Habrán de examinarse, a la luz del texto constitucional, todas las normas del ordenamiento jurídico, para comprobar si son o no conforme con el texto constitucional y con el llamado doctrinariamente bloque de constitucionalidad;
- c) En la aplicación concreta del derecho por los diversos operadores jurídicos, deberán aplicar, en primer lugar, la Constitución y las normas que tengan su misma jerarquía, a fin de extraer de ella la solución a cualquier litigio o problema jurídico; y sólo si ésta no dice nada, se aplicarán las normas secundarias; y,
- d) La condición normativa de la Constitución tiene un efecto derogatorio general y automático para las normas preconstitucionales (*ipso constitutione*) y en general, previa petición de parte, para las normas infraconstitucionales posteriores a la Constitución⁷⁷.

La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional⁷⁸.

Congruente con ese desarrollo doctrinal, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, como precedente vinculante, que “la Constitución de la República del Ecuador, para su validez y eficacia, no requiere de desarrollo legal o

⁷⁷ Ver: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479, suplemento, 2-XII-2008, p. 14. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

⁷⁸ *Ibidem*.

reglamentario alguno. Sus disposiciones disfrutaban de eficacia directa e inmediata"⁷⁹.

Signo distintivo del neoconstitucionalismo constituyen sin duda, como lo reconoce unánimemente la doctrina, la eficacia normativa y la aplicación directa de la Constitución, dos de los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional, que supera el entendimiento tradicional de la Constitución como mera norma programática y de vigencia precaria.

El carácter normativo y vinculante de la Constitución como manifestación de la constitucionalización del ordenamiento jurídico en su conjunto, condiciona a su vez, el funcionamiento coherente de la administración de justicia en términos de la constitucionalización de ésta, para que guarde subordinación funcional a los principios y valores del texto fundamental, como se sostiene a continuación.

El paradigma de la constitucionalización de la justicia, pone de manifiesto el rol esencial del sistema de justicia como instrumento para alcanzar los propósitos constitucionales, en cuya virtud la misión que los jueces están llamados a cumplir en la democracia constitucional, con arreglo a los principios del neoconstitucionalismo y del Estado constitucional, consiste en la defensa tenaz, eficaz, activa y operante de los derechos humanos, a fin de materializar su plena vigencia práctica.

El Estado constitucional de derechos y justicia que se consolida en el Ecuador ofrece un espacio para el reconocimiento de la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos, lo que tributa al reconocimiento sustancial de los derechos fundamentales registrados constitucionalmente y favorece la constitucionalización material de la justicia, lo que exige de los jueces una nueva forma de aplicar la ley, como garantes de los

⁷⁹ *Ibidem*, Decisión 1, p. 18.

derechos reconocidos en la norma suprema, lo que facilita el acceso a una justicia sustancial, la que debe superar viejos esquemas plagados de formalidad robusteciendo de institucionalidad la función judicial y amplía las potencialidades democratizadoras de la sociedad ecuatoriana⁸⁰.

En el Estado constitucional, los jueces asumen un rol fundamental en el proceso de creación del derecho, y de este modo las prácticas de los tribunales y los principios y reglas no son una operación de subsunción lógica, sino de interpretación y argumentación de las decisiones sobre la base de la racionalidad, y el sentido común, de los valores, del balance de los intereses políticos y de la idea de justicia imperante en la sociedad.

La actual Constitución prescribe un modelo de poder judicial activista que tutele eficazmente los derechos humanos, instrumento para materializar el ideal de la justicia que proclama, en cuyo contexto, la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, tiene el rol de desarrollar de manera progresiva el contenido de los derechos, en el marco del más amplio espectro de la constitucionalización integral del ordenamiento jurídico en su conjunto y de la constitucionalización de la administración de justicia, presupuestos teóricos y jurídicos para la pertinencia respecto de la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano.

A partir del posicionamiento teórico filosófico analizado en el presente capítulo es posible resumir que: el neoconstitucionalismo, se identifica a nivel internacional como una nueva corriente del derecho constitucional a

⁸⁰ Ávila, Luis Fernando. *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución del 2008 en el contexto andino*. Op. Cit., p. 271. Andrade Ubidia, Santiago. *La Función Judicial en la vigente Constitución de la República*. Op. Cit., p. 240 y ss. Castro, Iván. *El tránsito del legiscentrismo al neoconstitucionalismo y su influencia en la formulación de las garantías de los derechos*. En: "Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil", No. 32, 2018, p. 45.

partir de las últimas décadas del pasado siglo y se asume en la República del Ecuador en el año 2008 con la promulgación de una nueva Constitución, la que presenta un marcado contenido sustancial y axiológico y exhibe un amplio catálogo de libertades y derechos fundamentales que se propone garantizar y proteger a través de la aplicación directa de sus postulados normativos.

El neoconstitucionalismo favorece la Constitucionalización del Estado ecuatoriano, ya que en la nueva Constitución se diseña el poder político que impera en el territorio, como expresión de la voluntad popular que consagra su soberanía; de igual manera propicia la existencia de un Estado Constitucional de Derecho, ya que el valor justicia supone el respeto de los postulados que contiene la norma suprema y que con ello se logre garantizar los derechos fundamentales del ciudadano, sin desconocer la relación existente entre el derecho y la moral, lo que impone a los jueces del país la obligación de aplicar la normativa constitucional en su cotidiano hacer desde una perspectiva garantista, lo que obliga a que asuman un nuevo rol en la administración de justicia.

La constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano promovido por el modelo jurídico adoptado por la Constitución del 2008 con sus rasgos esenciales de supremacía, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante, aplicación directa y sobreinterpretación de la Constitución, tiene una fuerte incidencia en la configuración de la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho, al reconocerse como tal a la jurisprudencia constitucional con su consiguiente consolidación y recepción por el sistema judicial nivel nacional, como vía para reforzar el proceso de constitucionalización del derecho nacional, conforme se pasa a explicar en el epígrafe siguiente.

La Constitución, al definir al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia y al consagrar como deber primordial del Estado garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos humanos, constitucionaliza a la administración y a la aplicación de la justicia, y con ello traza un nuevo diseño del sistema judicial, donde los jueces son creadores de derecho y garantes de los derechos a través de una justicia restaurativa y distributiva.

La práctica judicial, a la luz de los principios y valores de la Constitución de 2008 deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación. Se establecen garantías reales de los derechos de las personas a través de un sistema de justicia eficaz, independiente, especializada. Los jueces asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho.

CAPITULO II
EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

II.1. Enfoque teórico y evolutivo de la estructura del sistema de fuentes del derecho

Las normas de un ordenamiento no provienen de una sola fuente⁸¹. En la literatura, el concepto de fuente de derecho no es unívoco. Para Kelsen⁸² las “fuentes” del derecho se relacionan con los distintos modos de creación de las normas jurídicas, cuando una norma general ha sido creada de modo consciente por un órgano central, o cuando se considera consuetudinaria, por haber sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho”; sin embargo, también para Kelsen⁸³ el término puede designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental, incluso, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. De manera, que el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente.

Por su parte, recuerda *Ricardo Guastini*⁸⁴ que en ocasiones, se denomina fuente de derecho todo acto que, de hecho, produzca normas, esté o no autorizado a producirlas. En otras, se denomina fuente toda clase de actos que estén autorizados a producir normas, aun si por casualidad determinado acto de aquella clase carezca de contenido normativo.

En ambos casos, entre fuentes y normas existe un estrecho nexo conceptual. Sin embargo, en ambos casos dicho nexo está construido de dos formas muy

⁸¹ Sobre el tema ver: Aguiló Regla, Joseph. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000, p.7; Otto, Ignacio De. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p.23. Vallet de Goytisolo, Juan B., *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1982, p. 25.

⁸² Ver: Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, Edit. Eudeba, Buenos Aires, 2009, p. 118.

⁸³ *Ibidem*

⁸⁴ Ver: Guastini, Riccardo. *Las fuentes del derecho, Fundamentos Teóricos*, Editorial Científica, Lima, 2016, p. 99.

distintas, dando lugar a dos conceptos de fuente distintos. El primero es un concepto material (o sustancial) de fuente; el segundo es un concepto formal de fuente. En sentido material, constituye fuente del derecho todo acto que produzca normas: sea cual fuere su nombre, su procedimiento de formación y el órgano del cual emana.

Según esta perspectiva de análisis, los criterios de reconocimiento de las fuentes, por tanto, son "materiales" (o "sustanciales") en el siguiente sentido: si determinado acto es o no fuente del derecho no puede ser decidido *a priori* con base en elementos puramente formales, como por ejemplo el nombre oficial (el *nomen iuris*) del acto, el órgano del cual emana o el procedimiento de formación; lo que es necesario determinar es el contenido. Todo acto que esté provisto de contenido genuinamente normativo (vale decir, de un contenido general y abstracto) constituye fuente del derecho, sean cuales fueren sus designaciones formales.

El concepto de fuente de derecho, en un sentido técnico y de dogmática jurídica, se refiere especialmente, como lo hace presente Clemente de Diego⁸⁵, a los orígenes próximos del derecho, a la elaboración o producción de las reglas que contienen la modelación jurídica de las relaciones de la vida social y en este sentido más específicamente las que tengan virtud bastante para producir una nueva regla jurídica, y en tal respecto obligatoria para todos los asociados que comparten la vida en común en un tiempo o lugar determinado.

Desde otro enfoque analítico, López Calera⁸⁶ señala que la consideración de la fuente del derecho reside en principio en "quién o quiénes están autorizados dentro

⁸⁵ Clemente de Diego, Felipe. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. En: "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1925, pp. 35-36.

⁸⁶ López Calera, Nicolás. *Teoría del Derecho*. Edit. Gomares, Granada, 2000, p. 66.

de un sistema jurídico, para crear derecho y a cuál o cuáles son las formas que adopta el derecho".

Para Carlos Santiago Nino⁸⁷ "fuentes del derecho", comprende el estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas, a través de dos modalidades: la una, deliberada; y, la otra, espontánea. La forma deliberada alude a la sanción de ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecerlas; la legislación –señala Nino- es el arquetipo de esta forma consciente de creación de derecho; aquí se comprenden las leyes, en sentido estricto, como también las normas dictadas mediante decretos del poder ejecutivo, las ordenanzas municipales, las resoluciones ministeriales, etc.

Los medios espontáneos, como la costumbre y la jurisprudencia o los precedentes judiciales, son también formas para originar normas jurídicas; la forma espontánea más clara en que pueden originarse normas jurídicas, es la costumbre, que surge de un reiterado comportamiento de los miembros de una sociedad; los precedentes judiciales, por su parte, surgen a partir de las razones que determinaron la adopción de cierta decisión (lo que se llama la *ratio decidendi* del fallo) y que son obligatorias en casos análogos para los tribunales inferiores o de igual jerarquía⁸⁸.

Luis Prieto Sanchís⁸⁹, en el análisis de las fuentes, hace presente que el Derecho es un producto que tiene su origen en la voluntad de los hombres y, por tanto, sólo éstos son "fuente" del Derecho, y que éste es un producto social cuya fuente no está fuera de la sociedad, sino dentro de ella, en la práctica real de los componentes. Por otro lado, en la consideración de

⁸⁷ Nino, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p.148.

⁸⁸ *Ídem*

⁸⁹ Prieto Sanchís, Luis. Apuntes de Teoría de Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 151.

fuentes como actos de regulación de la producción normativa, identifica las fuentes-acto y las fuentes de hecho, escritas y no escritas, legales y extralegales.

Como resumen conceptual se considera abarcador el concepto que brinda *Fernández Bulté*⁹⁰, cuando apunta que: "Cuando hablamos de las fuentes formales del derecho, normalmente nos referimos a los procedimientos, métodos, mecanismos y también a los organismos o autoridades que dan nacimiento al derecho, o que legitiman su existencia, siempre que esos actos, procedimientos y autoridades estén a su vez debidamente facultados y legitimados por las normas de reconocimiento y, sobre todo, por las de adjudicación y cambio".

El sistema de fuentes del derecho obedece al modelo jurídico político prevaleciente en un ordenamiento jurídico. Y a este respecto, cabe el análisis diferenciado entre el estado legislativo y el estado constitucional. Este particular, cobra importancia especial en el Ecuador, en tanto, la transición del principio de legalidad (Estado legal de derecho) al principio de constitucionalidad (Estado constitucional de derecho) entraña una ruptura, un punto de quiebre en el sistema de fuentes del derecho y la función del juez ordinario.

La diferencia entre Estado legal y Estado constitucional de derecho no sólo radica en la fuerza del instrumento en que ambos basan su ejercicio, la ley o la Constitución, sino en la manera en que el gobierno reconoce y preserva los derechos de sus habitantes y en la forma de ejercer sus facultades.

Uno de los rasgos esenciales del Estado legal es la influencia de la ley como medio exclusivo para hacer justicia. La fuerza del argumento que identifica justicia con el contenido literal de la ley, se basa en que ésta

⁹⁰ Fernández Bulté, Julio. Teoría del Derecho. Editora Félix Varela. La Habana, 2002, p. 54.

contiene la totalidad del derecho que la razón humana podía dar.

El punto fundamental de ejercicio, en el Estado legal, es el imperio de la ley como máxima expresión del pueblo, pues la Constitución era un mero referente de buenas intenciones más no de uso real. De ahí el papel preponderante del legislador y la falta de interés en distinguir entre poder constituido y poder constituyente, pues al ser el legislativo considerado superior a los restantes poderes, podía cambiar o derogar el contenido legal o de la Constitución con sólo seguir el camino dado por él mismo.

Por otra parte, la característica principal del Estado constitucional consiste en privilegiar la actividad de los jueces y en renovar la función y el perfil del legislador para estar al servicio de la sociedad, de la propia persona y garantizar su entorno y medio ambiente a través de acciones o políticas públicas efectivas en ese plano.

El Estado constitucional, que principalmente cambia su forma de ver y entender el derecho y su relación con el ser humano al vigorizar la norma base, su naturaleza política y recuperar su potestad jurídica vinculante para autoridades y ciudadanos, permite una actividad legislativa posterior para hacer realidad los derechos humanos pero reconoce que ello no es indispensable debido a la eficacia directa de los mismos y a la defensa que en ese sentido confía a los jueces, autoridades y ciudadanos⁹¹.

La teoría de las fuentes del positivismo fue rotundamente legalista, lo que en el contexto ecuatoriano se muestra insostenible en el marco del neoconstitucionalismo, en el que la ley deja de ser la fuente suprema del derecho.

⁹¹ Carpizo, Enrique. Del Estado legal al Constitucional de Derecho. Rasgos esenciales. Editorial Porrúa, México, 2015, p. 8 y ss.

Se debe tener en cuenta además, que desde una perspectiva de la teoría crítica del derecho, toda la historia del Derecho, como puntualiza *Alberto Prediere*⁹², puede ser analizada desde la óptica de la lucha entre las fuentes del Derecho, consideradas como proyección de las unidades institucionales (gobiernos, cámaras, etc.) en las que y detrás de las que actúan fuerzas políticas, clases, grupos hegemónicos, y como organización de las funciones fundamentales de tales unidades.

Dados los presupuestos teóricos que anteceden, es preciso caracterizar los rasgos que definen la teoría de las fuentes del derecho en que se inscribe el nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano, cuando asume una visión neoconstitucionalista a partir de la Constitución de 2008, en cuyo texto se instituye a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria, directa y formal. Se trata del diseño de un sistema realmente novedoso de fuentes del derecho, que a la vez que somete a la ley al texto constitucional, fruto de la sustitución de la soberanía parlamentaria por la soberanía popular, establece también el carácter vinculante a las decisiones emanadas de la Corte Constitucional.

Tales consideraciones constitucionales, deja abierto el debate sobre el tema de cuál es su papel en el ordenamiento jurídico y en qué medida suplantán o complementan estos tribunales al legislador.

Con la Constitución de 2008 la estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano experimenta un giro de ciento ochenta grados: la ley cede lugar a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos y comparte espacio normativo con la jurisprudencia constitucional que pasa a ser fuente primaria, formal y directa del derecho.

⁹² Alberto Prediere citado por Pérez Luño, Antonio. El desbordamiento de las fuentes del Derecho. Editorial La Ley, Madrid, 2011, p. 98.

Con esta innovación, cambia también la estructura institucional del Estado y las relaciones de poder: la legislatura ya no es el único centro o núcleo del sistema jurídico estatal; los jueces dejan de ser la “boca muda de la ley” y pasan a ser protagonistas del nuevo Estado de justicia y el sistema judicial en su conjunto, instrumento para hacer realidad el modelo constitucional. La nueva teoría de fuentes del derecho se nutre, en consecuencia, de los postulados teóricos del neoconstitucionalismo, el Estado constitucional, la constitucionalización del derecho y la constitucionalización del sistema de justicia y con ello de la justicia en concreto.

Se puede afirmar que en Ecuador a partir de la nueva estructura del sistema de fuentes que consagra la Constitución de 2008, se comienza a configurar una nueva teoría del derecho en cuanto a fuentes, que tiende a superar el régimen hegemónico del positivismo jurídico colonial con su reducción normativista, base que sirvió para formar a los operadores jurídicos en el suelo patrio y bajo cuyo arcaico enfoque se desarrolla tradicionalmente la actuación judicial.

En la configuración de la nueva teoría jurídica en construcción, se encuentran respuestas a las preguntas: ¿cuáles son los componentes básicos del derecho?, ¿qué se entiende por derecho válido?, ¿cómo se trazan los límites entre el derecho (normas jurídicas) y el no derecho (otro tipo de normas)?, ¿qué relación guarda el derecho con la moral y el poder?, ¿qué funciones cumple el derecho?, ¿qué objetivos y valores deben –o pueden– alcanzarse con el derecho?, ¿cómo puede conocerse el derecho?, ¿de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico?, ¿en qué consisten las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho?; interrogantes que son sin duda, tareas pendientes para la construcción teórica y científica del derecho ecuatoriano.

Con la Constitución de 2008 se atisba la concepción del derecho como realidad dinámica, como práctica social compleja, cuya validez debe entenderse en términos sustanciales, y en este contexto, la jurisprudencia constitucional en sus dimensiones social, política y jurídica tiene un rol esencial para la renovada práctica jurídica ecuatoriana que diseña el Texto Fundamental.

La nueva teoría ecuatoriana del derecho debe explicar los efectos sociales y los entramados políticos de la praxis jurídica, orientarse a la aprehensión de las condiciones históricas y las estructuras político sociales que confluyen en el estudio del derecho, hacer uso de categorías científicas con el fin de penetrar en la comprensión profunda de la naturaleza y del rol del derecho, demostrar que son las condiciones histórico materiales de la vida social las que explican las formas y funciones de las instituciones jurídicas.

Lo expuesto, exige afianzar científicamente la concepción del derecho como una práctica social específica que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto de los grupos sociales que operan al interior de una formación económica social determinada, práctica de naturaleza discursiva, discurso ideológico y discurso del poder⁹³: he allí los elementos para la construcción teórica de las fuentes del derecho ecuatoriano.

En igual sentido de ideas, es necesario tener presente que el derecho expresa, como puntualizan Núñez, M. y Enríquez, P.,⁹⁴ “un producto social, al tiempo que actúa como factor social incidiendo sobre la misma sociedad que lo manifiesta”. Y en este mismo cauce de análisis crítico del derecho, es pertinente plantear la pregunta: ¿puede el derecho ser emancipatorio?, para cuya

⁹³ Bonetto, M y Piñero, M., *Teoría crítica del Derecho*. En: “Revista del Centro de Estudios Avanzados”. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1994, p. 23.

⁹⁴ Núñez, M. y Enríquez, P., *Derecho y Política*. Editorial Porrúa, 2011, p. 115.

respuesta *Boaventura de Sousa Santos*⁹⁵ somete la cuestión a un análisis crítico a fin de clarificar tanto las posibilidades como los límites del derecho y sostiene que, a partir de una amplia variedad de luchas, iniciativas, movimientos y organizaciones, tanto a nivel local y nacional como global, es creíble la tesis de la utilización del derecho como instrumento para propósitos liberadores.

Como plantea Aseff,⁹⁶ el derecho como producto social que es, responde a determinadas premisas y situaciones históricas, aunque es modificable, y lo es en función de los intereses a los cuales pretende representar y de los valores que desea vehiculizar. Creer lo contrario lleva a reproducir acríticamente lo dado. Para indagar cómo funciona el derecho se considera estratégico el análisis crítico del discurso jurídico.

Examinado el potencial transformador del derecho, la jurisprudencia constitucional como fuente directa del ordenamiento jurídico, se convierte en el instrumento idóneo para superar las inequitativas relaciones de poder en la sociedad, modelando una nueva cultura jurídica mediante la actuación de los jueces, en consonancia con los postulados del Estado constitucional de derechos y justicia que instituye la Constitución, para cuya misión histórica es necesario dotar a los jueces de vías metodológicas que le permitan la adecuada aplicación de la jurisprudencia constitucional al momento de impartir justicia.

Bajo la consideración clasificatoria sintetizada, la jurisprudencia constitucional como fuente del derecho ecuatoriano, puede ser considerada según las prescripciones constitucionales, legales e institucionales, a fin de explicar su rol de unificación del derecho y factor de seguridad jurídica, así como esclarecer el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional y su

⁹⁵ De Sousa Santos, Boaventura. *Derecho y Emancipación*. Op. Cit., p. 143.

⁹⁶ Aseff, Lucía María. *Argumentación jurídica y semiosis social*. Editorial *Juris*, Argentina, 2003, pp. 223- 224.

función creadora de normas que vinculan más allá del caso concreto y asumen carácter de generalidad y abstracción.

Igualmente es importante definir las relaciones sistémicas de la jurisprudencia constitucional, dotada de fuerza obligatoria según el orden constitucional, cuestión fundamental para sustentar el resultado científico de aplicación práctico de la presente tesis doctoral, teniendo en consideración que a partir del nuevo orden constitucional, el máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia en materia constitucional produce precedentes obligatorios y vinculantes⁹⁷.

La Corte Constitucional del Ecuador cuenta con la potestad de crear nuevas reglas, entendidas como novedosas maneras de resolver las necesidades a las que su función avoca, por lo que en el estudio de la gran variedad de casos sometidos a su resolución, cumple también una función integradora y unificadora del.

Todo lo anterior permite sintetizar, tal cual lo hizo Ross⁹⁸ que la concepción acerca de las fuentes del derecho depende de la teoría sobre la naturaleza del derecho de la que se parta. Dado que como plantea el mencionado autor, el juez no extrae el material para su decisión únicamente de la ley, sino también de las costumbres, de consideraciones acerca de la "naturaleza de la cosa", factores sociológicos que determina la creación judicial del derecho, ideales ético-políticos que orienta la ley y cosas similares, lo que hace es extender a esas "fuentes", por analogía, la cualidad de fuentes del derecho⁹⁹.

⁹⁷ Ver: artículo 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Disponible: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2019.

⁹⁸ No obstante, Ross defiende la corriente positivista, principalmente, al considerar que el concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta solo propiedades descriptivas. Ver: Ross, Alf. Teoría de las fuentes del Derecho. El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 356-359.

⁹⁹ *Ídem*, p 357.

Del desarrollo evolutivo y sus enfoques teóricos, explicados en torno a las fuentes del derecho, se advierte que no se puede entender el sistema de fuentes sin su vinculación con el modelo de Estado y de derecho en el que opera, tema que motiva el análisis del contexto jurídico político del surgimiento de la jurisprudencia constitucional como nueva fuente del derecho en el Ecuador.

II.2. El surgimiento de la jurisprudencia constitucional en la evolución del constitucionalismo ecuatoriano

El recorrido histórico del desenvolvimiento del régimen constitucional ecuatoriano permite, a los propósitos de la fundamentación teórica de la presente tesis doctoral:

1. Evaluar el tránsito desde la tradicional concepción del sistema de fuentes de derecho sustentada en el Estado liberal-legal y la consiguiente soberanía parlamentaria, a partir de la fundación de la República en 1830, hasta el posicionamiento teórico plasmado en la Constitución de 2008 con la irrupción de la jurisprudencia constitucional como fuente creadora de derecho; y, 2. Caracterizar la forma como la ideología constitucional y el derecho liberal llegaron, se reprodujeron y ejercieron influencia en la cultura jurídica nacional, desde la fundación de la República, condicionando a través del normativismo legalista y del formalismo ético la concepción y la praxis del derecho ecuatoriano, hasta el advenimiento de los nuevos enfoques del derecho constitucionalizado de los valores, los principios, las reglas, la ponderación y el pluralismo jurídico que postula la Constitución de 2008 y el punto de quiebre que ésta significó tanto en la estructura del sistema de fuentes como en la función del juez ordinario.

En este contexto, lo primero a valorar es que la evolución constitucional en el Ecuador, atraviesa por etapas que reflejan determinados postulados ideológicos y políticos que subyacen en los diferentes momentos de la tradicionalmente frágil institucionalidad del país y evidencian estructuras deficitarias en el funcionamiento de la jurisdicción constitucional¹⁰⁰, lo cual tiene particular incidencia en el sistema de fuentes del derecho y en el proceso histórico de la

¹⁰⁰ Ver: Rodas, Xavier. Jurisdicción constitucional, derechos fundamentales y nuevos paradigmas constitucionales en el Ecuador. Tesis de Maestría en Justicia Constitucional. Universidad de Guayaquil, 2013, Disponible: Repositorio de la Universidad de Guayaquil. Storini, Claudia y Guerra, Marcelo. *La justicia constitucional en el Ecuador y su desarrollo desde la vigencia de la constitución de montecristi*. En: “Revista IURIS”, N°. 17 Volumen I, Bianual, 2018, p. 103.

configuración de la jurisprudencia constitucional, su significación y alcance, desde los inicios republicanos hasta su consagración como fuente directa del derecho con la Constitución de 2008.

La primera etapa del constitucionalismo ecuatoriano, comprende desde la Constitución de 1830 con la que se crea el Estado del Ecuador, hasta la Constitución de 1906 que trazó los perfiles del Estado liberal de derecho¹⁰¹, período en el que exhiben los postulados fundamentales del “constitucionalismo clásico”¹⁰² que se heredan de las revoluciones americana y francesa, con sus correspondientes principios: consagración de los derechos y libertades individuales, separación de poderes, soberanía popular, gobierno representativo basado en el sufragio, sistema republicano y presidencial de gobierno, entre otros. A esta primera etapa le corresponden doce cartas constitucionales: las de 1830, 1835 y 1843 (período floreal); 1845, 1851 y 1852 (período marcista); 1861 y 1869 (período garciano), 1878 (período posgarciano o veintimillista), 1884 (período progresista); 1897 y 1906 (período liberal)¹⁰³.

En el Ecuador, el Parlamento se erigió tradicionalmente en juez y parte del control de la constitucionalidad y por tanto, definió el carácter legicentrista del ordenamiento jurídico. Con la Constitución de 1851¹⁰⁴ se perfila el papel

¹⁰¹ Históricamente, el Estado liberal de derecho nace como una respuesta al Estado absolutista. Su finalidad principal fue la limitación y el control del poder de los gobernantes y los gobernados por medio de la autolimitación del propio Estado. La doctrina lo concibe como el régimen en el cual todas las actuaciones de los órganos estatales están sujetos irrestrictamente al ordenamiento jurídico, de ahí que se lo conoce como el gobierno de las leyes y no de los hombres. La preeminencia de la ley tiene un carácter absoluto incluso por encima de los derechos que se presupone defiende y garantiza. La voluntad del órgano legislativo es la voluntad suprema que representa a un grupo reducido de personas. El Estado de Derecho se relaciona con la doctrina liberal, en la que prevalecen las libertades y los principios económicos de la libre oferta y demanda y del no intervencionismo o estatismo. Ver: Salgado Pesantes, Hernán. Prólogo del libro: Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana. Tribunal Constitucional, Quito, 1999, p. 13.

¹⁰² El constitucionalismo clásico o liberal privilegió los derechos individuales y estableció la división y equilibrio del poder. El constitucionalismo clásico y el Estado liberal de derecho, de corte acentuadamente individualista, se fundaron, en todo caso, en la “voluntad de la ley”.

¹⁰³ Salgado Pesantes, Hernán. Op. Cit., p.13.

¹⁰⁴ El art. 136 de la Constitución de 1851 prescribía que “sólo la Asamblea Nacional podrá interpretar esta Constitución, o resolver las dudas que ocurran en la inteligencia de alguno o algunos de sus artículos; y lo que

del Congreso en la toma de la decisión final sobre materia de control constitucional y el Consejo de Estado se subordina a los criterios del Parlamento. La injerencia definitiva de la función legislativa es desde la Carta de 1851 y hasta finales del siglo XX, una constante en el constitucionalismo ecuatoriano.

La Constitución de 1906 consagra por primera vez y de manera expresa, la potestad del Parlamento para que declarar, con carácter exclusivo, la inconstitucional de una ley o decreto legislativo¹⁰⁵; a partir de la cual establecido que corresponde únicamente al Congreso Nacional –representante de la soberanía popular– pronunciarse sobre la inconstitucionalidad; facultad que se atribuye con posterioridad al Tribunal Constitucional y finalmente a la Corte Constitucional.

En la primera etapa del constitucionalismo ecuatoriano, salvo escasas excepciones, no se estructura un sistema de justicia constitucional que precautele la integridad del Texto Fundamental. La Constitución de 1851 –de corta duración– encargó al Consejo de Estado velar por la observancia de la Constitución y la Carta de 1869 instituyó el control de carácter preventivo de la constitucionalidad de las leyes a cargo de la Corte Suprema. Aparte de estas dos experiencias puntuales, no se advierte en el constitucionalismo ecuatoriano, en los primeros cien años de historia republicana, la instauración y funcionamiento de la justicia constitucional, por lo que las resoluciones de conflictos jurídico constitucionales no tienen ninguna incidencia en la estructura del sistema de fuentes del derecho.

La segunda etapa del constitucionalismo en el Ecuador, se caracteriza por el denominado “constitucionalismo

resuelva constará por una ley especial”. Constitución de la República del Ecuador 1851. Compilación de Constituciones ecuatorianas. entro de Documentación de la Corte de Constitucionalidad. Quito, 2010.

¹⁰⁵ El art. 7 de la Constitución de 1906 disponía que “sólo el Congreso tiene facultad de interpretar la Constitución de un modo generalmente obligatorio, y resolver las dudas que se suscitaren sobre la inteligencia de alguno o algunos de sus preceptos”. Constitución de la República del Ecuador 1851. Compilación de Constituciones ecuatorianas. entro de Documentación de la Corte de Constitucionalidad. Quito, 2010.

social”¹⁰⁶. Se inicia con la Constitución de 1929, en la que por primera vez se reconocen los derechos económicos y sociales, se instituyen el *hábeas corpus* y el voto femenino; etapa que se extiende hasta la promulgación de la constitución de 1998, la que define con señalados caracteres al Estado social de derecho¹⁰⁷. En este período gozan de vigencia además de las de 1929 y 1998, las Constituciones de 1945, 1946, 1967 y 1978¹⁰⁸.

La Constitución de 1929 deja en manos de la función legislativa la decisión de declarar la inconstitucionalidad de una ley. La Constitución de 1945, que crea el Tribunal de garantías constitucionales, entrega a la función legislativa toda decisión final en materia de control constitucional, al disponer que sólo al Congreso corresponde declarar si una ley, decreto, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado público es o no inconstitucional.

En el Ecuador, con la creación del Tribunal de garantías constitucionales, en la Constitución de 1945 se logra un primer acercamiento al modelo concentrado de control constitucional que se desarrolla en América Latina. Por su precaria vigencia no logra consolidarse la justicia constitucional a través de ese órgano exclusivo, cuyo perfil vuelve a aparecer en la constitución de 1967 y en la Constitución de 1978, órgano que deviene años más tarde, en el 1996, en el Tribunal Constitucional, antecesor de la actual Corte Constitucional, que diseña la Constitución de 2008.

¹⁰⁶ El constitucionalismo social aparece como respuesta a los excesos de una irracional aplicación del individualismo en la vida de la colectividad y en virtud de la aparición en la escena mundial de la llamada “cuestión social” Con el constitucionalismo social se pretendió el control social de la libertad individual, y junto a la libertad, la propiedad y la seguridad del constitucionalismo liberal, los valores de la justicia, la solidaridad, insuflando una dimensión social al derecho que se proyectó en el nuevo Estado Social de Derecho. Ver: Salgado Pesantes, Hernán. Op. Cit., p 15.

¹⁰⁷ El Estado Social de Derecho implica fundamentalmente tres dimensiones: respetar, proteger y promover los derechos humanos como propósito último y supremo del Estado. Se da impulso a los derechos económicos, sociales y culturales, buscando garantizar progresivamente niveles de vida dignos que permitan el acceso real y efectivo a los demás derechos y libertades. Salgado Pesantes, Hernán. Op. Cit., p. 14.

¹⁰⁸ Salgado Pesantes, Hernán, Op. Cit., p. 15.

En la Constitución de 1978 -art. 138- se preceptúa que “corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender –total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte- los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo. La Corte somete su decisión a resolución de la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al Plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del Plenario de las Comisiones Legislativas, tienen efecto retroactivo. Sin perjuicio de esta facultad, la Corte Suprema –en los casos particulares en los que avocare conocimiento- declarará inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tiene fuerza obligatoria sino en las causas materia de su pronunciamiento. La Sala informará al pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior”¹⁰⁹.

Las reformas constitucionales de 1992 permitieron que las decisiones del Tribunal de garantías constitucionales ya no se sometían a la legislatura, sino a la creada Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que existió hasta 1996.

Por otra parte, con las reformas constitucionales de los años 1995-1996 se otorga al Tribunal Constitucional la capacidad de decidir de modo definitivo sobre las cuestiones sometidas a su competencia, superando de ese modo la intervención del Congreso Nacional o de la Corte Suprema en las decisiones finales sobre el control constitucional. No obstante, el Tribunal Constitucional no estuvo nunca facultado para interpretar de modo obligatorio la Constitución, ni alcanzó legitimidad, nivel profesional ni independencia suficientes, pues se identifica como una institución controlada por los partidos políticos, gremios y

¹⁰⁹ Ver: Art. 138 de la Constitución de 1978 de la República del Ecuador. Compilación de Constituciones ecuatorianas. Centro de Documentación de la Corte de Constitucionalidad. Quito, 2010.

asociaciones y sujeta a permanente remoción de sus miembros, por parte del Congreso.

Del recuento histórico que se realiza, se evidencia la debilidad que caracteriza a los sistemas de justicia constitucional instaurados a través del Consejo de Estado y del Tribunal de garantías constitucionales, ya que el Congreso de la República y la Corte Suprema de Justicia, resultan actores fundamentales de la protección de la supremacía de la Constitución, pero sus resoluciones no tenían impacto significativo en el conjunto del ordenamiento del jurídico ecuatoriano.

El paradigma del monopolio del parlamento respecto del control de la constitucionalidad de las leyes, se mantiene durante la vida republicana en Ecuador y bajo el criterio de que la ley emana del parlamento, éste negó históricamente la posibilidad de controlar la actividad legislativa, por cuya razón ni el Consejo de Estado, ni el Tribunal de garantías constitucionales, tuvieron autonomía para ejercer control pleno de constitucionalidad; los pronunciamientos de esos órganos se supeditaron siempre, en más de las veces, a la decisión final del legislativo, y en otras ocasiones, al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia.

Siendo así, en la etapa previa al neoconstitucionalismo, el modelo fuertemente legicentrista del sistema jurídico ecuatoriano, no permite erigir a la jurisprudencia constitucional en fuente del derecho, pues siempre primó la ley, y el parlamento, se erige en epicentro del orden jurídico; modelo de inspiración francesa adoptado desde los inicios de la República, donde las otras fuentes han tenido una posición subordinada a la ley, subsidiaria y dependiente de la ley, y los jueces actuaban con estricta sujeción a la letra de la ley.

El sistema legicentrista perduró hasta el advenimiento de la tercera etapa del constitucionalismo ecuatoriano, que se vive hoy, la que se inicia con la Constitución del 2008 que instituye el Estado constitucional de derechos

y justicia¹¹⁰, privilegia el contenido y la tutela de los derechos fundamentales (de libertad, de protección y de participación, orientados al “buen vivir” como principio rector de todo el ordenamiento constitucional), imprime una tónica más garantista a los derechos de las personas, otorga primacía al ser humano, a su dignidad y a sus derechos, como principio rector del ordenamiento jurídico, el mismo que debe formularse, interpretarse y aplicarse con arreglo a los principios y valores que entraña la Constitución misma. Llegar a este estadio del sistema jurídico ecuatoriano, es la directa consecuencia del último proceso constituyente. Como lo registra la historia del Ecuador, el día 15 de abril de 2007, mediante consulta popular, el pueblo ecuatoriano expresa su voluntad de convocar a una asamblea constituyente, con el propósito de elaborar una nueva Constitución y transformar el marco institucional del Estado; el día 28 de septiembre de 2008, mediante referéndum, se aprobó la Constitución vigente, la que entra en vigor el día 20 de octubre de 2008, con su publicación en el Registro Oficial de la República.

En este nuevo escenario, la nueva Constitución define al Estado ecuatoriano como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico¹¹¹.

Fundamentando el apego del ordenamiento jurídico ecuatoriano al neoconstitucionalismo, como fenómeno

¹¹⁰ Los rasgos básicos del Estado constitucional de derechos y justicia en doctrina de la Corte Constitucional de Transición, se encuentran en la sentencia interpretativa 001-08-SI-CC. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018. Carpizo, Enrique. Del Estado Op. Cit., p. 12.

¹¹¹ La Corte Constitucional del Ecuador, en resolución del 21 de octubre de 2008, al día siguiente de entrar en vigencia la nueva constitución, expresa: “... la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado constitucional de derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1. El reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2. La aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; y, 3. El reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho...” Corte Constitucional del Ecuador, S-R.O. No. 451, 22-X-2008, p. 34. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

jurídico político emanado de la Constitución de 2008, la Corte Constitucional de Transición, en su primera sentencia interpretativa remarcó que, “esta primera mención, de declarar al Ecuador dentro del paradigma del constitucionalismo latinoamericano, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado constitucional de derechos implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia. En resumen, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal, que no coincide con la legitimidad legal o racional propuesta y desarrollada por Max Weber”¹¹².

Con claro sentido neoconstitucionalista, el texto fundamental aporta como principal innovación, un nuevo paradigma constitucional: la constitucionalización de los derechos fundamentales. En el capítulo correspondiente a los derechos y sus garantías, se refleja la materialización de la Constitución, representada en la adopción del neoconstitucionalismo como ideología de Estado.

Con el nuevo paradigma constitucional, la constitución deja de ser un programa político y se convierte en una norma jurídica. Establece los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y de las normas de la Constitución, principalmente aquellas referidas a las garantías de los derechos.

¹¹² Sentencia interpretativa 001-08.SI-CC, RO 479, Suplemento, 2 de diciembre de 2008, p. 12. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

La nueva Constitución supuso un paso importante en el camino hacia la realización efectiva del neoconstitucionalismo, en directa confrontación con los dictados programáticos del proyecto neoliberal. Reivindica el derecho constitucional como un derecho axiomáticamente comprometido, y lo hizo, no a través de declaraciones retóricas sobre la libertad o igualdad, sino mediante un completo sistema de derechos y garantías y un rico programa de intervención del Estado en aras de garantizar la efectividad de los derechos. Una de las más importantes innovaciones normativas es la incorporación en el texto constitucional del principio de inexistencia de orden jerárquico entre derechos, establecido en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución¹¹³, según el cual todos los principios y derechos constitucionales tienen igual jerarquía.

La eficacia normativa y la aplicación directa de la Constitución son los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional. El reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución significa que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para interpretar la Ley o para completarla, lo cual significa que la norma superior se aplica “en lugar de”, “frente a”, o por lo menos, junto al resto del ordenamiento.

El principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico puede aplicar por sí mismo la Constitución, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones y aun cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad. La consecuencia práctica de que la Constitución sea fuente del derecho sin más, es que aquellos temas fundamentales del ordenamiento jurídico, que en el paradigma del Estado liberal eran materia de la ley, ahora, en el paradigma de la

¹¹³ Ver: Artículo 11, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador. Disponible: <http://pdpa.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2019.

constitucionalidad, son regulados directamente por la constitución. Y "en concordancia con el Art. 1 de la vigente Constitución, el Art. 424 plantea la supremacía de un cuerpo normativo que, por elemental coherencia jurídica, debe ser íntegramente observado, para dar sustento al paradigma del Estado constitucional"¹¹⁴.

Con estos presupuestos, la República de Ecuador se alinea dentro del paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano¹¹⁵, donde la actuación de los poderes públicos sólo puede considerarse legítima cuando se apoya en la Constitución y los ciudadanos posean mecanismos garantistas para hacer valer sus derechos y puedan recabar la tutela de las libertades y derechos establecidos en la Constitución.

Conforme a las exigencias del neoconstitucionalismo los jueces deben aplicar el derecho dotando a las normas de sentido constitucional, lo que se respalda con la creación de la Corte Constitucional, como máximo órgano de control, interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano; sus dictámenes y sentencias tienen la cualidad de ser la última *ratio iuris* y en este sentido sus razonamientos argumentados, imperan sobre cualquier otra interpretación¹¹⁶, la que tiene la obligación de conformar la jurisprudencia y los precedentes constitucionales de carácter vinculante y

¹¹⁴ Ver: Sentencia interpretativa 001-08.SI-CC, RO 479, Suplemento, 2 de diciembre de 2008, p. 12. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018. Ver: Artículos 1 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Disponible: <http://pdpa.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2019.

¹¹⁵ Esta alineación, al decir de la Corte Constitucional de Transición -sentencia interpretativa 001-08-SI-CC- implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia. En resumen, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018. Ponce, Juan. El neoconstitucionalismo en el Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2017, p. 27.

¹¹⁶ Ver: Art. 2 y 436 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, p. 129. Disponible: www.lexis.com.ec. Fecha de consulta 12 de abril de 2018.

obligatorio con la finalidad de asegurar la constitucionalización del sistema jurídico, es decir, garantizar la implementación efectiva del contenido constitucional. Sus parámetros interpretativos tienen fuerza vinculante, pero 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.

Otra de las fortalezas del nuevo modelo de control constitucional que exhibe el neoconstitucionalismo ecuatoriano es la instauración de un sistema abierto de acceso a la justicia constitucional, la consagración de la acción popular o ampliación de la legitimación activa para el control de constitucionalidad de las leyes, que antes estaba limitado al Presidente de la República, al Congreso, a la Corte Suprema de Justicia, a los gobiernos seccionales y a un determinado número de firmas ciudadanas.

En cuanto a los efectos jurídicos de las declaratorias de inconstitucionalidad de actos normativos, el nuevo modelo de control es más categórico al atribuir específica e inequívocamente la invalidez del acto normativo impugnado, a diferencia del sistema previsto en la Constitución de 1998 que determinaba la suspensión total o parcial de los efectos de las normas declaradas inconstitucionales.

En el control de constitucionalidad no basta la suspensión de normas, sino su expulsión del ordenamiento jurídico una vez verificada su incompatibilidad con la Constitución. Punto destacable del nuevo sistema es la atribución de la Corte Constitucional para declarar, de oficio, la inconstitucionalidad de normas conexas en los casos sometidos a su conocimiento. La inconstitucionalidad por omisión es una importante innovación del nuevo sistema de justicia constitucional que trae la Carta de

2008, así como la acción por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección contra sentencias y autos judiciales ejecutoriados o firmes.

El nuevo marco normativo, sin duda, está orientado al fortalecimiento del control constitucional, a acentuar el proceso de constitucionalización del sistema jurídico y político y a mejorar cualitativamente el sistema de justicia constitucional para ponerlo a tono con el nuevo paradigma del Estado constitucional de derechos y justicia que proclama la Carta Fundamental.

*Santiago Velásquez*¹¹⁷ destaca la innovación en el sistema de fuentes a raíz de la entrada en vigencia de la constitución de 2008, y remarca que la Corte Constitucional no sólo tiene la capacidad de establecer jurisprudencia vinculante, además es la intérprete auténtica de la Constitución, que contribuye activa y decididamente, a la creación del derecho, tanto más que nuestro sistema contempla el principio de cláusula abierta, así como la progresividad de los derechos.

La redefinición del Estado ecuatoriano, los principios de aplicación de los derechos y garantías constitucionales, así como las diferentes atribuciones conferidas este organismo, permiten afirmar que en el Ecuador se ha dado una redefinición del sistema de fuentes del derecho, pasando la jurisprudencia de un rol secundario a un rol protagónico, pudiendo en muchos casos superar a la ley, lo que sin duda se visualiza cuando hablamos de pronunciamientos de un juez constitucional, que va dándole vida a los enunciados constitucionales y desarrollando derechos e incluso creando nuevos.

La necesidad de que se asegure jurídicamente, mediante jueces especializados, procedimientos y normas, la supremacía de la Constitución, el predominio de los derechos humanos y los procedimientos

¹¹⁷ Ver: Velásquez, Santiago. La Corte Constitucional del Ecuador y el Estado constitucional de derechos y justicia, Editorial Atelier, Barcelona, 2018, p. 342.

democráticos por sobre la voluntad coyuntural de las mayorías políticas, encuentra su mayor perfeccionamiento con el sistema de control constitucional y de justicia en esta materia, instaurado por el Texto Fundamental de 2008.

II.3. La jurisprudencia constitucional en la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho en el Ecuador

La jurisprudencia es un vocablo que en sentido lato exhibe con doble significado: puede entenderse como ciencia del Derecho y también relacionado a las fuentes del Derecho. Aseff¹¹⁸ la define como las sentencias de los jueces, concordantes y reiteradas, en tanto sirven de inspiración a otros jueces. Mayor será su importancia cuanto mayor sea la jerarquía del tribunal que dictó la sentencia.

Cuando se habla de jurisprudencia, aflora la necesidad de tomar en cuenta a su vez, a la institución del precedente judicial, categoría con contenido propio que lo diferencia de la primera, lo que tiene su explicación en el origen de cada una y para ello hay que tener presente el ordenamiento jurídico del cual nacen:

La jurisprudencia que tiene su origen en el sistema jurídico europeo continental, latinoamericano y asiático o *civil law*, y el precedente en el derecho anglosajón o *common law*, donde se reconoce de antaño su carácter obligatorio como fuente de derecho; así en el derecho anglosajón los jueces vienen obligados a resolver los casos que se les presenten conforme a las soluciones ya acordadas en casos ya resueltos en base a criterios similares, tanto por sus superiores jerárquicos, en este caso se habla de *stare decisis vertical*, como por jueces de la misma jurisdicción, incluidos ellos mismos, y en este supuesto se corresponde con el *stare decisis horizontal*.¹¹⁹

¹¹⁸ Ver: Aseff, Lucía María. Las fuentes del Derecho y otros textos de teoría general, Editora *Juris*, Argentina, 2005, p. 68.

¹¹⁹ Ver: García-Berrio Hernández, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. En: "Foro, Nueva época", N°. 4, de 2006. ISSN: 1698-5583, pp. 127-152. Legarre, Santiago y Cesar Rivera, Julio. *Naturaleza y dimensiones del stare decisis*. En: "Revista Chilena de Derecho" N° 1, Volumen 33, 2010 p. 124. Ticas Navarro, Alexander Efraín. *Visión crítica del precedente administrativo en el sistema jurídico salvadoreño*. Tesis doctoral. Doctorado en Derecho privado Departamento de Derecho privado. Universidad Autónoma de Barcelona. 2014 p. 34. Jaimes Jaimes, Isnardo. *Construcción Metodológica*

Del estudio que se realiza se evidencia que las categorías de jurisprudencia y precedente judicial, al contextualizarse en el marco del neoconstitucionalismo, tienden a presentar cierto acercamiento, lo cual se justifica en el propio cometido de la justicia constitucional de hoy, de garantizar el sentido del espíritu de cada una de las garantías que en todos los ámbitos contienen las constituciones.

La jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de sentencias que emiten los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes supremos de la Constitución¹²⁰, en particular a los fundamentos jurídicos o *ratio decidendi* de las resoluciones y la doctrina en ellas contenida, acepción que tiene su origen en el principio de *stare decisis* del derecho angloamericano. En este sentido, la jurisprudencia constitucional es también fuente formal de derecho en tanto produce normas jurídicas generales aplicables a casos futuros indeterminados¹²¹.

En este orden de ideas, la Constitución vigente en el Ecuador, le otorga carácter vinculante a los fallos de la Corte de Constitucionalidad, cuando deja claramente explicitado que tiene la atribución de expedir sentencias que constituyan “jurisprudencia vinculante” (art. 436.6, Constitución de la República)¹²²; y a su vez en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control

de la Jurisprudencia y el Precedente como fuente del Derecho Administrativo Colombiano: Hacia una Adecuada Aplicación Judicial. Tesis de grado presentada como requisito para optar al título de Magister en Derecho Público. Facultad de Derecho Programa de Derecho Público. Bogotá, 2016, p. 23. Aguirre Castro, Pamela Juliana. La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: El precedente constitucional. Tesis del programa de doctorado en Derecho. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, julio de 2016, p. 61. Disponible: <http://www.uasb.edu.ec>. Fecha de consulta. 20 de septiembre de 2019.

¹²⁰ Oyarte, conceptualiza a la jurisprudencia constitucional como el conjunto de fallos dictados en el mismo sentido por los jueces y tribunales relativos a un mismo punto de derecho. Ver: Oyarte, Rafael. Derecho constitucional ecuatoriano y comparado. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014, p. 30.

¹²¹ Ver: Ferrer Mac Gregor, E. y Martínez, F. y Figueroa, G. (Coords.) Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, UNAM, México, 2014, p. 830.

¹²² Ver: Artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, p. 129. Disponible: www.lexis.com.ec. Fecha de consulta 12 de abril de 2018.

Constitucional, (específicamente en el art. 2.3)¹²³, sienta la "obligatoriedad del precedente constitucional", del cual solo podrá alejarse de forma explícita y argumentada a los efectos de garantizar la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia, lo cual se muestra entendible.

Visto así, parecería de la existencia de una contradicción normativa entre lo expresado en la Constitución como norma suprema y la referida Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como ley de desarrollo, precisamente por hacer referencia la primera a la "jurisprudencia", y la segunda al "precedente", lo que origina el uso frecuente de ambos términos en lo académico de manera indistinta, muchas veces utilizados de manera equívoca, lo cual se hace necesario explicitar, como a continuación se hará.

En los sistemas jurídicos de Europa continental, latinoamericanos y asiáticos se asume como jurisprudencia a una determinada solución que se repite en el tiempo y genera una costumbre, y en tanto se utiliza similar fundamento jurídico para resolver los casos, mientras que en los sistemas del *common law*, como Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica una solo decisión puede llegar a constituir derecho y genera obligación, y en tal sentido se asume como precedente¹²⁴.

En el nuevo constitucionalismo, ambas categorías jurídicas, "jurisprudencia y precedente", evidencian una existencia real, con cometidos específicos, lo que se advierte en el rol que se le asigna a la jurisprudencia

¹²³ Ver: Artículo 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. p. 2. Disponible: www.lexis.com.ecu. Fecha de consulta 12 de abril de 2018.

¹²⁴ Bhrunis, Roberto. Jurisprudencia constitucional vinculante –fuente directa del Derecho. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2011, p. 33. Carpio, Edgar y Grández, Pedro. El precedente constitucional. Editorial Palestra, Lima, 2007, p. 26. Legarre, Santiago y Cesar Rivera, Julio. Op. Cit., p.126. García-Berrio Hernández, Teresa. Op. Cit., p. 130. Tícas Navarro, Alexander Efraín. Op. Cit.; p. 54.

como fuente de derecho y al contenido de la justicia constitucional, lo que permite desde una sistemática legislativa coherente hacer uso desde lo normativo ambas terminologías.

Lo expuesto se comprende de mejor manera, si se parte de admitir que los jueces constitucionales a través de los fallos que contienen sus resoluciones, realizan la interpretación de la norma suprema y con ello van llenando de contenido jurisprudencial su espíritu garantista de respeto de derechos, lo cual debe servir de guía para todos los operadores del sistema de justicia en el Ecuador, lo que se corresponde con esa jurisprudencia de carácter vinculante que se reconoce en el propio texto constitucional en su art. 436.

Por otro lado, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su art. 2.3, deja sentado de forma clara que el precedente constitucional, será obligatorio y vinculante únicamente cuando la corte actúe dentro de las facultades que prevé el art. 436 de la Constitución el que hace referencia, entre otras facultades, a la declaratoria de inconstitucionalidad de actos normativos, normas conexas y actos administrativos, y en base a ello expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, *habeas corpus*, *habeas data*, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

De lo razonado, claro resulta que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad referida de cualquier norma o acto jurídico, no tendría sentido exigir la existencia de varios pronunciamientos en diferentes sentencias, sino basta con uno solo al respecto y de ello se trata el precedente, el que está a lo decidido, (*stare decisis vertical*), lo que obliga a los jueces del sistema de justicia nacional y demás destinatarios a aceptar la declaración inconstitucionalidad referida.

Para fundamentar teóricamente de mejor manera acerca de la condición de fuente de derecho de la jurisprudencia de los jueces constitucionales se muestra necesario detenerse en el proceso de creación de las normas de origen judicial, a saber, cómo los jueces de las cortes de constitucionalidad crean normas jurídicas particulares y concretas, que no solo vinculan a las partes a quienes alcanza los efectos de la decisión judicial y por ello algunas de las resoluciones que conforman la jurisprudencia constitucional cuando se corresponde con las facultades de declaración de inconstitucionalidad expresadas *up supra*, se integra como precedente constitucional. Pero, cabe realizar la siguiente interrogante, ¿es el juez de la corte de constitucionalidad creador de normas jurídicas, de derecho?

Para responder la interrogante propuesta, se debe partir de estimar que en la labor del juez en el proceso de administración de justicia se identifican dos tipos de normas, la primera se trata de las preexistentes, las disposiciones de derecho objetivo, es decir, aquellas contenidas en el Texto constitucional que los jueces de las cortes constitucionales, tienen el deber de aplicar al caso concreto, son normas condicionales que correlacionan casos genéricos con soluciones normativas; y la segunda, la norma que el juez aplica, que constituye la premisa mayor de su razonamiento jurídico expresado en la sentencia, es el tipo de norma "construida" o "creada" por el juez a partir de las primeras, luego de tener en cuenta todas las circunstancias y propiedades relevantes del caso concreto, y por ello no sólo tiene carácter definitivo, sino que trae consigo la fuerza del Derecho, por ser la expresión de la unidad del ordenamiento a través del proceso de interpretación y argumentación jurídica¹²⁵.

¹²⁵En este análisis se asume la propuesta de Aguiló, Ver: Aguiló Regla, Josep. Op. Cit., p. 106. En similar línea de pensamiento lo reconoce Indacochea Prevost, Ver: Indacochea Prevost, Úrsula. *La doctrina*

De lo expuesto se infiere que, el juez de la Corte Constitucional, en el proceso de creación judicial de normas, al elaborar la premisa mayor de su razonamiento, viene imposibilitado a desconocer las normas del derecho objetivo y tampoco la relación intrínseca y sistemática que existe entre ellas.

La justificación de una determinada decisión judicial – se agrega constitucional-, vista como la justificación de la norma creada y utilizada como premisa mayor de la decisión judicial, supone necesariamente que de respuesta una exigencia de universalidad, en tanto pueda ser formulada de manera que puedan reconocerse sus implicaciones futuras¹²⁶.

Una decisión judicial en lo constitucional tendrá esa condición de universalidad cuando, al formularla, el juez asume el compromiso de resolver de igual o similar manera todos los casos futuros que compartan los mismos aspectos relevantes, -salvo honrosas excepciones cuando exista alguna particularidad relevante que la distinga del caso original y haga aconsejable una solución diferente- lo que al decir de *Indacoechea Prevost*¹²⁷, “satisface la exigencia de igualdad formal en la aplicación del Derecho. Por tanto, si por efecto de su universalidad, la nueva norma creada por el Juez le genera una vinculación hacia el futuro, ello quiere decir que esta nueva norma se incorporaría al Derecho objetivo, es decir, al conjunto de normas que el juez tiene el deber de aplicar, y que deberá considerar y evaluar nuevamente, a la luz de todos los elementos que lo integren, cuando se le presente la oportunidad de resolver un caso semejante”.

jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho. En: “Revista de Derecho Themis”, N° 67. ISSN: 1810-9934, 2015, pp. 309-318.

¹²⁶ Aguiló Regla, Josep. Op. Cit., p. 109. Indacoechea Prevost, Úrsula. Op. Cit., p. 312.

¹²⁷ Indacoechea Prevost, Úrsula. Op. Cit., p. 313.

Pero, la decisión judicial además de gozar de la característica de universalidad con proyección hacia el futuro, para lograr la condición de norma resulta imprescindible que su vinculación se conciba con un alcance de carácter general. Aseveración que permite visualizar a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho en dos vertientes, a la jurisprudencia entendida como la reiteración de las decisiones judiciales en similar sentido y a la figura del precedente judicial.

La primera vertiente, hace alusión a la jurisprudencia constitucional la que obliga al resto de los jueces del ordenamiento jurídico- de manera vertical- vinculen sus decisiones a la interpretación de los preceptos constitucionales, ya sistematizados previamente en sus sentencias por la Corte de Constitucionalidad, lo que se advertirá de la existencia de una pluralidad de sentencias de las cuales se desprendería una interpretación común; ello impide utilizar la expresión de "doctrina jurisprudencial constitucional asentada" el hacer referencia a una única sentencia constitucional, sino a una multiplicidad de ellas, de las que se pueda asumir determinada interpretación común de los preceptos y principios constitucionales, dada su reiteración en las diferentes decisiones de la Corte.

Sobre la base de los argumentos expuestos puede entenderse a la jurisprudencia constitucional como fuente de normas jurídicas generales, ya que la existencia de una jurisprudencia constitucional consolidada en base a la interpretación común de los preceptos y principios constitucionales permiten considerarla una fuente de Derecho de hecho.

La otra vertiente, se corresponde con el precedente constitucional obligatorio, vinculante, que le atribuye, de manera expresa, efectos normativos, regulado en la referida Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, (específicamente en el art. 2.3).

En este caso, a diferencia de la “jurisprudencia constitucional”, basta una única decisión para establecer un criterio obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales, incluido la propia corte constitucional, criterio que ha de servir de necesario e imprescindible referente para resolver casos futuros¹²⁸.

El precedente constitucional vinculante, “es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”¹²⁹. Es una herramienta adecuada no sólo para dotar de mayor predictibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de las sentencias emitidas para otros procesos tutelares de los derechos fundamentales en la misma causa”¹³⁰.

César Landa,¹³¹ por otra parte, esclarece la diferencia entre la doctrina jurisprudencial y el precedente vinculante, al reconocer en éste efectos normativos de una sentencia que pasa en calidad de cosa juzgada constitucional por resolver sobre el fondo un proceso constitucional, mientras que en la doctrina jurisprudencial se requiere de una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo

¹²⁸ En criterio de Aguiló, la caracterización de la jurisprudencia y del precedente judicial como fuente-hecho y fuente-acto, no es del todo exacta; ya que en su criterio, no es posible encontrar en las decisiones judiciales una “disposición” en el mismo sentido que en las fuentes-acto, dado que en la estructura de las decisiones judiciales se aprecia una división entre la *ratio decidendi* –la regla o principio que resuelve el caso– y los *obiter dicta* –razones o criterios incidentales que van más allá de lo necesario para resolverlo–, lo que, en su apreciación, implicaría concluir que en ellas “las palabras usadas por el Juez en la sentencia no vinculan”. En este sentido ver: Aguiló, Josep. Op. Cit., p. 13. Indacochea Prevost, Úrsula. Op. Cit., p. 17.

¹²⁹ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 0024-2003-AI/TC. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

¹³⁰ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3741-2004-AA/TC., FJ 40. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

¹³¹ Landa, César. Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores, Lima, 2010, p. 115.

sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento.

El precedente está referido a un caso concreto, que por su trascendencia sirve para establecer reglas jurídicas abstractas y generales que son de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro; el precedente vinculante es una figura que permite saber cómo el juez constitucional resolverá un caso concreto en el futuro, al mismo tiempo que ordena y da coherencia a la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional. La existencia de un precedente se debe a un afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica, pues los justiciables, al saber cómo se ha resuelto un caso concreto, podrán predecir cómo se resolverá otro caso con las mismas características¹³².

Tanto la jurisprudencia como el precedente “tienen en común la característica de su efecto vinculante en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio”¹³³. La jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la Ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*)¹³⁴.

En otro orden de ideas, a distinción entre precedente vinculante, como técnica de selección de las reglas jurisprudenciales establecidas por el propio Tribunal, y doctrina jurisprudencial, en cuanto conjunto de decisiones emanadas con el mismo carácter vinculante pero cuyo ámbito normativo debe ser establecido por los propios operadores jurídicos, se traslada a una cuestión meramente accidental: es decir, la distinción

¹³² Ver: Landa, Cesar. Op. Cit., p. 117.

¹³³ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3741-2004-AA, F.J.43. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

¹³⁴ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 06167-2005-HC, F.J.2. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

depende, de quién selecciona la *ratio decidendi* o regla vinculante.

En el primer caso, dicha tarea le es confiada al propio órgano Constitucional; en el segundo caso, la tarea de distinción entre *ratio* o *holding* y *obiter dictum*, se deja para los operadores jurídicos, y dentro de éstos, al juez que deberá utilizar los criterios de selección que proporciona el derecho comparado¹³⁵.

Entre jurisprudencia constitucional y precedente vinculante existe una relación de género a especie. La nota distintiva entre género (jurisprudencia constitucional) y especie (precedente vinculante), viene dado por el hecho de que el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto¹³⁶.

La Corte Constitucional del Ecuador, dentro del acervo teórico construido desde su creación en el 2008, ha emitido algunas directrices que permiten la precisión conceptual en el manejo de las herramientas jurisprudenciales. Así, define como precedente constitucional la parte de una sentencia constitucional que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional y que tiene efectos generalmente obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte¹³⁷.

¹³⁵ Ver: Carpio, Edgar y Grández, Pedro. El precedente constitucional, Editorial Palestra, Lima, 2007.

¹³⁶ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3741-2004-AA, F.J.43. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

¹³⁷ La Corte establece la diferencia entre el precedente y la sentencia. La sentencia es el género que abarca varios contenidos de acuerdo a las competencias de la Corte; mientras el precedente es la parte en la que se establece el pensamiento judicial argumentadamente construido. El precedente es generalmente obligatorio erga omnes. Los parámetros de interpretación se resumen en el argumento central del cual la Corte decide (*ratio decidendi* o razón de la decisión). La *ratio decidendi* es el fundamento principal de la sentencia, la cual se considera precedente, y por tanto, la parte que obliga. Ver: Protocolo para la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios (PCO), Resolución Administrativa 004-10-AD-CC, 20-VIII-2010. Corte Constitucional del Ecuador.

Efectuada la distinción entre jurisprudencia (continente) y precedente (contenido), es pertinente analizar algunos elementos teóricos esenciales que configuran tanto la naturaleza y funcionalidad de la jurisprudencia en general, como del precedente en particular.

En primer lugar, cabe destacar la posición de *Miguel Carbonell*¹³⁸, quien recalca que la norma jurisprudencial permite a cualquier aplicador del derecho (y especialmente a los jueces) trasladar la típica generalidad y abstracción de la ley hacia la concreción del caso en cuestión; la actualización de la norma general que realiza la jurisprudencia permite al juez estar en contacto con las necesidades sociales que se han debido atender en otros casos anteriores, así como impulsar y dar cauce a nuevas inquietudes de la sociedad a través de la innovación jurisprudencial; la jurisprudencia presenta hoy en día mayor agilidad reguladora que la labor del legislador; es creadora de nuevas figuras jurídicas y modeladoras de las ya existentes y cumple una labor integradora y no solo interpretativa del ordenamiento; y, finalmente, la jurisprudencia contribuye a la seguridad jurídica en un triple aspecto de cognoscibilidad, uniformidad y previsibilidad.

*Carolina Schiele*¹³⁹ analiza el papel que juega la jurisprudencia dentro de un ordenamiento jurídico, cómo se enmarca dentro de las fuentes del derecho y cuál es su importancia en la interpretación, integración y función creadora del derecho. La prenombrada autora matiza, en primer lugar en múltiples sentidos el concepto de jurisprudencia: en sentido amplio, como sinónimo de ciencia del derecho; en sentido menos amplio, como doctrina que establecen los jueces y las

¹³⁸ Carbonell, Miguel. Carta X *La enseñanza de los precedentes*. En: “Cartas a un profesor de Derecho”. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2016, p. 98 y ss. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 23 de marzo de 2018.

¹³⁹ Ver: Schiele, Carolina. *La jurisprudencia como fuente de derecho. El papel de la jurisprudencia*. 2008. Disponible: www.arsboni.ubo.cl/index. Fecha de consulta: 23 de marzo de 2018.

magistraturas al resolver una cuestión que se les plantee; en sentido menos amplio, como doctrina y criterios de interpretación de las normas establecidas por los tribunales de justicia; y, en sentido estricto, como criterio constante y uniforme de aplicar el derecho mostrado en las resoluciones del máximo órgano de administración de justicia de todos los órdenes, al que le corresponde la labor de controlar la aplicación del derecho hecha por los jueces y tribunales de justicia mediante la unificación de criterios de interpretación de las normas utilizadas por los mismos.

*Fernando Ávila*¹⁴⁰, por su parte, enfatiza en los tres usos que la jurisprudencia constitucional debe tener: político, social y jurídico. Mediante el uso político, los jueces otorgan legitimidad a la democracia y hace posible convertir a la justicia en una herramienta dinámica para la materialización de la Constitución y los límites del poder.

El uso social, permite conservar las conquistas sociales y asegurar las transformaciones estructurales en una sociedad profundamente inequitativa, posibilita aumentar los niveles de exigibilidad y una ciudadanía volcada a vivir realmente los derechos constitucionales, en un proceso permanente de transformación social basado en una política constitucional y una justicia progresista, que materialice los principios y valores de la Constitución.

El uso jurídico convierte a la jurisprudencia constitucional en una herramienta valiosa para garantizar la igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia, la seguridad jurídica, y procura acercar a la justicia a los problemas concretos e intereses sociales de la población.

¹⁴⁰ Ávila, Luis F., *El precedente constitucional. Teoría y praxis*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 165 y ss.

Con relación al precedente, *Michelle Taruffo*¹⁴¹ distingue dos perfiles que evidencian su importancia: el perfil teórico y el perfil práctico. El perfil teórico hace referencia al hecho que el precedente se utilice de manera peculiar en la estructura de la argumentación jurídica, en la interpretación de las reglas de derecho y en su justificación, tanto en sede doctrinal como en la interpretación judicial del derecho; la jurisprudencia se ha convertido en un factor esencial y decisivo en la interpretación y en la aplicación del derecho, factor que condiciona la estructura de la argumentación jurídica, ya que no asumirá una estructura silogística deductiva, ni una dogmática sistemática, sino tópica. El perfil práctico alude a que el precedente es herramienta cotidiana del jurista práctico, cuyo uso se ha vuelto agradable gracias a los medios informáticos y a las bases de datos, que hacen posible el acceso fácil a la jurisprudencia, comprensiva del contenido efectivo del denominado derecho vivo.

*Taruffo*¹⁴² también aporta a la distinción entre precedente y jurisprudencia, que es pertinente citar. Cuando se habla de precedente, usualmente, se hace referencia a una decisión sobre un caso particular, mientras que cuando se habla de jurisprudencia ordinariamente se comprende una pluralidad, a menudo bastante amplia, de decisiones acerca de varios y distintos casos concretos. El precedente proporciona una regla universalizable que puede ser aplicada como criterio de decisión en un caso posterior cuando exista identidad o analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso. El uso de la jurisprudencia tiene características distintas, se trata de máximas o enunciados concentrados en unas o en pocas frases, que tienen por objeto reglas jurídicas, es

¹⁴¹ Taruffo, Michell. *Precedente y jurisprudencia*. En: “Nuevas tendencias del derecho probatorio”, 2ª edición ampliada, Horacio Cruz (Coord.), Universidad de los Andes, Bogotá, p.120.

¹⁴² *Ibidem*, p. 121.

decir, son enunciados generales de contenido preceptivo.

Victoria Iturralde¹⁴³ especifica las siguientes dimensiones del precedente: la institucional, la objetiva, la estructural y la de eficacia. La dimensión institucional se refiere a la idea de que el precedente está íntimamente vinculado con la organización institucional y las relaciones de autoridad existentes en el sistema judicial. La dimensión objetiva se refiere a la determinación de aquello que brinda eficacia al precedente, o sea, lo que el precedente es, en un sentido estricto. La dimensión estructural alude a la vinculación al precedente, tomando en cuenta la pluralidad de tribunales, los cuales pueden intervenir mediante la creación de precedentes. La dimensión de eficacia se refiere a la naturaleza que tiene el precedente y a la intensidad que éste ejerce en otros casos.

En sus reflexiones sobre la aplicación de los precedentes jurisprudenciales, Riccardo Guastini¹⁴⁴ sostiene que el precedente vinculante (regla *stare decisis*) plantea dos órdenes de problemas: en primer lugar la regla exige que el juez compruebe la similitud entre dos casos, sin embargo ningún caso es intrínsecamente análogo a algún otro caso, por lo que la similitud dependerá de los aspectos relevantes y se necesitará criterio de valoración y decisión; la regla exige la interpretación de los precedentes, es decir, de las sentencias pronunciadas por otros jueces en ocasiones anteriores para decidir casos análogos, por lo que interpretar una sentencia consiste en analizarla para extraer de ella la *ratio decidendi* subyacente, es decir, identificar el núcleo del razonamiento efectuado por el juez.

Respecto de la especificidad de los precedentes constitucionales, a diferencia de los que no tienen ese

¹⁴³ Iturralde, Victoria. *El precedente como una fuente de interpretación*. En: “Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial” (C. Bernal, Ed.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 241 y ss.

¹⁴⁴ Guastini, Riccardo, Op. Cit., p. 100.

carácter, se señala que aquéllos son determinantes para el ordenamiento en su totalidad; así, mientras que un precedente en cortes ordinarias es importante y altera, modifica o encauza conductas de ciertas áreas o zonas del ordenamiento, el que tiene naturaleza constitucional tiene un mayor campo de influencia y cualitativamente es más valioso, sobre todo por su carácter expansivo¹⁴⁵.

En el análisis del nuevo rol instrumental de la jurisprudencia constitucional y su incidencia en la estructura del sistema de fuentes del derecho ecuatoriano, *Juan Montaña*¹⁴⁶ puntualiza que la Corte Constitucional tiene un papel definitivo en la transformación de las fuentes del derecho, en razón de que la jurisprudencia constitucional está llamada a convertirse en la fuente fundamental de la resolución de los conflictos sociales del país.

La Corte Constitucional del Ecuador, por su parte, enfatiza que “todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional”¹⁴⁷.

La jurisprudencia constitucional ecuatoriana, en la nueva estructura del sistema de fuentes cumple con el rol de dotar al ordenamiento jurídico de coherencia interna y de señalar cauces para la acción judicial, en la perspectiva de materializar la efectiva garantía de los derechos consagrados en la Constitución y la ley.

Con la jurisprudencia constitucional se aseguran los derechos de igualdad y de seguridad jurídica y su

¹⁴⁵ Ver: García, Diego. Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional, Ara Editores, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2018, p. 169. Bernal, Carlos y Bustamante, Thomas (Eds.). Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 67.

¹⁴⁶ Montaña, Juan. Op. Cit., p. 91.

¹⁴⁷ Ver: Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, p. 14. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018.

eficacia vinculante permite asegurar la eficacia de un derecho dinámico como una fuente viva y efectiva frente a la realidad dialéctica de la sociedad. El precedente constitucional se erige en el mecanismo de aseguramiento de la supremacía constitucional, igualdad procesal material y seguridad jurídica de manera integral.

La propia Corte Constitucional señala que la jurisprudencia y el denominado precedente jurisprudencial obligatorio adquieren una vital importancia en el nuevo modelo adoptado por la Constitución del Ecuador y poco a poco se han convertido en objeto de estudio e implementación, constituyéndose como una de las fuentes de derecho más importantes, por lo que es menester, sostiene la Corte, irse apartando de ideas arraigadas en las cuales imperaba la ley como la única y trascendental herramienta de decisión¹⁴⁸.

Respecto al rol que cumple esta nueva fuente de derecho en el Ecuador, la Corte expresa de manera enfática que el desarrollo jurisprudencial se erige como una función creativa que perfecciona el sistema jurídico y da vida a algunas instituciones y derechos que en la mayoría de los casos sólo eran parte de preceptos normativos, pero que al momento de la activación y concreción en un caso, permiten comprender que se ejerza la verdadera labor hermenéutica y adicionalmente se da paso a la unificación de los contenidos que las constituyen, otorgando el fortalecimiento de las garantías constitucionales y la confianza de quien las efectiviza¹⁴⁹.

El reconocimiento del precedente jurisprudencial como norma positiva de carácter general y abstracto, se

¹⁴⁸ Ver: Colectivo de autores. Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Op. Cit., p. 20. Bazante, Vladimir. El precedente constitucional. Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2015, p. 29. Ávila, Luis F., Op. Cit., p. 169.

¹⁴⁹ Bazante, Vladimir. Op. Cit., p. 30. Jalkh, Gustavo. La transformación de la justicia en el Ecuador: una realidad medible. Consejo de la Judicatura, Quito, 2017, p.32.

fundamenta en la concepción de la Constitución como norma, tan jurídica como la propia ley, aunque con características jerárquicas y políticas especiales. Por eso, la Corte Constitucional, en su calidad de organismo jurisdiccional de más alto nivel, rol e impacto político, está en la obligación de encauzar o reencauzar el desenvolvimiento de todo operador público y privado según los valores, principios y objetivos plasmados en el nuevo engranaje constitucional. De ahí que, el precedente jurisprudencial adquiere también un valor altamente pedagógico, porque es el encargado de establecer las directrices que incumbe a todos los elementos del sistema normativo; por eso la jurisprudencia está en la obligación de ser clara, precisa y didáctica para que su acatamiento sea lo más fácil posible¹⁵⁰.

El precedente constitucional en el Ecuador, es el producto de cambios jurídicos y fácticos que lo han posicionado como instrumento transformador que permite direccionar los criterios constitucionales básicos en función de la lógica, congruencia y eficiencia de la administración de justicia¹⁵¹.

Ávila¹⁵² postula que la cultura del precedente constitucional puede ser un arma efectiva para romper los patrones culturales de dominación que imperan en la administración de justicia, que puede procurar que sea una tribuna donde los desiguales se encuentren en un plano de igualdad. Su naturaleza crítica puede empoderar a jueces progresistas y propiciar una nueva generación de abogados y jueces que se conviertan en activistas por el cambio respecto del proceso de transformación que impulsa el proyecto político inserto

¹⁵⁰ Zambrano, Diego. *El precedente constitucional en Ecuador*. En: “Apuntes de derecho procesal constitucional”. Centro de Estudios de la Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, p. 251 y ss.

¹⁵¹ De Cabo de la Vega, Antonio. *Líneas y políticas para el fortalecimiento sustancial y procesal del precedente constitucional*. En: “Investigación jurídica comparada, Proyecto Prometeo, Nuevo Derecho Ecuatoriano”, N°. 5, Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2015, p. 90.

¹⁵² Ávila, Luis F., Op. Cit., p. 199.

en la Constitución de 2008. De allí su legitimidad material y de allí la necesidad de defender su texto emancipador, que es parte de un continuo histórico de un derecho social presente en las luchas sociales en nuestra América Latina.

El posicionamiento teórico plasmado por la Constitución ecuatoriana de 2008 –acotan *Angélica Porras* y *Johanna Romero*¹⁵³ es precisamente el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho, particularmente mediante la justicia constitucional, por cuanto la carta fundamental otorga a las decisiones del órgano constitucional carácter vinculante.

La jurisprudencia y el precedente constitucional permiten asegurar la eficacia de un derecho dinámico como una fuente viva y efectiva frente a la realidad dialéctica de la sociedad y el precedente constitucional constituye un mecanismo ineludible de aseguramiento de la supremacía constitucional, igualdad procesal material y seguridad jurídica de manera integral.

Finalmente, cabe hacer expresa mención del pensamiento del Tribunal Constitucional alemán en relación al papel que cumple la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico, a fin de reforzar el planteamiento teórico de la presente tesis que intenta fundamentar la necesidad de diseñar e instrumentar una estrategia metodológica orientada a la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano. El Tribunal afirma: “El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un plus en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de

¹⁵³ Porras, A. y Romero, Johanna. Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana, Centro de Estudios y Difusión de la Corte Constitucional, Quito, 2012, p. 41.

sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese plus y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional"¹⁵⁴.

La jurisprudencia constitucional permite ampliar el contenido de una norma legislativa, interpretar las disposiciones a causa de antinomia y ambigüedades, cubrir anomalías a falta de la emisión de preceptos legales y ratificar el contenido de normas preestablecidas en el sistema jurídico vigente. Constituye un mecanismo ineludible de aseguramiento de la supremacía constitucional, la igualdad procesal material y la seguridad jurídica de manera integral.

Pero institucionalizar la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano, pasa necesariamente por el desarrollo y consolidación de nuevos enfoques hermenéuticos y argumentativos, destrezas y habilidades, herramientas conceptuales, técnicas y prácticas, que los jueces deben evidenciar para justificar racionalmente sus decisiones y otorgarles legitimidad. En el poder judicial radica el poder más eficaz para la defensa de los derechos ciudadanos y los principios democráticos y para lograr la adaptación del derecho a la realidad social, haciendo posible la relación dialéctica esencial entre seguridad jurídica y justicia.

A partir de la vigencia de la Constitución de 2008, la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es fuente primaria, directa y formal del derecho. No lo era antes, puesto que tuvo un rol más bien casuístico y subsidiario; la sentencia constitucional era vista como una decisión con efectos inter partes que atendía exclusivamente derechos subjetivos, y no como fuente de derecho capaz de establecer con carácter

¹⁵⁴ Tribunal Constitucional alemán. Resolución de 14 de febrero de 1973, citado por J Habermas. *Facticidad*, Op. Cit., p. 317.

erga omnes el sentido y el alcance de las instituciones jurídicas¹⁵⁵. Con ello, se asegura la constitucionalización del sistema jurídico, es decir, se garantiza la implementación efectiva del contenido constitucional¹⁵⁶.

Nunca antes se había establecido un sistema de precedentes constitucionales en el Ecuador, ni se había concebido el papel de la jurisprudencia constitucional en la interpretación, armonización y unificación integral, profunda y multilateral del ordenamiento jurídico en su totalidad. En consecuencia, la Carta de Montecristi marca un antes y un después en el sistema de fuentes del derecho. La exigencia de respetar la jurisprudencia constitucional es global para todo el sistema jurídico, genera un efecto irradiación en todas las materias jurídicas, define nuevos roles y comportamientos culturales en el poder judicial y nuevas prácticas sociales e institucionales en general¹⁵⁷.

El carácter fundamental de la jurisprudencia constitucional estriba en que mediante ésta, la Corte Constitucional explicita el contenido de los preceptos normativos de la Constitución, y por tanto, forma parte de ellos, es decir, se constituye en normas adscritas, con la misma jerarquía y el mismo valor vinculante, imprimiendo igualdad, coherencia y estabilidad al ordenamiento jurídico.

Sin pretender caer en una reducción normativista en el análisis del fenómeno objeto de estudio de la presente tesis doctoral, es preciso puntualizar, el conjunto de

¹⁵⁵ Grijalva, Agustín. *Interpretación, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*. En: “La Nueva Constitución del Ecuador”, Quito, 2008, p. 282.

¹⁵⁶ De Cabo de la Vega, Antonio. Op. Cit., p. 90. Thornhill, Cris. Prólogo al libro *Jurisprudencia constitucional*, 3ª. ed., de J. A. Barrero, Universidad Javeriana, Bogotá, 2018, p. 39.

¹⁵⁷ La Corte Constitucional del Ecuador desarrolla el derecho jurisprudencial y con efectos generales, amplía el contenido de normas legislativas, interpreta disposiciones a causa de antinomias o ambigüedades, cubre anomalías a falta de la emisión de preceptos legales y/o ratifica el contenido de normas preestablecidas en el sistema jurídico vigente. Ver: Sentencia 001-10-PJO-CC, 22-XII-2010. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018.

disposiciones normativas atinentes a la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho ecuatoriano, a partir de la Constitución de 2008:

- a) La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (art. 429, Constitución de la República). Los dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional tienen la cualidad de ser la última *ratio iuris*, siendo sus razonamientos, los que, por mandato constitucional, deben imperar sobre cualquier otra interpretación;
- b) es 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 (art. 436.1, Constitución de la República);
- c) tiene la atribución de 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 (art. 436.6, Constitución de la República);
- d) el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (art. 11.8, Constitución de la República);
- e) los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, pero 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 (art. 2.3, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional);

- f) únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el Art. 436 de la Constitución, la Corte Constitucional producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante (Art. 187, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

Esta realidad normativa superior que cambió radicalmente el sistema tradicional de fuentes del derecho o “tradicionalismo de fuentes” en el Ecuador, exige una fundamentación teórica que sustente científicamente los elementos esenciales que presupone la incorporación de la jurisprudencia constitucional en la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho, en el marco *iusfilosófico* del neoconstitucionalismo y del modelo del Estado constitucional, a partir de la Constitución de 2008.

De manera que una de las transformaciones más importantes de la Constitución de 2008 es la consideración de la jurisprudencia constitucional como fuente directa y vinculante del derecho y el papel de los jueces en la estructura del Estado como creadores del derecho vigente; y, partiendo de la premisa que la jurisprudencia constitucional es herramienta hermenéutica al servicio de los operadores de justicia que permite afianzar la constitucionalización del derecho, se pasa a analizar a continuación la necesidad de construir una teoría de la jurisprudencia constitucional que aborde los alcances, los efectos y los límites de esta nueva fuente, a partir de un giro hermenéutico argumentativo que supere la insuficiencia del tradicional método jurídico en la aplicación del derecho.

Las referencias históricas y doctrinales que anteceden, permiten comprender, desde la perspectiva constitucional, el proceso transicional que supuso el rompimiento del sistema de fuentes imperante en el Ecuador desde la fundación de la República en el año

1830, sustentado en la primacía de la ley que definió y configuró el derecho vigente, hacia la adscripción al pluralismo jurídico en el 2008 que le dio carácter vinculante y estatus de fuente normativa, primaria y autosuficiente a la jurisprudencia constitucional, en integración dinámica y sistémica con la ley y las demás fuentes del derecho.

De esta manera, se esclarecen los puntales teóricos que subyacen en la transición del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano, del Estado legislativo al Estado constitucional, de la prevalencia del principio de legalidad al principio de constitucionalidad, de la reducción del derecho a la ley al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y el carácter obligatorio de la jurisprudencia constitucional.

Superando el tradicionalismo del sistema de fuentes, la Constitución de 2008 estructura por primera vez un sistema en el que la jurisprudencia constitucional es derecho vigente en la medida en que son los jueces constitucionales (Corte Constitucional) quienes dicen qué es el derecho y a esas decisiones le dan efectos generales. Este nuevo sistema de fuentes comporta, a su vez, una transformación institucional: la legislatura deja de ser el centro y núcleo del sistema jurídico y los jueces constitucionales ganan protagonismo.

La principal innovación, en cuanto a la estructura y funcionamiento de la Corte Constitucional es su autonomía e independencia respecto de los demás órganos del poder público y la definición de los límites a su poder, así como su integración con profesionales idóneos e independientes, a través de un procedimiento de selección y designación de juezas y jueces bajo los principios de independencia, publicidad, transparencia, celeridad y meritocracia.

Con esta nueva concepción constitucional el Ecuador asume las tendencias contemporáneas del derecho constitucional y se inscribe en la familia internacional del

Estado constitucional, pues adopta en su ordenamiento jurídico los principios y valores que forman el acervo del constitucionalismo contemporáneo. Sin embargo, el nuevo marco normativo constitucional no es suficiente para fortalecer la justicia constitucional en el Ecuador y consolidar el rol de la jurisprudencia constitucional en la nueva estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico.

Lo expuesto encuentra su fundamento, en que una cosa es el Ecuador formal, el de la norma constitucional y otra, muy distinta, la realidad económica, política y social del país, que se concreta con las prácticas y la cultura de sus ciudadanos. La práctica social en general y la práctica jurídica en particular, se mueven en la órbita de la obediencia formal y ciega de la ley, y así la recepción de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial nacional enfrenta aún la arraigada cultura del positivismo jurídico, el legalismo, el formalismo y la aplicación del literalismo normativo.

Conforme se plantea en la presente tesis, la contradicción dialéctica esencial identificada en el ordenamiento ecuatoriano consiste en que, ante la exigencia jurídica de aplicar expansivamente la jurisprudencia constitucional, se acusa la carencia de bases teóricas y metodológicas que permitan perfeccionar la recepción por parte de la jurisdicción ordinaria de esta nueva fuente del derecho.

Y como la conversión de la Constitución y la jurisprudencia constitucional en fuente directa del derecho no es automática ni se produce por la sola disposición constitucional, se requiere de una serie de prácticas sociales e institucionales que hagan posible su implementación, y una de esas prácticas sociales que hay que transformar para hacer realidad la recepción de la jurisprudencia constitucional, es el sistema judicial. Por esta razón, la presente tesis correlaciona dos variables: jurisprudencia constitucional y sistema judicial.

La jurisprudencia constitucional en su función de nueva fuente directa y vinculante del derecho; y, el sistema judicial cuya centralidad es el rol de los jueces en la realización del Estado constitucional de derechos y justicia, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la constitucionalización de la administración de justicia.

El diseño institucional definido por la Constitución respecto del rol de la Corte Constitucional en la nueva estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tiene que ver con el desarrollo jurisprudencial del contenido de los derechos constitucionales y su irradiación al conjunto de la administración de justicia, a la función judicial y a los jueces ordinarios en su integralidad, de allí la dialéctica y dinámica relación entre justicia constitucional y justicia ordinaria, variables que correlaciona la presente tesis doctoral.

Sin embargo, conforme a estudio realizado en suelo patrio¹⁵⁸, en la práctica jurídica del país se evidencian dificultades para convertir los fallos de los jueces constitucionales en fuente directa del derecho, los que se concretan en que: las sentencias no consiguen resumir y sintetizar los hechos adecuadamente; no existen criterios claros y homogéneos para el manejo del precedente horizontal; no hay un lenguaje técnico normalizado de cada una de las acciones; no existe doctrina judicial propia para identificar el pensamiento y el enfoque doctrinario que ha desarrollado la Corte; las sentencias abusan de citas doctrinarias extranjeras; existen fallas de argumentación; no hay cadena de argumentos deductivos ni esfuerzos suficientes para indicar las razones de las decisiones; subsisten problemas de registro de las sentencias que hacen muy difícil encontrarlas y utilizarlas, todo lo cual constituye entre

¹⁵⁸ Ver nota al pie 5.

otros factores, verdaderas limitantes para el adecuado uso de la jurisprudencia y la institucionalización de la cultura del precedente como herramienta para favorecer cambios cualitativos fundamentales en los órdenes sociales, jurídicos y políticos.

En tal sentido, se plantea la necesidad de acciones que fortalezcan la preparación de los jueces ordinarios para la aplicación de la jurisprudencia constitucional, a cuyo efecto, se postula la definición de bases para la elaboración de una estrategia metodológica, que será objeto de caracterización en el siguiente capítulo.

CAPITULO III:

**FUNDAMENTACIÓN DE UNA ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA LA
APLICACION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA
JUDICIAL ECUATORIANO**

III.1. Las estrategias metodológicas. Razones que justifican una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano

Toda estrategia metodológica consiste en el ordenamiento de acciones en el curso de la resolución de un problema en el cual cada paso es necesario para el siguiente, implica la interrelación de un conjunto de tácticas o procedimientos específicos que se aplican o tributan a la estrategia en general. La estrategia es la determinación de las metas y objetivos de una entidad a largo plazo, las acciones a emprender y la asignación de recursos necesarios para el logro de dichas metas.

Las estrategias se diseñan para resolver problemas de la práctica y vencer dificultades con optimización de tiempo y recursos; permiten proyectar un cambio cualitativo en el sistema a partir de eliminar las contradicciones entre el estado actual y el deseado; implican un proceso de planificación en el que se produce el establecimiento de secuencias de acciones orientadas hacia el fin a alcanzar; interrelacionan dialécticamente en un plan global los objetivos o fines que persiguen y la metodología para alcanzarlos¹⁵⁹.

En relación con lo conceptualmente expuesto, se asume la definición de estrategia como: ordenamiento de las acciones en el curso de la resolución de un problema en el cual cada paso es necesario para el siguiente; estas secuencias de acciones están orientadas hacia el fin a lograr, a lo que se agrega, que debe tener un enfoque de sistema, referido a la concatenación de elementos que actúan desde dentro

¹⁵⁹ Ver: Rodríguez del Castillo, M.A., y Rodríguez Palacios, A., La estrategia como resultado científico de la investigación, en “Resultados científicos en la investigación educativa” Coords. Nerelys de Armas Ramírez y Alberto Valle Lima, Pueblo y Educación, La Habana, 2011, p. 24 y ss.

del sistema y sus relaciones con el entorno. Las características de la estrategia son las siguientes: a) se planifican y desarrollan para contribuir a la solución de problemas; b) permiten proyectar cambios mediante la solución de las contradicciones; y, c) requieren planificación y realización de acciones secuencialmente ordenadas e interrelacionadas entre sí, que pueden ser modificadas y reorganizadas dialécticamente, en correspondencia con las cambiantes condiciones del contexto y los participantes¹⁶⁰.

“Una buena estrategia es un plan de acción respaldado por un argumento convincente, una mezcla eficaz de pensamiento y ejecución. Se basa en tres elementos fundamentales: El diagnóstico (¿Qué está pasando aquí?); unas políticas que orientan; y acciones coherentes”¹⁶¹.

Por su parte, los resultados científicos producto de la investigación pueden constituir aportes teóricos o prácticos. Un resultado científico es el producto de una actividad en la cual se han utilizado procedimientos científicos, que permiten ofrecer solución a algo, se plasma en recomendaciones, descripciones, publicaciones, que contienen conocimientos científicos o una producción concreta material, o su combinación y resuelven determinada necesidad económica y social.

En correspondencia con lo anterior, los resultados teóricos son los aportes que constituyen productos de la

¹⁶⁰ El concepto de estrategia se apoya en cuatro ideas básicas: La primera de ellas es que la estrategia es una relación permanente entre la entidad y su entorno. La segunda idea considera la estrategia como una respuesta a las expectativas de la entidad, que se concretan en la definición de una misión y unos objetivos a largo plazo. La tercera idea establece que la estrategia es un modelo de decisión que establece políticas, acciones y la adecuación de medios para cumplir con los objetivos generales. La cuarta y última idea señala que la estrategia es un sistema de solución de los problemas estratégicos de la entidad, o combinación de las amenazas y oportunidades del entorno con las fortalezas y debilidades que muestra la organización. Ver: Formulación de la estrategia. <http://www4.ujaen.es/~cruiz/diplot-3.pdf>. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018.

¹⁶¹ Abraham, S. *Crafting good strategy is hard work and involves tough choices. Strategy and Leadership*, 2012, citado por: Contreras Sierra, Emigdio Rafael. El concepto de estrategia como fundamento de la planeación estratégica, pensamiento & gestión, 35. Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2013, p. 174.

actividad investigativa, en la cual se utilizan procedimientos y métodos científicos que permiten dar solución a problemas de la práctica o de la teoría y que se materializan en sistemas de conocimientos sobre la esencia del objeto o sobre su comportamiento en la práctica, modelos, sistemas, metodologías, estrategias y producciones materiales entre otros¹⁶².

Los resultados prácticos de una investigación tienen carácter instrumental y están orientados a contribuir con la transformación del objeto investigado, mejorando su efectividad, y entre esos resultados científicos de significación práctica, se encuentran las estrategias.

Bajo ese enfoque teórico y metodológico resulta necesario fundamentar una estrategia para la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano, planteada en esta tesis doctoral, procurando articular las nuevas relaciones esenciales entre: a) los conocimientos teóricos relativos a la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho en el marco de los nuevos paradigmas jurídicos que instituye la Constitución de 2008; b) los aspectos metodológicos existentes hasta la fecha referidos a la realidad aplicativa de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano; y, c) las relaciones entre los contenidos teóricos y metodológicos que constituye un aporte teórico de significación práctica que debe caracterizarse por ser factible, aplicable, generalizable, pertinente, novedoso y válido.

De conformidad con los postulados de la metodología de la investigación científica, la arista de la significación práctica de los resultados teóricos debe caracterizarse por obtener datos de la realidad empírica investigada, analizarlos para determinar la línea base de la investigación a fin de proyectar el estado deseado,

¹⁶² De Armas, N., González, J., Perdomo, J., Caracterización y diseño de los resultados científicos como aportes de la investigación educativa. Universidad Pedagógica “Félix Varela”, Cuba, 2003, p. 4.

interpretar teóricamente los resultados, lo que constituye la base para crear la propuesta hipotética que permita alcanzar el estado deseado. Dicha propuesta exige elaboración y contrastación de alternativas, análisis de las posibles aplicaciones y la selección de la variante óptima, para solucionar el problema investigado por lo que podría ser implementada tentativamente en la realidad como plan piloto, a pequeña escala, para evaluar su pertinencia, coherencia y efectividad, antes de presentar el diseño de la estrategia de forma definitiva.

Sobre la base de lo analizado anteriormente una estrategia puede valorarse a través de los siguientes elementos: un enfoque sistémico; fases o etapas interrelacionadas, definición de la contradicción entre el estado actual y el deseado, el carácter dialéctico de la propuesta, la tipología específica, el aporte práctico de la propuesta, su singularidad, la concepción con enfoque de coordinación, subordinación y dependencia y la relación dinámica entre sus componentes.

En consecuencia, el enfoque estratégico en la solución de un problema debe abordar los siguientes aspectos: esclarecer el problema, determinación del fin, diagnóstico de la realidad, variantes alternativas a utilizar, y desarrollada a través de los siguientes pasos: fundamentación, diagnóstico, objetivo general, planeación estratégica, instrumentación y evaluación. Como cierre del presente análisis, es pertinente citar al ilustre cubano José Martí¹⁶³: “Bueno es que en el terreno de la ciencia se discutan los preceptos científicos. Pero cuando el precepto va a aplicarse, (...) es necesario que se planteen para la discusión, no el precepto absoluto, sino cada uno de los conflictos prácticos, cuya solución se intenta de buena fe buscar”.

¹⁶³ Martí Pérez, José. Obras Completas, T. VI, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975, p. 335.

Por otro lado, el fundamento teórico central alrededor del cual giran todas las demás reflexiones orientadas a justificar la fundamentación de una estrategia metodológica para contribuir a la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, se expresa en la altísima tarea que tiene esta nueva fuente primaria en la adecuación del derecho a las exigencias de la nueva sociedad en transformación. Como bien señala Gustavo Zagrebelsky¹⁶⁴, la función de los jueces, “más que defender una legalidad decrepita, está orientada a crear gradualmente la nueva juridicidad prometida por la Constitución”.

Se parte del criterio de que a los jueces les corresponde expresar el contenido y concretar los principios y valores de la Constitución, por lo que requieren de estrategias metodológicas que definan y orienten las condiciones en las que debe desenvolverse la recepción de la jurisprudencia constitucional, hacer frente a la insuficiencia del tradicional método jurídico en la aplicación del derecho, resguardando siempre aquellos postulados esenciales del Texto Fundamental.

La necesidad de formulación de una estrategia metodológica parte de la idea nuclear surgida del contexto de los nuevos paradigmas jurídicos que caracterizan al ordenamiento jurídico a partir de la Constitución de 2008, como el Estado constitucional, el neoconstitucionalismo la constitucionalización del derecho y la constitucionalización de la administración de justicia, fenómenos que inciden en la configuración de la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho y en la necesidad de una diferente práctica judicial en el Ecuador, en correspondencia con los citados paradigmas.

¹⁶⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *Una atormentada apología de la ley*, Op. Cit., p. 42.

El postulado teórico central en torno al rol de la jurisprudencia constitucional, en el marco de las transformaciones sustanciales del ordenamiento jurídico ecuatoriano que entraña la Constitución, se manifiesta en el carácter instrumental de la jurisprudencia constitucional y su necesario uso social, jurídico y político, para promover procesos de innovación social y desarrollo y favorecer la práctica de los derechos y el modelo de juridicidad consagrados en el proyecto que encierra la Carta Constitucional. El cumplimiento de esta altísima tarea asignada a la jurisprudencia constitucional será posible si y solo si, el sistema de justicia y la ciudadanía logran empoderarse de las virtualidades de esta herramienta jurídica política y la hacen suya en la cotidianidad de los procesos sociales de la nación.

De igual forma, una estrategia para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano encuentra fundamentos a partir de un enfoque metodológico. Se sostiene en la teoría crítica del derecho, que posibilita los análisis de las bases culturales y el contexto histórico, social y político de las transformaciones jurídicas operadas en el Ecuador a partir del proceso constituyente del 2008. Plantea la necesidad de apartarse de la reducción normativista del positivismo que mantiene colonizada la práctica del derecho en el Ecuador, para incursionar en el uso de las técnicas hermenéuticas y argumentativas que orienten la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial, a fin de materializar los principios y valores del constitucionalismo y de la justicia sustancial, haciendo énfasis en el potencial emancipatorio del Derecho.

Se basa en la concepción que entiende al Derecho no solo como instrumento de legitimación del estado de cosas, sino como praxis de la vida de los pueblos y

herramienta fundamental para promover y viabilizar profundas transformaciones sociales y culturales.

El enfoque que se defiende, asume perspectivas socio jurídicas, axiológico jurídicas e ideológico jurídicas, históricas, es decir, un enfoque sistémico, holístico, intercultural e interdisciplinario, que permita superar la reducción normativista del positivismo y la tradicional exégesis que le acompaña, e incluye la concepción de la realidad del derecho en el Ecuador en el contexto histórico político del proyecto constitucional y su dinamismo histórico.

El carácter complejo y dialéctico de la realidad jurídica producto de las transformaciones que entraña la institucionalización de la jurisprudencia constitucional, su incidencia en la estructura del sistema de fuentes del derecho y el rol de los jueces, exigen explicaciones desde múltiples dimensiones, bajo una concepción del derecho como relación social histórico-jurídica.

Desde la perspectiva teórica expuesta, cabe tener presente la cuestión que inquiere con énfasis Boaventura de Sousa¹⁶⁵: ¿puede el derecho ser emancipatorio? Y coincidir con él que una amplia variedad de luchas, iniciativas, movimientos y organizaciones, tanto a nivel local y nacional como global, presentan al derecho como uno de los recursos utilizados para propósitos emancipatorios. El Derecho, ciertamente, expresa un producto social al tiempo que actúa como factor social incidiendo sobre la misma sociedad que lo manifiesta.

La justificación de la estrategia también se sustenta en un enfoque integrador y holístico, centrado en la concepción dialéctica de su objeto –la jurisprudencia constitucional y su eficaz aplicación en el sistema judicial- con apoyo en el paradigma de la complejidad y de la articulación sistémica, y siempre bajo una

¹⁶⁵ De Sousa Santos, Boaventura. Op. Cit., p. 143.

concepción del derecho como praxis social compleja (acción) de la vida de los pueblos y el reconocimiento de su potencial transformador.

En resumen, el puntal teórico en que se asienta la necesidad de la estrategia metodológica para viabilizar la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, se cifra en la triple dimensión social, jurídica y política de la jurisprudencia constitucional y sus respectivos usos.

En lo político se fundamenta, por las derivaciones del problema en la consolidación de la nueva institucionalidad diseñada en la Constitución, el modelo de Estado que establece, el rol protagónico de la Corte Constitucional y la constitucionalización del sistema de justicia. Mediante el uso político, los jueces otorgan legitimidad a la democracia y hacer posible convertir a la justicia en una herramienta dinámica para la materialización de la Constitución y los límites del poder. La necesidad de la estrategia, se justifica desde una dimensión social por el impacto que la jurisprudencia constitucional tiene en la construcción de la nueva cultura jurídica que subyace en los postulados del Estado constitucional de derechos y justicia instituido por la Constitución. El uso social, permite conservar las conquistas sociales y asegurar las transformaciones estructurales en una sociedad profundamente inequitativa, posibilitando el incremento de los niveles de exigibilidad y una ciudadanía volcada a vivir realmente los derechos constitucionales, en un proceso permanente de transformación social basado en una política constitucional y una justicia progresista, que materialice los principios y valores de la Constitución.

Desde lo jurídico, por cuanto la constitucionalización del ordenamiento jurídico en su conjunto y la constitucionalización de la justicia como expresión del nuevo modelo de Estado, guardan estrecha vinculación con el sistema de fuentes e incide sobre la forma de

cómo ver, pensar, aplicar, interpretar y argumentar el derecho, en la más amplia perspectiva de transformación de la cultura jurídica tradicional del Ecuador. Su uso jurídico favorece la conversión de la jurisprudencia constitucional en una herramienta valiosa para garantizar la igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia, la seguridad jurídica, y procurar acercar a la justicia a los problemas concretos e intereses sociales de la población.

Una estrategia metodológica que viabilice la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el quehacer cotidiano de los operadores judiciales, se argumenta además por las siguientes razones: Es importante para el buen desempeño de cualquier actividad y en particular la judicial, tener definidos los principales objetivos que se persiguen, las formas como se quieren conseguir y asumir un sistema de control que garantice su cumplimiento.

En relación al objeto de estudio de esta investigación se precisa que:

- Los jueces necesitan un método que combine elementos estratégicos y formales para interpretar y aplicar la jurisprudencia constitucional. El carácter instrumental de la jurisprudencia constitucional y su uso social, jurídico y político, permite promover procesos de innovación social y desarrollo, favorecer la práctica de los derechos y el modelo de juridicidad consagrados en la Carta Constitucional;
- Es necesario crear conciencia ideológica del nuevo rol del juez, volcado al servicio de las personas, creativo, conocedor y sensible a la realidad social imperante, gestor central que acompaña a la realización del Estado constitucional de derechos y justicia, convencido de su rol garantista de derechos, y para ello, cuenta con una potente herramienta: la jurisprudencia constitucional;

- Es imprescindible la coherencia y consistencia en la aplicación de los preceptos jurisprudenciales de carácter constitucional por parte de los jueces, dado el carácter vinculante y por tanto de obligatoria observación y cumplimiento, dentro del patrón fáctico determinado en el caso concreto, base para la resolución de los casos posteriores, tanto constitucionales como ordinarios;
- El rol de la jurisprudencia constitucional es trascendental porque a través de ella el diseño constitucional del ordenamiento jurídico ecuatoriano cobra vida, es la fuente dinamizadora de la Constitución y la Ley para el sistema judicial ecuatoriano;
- La jurisprudencia constitucional es herramienta hermenéutica puesta al servicio de los operadores de justicia, su adopción beneficia la celeridad procesal, asegura la igualdad, permite la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica, la racionalidad de la administración de justicia, la concreción de la justicia material, el fortalecimiento del Estado constitucional de derechos y justicia, la constitucionalización de la administración de justicia y es factor para el cambio cultural y para la función emancipadora del Derecho.

Los fundamentos teóricos relacionados con el conjunto de fenómenos jurídicos que acompañan a la Constitución de 2008 y el resultado de la investigación realizada, constituyen los presupuestos científicos y fácticos que respaldan la necesidad de fundamentar la formulación de estrategias metodológicas que contribuyan a la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el sistema judicial ecuatoriano, orientando el sentido del ordenamiento jurídico en correspondencia con la nueva estructura del sistema de fuentes, el canon

neoconstitucionalista y la constitucionalización de la administración de justicia.

Sustentar desde lo teórico, con evidencia empírica, la necesidad de fundamentar la necesidad de que se implemente una estrategia metodológica podrá contribuir a identificar científicamente el problema práctico que genera la falta de aplicación de la jurisprudencia constitucional, no obstante el carácter imperativo y la fuerza vinculante de que goza esta fuente primaria del derecho y ofrecer fundamentos teóricos y metodológicos que sustenten y posibiliten su aplicación científica y eficiente en el sistema judicial ecuatoriano.

Fundamentar una estrategia metodológica de este tipo, persigue proyectar la necesidad de un cambio cualitativo en el quehacer de los jueces, eliminando la contradicción fundamental existente entre la exigencia jurídica de aplicar la jurisprudencia constitucional y la carencia de vías procedimentales que tomen en cuenta los fundamentos teóricos y metodológicos para sustentar y permitir su aplicación científica y eficiente en el sistema judicial, desde nuevos enfoques hermenéuticos y argumentativos del derecho.

Proyectar una estrategia comienza con una hipótesis acerca de cuáles son los factores cruciales que se encuentran en una situación determinada y qué acciones podrían ejecutarse para su solución. Parte del diagnóstico de la realidad y comprende un curso de acciones secuenciales, exige de un plan de capacitación y requiere de retroalimentación.

III. 2. El diseño de una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano. Propuesta de elementos constitutivos como fundamentos de la propia estrategia Conformando el diseño de una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia

constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, se propone contemplar los siguientes elementos, que en su contenido pueden erigirse en fundamentos de la misma: 1º) Objetivo y justificación de la estrategia; 2º) Principios rectores que la justifican, 3º) Presupuestos normativos; 4º) Los elementos constitutivos de la estrategia: I. Diagnóstico, II. Plan de acción, III. Contenido hermenéutico y argumental y IV. Evaluación de la estrategia.

1º Objetivo y justificación de una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano

El objetivo que justifica la necesidad de diseñar una estrategia metodológica hace referencia a que con ello se puede contribuir a la aplicación coherente de la jurisprudencia constitucional sistematizada en el sistema judicial ecuatoriano, a fin de superar la manifiesta contradicción surgida a partir de la Constitución de 2008, que establece el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional y la falta de sistematización de fundamentos teóricos y metodológicos (estado actual) que sustenten y permitan la aplicación científica y eficiente de esta fuente primaria del derecho en el sistema judicial ecuatoriano (estado deseado), como fuente directa del derecho en su razonamiento jurídico práctico a la hora de impartir justicia.

Es decir, se debe lograr que la jurisprudencia constitucional se convierta en herramienta hermenéutica y argumentativa al servicio de los operadores de justicia en orden a apuntalar el proceso de constitucionalización de la jurisdicción ordinaria, beneficiando la celeridad procesal, la disminución del trabajo de los operadores de justicia y la plasmación práctica de los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las decisiones, uniformidad en el

razonamiento judicial, igualdad procesal, racionalidad de la administración de justicia, consagración de la justicia material y fortalecimiento del Estado constitucional de derechos y justicia.

A esos efectos, la fundamentación de bases para una posible estrategia está concebida como un conjunto de herramientas conceptuales, técnicas y prácticas, así como pautas concretas y específicas que favorezcan la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano.

En resumen, una futura estrategia metodológica que haga viable la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el quehacer cotidiano de los operadores judiciales en Ecuador, se justifica por las siguientes razones:

1. La necesidad de superar la fuerza de la tradición formalista de los jueces de aplicación mecánica de la ley, puesto que la incorporación de la jurisprudencia constitucional a la estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano, demanda un giro hermenéutico y argumentativo para hacer frente a la insuficiencia del tradicional método jurídico en la aplicación del derecho;
2. Los jueces necesitan un método que combine elementos estratégicos y formales para interpretar y aplicar la jurisprudencia constitucional;
3. El carácter instrumental de la jurisprudencia constitucional y su uso social, jurídico y político, permite promover procesos de innovación social y desarrollo, favorecer la práctica de los derechos y el modelo de juridicidad consagrados en la Carta Constitucional;
4. La necesidad de asegurar la coherencia y consistencia en la aplicación de los preceptos jurisprudenciales de carácter constitucional por parte de los jueces, dado el carácter vinculante y por tanto de obligatoria observación y cumplimiento, dentro del patrón fáctico determinado en el caso concreto, base para la

resolución de los casos posteriores, tanto constitucionales como ordinarios.

2º) Principios rectores que guían una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano

Los principios que guían una estrategia metodológica para contribuir a la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, fueron examinados en el capítulo I de esta tesis, se derivan en primer lugar del ordenamiento constitucional.

Se han de tener presente los principios constitucionalización del derecho, constitucionalización de la justicia, certeza, igualdad jurídica, coherencia, legitimidad jurisdiccional, eficacia, igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia y seguridad jurídica.

Los principios expuestos permiten configurar una respuesta al método jurídico tradicional, y por tanto, una reorientación metodológica en la aplicación del derecho conforme a la Constitución, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y el enfoque inter, multi y transdisciplinario de la jurisprudencia constitucional.

3º) Presupuestos normativos de una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano

Las normas jurídicas atinentes a la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho ecuatoriano, a partir de la Constitución de 2008, son entre otras, las siguientes:

La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (art. 429, Constitución de la República). Los dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional tienen la cualidad de ser la última *ratio*

iuris, siendo sus razonamientos, los que por mandato constitucional, deben imperar sobre cualquier otra interpretación;

La Corte Constitucional es 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 (art. 436.1, Constitución de la República);

La Corte Constitucional tiene la atribución de 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 (art. 436.6, Constitución de la República);

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas (art. 11.8, Constitución de la República);

Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, pero 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 (art. 2.3, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional);

Únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el Art. 436 de la Constitución, la Corte Constitucional producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante (Art. 187, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional).

Del contexto de las normas constitucionales y legales invocadas, surge inequívoco que el precedente constitucional forma parte de las funciones normativas

de la Corte Constitucional a través de sus sentencias. Y desde que los integrantes del extinto Tribunal Constitucional se erigieron en Corte Constitucional de Transición, hasta ser legalmente remplazados, para ejercer las atribuciones que la nueva Constitución confiere al máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (Resolución de 20 de octubre de 2008 publicada en el R.O. 451-S-22-X-2008)¹⁶⁶, se ha construido una relevante doctrina jurisprudencial y se han producido precedentes constitucionales obligatorios y vinculantes cuya difusión y aplicación es necesario evaluar¹⁶⁷.

La Corte Constitucional ha dictado precedentes constitucionales y sentencias relevantes que proyectan un interesante futuro para la técnica del precedente constitucional como herramienta para la consolidación de una justicia activista orientada a la solución de problemas estructurales de la sociedad ecuatoriana.

La jurisprudencia y el denominado precedente jurisprudencial obligatorio han ido adquiriendo una vital importancia en el nuevo modelo adoptado por la Constitución, constituyéndose en una de las fuentes más importantes. La jurisprudencia constitucional asume su condición de nueva fuente directa en la función creativa del derecho, principalmente a través de los precedentes y reglas jurisprudenciales necesarios para la adecuada aplicación de los derechos constitucionales, mediante el sistema de garantías jurisdiccionales.

La realidad normativa superior modifica radicalmente el tradicional sistema de fuentes del derecho que se ha aplicado en el sistema jurídico ecuatoriano cuya centralidad ha sido la ley, para posicionar a la

¹⁶⁶ Ver: Resolución de 20 de octubre de 2008 publicada en el R.O. 451-S-22-X-2008. Disponible: portal.corteconstitucional.gob.ec. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2019.

¹⁶⁷ Ver. Colectivo de autores. Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Op. Cit., p.18.

jurisprudencia constitucional y dentro de este género, a los precedentes constitucionales, emanados de la Corte Constitucional, como fuente de forzosa e inexorable observancia en la interpretación y aplicación del derecho por parte de todos los operadores jurídicos, judiciales, administrativos y en general de todos los órganos del poder público.

El nuevo diseño jurídico institucional de control, interpretación y justicia en materia constitucional que instituye la Constitución de la República y desarrolla la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional está orientado a consolidar el Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que se impone la necesidad de implementar renovadas metodologías para el ejercicio de la función jurisdiccional en este nuevo contexto

La investigación que se presenta, a la luz de las innovaciones constitucionales y legales señaladas, evalúa precisamente la incidencia que la producción jurisprudencial en general y los precedentes obligatorios y vinculantes en particular, emanados de la Corte Constitucional, tienen tanto en los procesos decisorios como en las estrategias hermenéuticas y argumentativas de los operadores del sistema judicial ordinarios.

La Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional reflejan la ruptura epistemológica respecto al modelo de jurisdicción y de justicia, la instauración de un régimen de garantía real de los derechos de las personas a través de un sistema de justicia eficaz, independiente y especializado; y, por último, la metamorfosis del rol de los jueces, que deberán asumir un papel esencial en el proceso de creación del derecho, por lo cual necesitan de estrategias metodológicas que les permitan emplear con eficiencia herramientas jurisprudenciales en sus construcciones hermenéuticas y argumentativas.

4º) Elementos constitutivos de una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano

a) Diagnóstico sobre la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano

En correspondencia con las preguntas centrales de la investigación, se plantean como objetivos para realizar el diagnóstico: 1. Determinar el estado actual de la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano; 2. Establecer la significación y alcance de la jurisprudencia constitucional en el nuevo sistema de fuentes; 3. Determinar cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el marco de los nuevos paradigmas instituidos por la Constitución de 2008, es receptada por los jueces, al momento de proferir sus decisiones en las causas que conocen y resuelven, en las distintas materias que componen la jurisdicción ordinaria.

El diagnóstico sobre la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano se basa, por una parte, en el análisis de datos recogidos de una investigación empírica en la cual se utilizaron cuestionarios de encuestas y autovaloración y sus respectivas escalas, como herramientas de medición científica del fenómeno en estudio; y, por otra parte, en el análisis de datos cualitativos mediante las técnicas de análisis de contenidos de los informes de investigación de tres expertos en el estudio sobre la aplicación de la jurisprudencia constitucional y la problemática del sistema judicial ecuatoriano, así como de algunas sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales en Guayas.

Los métodos aplicados de nivel empírico y las técnicas de investigación documental permitieron la localización de la información pertinente para la investigación, su fichaje textual o de contenido a fin de justificar

argumentativamente las partes subjetivas o conjeturas propias de las premisas y categorías de análisis; análisis documental para el estudio de los textos que brindaron información sobre el objeto de estudio y campo de acción relacionados con el problema que se investiga; y, encuestas aplicadas a jueces del distrito judicial de Guayas.

Tanto el análisis de los datos cuantitativos como el análisis de los datos cualitativos coadyuvaban a responder las preguntas centrales de la investigación de esta tesis doctoral.

A) Evidencias empíricas

El diagnóstico elaborado sobre la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, tuvo como fuente la información proveniente de jueces del distrito judicial de Guayas, el distrito más poblado del país y de mayor conflictividad social, mediante la aplicación de encuestas.

Para la selección de la muestra se utilizó la técnica del muestreo probabilístico con su variante aleatorio simple y en este sentido se encuestaron a 91 operadores judiciales de distintas materias; muestra que resulta significativa si se parte de que el representan el 23, 5 % de los jueces y juezas de Guayas y a su vez significan el 21 % de los jueces y juezas todo el país¹⁶⁸.

La encuesta realizada estuvo dirigida a conocer el nivel de dominio que presentan los jueces y juezas de los siguientes aspectos esenciales relativos a la problemática en estudio:

1. Conocimiento sobre la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho;
2. Ubicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes;
3. Carácter obligatorio y vinculante de las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional;

¹⁶⁸ Ver nota al pie 11.

4. Creación del derecho por parte de la Corte Constitucional;
5. Innovación de la cultura jurídica en el Ecuador, a partir de la Constitución de 2008;
6. Difusión de la jurisprudencia constitucional para conocimiento de los operadores jurídicos;
7. Limitaciones y dificultades para la aplicación de la jurisprudencia constitucional;
8. Carácter de la jurisprudencia constitucional en la cultura jurídica nacional;
9. Constitucionalización del derecho ecuatoriano;
10. Conocimiento sobre el rol de la Corte Constitucional;
11. Diferencias de vinculatoriedad de los textos contenidos en las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional;
12. Carácter normativo de las decisiones de la Corte Constitucional;
13. Distinción entre carácter vinculante y carácter persuasivo de las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional;
14. Conocimiento sobre la jurisprudencia constitucional como fuente creadora de derecho, por parte de la Corte Constitucional;
15. Diferencia entre jurisprudencia constitucional y precedente constitucional;
16. Alcance de la jurisprudencia constitucional al ámbito de la justicia ordinaria y necesidad de que el juez ordinario se remita a la jurisprudencia constitucional para la fundamentación de sus fallos;
17. Discrecionalidad judicial para la invocación de la jurisprudencia constitucional y su aplicación real a los casos concretos de decisión judicial;
18. Relación Constitución-ley-jurisprudencia constitucional. Para el acopio de los datos que observa empíricamente el conocimiento sobre la significación y alcance de la jurisprudencia constitucional y su aplicación en la argumentación de los fallos, se usó un cuestionario con

34 preguntas y su coeficiente de confiabilidad se midió conforme a las exigencias del método estadístico *Alfa de Cronbach* (Ver anexo 1), el cual arrojó un resultado de 0,82, lo que mostró la alta confiabilidad del instrumento; la que se calculó mediante el paquete estadístico SPSS, versión 21, a través del cual se midieron las variables de estudio, con lo que se asegura la validez y pertinencia de los resultados obtenidos de los participantes encuestados.

Por su parte, la medición de las correlaciones bivariadas permitieron el cálculo del coeficiente de correlación de *Pearson*¹⁶⁹ para la acreditación de la premisa propuesta; el cálculo del riesgo y sensibilidad del comportamiento de las variables se realizó a través de los coeficientes tipificados *beta*, los que fueron interpretados a la luz de lo que la literatura señala¹⁷⁰ y también con arreglo a los desarrollos teóricos presentados en este estudio. (Ver anexo 2)

El *Alfa de Cronbach* es un coeficiente usado para saber cuál es la fiabilidad de una escala o. El coeficiente *Alfa de Cronbach* oscila entre el 0 y el 1. Cuanto más próximo esté a 1, más consistentes serán entre sí los ítems (y viceversa). Este instrumento estadístico, se reconoce a menudo en la literatura como una forma sencilla y confiable para la validación del constructo de una escala y como una medida que cuantifica la correlación existente entre los ítems que componen esta¹⁷¹.

¹⁶⁹ El coeficiente de correlación de *Pearson*, es una medida de la correspondencia o relación lineal entre dos variables cuantitativas aleatorias. Se puede definir como un índice utilizado para medir el grado de relación que tienen dos variables cuantitativas. Ver: ¿Qué es y cómo se interpreta el coeficiente de correlación de *Pearson*? 11 de mayo de 2019, Disponible: [tps://www webyempresas.com](https://www.webyempresas.com). Fecha de consulta. 13 de septiembre de 2019.

¹⁷⁰ El coeficientes tipificado *beta*, es un método estadístico que indica la correlación que hay entre el comportamiento de una acción y/o sector y otro índice representativo del valor *x*. Disponible: <https://Thelogicvalue.com>. Fecha de consulta. 13 de septiembre de 2019.

¹⁷¹ El *alfa de Cronbach*, según cifras conocidas, se utiliza en el 76 % de los casos de artículos de las Ciencias Sociales para evidenciar la validez de los test. Una consulta en 163 Repositorios latinoamericanos empleando un motor de búsqueda personalizado de Google, para el término “coeficiente *alfa de Cronbach*” indica la aparición de este en 25 200 referencias lo que sin dudas constituye una clara evidencia de su amplio uso en el

La organización y presentación de los datos obtenidos giran en torno a las variables centrales de la evaluación diagnóstica y sus respectivos indicadores: jurisprudencia de la Corte Constitucional (variable independiente), y razonamiento jurídico de juezas y jueces (variable dependiente).

Para la elaboración de la encuesta a los efectos de diagnosticar el estado de dominio por parte de los jueces de los 18 marcadores expuestos *up supra*¹⁷² se planteó la siguiente pregunta central: ¿Cómo se aplican en el razonamiento y en la elaboración de las sentencias judiciales de las diversas materias las decisiones de carácter vinculante generadas por la Corte Constitucional?

El levantamiento de la información suministrada por los jueces en la encuesta permitió:

1. Explicar las limitaciones del proceso de transformación de la cultura judicial en relación a la aplicación de los postulados que entraña el Estado Constitucional y demás paradigmas relativos al nuevo orden jurídico promovido por la Constitución de 2008;

ámbito universitario, dado que los repositorios consultados pertenecen en su mayoría a Universidades de la región. Ver: Elgueta Rosas, María Francisca y Zamorano Figueroa, Francisco. *Validación del instrumento de medición para la caracterización nacional de estudiantes de derecho*. En: “Revista pedagogía universitaria y didáctica del derecho. ISSN 0719-5885. Unidad de pedagogía universitaria y didáctica del derecho. Universidad de Chile N°2, Vol. 1, 2° semestre de 2014, pp. 105 – 120. Disponible: <https://pedagogiaderecho.uchile.cl>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019. González Alonso, Jorge A. y Pazmiño. Santacruz, Mauro. Cálculo e interpretación del Alfa de Cronbach para el caso de validación de la consistencia interna de un cuestionario, con dos posibles escalas tipo Likert. En. “Revista Publicando”, 2(1). ISSN 1390-9304, 2015, p. 62. Gallarday Morales, Santiago Aquiles y Huamaní Carrasco, Jorge Carlin. La argumentación jurídica y los medios probatorios en el juicio oral en el distrito de Ventanilla – 2016. Disponible: <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/13470>. 2017. Cervantes Víctor H., Escuela de posgrado Universidad César Vallejo, Perú, 2017. Interpretaciones del coeficiente *Alpha de Cronbach*. Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Disponible: <https://pdfs.semanticscholar.org/554a/7e237d37921025f9d47711d3af0086ba494f.pdf>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019. Trelles Arteaga, Karen. Análisis del nivel de etnocentrismo y su relación con la intención de compra de ropa y calzado ecuatoriano en los estudiantes de la universidad del Azuay, 2019. Disponible: http://201.159.222.99/bitstream/datos/8944/1/14590_esp.pdf. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

¹⁷² Ver página 91.

2. Determinar el grado de incidencia institucional adquirido por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia en el sistema jurídico judicial;
3. Evaluar el impacto de la jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional en la forma cómo se concibe, entiende y practica el derecho por parte de los jueces ordinarios;
4. Evaluar la tendencia de los jueces ordinarios para cuestionar la concepción y la práctica tradicional del derecho y asumir nuevos retos que exige el sistema de fuentes instaurado por la Constitución

De los resultados obtenidos en el estudio de campo, que constan sistematizados en el anexo 3, de estadísticos descriptivos de factores intervinientes aplicados en los instrumentos de recolección de información (encuesta), se estableció que:

1. Los jueces ordinarios refieren no tener suficiente conocimiento sobre la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho ecuatoriano, a partir de la Constitución de 2008, lo que les impide argumentar sus resoluciones conforme al carácter obligatorio y vinculante de las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional;
2. No presentan el bagaje teórico necesario que les permita conocer el posicionamiento de la jurisprudencia y el precedente constitucional en la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho en el Ecuador;
3. No es suficiente la difusión de la jurisprudencia y el precedente constitucional en la formación y capacitación de los operadores judiciales es insuficiente;
4. La arraigada conducta de sometimiento a la ley, impide haya impregnado en la cultura judicial ecuatoriana y en especial en la justicia ordinaria la trascendencia como fuente de derecho directa que tiene la jurisprudencia y el precedente constitucional, a partir de la Constitución de 2008;

De igual forma, los resultados que obran en los anexos dos y tres, demuestran la falta de significatividad de la jurisprudencia constitucional en el razonamiento jurídico de jueces y juezas por la escasa aplicación de la jurisprudencia constitucional en la fundamentación de sentencias, lo que permite inferir y con ello demostrar de forma categórica, que en la actuación diaria de los operadores de la función judicial sigue pesando la tradición jurídica en materia de fuentes del derecho, cuyo énfasis es el derecho legislado, por sobre el derecho jurisprudencial.

Lo expuesto permite afirmar que los jueces aún no se asumen notificados por la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional y que no ilustran generalmente sus fallos con la doctrina y los precedentes emanados de la Corte Constitucional, ya que sólo el 4% de los encuestados afirmó hacer uso de la jurisprudencia constitucional, al momento de argumentar y sustentar sus fallos, realidad que será objeto de análisis en más adelante¹⁷³.

B) Criterios de expertos:

El diagnóstico sobre la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, tuvo además como fuente, el análisis de los datos cualitativos referidos a los criterios de tres expertos investigadores del fenómeno en estudio, los juristas profesores Antonio del Cabo de la Vega, Juan Montaña Pinto y Santiago Basabe-Serrano, todos con reconocido prestigio profesional y académico en el contexto ecuatoriano, de cuyos resultados se extraen aspectos esenciales y pertinentes a la problemática investigada, en los siguientes términos:

B.1) Antonio del Cabo de la Vega

¹⁷³ Para llegar a estas conclusiones parciales se hizo una correlación bivariada entre la jurisprudencia constitucional y el razonamiento jurídico de los jueces, encontrándose un resultado de 0,041 de no significatividad, según el coeficiente de correlación de *Pearson*, cuyo rango va desde 0 a 1, donde el impacto es visible en la medida que el coeficiente se acerca a 1 (Ver anexo 2).

Autor del estudio titulado “Líneas y políticas para el fortalecimiento sustancial y procesal del precedente constitucional”, publicado por la Corte Constitucional del Ecuador¹⁷⁴, ofrece una herramienta para identificar el sistema de precedentes constitucionales en el Ecuador, a fin de determinar su lugar en el sistema de fuentes del derecho, así como su impacto en el ordenamiento jurídico y en la administración de justicia, para lo cual hace una evaluación de la realidad de la práctica judicial en cuanto a la observancia de los precedentes en los jueces de instancia. Del análisis se destacan los siguientes elementos configuradores de la realidad del sistema jurisprudencial en materia constitucional y su incidencia en la justicia ordinaria:

1. El precedente constitucional obligatorio constituye uno de los elementos paradigmáticos del nuevo constitucionalismo en el Ecuador. La jurisprudencia y el precedente constitucional se instituyen en fuente primaria del derecho que rompe con la hegemonía absoluta del derecho construido a partir del modelo romano germánico, para recoger parte de la tradición del *common law* y, por tanto, al igual que las normas constitucionales y legales pueda direccionar tanto el comportamiento social, como la actuación de las Funciones del Estado;
2. El mecanismo jurisprudencial es una poderosa herramienta complementaria a la norma, a fin de abandonar la esfera formalista para perseguir un fin constitucional, y a la Corte Constitucional le corresponde conformar de manera ordenada, racional y armónica la jurisprudencia del país que deberá fijar las reglas constitucionales básicas del espectro jurídico nacional.

¹⁷⁴ Del Cabo de la Vega, Antonio. Líneas y políticas para el fortalecimiento sustancial y procesal del precedente constitucional. Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión, Nuevo Derecho Ecuatoriano, No. 5, Investigación Jurídica Comparada, Proyecto Prometeo, Quito, 2015.

3. La máxima autoridad de control e interpretación de la carta fundamental, la Corte Constitucional, tiene la potestad de disciplinar el precedente constitucional en el tema de garantías jurisdiccionales, procesos constitucionales y en los casos que seleccione para su revisión, lo que le permite crear "líneas jurisprudenciales en determinados escenarios constitucionales";
4. El establecimiento del precedente constitucional obligatorio involucra la ejecución de un proceso que se inicia en la Sala de Selección, continúa en la Sala de Revisión y culmina con la emisión de líneas jurisprudenciales por parte del Pleno de la Corte Constitucional cuyo efecto es *prima facie erga omnes*;
5. La conformación del precedente constitucional sirve para orientar el lineamiento y la política judicial dentro del sistema de administración de justicia y mantener la unión sistemática del discurso jurídico compatible con los nuevos paradigmas constitucionales;
6. La jurisprudencia constitucional ya no es mecanismo auxiliar sino herramienta dinámica de creación de subreglas constitucionales y a partir de su uso se permite la interpretación de la norma en caso de existir ambigüedades o antinomias y suplir los vacíos normativos en determinados escenarios jurídicos sin necesidad de acudir al ente legislativo como era la clásica costumbre en el Ecuador;
7. Es fundamental el rol que desempeñen los jueces de la justicia ordinaria, pues su participación jurídica debe ser acorde a lo presupuestado en el marco constitucional, así como también a los parámetros previamente encauzados desde la Corte a través de su jurisprudencia vinculante, a fin de asegurar la constitucionalización del sistema judicial.
8. Es necesario que las sentencias de Corte Constitucional, relativas a jurisprudencia vinculante determinen con mayor claridad los presupuestos de configuración del precedente respecto a sus efectos y a la estructura que

condensa una sentencia de ese tipo, que guarden una efectiva motivación e inteligibilidad, de tal forma que se identifique con mayor claridad las reglas y líneas jurisprudenciales, y los efectos de cada regla desde un proceso lógico, coherente y racional;

9. Es necesario que los jueces ordinarios tomen en consideración que el precedente constitucional surge como una respuesta a la ineficacia de un derecho asentado en la creación de normas sobre bases abstractas y que han configurado un sistema jurídico viciado de anomías y antinomias respecto al contenido constitucional, y por tanto, se conciba al precedente como una regla que tiene origen en hechos concretos, que deben quedar explícitos con el objetivo de su adecuada comprensión cuando se configura un litigio análogo;
10. Es necesario implementar diversos mecanismos de socialización permanente de los precedentes emitidos por la Corte Constitucional, programas de formación continua para la profundización del estudio de la jurisprudencia vinculante a operadores jurídicos, el acceso oportuno a la información jurisprudencial por vías digitales y demás mecanismos que aseguren un diálogo fluido con los jueces ordinarios, asegurando una cultura del uso adecuado del precedente, direccionando de manera clara sobre la pertinencia de su aplicación, a fin de materializar la uniformidad en la administración de justicia y el resguardo de los principios de igualdad, seguridad jurídica y legitimidad jurisdiccional.

B.2) Juan Montaña Pinto

Director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, autor de la presentación de la Guía de Jurisprudencia constitucional ecuatoriana¹⁷⁵, en cuyo tomo 1 analiza la

¹⁷⁵ Ver: Guía de Jurisprudencia constitucional. Corte Constitucional del Ecuador. Tomo I. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012.

aplicación de la jurisprudencia constitucional en el Ecuador y pone de manifiesto las dificultades que entraña convertir los fallos de los jueces constitucionales en fuente directa del derecho. Sus principales ideas se sintetizan a continuación:

1. El proceso de asunción de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho enfrenta varias dificultades culturales e institucionales, teóricas y fácticas, debido a que no es posible cambiar intempestivamente casi doscientos años de tradición jurídica en materia de manejo de las fuentes del derecho;
2. La conversión de la jurisprudencia y el precedente constitucional en fuente de derecho pasa por un proceso previo de conocimiento de las decisiones de los jueces constitucionales por parte de los operadores jurídicos, lo cual se dificulta por la falta de una guía de jurisprudencia que permita examinar los principales argumentos que justifican las decisiones de la justicia constitucional, la determinación de los problemas jurídicos relevantes de cada sentencia, el análisis de los argumentos principales de la Corte y el examen de las decisiones;
3. Las sentencias de la Corte Constitucional no consiguen resumir y sintetizar los hechos adecuadamente, elemento nodal de un modelo de derecho jurisprudencial como el que se pretende implantar;
4. No existen criterios claros y homogéneos para el manejo del precedente horizontal por parte de los jueces de la Corte Constitucional;
5. No hay un lenguaje técnico normalizado de cada una de las acciones constitucionales;
6. No existe doctrina judicial propia para identificar el pensamiento y el enfoque doctrinario que ha desarrollado la Corte Constitucional;

7. Las sentencias constitucionales abusan de citas doctrinarias extranjeras que en la mayoría de los casos no tienen relación directa con el caso resuelto;
8. Existen fallas de argumentación en las sentencias constitucionales, no hay cadena de argumentos deductivos ni esfuerzos suficientes para indicar las razones de las decisiones;
9. Subsisten problemas de registro de las sentencias que hacen muy difícil encontrarlas y utilizarlas;
10. Todavía no existe un sistema de precedentes constitucionales que ordene y sistematice las nuevas fuentes del derecho ecuatoriano.

B.3) Santiago Basabe-Serrano.

Autor de la investigación sobre “La calidad de las decisiones judiciales en Cortes Supremas: definiciones conceptuales e índice aplicado a once países de América Latina”¹⁷⁶, cuya pertinencia para la presente tesis doctoral radica en la aportación de observaciones empíricas a la calidad de las decisiones judiciales de entre otros jueces de la región, a jueces del más alto tribunal de justicia ordinaria del Ecuador, tomando entre otros parámetros, el uso que realizan de los precedentes jurisprudenciales para justificar sus fallos.

El autor realizó encuestas a expertos de once países de América Latina, evidenciando con su investigación que las decisiones judiciales de mayor calidad se encuentran en las Cortes Supremas de Costa Rica y Colombia mientras que las más deficitarias están en los tribunales de Ecuador, Uruguay y Bolivia. Los principales criterios se resumen a continuación:

1. La literatura especializada existente no ofrece un concepto sobre calidad de las decisiones judiciales, por lo que propone cuatro categorías analíticas que, desde lo normativo, permitan conceptualizar una decisión

¹⁷⁶ Basabe-Serrano, Santiago. *La calidad de las decisiones judiciales en Cortes Supremas: Definiciones conceptuales e índice aplicado a once países de América Latina*, En: “Revista Boliviana de Ciencia Política”. Vol.1 Núm. 1. Asociación Boliviana de Ciencia Política, 2017.

judicial de calidad, construye un marco teórico y una estrategia metodológica para hacer la evaluación y plantea un índice de calidad de las decisiones judiciales;

2. Parte de la premisa que en las decisiones judiciales se refleja la argumentación jurídica que desarrolla el juez en la resolución de un conflicto, en cuyo ejercicio realiza dos operaciones lógicas básicas: i) identificar la norma que se aplica al caso; y, ii) interpretar por qué esa norma se aplica al caso ("justificación interna"); pero, cuando la complejidad del caso lleva a que el juez tenga dudas razonables tanto sobre la norma que debe aplicarse como respecto a su interpretación, es insuficiente que la decisión judicial se fundamente sólo en la justificación interna, por lo que el juez debe ofrecer razones adicionales que sustenten su decisión; ese conjunto de razones adicionales que debe estar presente en las decisiones judiciales de casos complejos es lo que la teoría de la argumentación jurídica denomina "justificación externa";
3. No sólo la norma es parte del lenguaje jurídico sino también los precedentes jurisprudenciales y la doctrina relacionada con el caso sujeto a resolución de los jueces. Mientras en los casos fáciles basta el lenguaje jurídico relacionado con la norma jurídica y su interpretación al caso, en los casos difíciles las razones adicionales que el juez debe argumentar se sostienen tanto en los precedentes jurisprudenciales como en el aporte de los teóricos del derecho. Aunque los precedentes jurisprudenciales y la doctrina son dos dimensiones complementarias para mejorar la calidad de la decisión judicial, los jueces no siempre tienen en cuenta ambas herramientas;
4. Desde la teoría de la argumentación jurídica, entonces, es posible establecer una definición de lo que constituye una decisión judicial de mayor o menor calidad en

función del grado de complejidad de los casos que los jueces tienen que resolver.

En los casos fáciles, una decisión judicial de alta calidad es aquella en la que el juez identifica claramente la norma jurídica dentro del sistema legal y adicionalmente efectúa una interpretación adecuada de dicha norma respecto al caso.

En los casos difíciles, una decisión judicial de alta calidad es aquella en la que el juez identifica la norma, la aplica acorde al caso y adicionalmente otorga razones que sustentan su posicionamiento, recurriendo para ello a precedentes jurisprudenciales y doctrina jurídica; por lo tanto, en los casos difíciles, las justificaciones internas y externas son condiciones necesarias para una decisión judicial de alta calidad;

5. Las categorías analíticas utilizadas para la evaluación tienen que ver con las dimensiones del proceso argumentativo que realizan los jueces al momento de resolver una controversia:

- i) Capacidad del juez de aplicar la norma;
- ii) capacidad del juez de interpretar la norma al caso;
- iii) capacidad del juez de incorporar precedentes jurisprudenciales; y,
- iv) capacidad del juez de incluir doctrina jurídica:

Para cada dimensión los encuestados contestaron cuál sería la ubicación de cada uno de los jueces de su país en una escala de 1 (muy baja capacidad) a 10 (muy alta capacidad);

6. La estrategia metodológica aplicada para observar empíricamente la calidad de las decisiones judiciales tomó como unidades de análisis 152 jueces de las cortes supremas de once países de América Latina, entre ellos, el Ecuador;
7. Para medir la calidad de las decisiones judiciales se realizaron encuestas a expertos judiciales de once países de América Latina, entre ellos, Ecuador, tomando en consideración abogados en libre ejercicio,

académicos y ex magistrados, todos ellos expertos que poseen fuentes de información formal e informal y que por su alto nivel de profesionalización conocen a profundidad no sólo las dinámicas de las cortes supremas de sus respectivos países sino también la teoría de la argumentación jurídica, por tanto, fueron informantes idóneos para reportar sus percepciones sobre la calidad de las decisiones judiciales de los jueces;

8. La investigación presenta los resultados del índice de calidad de las decisiones judiciales en las 11 cortes supremas analizadas y siguiendo en análisis de las cuatro dimensiones constitutivas del concepto, se presenta a Costa Rica y Colombia como los países de la región con mayor calidad de decisiones judiciales; Argentina, México y Brasil también se mantienen dentro de altos niveles de calidad, por encima de la media de América Latina; Chile, Perú, Paraguay, Ecuador, Uruguay y Bolivia se encuentran por debajo de la media regional.

C) Análisis del diagnóstico: principales hallazgos

De los resultados que ofrece la aplicación de la encuesta se pueden identificar, conforme al proceso lógico de razonamiento, que los jueces y juezas en el ejercicio de administración de justicia, de cara a la nueva concepción constitucional del derecho que promueve la Constitución vigente, presentan limitaciones respecto al nuevo paradigma de promueve la carta magna, entre las que se destacan la no argumentación y motivación de sus resoluciones de conformidad con el nuevo rol que ocupa la jurisprudencia constitucional en el Ecuador, lo que puede estar motivado a la falta de una clara comprensión sobre la nueva estructura del sistema de fuentes del derecho y la ubicación en este de la jurisprudencia constitucional; de su carácter obligatorio y vinculante; todo lo que provoca que el proceso de

constitucionalización del derecho ecuatoriano se mantenga a nivel normativo y los jueces dejen de resultar verdaderos creadores de derecho y aporten con una visión constitucional al desarrollo del derecho como demanda la realidad ecuatoriana y para lograrlo resulta necesario, entre otros aspectos, alcancen comprensión sobre la real y necesaria correlación Constitución-ley-jurisprudencia constitucional.

Una de las razones que pueden pesar en la existencia de las limitaciones advertidas en el ejercicio de la función judicial, de conformidad con las exigencias de la constitucionalización del Derecho en el Ecuador, puede estar motivada en el hecho de que el control que se pueda realizar de las resoluciones judiciales tanto por las partes implicadas en el proceso de que se trate, como por los órganos jurisdiccionales superiores, por lo general no exigen del razonamiento y argumentación de las mismas de conformidad con el acervo jurisprudencial ya existente, el que si bien puede y está llamado a solidificarse, tampoco goza del reconocimiento que merece como fuente directa de derecho, lo que tiene una clara correspondencia con lastres que imperan en la escasa cultura jurídica ecuatoriana.

De las respuestas ofrecidas en la encuesta, se advierte que no se tiene toda la claridad conceptual respecto de la vinculatoriedad de los textos contenidos en las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional, no se comprende del todo el carácter normativo de las decisiones de la Corte Constitucional, ni se tiene toda claridad respecto la distinción entre el carácter vinculante y el carácter persuasivo de las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional y que es insuficiente el conocimiento sobre la jurisprudencia constitucional como fuente creadora de derecho.

Las respuestas sistematizadas revelan que el nuevo sistema de fuentes del derecho instaurado en el

Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, donde la jurisprudencia constitucional tiene relevancia protagónica por su fuerza vinculante, aún no logra instalarse institucionalizarse de manera general en el razonamiento judicial.

En este punto, cabe destacar un problema de carácter institucional que acusa el sistema judicial ecuatoriano: la falta de sistematicidad en la Corte Constitucional para difundir sus decisiones y orientar a los operadores judiciales, a fin de lograr que la aplicación de la jurisprudencia constitucional se convierta en una práctica arraigada en el sistema judicial¹⁷⁷.

Los resultados que afloran de la investigación realizada corroboran como obstáculos que afectan la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, el hecho de que la argumentación judicial sigue anclada al literalismo normativo¹⁷⁸; que la conversión de la jurisprudencia constitucional en fuente

¹⁷⁷ En la amplia bibliografía consultada, solo se encontró un texto que sistematiza la jurisprudencia de la Corte del año 2012 al 2015, y en este sentido se estima que a los efectos de que los jueces incorporen en su labor diaria en la solución de conflictos en las distintas materias el contenido de criterios asentados por la jurisprudencia constitucional, se muestra aconsejable que al menos en un período no mayor a seis meses se compendie la misma y se haga llegar directamente al operador ordinario del derecho por vía institucional. Ver: Colectivo de autores. Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Op. Cit., De igual forma de manera aislada se encuentran escasas publicaciones privadas, ver: Altamirano, D.G., Diccionario de jurisprudencia constitucional ecuatoriano: Resoluciones 2009-2010. Editorial *Workhouse* Procesal, Quito, 2013.

¹⁷⁸ Ver: Zúñiga Rendó, Carlos Adolfo. La insuficiencia de la concepción de motivación contenida en la constitución de la República del Ecuador 2008, julio de 2016 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Disponible: <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/5971/1/T-UCSG-POS-MDC-69.pdf>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2016. Vizuela Burgos, Melissa Haydee y Fuentes Terán, Verónica María. La falta de fundamentación o motivación de las sentencias judiciales en el derecho penal ecuatoriano y su importancia en el debido proceso. Septiembre de 2018. Disponible: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/09/sentencias-judiciales-ecuador.html>. Fecha de consulta. 12 de septiembre de 2019. Sentencia/Dictamen - Corte Constitucional del Ecuador. Espinosa Cueva, Carla. Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral. Edición y Prólogo Richard Ortiz Ortiz. Primera edición: enero, Quito, Ecuador, 2010, p. 35. Ver: Sentencia 113-18-SEP-CC. 21 marzo de 2018. acerca de la falta de motivación de la resolución impugnada, por parte Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y la sentencia de 17 de julio de 2017. Corte Provincial de Justicia de Guayas. Disponible: portal.corteconstitucional.gob.ec. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019. Ver: Sentencia N° 0913-2013SP de Sala de Lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, 2012, 22 de noviembre de 2013. Disponible: <https://vlex.ec/vid/-478183538>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2016. Ver: Sentencia 379-16-SEP-CC, de 9 dic. 2016. Disponible: <https://spij.minjus.gob.ecu>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2016. Otras sentencias en: Colectivo de autores. Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Op. Cit.,

directa del derecho se ha sistematizado de manera muy limitada y supervive una práctica judicial anclada en el paradigma teórico jurídico dominante del positivismo legalista, opuesto a la constitucionalización de la administración de justicia que preconiza el nuevo orden fundamental ecuatoriano.

En otro orden de cosas y con la flexibilidad que debe caracterizar todo cambio social, se debe admitir que las sociedades, sus instituciones, los hombres y mujeres como entes llamados a generarlo, no son capaces de variar sus paradigmas de la noche al día, ello exige un lento proceso de asimilación que exige un constante y profundo trabajo de preparación capaz de colocar en la cultura jurídica del país nuevas formas de hacer, con una visión más garantista, con especial énfasis en la capacitación efectiva de los operadores llamados a asumir el nuevo rol en sus labores diarias; en este sentido, la instauración de una nueva concepción del constitucionalismo desde la carta magna no resulta suficiente para borrar la arraigada cultura del positivismo jurídico, del legalismo y del formalismo vigente en Ecuador por siglos.

Lo expuesto, puede su explicación en el hecho de que en el Ecuador el legiscentrismo imperó desde su fundación como República, lo que configuró un sistema jurídico caracterizado por el formalismo ético y normativo y un sistema judicial con predominio sacramental del texto legal, donde los jueces eran meros operadores de la ley, mas no de la Constitución, y el juez, en un Estado constitucional, como sostiene *Ramiro Ávila*¹⁷⁹, no puede ser solamente “boca de la ley”, el juez tiene que aplicar principios que constan en

¹⁷⁹ Ávila Santamaría, Ramiro. El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito, 2011. Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2984/1/%C3%81vila%2C%20R-CON-007-El%20neoconstitucionalismo.pdf>. Fecha de consulta 12 de septiembre de 2019.

la Constitución y convertirse en “cerebro y boca de la Constitución.

El formalismo jurídico, tan arraigado en la cultura jurídica ecuatoriana, es una visión acerca del Derecho que deriva de la corriente del positivismo; así, ser un formalista implica la idea de comprender el Derecho como un orden compuesto casi exclusivamente por normas promulgadas por los órganos competentes, es decir, por leyes, decretos o reglamentos, dejándose en un segundo plano la jurisprudencia o la costumbre.

Conteste con *Carlos Santiago Nino*¹⁸⁰, el formalismo jurídico va unido al positivismo ideológico, en tanto que este último asume un positivismo en el que los jueces se encuentran sometidos a los mandatos legislativos, debiendo siempre resolver los casos que les competen de acuerdo a las normas legales y no conforme a los principios del Derecho. Lo primero que hay que tener presente es que el formalismo da cuenta de la preponderancia de las formas jurídicas por encima del contenido.

De lo expuesto, es posible afirmar la existencia de un elemento disfuncional en el modelo jurídico instituido por la Constitución ecuatoriana, que debe ser superado de cara a la realidad jurídica del país, ya que si bien por un lado, la carta magna establece el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional dentro de la estructura del sistema de fuentes del derecho, por otro lado subsiste el viejo modelo interpretativo y argumentativo de carácter judicial basado en la subsunción y el principio de legalidad.

La jurisprudencia constitucional, como fuente primaria y vinculante del derecho, en los términos concebidos, rompe la hegemonía absoluta de la ley, asegura la constitucionalización del ordenamiento jurídico y garantiza la implementación efectiva del contenido

¹⁸⁰ Ver: Santiago Nino, Carlos. Introducción al análisis del Derecho. Op. Cit., p. 36.

constitucional. Al ser fuente primaria del derecho, asegura la constitucionalización de la administración de justicia, se abandona la interpretación formalista basada en la letra de la ley y el procedimiento subsuntivo, todo lo cual plantea la necesidad de contar con vías metodológicas, hermenéuticas y argumentativas que permitan instrumentar la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano.

b) Planeación de acciones

A partir de la interpretación de los resultados del diagnóstico, una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, a cargo de los órganos competentes del Estado: la Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura, exige sin perjuicio del papel que está llamada a cumplir la academia, de las siguientes acciones secuenciales:

- Debe promover la difusión regular y sistemática, en el ámbito judicial, del conjunto de sentencias proferidas por la Corte Constitucional, de manera que llegue a todos los operadores judiciales del sistema y ofrezca una visión sistematizada de sus criterios jurisprudenciales que se van consolidando, respecto a los diversos criterios relacionados con las diferentes materias de la conflictividad jurídica y con la especificación de la *ratio decidendi* con clara diferenciación de los *obiter dicta* de cada fallo constitucional;
- Incorporación de la aplicación de la jurisprudencia constitucional en la construcción argumentativa de los fallos, en el catálogo de estándares e indicadores del desempeño judicial;
- Coordinación entre el Consejo de la Judicatura y la Corte Constitucional, con el apoyo de la Academia, para los procesos de diagnóstico, seguimiento y

valoración permanente de los resultados obtenidos a partir de las anteriores acciones;

- Programas permanentes de capacitación de los operadores judiciales para el manejo de la jurisprudencia constitucional y su uso en la argumentación jurídica práctica, a fin de asegurar la extensión y profundización de su aplicación como fuente directa del derecho y la constitucionalización efectiva del ordenamiento jurídico; por medio de cursos de capacitación y actualización de los jueces, eventos científicos nacionales e internacionales, en coordinación con las instituciones académicas correspondientes.

- Promoción de investigaciones científicas teórico-prácticas conjuntas, entre los jueces y las universidades, sobre la problemática de la jurisprudencia constitucional y su uso en el sistema judicial.

Las acciones de la estrategia deberán ser aplicadas en correspondencia con lo planeado, pero con la flexibilidad necesaria de acuerdo con las nuevas condiciones que surjan en el proceso de su implementación.

c) Dimensión hermenéutica y argumentativa de la estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional

La estrategia metodológica, cuyo perfil se plantea es la respuesta a la pregunta ¿Cómo hacer frente, desde la perspectiva hermenéutica y argumentativa, a los problemas concretos derivados de la implementación de la jurisprudencia constitucional?

La respuesta que implica remover obstáculos metodológicos con los que se encuentra el juez a la hora de identificar, interpretar y seguir la jurisprudencia constitucional, tal como ha sido explicado a partir de las evidencias empíricas que hacen parte del diagnóstico presentado en esta tesis.

Con esas consideraciones y a manera de elementos configuradores de un método aplicable a la interpretación y uso de la jurisprudencia constitucional en la argumentación judicial, se puntualizan las siguientes pautas:

La transición del sistema judicial ecuatoriano del legalismo al constitucionalismo exige de un nuevo giro hermenéutico¹⁸¹ y argumentativo, y ello no se alcanza hoy en el Ecuador, donde a través del amplio estudio realizado, se evidencia falencias en el orden metodológico, para que los jueces puedan interpretar y aplicar la jurisprudencia constitucional, lo que pudiera tener relación no solo con su falta de sistematización por parte de la Corte y su remisión oportuna a los órganos que integran la función judicial, sino además con la estructura de las normas jurisprudenciales, que difieren de las reglas legales, y en este sentido los jueces pueden ser capacitados para establecer la vinculación necesaria entre el *decisum* y los hechos del caso y a manejar criterios para valorar el peso y el estatus de la jurisprudencia constitucional en la argumentación judicial práctica.

Por otro lado, no se ha definido un método para abordar las estructuras, los contenidos y los usos argumentativos de la jurisprudencia constitucional en los órganos de la función judicial, lo que dificulta justificar las resoluciones judiciales y la racionalidad del razonamiento jurídico mediante la aplicación de la jurisprudencia constitucional; tampoco se ha definido una

¹⁸¹ Ver: Vega Pasquín, Rafael. Reflexiones sobre la concepción y el ejercicio del derecho: neoconstitucionalismo y claves hermenéuticas. Disponible: <https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-reflexiones-sobre-la-concepcion-y-el-ejercicio-del-derecho-neoconstitucionalismo-y-claves-hermeneuticas>. fecha de consulta: 13 de septiembre de 2019. Castaño Zuluaga, Luis Ociel. La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica, marzo 10 de 2009. Disponible: <https://dialnet.unrioja.es>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019. López Medina, Diego. *Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas*, En: “Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.). Interpretación constitucional”. Editorial Porrúa, UNAM, México, 2005, p. 12.

metodología para identificar y citar precedentes constitucionales y ofrecer razones prácticas que permitan sustentar su aplicación a casos concretos.

La jurisprudencia constitucional, en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia diseñado por la Constitución de 2008 es un potente instrumento social, político y jurídico en manos de los jueces y de la ciudadanía, que aún no logra institucionalizarse, para favorecer los cambios y las innovaciones sociales en democracia que entraña el proyecto político contenido en la Constitución.

No logra aún encarnarse en el quehacer judicial cotidiano los múltiples usos social, jurídico y político de la jurisprudencia constitucional, en correspondencia con los nuevos paradigmas del Estado constitucional de derechos y justicia, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la constitucionalización de la administración de justicia.

Mediante el uso social de la jurisprudencia constitucional, es posible conservar las conquistas sociales y asegurar las transformaciones estructurales en una sociedad profundamente inequitativa, aumentar los niveles de exigibilidad de los derechos y una ciudadanía volcada a vivir realmente los derechos constitucionales, en un proceso permanente de transformación social basado en una política constitucional y una justicia progresista, que materialice los principios y valores de la Constitución.

Mediante el uso jurídico, la jurisprudencia constitucional es una herramienta valiosa para garantizar la igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia, la seguridad jurídica, y procurar acercar a la justicia a los problemas concretos e intereses sociales de la población. Mediante el uso político, los jueces otorgan legitimidad a la democracia y hace posible convertir a la justicia en una herramienta dinámica para

la materialización de la Constitución y los límites del poder.

La hermenéutica positivista, propia de la teoría formalista de la interpretación jurídica predica la preferencia de la interpretación lingüística, lógica y sistemática frente a la interpretación teleológica, bajo el entendido de la atribución al juez de un poder meramente declarativo de las leyes vigentes y su correlativa prohibición de crear derecho. Es la hermenéutica de la concepción formal de la justicia denominada "formalismo ético", tomando en cuenta que el acto justo es aquel que está conforme a la ley e injusto el que contraría al legislador. Es la ideología del legalismo¹⁸².

La teoría hermenéutica de la interpretación, como enseña *Riccardo Guastini*¹⁸³, posee un componente propiamente "teórico", en el sentido de ser puramente descriptivo, y un evidente componente "ideológico", en el sentido de ser prescriptivo, que se aúnan en el caso concreto, en el sentido de que el horizonte de la teoría hermenéutica se circunscribe a los problemas de aplicación, de solución de casos concretos y, por tanto, a la interpretación judicial.

El componente descriptivo consiste en una serie de conjeturas en torno al proceso mental de interpretación: el que acaece en la mente del juez, tres conjeturas en particular: a) La conjetura de que el juez parte no de ya la interpretación textual, sino de la previa representación y valoración del caso concreto sometido a su consideración; b) la conjetura de que el juez se aproxima a la interpretación de los textos guiado, por una parte, por un acervo de presuposiciones y condicionamientos culturales (no necesariamente

¹⁸² Montaña, Juan. *Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano*. En: "Apuntes de Derecho Procesal Constitucional", Tomo I, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, p. 27.

¹⁸³ Guastini, Riccardo, *Filosofía del Derecho Positivo. Manual de Teoría del Derecho en el Estado Constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2018, p. 245 y ss.

conscientes) de diversos géneros; por la otra, por sus ideas preconstituidas de justicia, en general y en relación con la específica controversia de que se trate; c) la conjetura de que la justificación de la decisión (la motivación), y en particular de las elecciones interpretativas, no es otra cosa que la racionalización ex post de valoraciones morales (en sentido amplio): el juez primero decide el caso a la luz de la justicia, después busca la disposición normativa idónea, oportunamente interpretada, para justificar su decisión.

El componente prescriptivo consiste en una recomendación dirigida al juez, consistente en no decidir aplicando ciega o mecánicamente las normas existentes, y de hacerlo en cambio buscando la justicia del caso concreto, por tanto, una justicia *case by case*, eligiendo la interpretación más conveniente en vistas de ese resultado; en suma, decidiendo más según la justicia que según el derecho. El caso ejerce presión sobre el derecho a través de la interpretación, en el sentido de que cada caso concreto posee sus propias exigencias, objetivas, de justicia.

En consecuencia, el primer paso es la interpretación del caso, es decir, la precomprensión, que consiste en dar al caso un sentido y un valor, esto es, en identificar las exigencias de justicia que él incorpora.

Los cambios operados a partir de la Constitución de 2008 implican una drástica ruptura contra la hegemonía absoluta del derecho construido sobre la tradición legicentrista y formalista del sistema jurídico ecuatoriano, con la consecuente sumisión al modelo constitucional, el que adopta algunos elementos del modelo del *common law*, como el del precedente. Esa ruptura exige de una nueva mirada desde lo hermenéutico y argumentativo, que desplacen la cultura judicial centrada en el principio de legalidad y la metodología de la subsunción.

Por su parte, la argumentación en el modelo neoconstitucionalista adoptado por la Constitución de 2008, abandona el puro esquema lógico deductivo legalista y requiere del juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica; argumentar equivale a justificar, no basta acudir a razones exclusivamente formales, sino que debe también acudirse a contenidos, fines y valores, y en esta tarea argumentativa, es elemento necesario la jurisprudencia constitucional con su fuerte carga interpretativa y aplicativa de los derechos fundamentales y sus garantías¹⁸⁴.

El neoconstitucionalismo se caracteriza, a efectos de la argumentación, por lo siguiente: equilibrada conexión entre derecho y moral; el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas, como la jurisprudencia constitucional; el derecho no sólo consiste en estructuras normativas sino también argumentativas, contextuales y procedimentales; la legalidad se supedita a la constitucionalidad en sentido fuerte; se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras; se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Alí Lozada Prado y Ricaurte Herrera, señalan que la teoría de la argumentación jurídica es al Estado constitucional lo que el logicismo, encarnado en la teoría del silogismo judicial, es para el Estado legislativo y precisa las limitaciones del enfoque logicista: en primer lugar, desprecia el contenido de las premisas priorizando la forma en que se enlazan entre sí y, conjuntamente, con la conclusión e ignora el aspecto activo de la argumentación como práctica social dinámica. Ver: Lozada Prado, Alí y Ricaurte Herrera, Catherine. Manual de argumentación Constitucional. Propuesta de un método. Corte de Constitucional del Ecuador. Ediciones Continente. Quito, 2015, p. 45. Alfonso García, Figueroa. Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Disponible: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.001>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2019. Atienza, Manuel. Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios de Política Criminal, Madrid, 1991. *Id.* Contribución a una teoría de la legislación. Civitas, Madrid, 2000, p.7. García Figueroa, A. ¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica? Teoría & Derecho. En: “Revista de pensamiento jurídico”, N° 20, 2016, p 26. Ezquiaga, Francisco. La argumentación en la justicia constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2018. Disponible: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php>. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2019. Grández, Pedro y Morales, Félix (coords). La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Palestra Ediciones, Lima, 2017, p. 29.

¹⁸⁵ Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático* (A. García Figueroa, trad.). En “M. Carbonell (ed.) Neoconstitucionalismo(s)”, Trotta, Madrid, pp. 31-47. Atienza Manuel. El

La recepción de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, es necesario enfatizar una vez más, no ha sido automática, se han generado una serie de dificultades en el sistema judicial, tanto respecto a la concepción como a la praxis aplicativa. Los jueces enfrentan dificultades epistemológicas y lógicas, hermenéuticas y argumentativas y en general dificultades para comprender aspectos esenciales relativos a la noción, relevancia, estructura y funcionalidad de la jurisprudencia constitucional, así como problemas metodológicos para reconocer, interpretar y seguir precedentes.

La dimensión argumentativa del derecho con base en la Constitución y la jurisprudencia constitucional es incipiente aún en el conjunto de las destrezas hermenéuticas y argumentativas de los operadores de justicia; existen limitaciones para que los jueces escudriñen los registros de decisiones de casos anteriores e intenten aplicarlos a problemas que deben resolver, así como también insuficiencias en las operaciones de justificación de las decisiones para encuadrarlas en los precedentes constitucionales.

Sobre el papel particular que cobra la argumentación jurídica como factor fundamental para la renovación y la mejora de la práctica del Derecho y de su enseñanza, se pregunta Aguiló Regla¹⁸⁶, si se está ante un simple fenómeno de moda o si responde a algo más profundo, más estructural y definitivo. A lo que es posible responder con Atienza¹⁸⁷: que la causa se encuentra en la crisis del positivismo jurídico, que en algunos sistemas jurídicos de Derecho continental ha venido de la mano de un

Derecho como argumentación. Ariel, Barcelona, 2006, p.12. *Id.* Curso de argumentación jurídica. Trotta, Madrid 2013. *Id.* Filosofía del Derecho y transformación social. Trotta. Madrid. 2017, p. 23. Hernández, Carlos y Villalba, Jorge. Argumentación Jurídica. Universidad Libre, Bogotá, 2016, p 56.

¹⁸⁶ Ver: Aguiló Regla, Josep. Sobre Derecho y argumentación., Editora Leonard Muntaner, Mallorca, 2008, p. 12.

¹⁸⁷ Ver: Atienza, Manuel. *Constitución y argumentación*. En: “Aguiló Regla, Josep; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Editor *Iustel*, Madrid, 2007, pp. 113 y ss.

cambio estructural conocido como “la constitucionalización del orden jurídico”.

Si bien la argumentación es una técnica de persuasión fundada, en la práctica, en el aumento o la disminución de la relevancia asignada a los motivos dentro del panorama de la decisión, no por ello está enteramente sujeta a actitudes valorativas ni deja de ser lógicamente controlable, ya que un argumento siempre es reductible a la forma de un razonamiento lógico y, en ese sentido, cualquier error de inferencia terminaría desvalorizándolo, aun cuando quienes pretendan servirse de él siguieran invocándolo¹⁸⁸.

En el estado legal, que la Constitución de 2008 propugna vencer, la función judicial se limita a una tarea exclusivamente aplicativa de la ley; el derecho una vez creado por el legislador, es aplicado de un modo mecánico por el juez (subsunción). El razonamiento judicial se construye por vía del silogismo jurídico, en virtud del cual la ley, universal en sus términos, es la premisa mayor; las alegaciones sobre los hechos particulares, son las premisas menores y aquí cada uno de los universales de la ley está ejemplificado en el caso particular; y, la conclusión, es la solución fundada en las alegaciones. Y en esa línea, los términos de la ley aplicable son interpretados en consonancia con los hechos del caso que han de interpretarse y evaluarse para determinar si verdaderamente cuentan, si realmente encaja en la ley. Así, esta operación subsuntiva o deductiva tiene en el silogismo jurídico, el marco de todo el razonamiento jurídico que comporta la aplicación del derecho.

En la actualidad, pueden destacarse como caracteres esenciales del estado actual de la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano los siguientes:

¹⁸⁸ Aseff, Lucía María. Argumentación jurídica y semiosis social, Op. Cit., p.50.

1. Dificultades epistemológicas y lógicas, hermenéuticas y argumentativas en la aplicación de la jurisprudencia constitucional, que enfrentan los jueces; dificultades para comprender aspectos básicos relativos a la noción, relevancia, estructura y funcionalidad de la jurisprudencia constitucional;
2. Dificultades para justificar la identidad entre casos, así como el desconocimiento de la jurisprudencia, la arbitrariedad en la toma de decisiones, encasillar todo caso en una determinada disposición normativa sin la debida reflexión;
3. Dificultades para encontrar las razones por las que se puede comparar un caso anterior a uno por decidir, encontrar razones para la decisión y diferenciarlas de las que solo sirvieron para complementarla.

Los problemas enunciados que configuran el ser y el quehacer de la aplicación de la jurisprudencia constitucional y su contrastación con el deber ser prescrito en el modelo jurídico político establecido por el Texto Fundamental analizados a la luz de los desarrollos teóricos de la doctrina, caracterizan el estado actual de los factores limitantes que enfrenta el sistema judicial ecuatoriano, los que pueden ser superados articulando elementos hermenéuticos y argumentativos.

En la tarea aplicativa de la jurisprudencia constitucional, en la argumentación y justificación jurídica, los operadores del sistema judicial deberán tener en cuenta:

- Argumentar no ya desde las normas, sino desde los hechos relevantes;
- No basta con citar mecánicamente la jurisprudencia, es indispensable, además, conocer su estructura casuística y de la relativa indeterminación de la regla jurisprudencial, así como de su ámbito de aplicación concreto, puesto que los preceptos jurisprudenciales no

tienen la misma estructura que las reglas legales, y de ahí su dificultad;

- La calidad argumentativa del precedente, que depende sustancialmente de una serie de argumentaciones en cadena que permiten justificar una decisión frente a un problema jurídico planteado;
- Identificar la *ratio decidendi*, el argumento principal, verificando el nexo que este argumento central tiene con lo resuelto;
- La regla jurisprudencial no tiene la precisión puntual de una regla legal, sino que se encuentra dispersa en los argumentos que intentan justificar la decisión;
- La importancia de los hechos, como especificaciones que dotan de significado a la regla;
- No tomar indistintamente partes aisladas de la sentencia constitucional, sino ir construyendo interrelaciones entre varios pronunciamientos jurisdiccionales relevantes del fallo;
- La búsqueda de la jurisprudencia constitucional (sentencias) por temática o conceptos desarrollados (principios, derechos y conceptos específicos relativos a las distintas ramas del Derecho), según requerimiento del caso en análisis;
- La identificación en la sentencia seleccionada de tres clases de elementos: los hechos, el problema jurídico y la decisión, incluida su motivación, por lo que deberá procederse al análisis de los hechos del caso, los problemas jurídicos generados en vínculo con los mismos y los fundamentos jurídicos argumentativos de la decisión;
- Citar la jurisprudencia aplicable al caso previo análisis de la estructura casuística y evaluando la relativa indeterminación de la regla jurisprudencial y su ámbito de aplicación concreto;
- Ante una eventual colisión entre preceptos legales y jurisprudenciales, el juez deberá remitirse a ambos preceptos a fin de justificar su decisión, de acuerdo con

criterios de prevalencia entre uno y otro, tomando en cuenta los criterios de validez y justicia de los preceptos escogidos, que deberán guardar correspondencia con las exigencias del ordenamiento jurídico (que debe ser válido y justo);

- Citar expresamente el precedente constitucional teniendo en consideración que en la motivación de las decisiones jurisdiccionales es tan obligatoria como la referencia a la Constitución y a la ley; el desconocimiento flagrante de la jurisprudencia constitucional representa una violación al orden constitucional;
- Justificar la decisión judicial del caso actual también desde los hechos relevantes e invocar el argumento que sirvió para la decisión previa articulación hechos-derecho y formulación del problema jurídico;
- Encontrar en el caso identidad conceptual y fáctica con el caso anterior y reconstruir las estructuras que sirvieron para la decisión anterior;
- En la invocación de decisiones anteriores, éstas deben cuestionarse al punto que permitan la construcción o reconstrucción de nuevas razones, en correspondencia con los hechos recientes y los conceptos diferentes involucrados; así, apartarse de un precedente es legítimo cuando su aplicación pudiese provocar un resultado injusto, en cuyo caso habrá que argumentar razones para esa decisión.

Los jueces, artífices de la materialización de los derechos, principios y valores consagrados en el modelo de Estado constitucional de derechos y justicia que establece la Constitución de 2008, con arreglo a expresos señalamientos normativos contenidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a la hora de decidir sobre las causas sometidas a su jurisdicción, haciendo uso sistémico y dialéctico de los preceptos constitucionales, legales y jurisprudenciales, tendrá en cuenta:

- El principio de aplicación más favorable a los derechos, la optimización de los principios constitucionales y el carácter vinculante de los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional;
- Las reglas de solución de antinomias a fin de hacer prevalecer la norma competente, la jerárquicamente superior, la especial o la posterior, según el caso;
- Los principios de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica, interpretación sistemática, interpretación teleológica e interpretación literal, según corresponda, así como los principios generales del derecho y la equidad, los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación;
- El contenido central de la argumentación judicial estará siempre ocupado por los derechos fundamentales, y en ese sentido, tendrán los jueces que hacer uso de las fuentes constitucionales, legales y jurisprudenciales que más se ajuste a la protección de los derechos.
- Que la interpretación conforme a la Constitución conduce a la constitucionalización de la aplicación del derecho, en respuesta al método jurídico tradicional para superar la interpretación formalista del derecho, a través de un razonamiento judicial más complejo, el uso de nuevas técnicas interpretativas, como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización, el efecto irradiación, el principio *pro personae*, los valores.
- En cuanto al uso específico de la jurisprudencia constitucional, los jueces tomarán en cuenta el enfoque inter, multi y transdisciplinario de ésta, es decir su utilización para interpretar la norma en caso de existir ambigüedades o antinomias, así como para suplir los vacíos normativos en determinados escenarios jurídicos, teniendo claro que la jurisprudencia constitucional no es una mera fuente auxiliar en la actividad judicial sino que tiene carácter obligatorio, contribuye a sellar lagunas o

vacíos y a superar ambigüedades normativas que excepcionalmente deja el ordenamiento jurídico y que es una poderosa herramienta complementaria a la normativa legal;

- Tomar en cuenta que la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional deviene de su función de lograr la unidad interpretativa de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico. Y convencerse que la jurisprudencia constitucional al explicitar el contenido de los preceptos normativos de la Constitución, forma parte de ellos, es decir, se constituye en norma adscrita, con la misma jerarquía y el mismo valor vinculante y por su fuerza vinculante, la jurisprudencia constitucional permite cohesionar de forma integral el derecho jurisprudencial ecuatoriano;
- Los principios que están en juego en la aplicación de la jurisprudencia constitucional tienen relación con igual trato ante la ley, igualdad jurídica, seguridad y certidumbre jurídica y principio de universalidad de la argumentación jurídica.

La efectiva utilización de la jurisprudencia constitucional hará posible direccionar el funcionamiento del sistema judicial acorde al nuevo modelo jurídico que instaura la Constitución de 2008, materializar el rol del Estado constitucional de derechos y justicia, contribuir al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La aplicación de la jurisprudencia constitucional logrará materializar la uniformidad en la administración de justicia y resguardar el principio de legitimidad jurisdiccional.

d) Evaluación de la estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano

La evaluación de la estrategia metodológica será atribución de los órganos competentes del Estado, de

manera periódica, para asegurar su pertinencia y utilidad.

Es importante puntualizar que el seguimiento constituye la vía para determinar de modo permanente, en qué medida resulta efectivo el proceso de aplicación del sistema de acciones propuesto, con el objetivo de avanzar en la solución del problema que se intenta resolver con la estrategia, lo cual constituye condición necesaria para su perfeccionamiento, a través de una relación lógica y sistémica, dinámica y flexible, en forma de espiral dialéctica ininterrumpida, orientada a plasmar en la práctica la eficaz aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano.

Por vía legislativa no es posible prever todos los casos posibles y ofrecerles solución jurídica. Los jueces constitucionales en el contexto ecuatoriano pueden por vía jurisprudencial reelaborar normas y en la práctica judicial, realizar interpretaciones correctivas cuando advierten determinados efectos sociales de las normas, para lo cual tienen a su alcance, diversas alternativas de interpretación, presupuestos y técnicas de argumentación que la Ciencia Jurídica ofrece, sin perjuicio de la obligación moral que contraen ante la selección de principios y normas que para cada caso realizan.

Como contenidos de la estrategia propuesta se, interrelaciona dialécticamente los objetivos, principios, presupuestos normativos y los componentes específicos de la misma: el diagnóstico de la problemática, así como lineamientos hermenéuticos y argumentativos, para vencer las dificultades respecto de la falta de aplicación de la jurisprudencia constitucional y alcanzar el estado deseado que es la generalizada y eficiente utilización de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el Ecuador.

En resumen, con el diagnóstico realizado se determinó el estado actual de la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho en el sistema judicial, mediante la aplicación de encuestas a jueces del distrito judicial del Guayas y el consiguiente análisis y valoración de los resultados obtenidos.

Del estudio de campo realizado se evidencia que la jurisprudencia constitucional tiene una incidencia poco significativa en las decisiones judiciales, es decir, escasa aplicación en la fundamentación de sentencias, lo cual revela, a su vez, que sigue pesando la tradición jurídica en materia de fuentes del derecho, cuyo énfasis es el derecho legislado, por sobre el derecho jurisprudencial. Concomitantemente, se acudió al análisis de los datos cualitativos referidos a los criterios de tres expertos investigadores del fenómeno en estudio, de cuyos resultados se extrajeron aspectos esenciales y pertinentes en relación con la problemática investigada.

El diagnóstico permite demostrar la necesidad e importancia de promover la creación de una estrategia que favorezca la realización práctica de la constitucionalización de la justicia en Ecuador y sus principales contenidos.

Los resultados en general, permiten fundamentar desde la teoría y la investigación empírica, una propuesta de contenidos generales para una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano. Su diseño e implementación demanda además, un trabajo consciente, constante y deliberado de la Corte Constitucional y demás instituciones públicas del sector justicia, en publicitar y hacer llegar a los operadores de justicia de manera sistemática las resoluciones que integran la jurisprudencia, las que deben ser asumidas por los jueces en el proceso de argumentación de su sentencia; cuando ello se logre, Ecuador estará

consolidando su incorporación a un real Estado constitucional de derechos y justicia.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El diagnóstico realizado como parte de la investigación, permite demostrar la necesidad e importancia de promover la creación de una estrategia que favorezca la realización práctica de la constitucionalización de la justicia en Ecuador y sus principales contenidos. La situación actual y la problemática que enfrenta el sistema judicial ecuatoriano, respecto a la aplicación de la jurisprudencia constitucional en la impartición de justicia en el Ecuador, se manifiesta en la escasa significatividad práctica que tiene el uso de esta fuente directa del Derecho tal cual resultó instituida por la Carta Constitucional, lo que fundamenta la necesidad de una estrategia metodológica para contribuir a perfeccionar su aplicación en el sistema judicial del Ecuador.

SEGUNDA: El modelo jurídico instituido por la Constitución ecuatoriana se revela disfuncional en su realización práctica, también, por la falta de sistematicidad en la Corte Constitucional para difundir sus decisiones y orientar a los operadores judiciales a fin de lograr que la aplicación de la jurisprudencia constitucional se convierta en una práctica arraigada en el sistema judicial.

TERCERA: El Estado constitucional de derechos y justicia, el neoconstitucionalismo, la constitucionalización del ordenamiento jurídico y la constitucionalización de la administración de justicia; constituyen un conjunto sistémico de paradigmas derivados del Texto Fundamental de 2008 que fundamentan científicamente el diseño de una estrategia para contribuir a la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, a partir de la estrecha relación que existe entre ellos en torno a la centralidad, aplicación directa

y carácter vinculante de la Constitución, de los derechos y garantías en ella establecidos, así como del nuevo rol que asume el juez.

CUARTA: El diseño de una estrategia metodológica para la aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema judicial ecuatoriano, también se fundamenta en los propios elementos que se proponen la conformen: objetivo y justificación de la estrategia; principios rectores que la justifican, presupuestos normativos; los elementos constitutivos de la estrategia: a. diagnóstico, b. plan de acción, c. contenido hermenéutico y argumental y d. evaluación de la estrategia.

QUINTA: En el diseño e implementación de una estrategia metodológica para contribuir a perfeccionar su aplicación en el sistema judicial del Ecuador, se han de tener presente los principios de constitucionalización del derecho, constitucionalización de la justicia, certeza, igualdad jurídica, coherencia, legitimidad jurisdiccional, eficacia, igualdad procesal, predictibilidad, uniformidad de la actuación de la justicia y seguridad jurídica, derivados en primer lugar del ordenamiento constitucional y examinados de forma transversal en la tesis,.

SEXTA: La argumentación judicial en la práctica ecuatoriana, continúa atada al literalismo normativo y al paradigma teórico jurídico dominante del positivismo legalista basado en la subsunción y el principio de legalidad, opuesto a la constitucionalización de la administración de justicia que preconiza el nuevo orden fundamental ecuatoriano.

SÉPTIMA: El nuevo giro hermenéutico y argumental, en tanto implica el consecuente abandono de la teoría de fuentes del Estado legalista, la identificación, interpretación y aplicación de los preceptos jurisprudenciales en la argumentación jurídica práctica, justifica la necesidad de aplicar estrategias

metodológicas para hacer frente a los problemas concretos de la implementación del nuevo sistema de fuentes.

OCTAVA: La Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reflejan la ruptura epistemológica respecto al modelo de jurisdicción y de justicia, la instauración de un régimen de garantía real de los derechos de las personas a través de un sistema de justicia eficaz, independiente y especializado; y, por último, la metamorfosis del rol de los jueces, que deberán asumir un papel esencial en el proceso de creación del derecho, para lo cual el diseño e implementación de estrategias metodológicas permitiría emplear con eficiencia herramientas jurisprudenciales en sus construcciones hermenéuticas y argumentativas.

RECOMENDACIONES

1. El perfeccionamiento del funcionamiento judicial en el Ecuador, referido a la aplicación de la jurisprudencia como fuente obligatoria, demanda la conjunción de elementos estratégicos y formales para interpretar y aplicar la jurisprudencia constitucional de forma coherente con la obligatoria observación y cumplimiento de la misma en pos de favorecer la práctica de los derechos y el modelo de juridicidad consagrados en la Constitución de la República.
2. Cohesionar de manera integral la aplicación de la jurisprudencia constitucional junto a las otras fuentes del derecho, a través de pautas metodológicas que configuren una nueva cultura judicial, que garantice la

uniformidad en la administración de justicia y el resguardo de los principios de igualdad, seguridad jurídica y legitimidad jurisdiccional, propios del Estado constitucional de derechos y justicia que preconiza la Constitución ecuatoriana, para promover la consistencia y coherencia sistémicas de la nueva estructura del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3. Incorporación de la aplicación de la jurisprudencia constitucional en la construcción argumentativa de los fallos, en el catálogo de estándares e indicadores del desempeño judicial;
4. Difundir en los diferentes contextos de la práctica del derecho, la judicatura, el foro y la academia, el requerimiento básico que la conversión de la jurisprudencia constitucional en fuente primaria del derecho, pasa por el proceso previo de conocimiento de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de los operadores jurídicos.
5. Fortalecer la nueva cultura de la constitucionalización de la justicia a cuyo efecto, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de la Judicatura, con el apoyo de la Academia, pueden diseñar, ejecutar y evaluar políticas públicas orientadas al entrenamiento de los jueces, implementándose para ello programas permanentes de capacitación que tributen al desempeño eficaz en el manejo y aplicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema de justicia ecuatoriano, así como, promover investigaciones científicas teórico-prácticas conjuntas sobre la problemática de la jurisprudencia constitucional y su uso en el sistema judicial.
6. Que se diseñe una estrategia metodológica que tenga como referencia los términos que propone la investigación, para contribuir a transformar el funcionamiento del sistema judicial, mejorar su eficiencia y productividad mediante la aplicación de la

jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, en correspondencia con la nueva estructura del sistema de fuentes y los postulados del orden jurídico político fundamental que consagra la Constitución de 2008.

7. Necesidad de un trabajo coordinado del Consejo de la Judicatura, la Corte Constitucional, con el apoyo de la Academia, en el proceso de diagnóstico, seguimiento y valoración permanente de los resultados obtenidos en relación con las acciones propuestas como parte de la estrategia.

BIBLIOGRAFÍA

- Abarca, Luis. El Estado constitucional de derechos y justicia social y sus instituciones tutelares. Universidad San Francisco, Quito, 2009.
- Aguilera, Rafael. Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Porrúa, México, 2010.
- Aguiló Regla, Joseph. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Barcelona, Ariel, 2000.
- Aguiló Regla, Josep. La Constitución del Estado Constitucional. Editorial Palestra, Lima, 2004.
- Aguiló Regla, Josep. Sobre Derecho y argumentación. Editora Leonard Muntaner, Mallorca, 2008.
- Ahumada, María Ángeles. *Neoconstitucionalismo y constitucionalismo*. En: "P. Comanducci, M. A. Ahumada y D. González Lagier. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo". Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- Andrade Ubidia, Santiago. *La Función Judicial en la vigente Constitución de la República*, En: "La Nueva Constitución del Ecuador". Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación, Editora Nacional, Quito, 2009.
- Anchaluisa Shive, Christian. El neoconstitucionalismo transformador andino y su conexión con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Disponible: www.corteidh.or.cr. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019.
- Alarcón, Carlos y Vigo, Rodolfo Luis, (Coord.). Interpretación y argumentación jurídica, problemas y perspectivas actuales. Editora Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.
- Alfonso García, Figueroa. Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Disponible: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.001>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2019.
- Aleinikoff, T.A., El Derecho Constitucional en la era de la ponderación. Palestra Editores, Lima, 2010.

Alexy, Robert. El concepto y la validez del Derecho. trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.

Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

Alexy, Robert. La institucionalización de la justicia. Editorial Comares, Granada, 2005.

Alexy, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: La teoría racional como teoría de la fundamentación jurídica. Palestra Editores, Lima, 2007.

Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Alexy, Robert. El concepto y la naturaleza del Derecho. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.

Alexy, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático, en Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Alexy, Robert. *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático* (A. García Figueroa, trad.). En "M. Carbonell (ed.) Neoconstitucionalismo(s)", Trotta, Madrid, 2010.

Altamirano, D.G., Diccionario de jurisprudencia constitucional ecuatoriano: Resoluciones 2009-2010. Editorial Workhouse Procesal, Quito, 2013.

Aseff, Lucía María. Argumentación jurídica y semiosis social. Editorial *Juris*, Argentina, 2003.

Aseff, Lucía María. Las fuentes del Derecho y otros textos de teoría general. Editora *Juris*, Argentina, 2005.

Atienza, Manuel. Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Centro de Estudios de Política Criminal, Madrid, 1991.

Atienza, Manuel y Ruiz, J., Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

Atienza Manuel. El Derecho como argumentación. Ariel, Barcelona, 2006.

Atienza, Manuel. Contribución a una teoría de la legislación. Civitas, Madrid, 2000.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Editora *Iustel*, Madrid, 2007.

Atienza, Manuel y Lozada, Alí. Cómo analizar una argumentación jurídica. Editorial Cevallos, Quito, 2009.

Atienza, Manuel. El sentido del Derecho. Editorial Ariel, Barcelona, 2009.

Atienza, Manuel y Ruiz, Juan. Para una teoría postpositivista del Derecho. Editorial Palestra, Lima, 2009.

Atienza, Manuel. Introducción al Derecho. Fontamara Editores. México, 2011.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, Fragmentos para una teoría de la Constitución, Editora *Iustel*, Madrid, 2011.

Atienza, Manuel y García, Juan. Un debate sobre la ponderación. Editorial Palestra, Lima, 2012.

Atienza, Manuel. Interpretación constitucional, (2ª ed.). Universidad Libre, Bogotá, 2012.

Atienza, Manuel. Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho. Editorial Pasos perdidos, Madrid, 2013.

Atienza Manuel. Curso de argumentación jurídica. Trotta, Madrid, 2013.

Atienza Manuel. Filosofía del Derecho y transformación social. Trotta, Madrid, 2017.

Ávila Santamaría, Ramiro. El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008. Quito, 2011. Disponible: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2984/1/%C3%81vila%2C%20R-CON-007-El%20neoconstitucionalismo.pdf>. Fecha de consulta 12 de septiembre de 2019.

Ávila Santamaría, Ramiro. *Neoconstitucionalismo Transformador*. En: "El Estado de Derecho en la Constitución de 2008". Abya Yala UASB, Quito, 2011.

Ávila, Luis Fernando. *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución del 2008 en el contexto andino*. En: "Revista: Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

Ávila Santamaría, Ramiro. *Estado constitucional de derechos y justicia*. En: "La Constitución del 2008 en el contexto andino", Editor Ramiro Ávila, Quito, 2009.

Ávila, Luis F., *El precedente constitucional. Teoría y praxis*. Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013.

Barberis, Mauro. *¿Existe el Neoconstitucionalismo?* En: "Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM", N°. 4, 2015.

Barbosa Gomes de Oliveira Filho, Gabriel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano: el estado moderno en contextos pluralistas*. En: *Panor. Braz. Law - Year 4 - Número 5 y 6*, ISSN 1075-1343, 2016. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019.

Barroso, Luis. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. En: "¿Existe el neoconstitucionalismo?, Razones, debates y argumentos" (Ortega, Santiago, Director), Editorial Jurista, Lima, 2013.

Basabe-Serrano, Santiago. *La calidad de las decisiones judiciales en Cortes Supremas: Definiciones conceptuales e índice aplicado a once países de América Latina*, En: "Revista Boliviana de Ciencia Política", Vol. I, N° 1, Asociación Boliviana de Ciencia Política, 2017.

Bazante, Vladimir. *El precedente constitucional*. Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2015.

Belloso Martín, Nuria. *El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?* En: "Cuadernos electrónicos del Filosofía del Derecho", N° 32, ISSN: 1138-9877. 2015.

Bernal, Carlos y Bustamante, Thomas (Eds.). *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Bernal Pulido, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Cap. 3, segunda parte. UNAM, México, 1993.

Bhrunis, Roberto. *Jurisprudencia constitucional vinculante –fuente directa del Derecho*. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2011.

Bobbio, Norberto. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*. Editorial Trotta, Madrid, 2015.

Bonetto, M. y Piñero, M. *Teoría crítica del Derecho*. En: "Revista del Centro de Estudios Avanzados". N°. 3, Córdoba, Argentina, 1994.

Botero-Bernal, A. *El positivismo jurídico en la historia*. Universidad de Medellín. Medellín, Colombia, 2014.

Carbonell, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. En: "El neoconstitucionalismo en su laberinto". Ed. Trotta, Madrid, 2007.

Carbonell, Miguel. *El Neoconstitucionalismo en su laberinto*. En: "Teoría del neoconstitucionalismo". Editorial Trotta, Madrid, 2007.

Carbonell, Miguel. *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*. Palestra Editores, Lima, 2010.

Carbonell, M. y García, L. (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Carbonell, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2012

Carbonell, Miguel. Argumentación jurídica: el uso de la ponderación y la proporcionalidad. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2014

Carbonell, M. y Ferrer Mac-Gregor, E. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa. Editora Jurídica Cevallos, Quito 2014.

Carbonell, Miguel (Coord.) (2014) Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad (4º edic.). México: Editorial Porrúa.

Carbonell, Miguel (Coord.) Para leer a Luigi Ferrajoli. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2016.

Carbonell, Miguel. *Carta X La enseñanza de los precedentes*. En: "Cartas a un profesor de Derecho". Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2016. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 23 de marzo de 2018.

Carpio, Edgar y Grández, Pedro. El precedente constitucional. Editorial Palestra, Lima, 2007.

Carpizo, Enrique. Del Estado legal al Constitucional de Derecho. Rasgos esenciales. Editorial Porrúa, México, 2015.

Carrillo de la Rosa, Yezid. *Aproximación a los conceptos de neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. En: "Revista Saber, Ciencia y Libertad". Julio 2010. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

Casal, Jesús María. La justicia constitucional y las transformaciones del constitucionalismo. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

Castaño Zuluaga, Luis Ociel. La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica, 10 de marzo de 2009. Disponible:

<https://dialnet.unrioja.es>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

Castro, Iván. *El tránsito del legiscentrismo al neoconstitucionalismo y su influencia en la formulación de las garantías de los derechos*. En: "Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil", Nº. 32, año 2018.

Cervantes Víctor H., Escuela de posgrado Universidad César Vallejo, Perú 2017. Interpretaciones del coeficiente *Alpha de Cronbach*. Universidad Nacional de Colombia, Colombia. Disponible: <https://pdfs.semanticscholar.org/554a/7e237d37921025f9d47711d3af0086ba494f.pdf>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

Clemente de Diego, Felipe. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. En: "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1925.

Comanducci, Paolo. Constitucionalización y teoría del derecho. Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, 23 de agosto 2005. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Disponible: <http://www.acader.unc.edu.ar>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

Colectivo de autores. Desarrollo Jurisprudencial de la primera Corte Constitucional. Publicación serie Jurisprudencia constitucional, Nº. 7. Secretaría Técnica Jurisdiccional. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2016.

Contreras Sierra, Emigdio Rafael. El concepto de estrategia como fundamento de la planeación estratégica. Pensamiento & gestión. Nº 35. Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia, 2013.

Correa, M., Osuna, N. y Ramírez, G. (Editores académicos). Lecciones de derecho constitucional. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

De Armas, N. González, J. Perdomo, J. Caracterización y diseño de los resultados científicos como aportes de la investigación educativa. Universidad Pedagógica "Félix Varela", Cuba, 2003.

De Cabo de la Vega, Antonio. *Líneas y políticas para el fortalecimiento sustancial y procesal del precedente constitucional*. En: "Investigación jurídica comparada, Proyecto Prometeo, Nuevo Derecho Ecuatoriano", N°. 5, Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2015,

De Cabo de la Vega, Antonio. Líneas y políticas para el fortalecimiento sustancial y procesal del precedente constitucional. Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión, Nuevo Derecho Ecuatoriano, No. 5, Investigación Jurídica Comparada, Proyecto Prometeo, Quito, 2015.

De Cabo de la Vega, Antonio, *et al.*, Investigación Jurídica Comparada, Proyecto Prometeo. Centro de Estudios y Difusión de la Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2015.

De Otto, Ignacio. Derecho Constitucional, sistema de fuentes. Editorial Ariel, Barcelona, 1987.

De Sousa Santos, Boaventura. Derecho y Emancipación. Centro de Estudios y Difusión. Corte Constitucional, Quito, 2012.

Díaz, Álvaro. Sentencias de unificación jurisprudencial y mecanismo de extensión. Legis. Universidad del Rosario, Bogotá, 2017.

Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. trad. de M. Guastavino. Ariel, Barcelona, 1984.

Dworkin, Ronald. El imperio de la justicia. Editorial Gedisa, Barcelona, 1986.

Dworkin, Ronald. El Imperio de la Justicia. Gedisa, Barcelona, 1988.

Dworkin, Ronald. *Freedom's Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

Dworkin, Ronald. Justicia para erizos. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014.

Dworkin, Ronald. Derechos, libertades y jueces. Centro de Estudios Carbonell. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2015.

Edwin Figueroa Gutara. Dimensiones del Estado neoconstitucional. Disponible: <https://edwinfigueroag.wordpress.com>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

Elgueta Rosas, María Francisca y Zamorano Figueroa, Francisco. *Validación del instrumento de medición para la caracterización nacional de estudiantes de derecho*. En: "Revista pedagogía universitaria y didáctica del derecho. ISSN 0719-5885. Unidad de pedagogía universitaria y didáctica del derecho. Universidad de Chile N°2, Vol. 1, 2° semestre de 2014. Disponible: <https://pedagogiaderecho.uchile.cl>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

Espinosa Cueva, Carla. Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral. Edición y Prólogo Richard Ortiz Ortiz. Primera edición: enero, 2010 Quito, Ecuador, 2010

Estupiñán, L., Hernández, C. y Jiménez, W., (Edits.), Tribunales y Justicia Constitucional, Homenaje a la Corte Constitucional colombiana, Tomo I, Universidad Libre y Universidad de Bolonia. Editorial Universidad Libre, Bogotá, 2017.

Ezquiaga, Francisco. La argumentación en la justicia constitucional, Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana. 2018. Disponible: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=2504927&pid=S0718-5200201200020001300019&lng=es. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2019.

Favoreu, Louis Joseph. *La constitucionalización del derecho*. En: "Misceláneas. Homenaje a Rolando Drago". La unidad del derecho, París, 1996.

Fernández Bulté, Julio. *Teoría del Derecho*. Editora Félix Varela. La Habana, 2002.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos fundamentales*. En: "Derechos y garantías. La ley del más débil", Trotta, Madrid, 1999.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª edición, Trotta, Madrid, 2000.

Ferrajoli, Luigi. *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*. En: Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2001.

Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Editorial Trotta, Madrid, 2008.

Ferrajoli Luigi, Moreso José y Atienza Manuel. *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Fontamara, México, 2010.

Ferrajoli, Luigi. *Cultura jurídica y paradigma constitucional. La experiencia italiana del siglo XX*. Palestra Editores, Lima, 2010.

Ferrajoli, Luigi., et al., *Un debate sobre el constitucionalismo*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo como modelo teórico y como proyecto político*. Editorial Trotta, Madrid, 2014.

Ferrajoli, Luigi. *El Derecho como sistema de Garantías*. En: "Derechos y Garantías: La Ley del más Débil". Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Ferrajoli, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En: "Un debate sobre el constitucionalismo". Ferrajoli, Luigi, (et al.), Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos fundamentales y garantismo*. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2015.

Ferrer Mac Gregor, E. y Martínez, F. y Figueroa, G. (Coords.) *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, UNAM, México, 2014.

Gallarday Morales, Santiago Aquiles y Huamaní Carrasco, Jorge Carlin. La argumentación jurídica y los medios probatorios en el juicio oral en el distrito de Ventanilla – 2016. Disponible: <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/13470>. 2017. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

García-Berrio Hernández, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*. En: "Foro, Nueva época", N°. 4. ISSN: 1698-5583, 2006.

García Jaramillo, Leonardo. *Intento de conceptualización y defensa del neoconstitucionalismo*. En: "Revista Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. N°. 4. 2015.

García, Juan. *Iusmoralismo* (s). Dworkin, Alexy, Nino. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2015.

García, Domingo. *Ensayos de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional*. Ara Editores, Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2018.

Gascón, Mariana. *Los límites de la justicia constitucional: la invasión del ámbito político*. En: "Tendencias actuales del Estado Constitucional Contemporáneo." Tomo VI (Ortiz, D. y Aquize, K., Coords.), Ara Editores, Lima, 2013.

García Figueroa, A. *¿Para qué sirve la teoría de la argumentación jurídica? Teoría & Derecho*. En: "Revista de pensamiento jurídico", N° 20, 2016.

Gil Domínguez, Andrés. *Escritos sobre Neoconstitucionalismo*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.

González Alonso, Jorge A. y Pazmiño. Santacruz, Mauro. *Cálculo e interpretación del Alfa de Cronbach para el caso de validación de la consistencia interna de un cuestionario, con dos posibles escalas tipo Likert*. En: "Revista Publicando", 2(1). ISSN 1390-9304, 2015.

Guastini, Riccardo *Interpretación, Estado y Constitución*. Ara Editores, Lima, 2014.

Guastini, Riccardo. Interpretar y argumentar (2da. Edic.) Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014,

Guastini, Riccardo *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. En: "M. Carbonell (ed.) Neoconstitucionalismo(s)", Trotta, Madrid, 2010.

Guastini, Riccardo. Las fuentes del derecho. Fundamentos Teóricos. Editorial Científica, Lima, 2016.

Guastini, Riccardo. Lecciones de Derecho Constitucional. Ediciones Legales, Lima, 2016.

Guastini, Riccardo. La interpretación de los documentos normativos. Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Derecho Global Editores, México, 2018.

Guastini, Riccardo Interpretar y argumentar. Ediciones Legales, Lima, 2018.

Guastini, Riccardo. Filosofía del Derecho Positivo. Manual de Teoría del Derecho en el Estado Constitucional. Palestra Editores, Lima, 2018.

Grández, Pedro y Morales, Félix (coords). La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Palestra Ediciones, Lima, 2017.

Grijalva, Agustín. *Interpretación, jurisdicción ordinaria y Corte Constitucional*. En: "La Nueva Constitución del Ecuador", Quito, 2008.

Häberle, Peter. El estado constitucional. UNAM, México, 2001.

Häberle, Peter. *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*. En: "La ciencia del Derecho Procesal Constitucional". Tomo I, Editorial Marcial Pons, México, 2008.

Habermas, Jürgen. Facticidad y validez, Editorial Trotta, Madrid, 2008.

Habermas, Jürgen. *La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho*. En: "Revista de Filosofía", N° 15, 1997.

Henríquez Viñas Miriam y Núñez Leiva, José Ignacio. *Una aproximación al nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: "Constitucionalismo y Procesos Constituyentes, Volumen dos, Una revisión crítica al constitucionalismo latinoamericano." (Gajardo Falcón, Jaime y Zuñiga Urbina, Francisco. Coordinadores). Editora Tomson Reuters, primera edición, Santiago de Chile, 2016.

Hernández, Carlos y Villalba, Jorge. *Argumentación Jurídica*. Universidad Libre, Bogotá, 2016.

Hernández, Miguel. *Trabajos constitucionales: Estudios de Derecho constitucional*. Quito: Ediciones Legales EDLE, 2015.

Hernández, Miguel. *El contenido esencial de los derechos. Doctrina y jurisprudencia*. Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2016

Indacochea Prevost, Ursula. *La doctrina jurisprudencial y el precedente constitucional vinculante: una aproximación a la jurisprudencia constitucional desde la teoría de las fuentes del derecho*. En: "Revista de Derecho Themis", N° 67. ISSN: 1810-9934, 2015.

Iturralde, Victoria. *El precedente como una fuente de interpretación*. En: "Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial" (C. Bernal, Ed.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

Jalkh, Gustavo. *La transformación de la justicia en el Ecuador: una realidad medible*. Consejo de la Judicatura, Quito, 2017.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Edit. Eudeba, Buenos Aires, 2009.

Klatt, Matthias. *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Marcial Pons, Madrid, 2017.

Martí Pérez, José. *Obras Completas. T. VI*, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.

Montaña, Juan. *El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Centro de

Estudios y Difusión de la Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.

Montaña, Juan. *Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano*. En "Apuntes de Derecho Procesal Constitucional", T. I, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.

Morin, Edgar. *Introducción al pensamiento complejo*, s/e México, 2004.

Moreso, José J., *La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*. En: "¿Existe el neoconstitucionalismo?, Razones, debates y argumentos". (Ortega, Santiago, Director), Editorial Jurista, Lima, 2013.

Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*, Editoria Ariel, 12ª edición, Barcelona, 2003.

Núñez, M. y Enríquez, P., *Derecho y Política*. Editorial Porrúa, 2011.

Landa, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra Editores. Lima, 2010.

Legarre, Santiago y Cesar Rivera, Julio. *Naturaleza y dimensiones del stare decisis*. En: "Revista Chilena de Derecho" N° 1, Volumen 33, 2010.

López Medina, Diego. *Hermenéutica legal y hermenéutica constitucional. Antecedentes históricos y perspectivas contemporáneas*, En: "Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coord.). Interpretación constitucional". Editorial Porrúa, UNAM, México, 2005.

López, Leonardo. *El precedente judicial y el ejercicio del derecho ante las altas cortes*. Universidad de Medellín, Medellín, 2015.

López Calera, Nicolás. *Teoría del Derecho*. Edit. Gomares, Granada, 2000.

Lozada Prado, Alí y Ricaurte Herrera, Catherine. *Manual de argumentación Constitucional. Propuesta de un método*. Corte de Constitucional del Ecuador. Ediciones Continente. Quito, 2015.

Ordóñez, Jorge Benavides. *Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina*. En: "Ius Humani. Revista de Derecho" N°. 5, ISSN: 1390-440X-016, 2012.

Orive González, Carlos Marcelo. La aplicación del neoconstitucionalismo como instrumento de protección y garantía de los derechos fundamentales en la interpretación constitucional. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es>. Fecha de consulta 12 de junio de 2019.

Osorio Gómez, Octavio. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano frente al neoconstitucionalismo*. En: "Revista Hechos y Derechos". N° 32, marzo abril 2016. Disponible: <https://revistas.juridicas.unam.mx>. Fecha de consulta: 13 de julio de 2019.

Otto, Ignacio De. Derecho constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona, Ariel, 1987.

Oyarte, Rafael. Derecho constitucional ecuatoriano y comparado. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014.

Peña, Antonio. La garantía en el Estado constitucional de derecho. Editorial Trotta, España, 1997.

Pérez Luño, Antonio. El desbordamiento de las fuentes del Derecho. Editorial La Ley, Madrid, 2011.

Ponce, Juan. El neoconstitucionalismo en el Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2017.

Porras, A. y Romero, Johanna. Guía de jurisprudencia constitucional ecuatoriana, Centro de Estudios y Difusión de la Corte Constitucional, Quito, 2012.

Pozzolo, Susanna. Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico, Editorial Palestra, Lima, 2011.

Pozzolo, Susana. *Metacrítica del neoconstitucionalismo*, En: "¿Existe el neoconstitucionalismo?, Razones, debates y argumentos (Ortega, Santiago, Director)", Editorial Jurista, Lima, 2013.

Prieto Sanchís, Luis. Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho. Editorial Palestra, Lima, 2005.

Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de Teoría de Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Prieto Sanchís, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: "M. Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*", Trotta, Madrid, 2010.

Ramiro Campero, Israel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano?* Disponible: <http://www.revistasbolivianas.org.bo>. Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2019.

Roca, Atienza y Ruiz Manero, J., *Derecho y razonamiento práctico* en Carlos Santiago Nino. Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, 2004.

Rodríguez del Castillo, M.A. y Rodríguez Palacios, A. *La estrategia como resultado científico de la investigación*. En: "Resultados científicos en la investigación educativa" Coord. Nerelys de Armas Ramírez y Alberto Valle Lima, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 2011.

Rolla, Giancarlo. *La evolución del constitucionalismo en América latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional*. En: "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional". ISSN 1138-4824, Nº. 16, Madrid, 2012.

Ross, Alf. *Teoría de las fuentes del Derecho*. El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Rusínque, Cielo. *El neoconstitucionalismo latinoamericano*. En: "Lecciones de derecho constitucional". Tomo 1, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Rajlad, B., Benente, M. y Muñoz, K., *Nuevos procesos constitucionales en América*, Ediciones Legales, Quito, 2013.

Sanchís, Pedro. ¿Neoconstitucionalismos? (un catálogo de problemas y argumentos), En: *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, No 44, 2010.

Salamanca, Antonio. La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito, 2015.

Salgado Pesantes, Hernán. Prólogo del libro: Derecho Constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana, editado por el Tribunal Constitucional, Quito, 1999.

Salazar, Pedro. *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, En: "González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.). El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo", México, UNAM, 2013.

Schiele, Carolina. La jurisprudencia como fuente de derecho. El papel de la jurisprudencia. 2008 Disponible: www.arsboni.ubo.cl/index. Fecha de consulta: 23 de marzo de 2018.

Sosa Sacio, Juan Manuel. ¿Qué es el "nuevo constitucionalismo latinoamericano"? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau. Gaceta constitucional N°52. Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

Storini, Claudia y Guerra, Marcelo. *La justicia constitucional en el Ecuador y su desarrollo desde la vigencia de la constitución de montecristi*. En: "Revista IURIS", N°. 17 Volumen N° 1, BIANUAL, 2018.

Taruffo, Michell. Precedente y jurisprudencia. En: "Nuevas tendencias del derecho probatorio", 2ª edición ampliada, Horacio Cruz (Coord.), Universidad de los Andes, Bogotá.

Thornhill, Cris. Prólogo al libro Jurisprudencia constitucional, 3ª. ed., de J. A. Barrero, Universidad Javeriana, Bogotá, 2018.

Trelles Arteaga, Karen. Análisis del nivel de etnocentrismo y su relación con la intención de compra de ropa y calzado ecuatoriano en los estudiantes de la universidad del Azuay, 2019. Disponible: http://201.159.222.99/bitstream/datos/8944/1/14590_es_p.pdf. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

Valle Franco, Alex. El neoconstitucionalismo en América Latina. Disponible: https://www.la-razon.com/la_gaceta_juridica/neoconstitucionalismo-America-Latina-gaceta_0_2156184436.html. 00:00 / 04 de noviembre de 2014. Fecha de consulta: 10 de junio de 2019.

Vallet de Goytisolo, Juan B., Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico, Montecorvo, Madrid, 1982.

Vega Pasquín, Rafael. Reflexiones sobre la concepción y el ejercicio del derecho: neoconstitucionalismo y claves hermenéuticas. Disponible: <https://doxa.ua.es/article/view/2015-n38-reflexiones-sobre-la-concepcion-y-el-ejercicio-del-derecho-neoconstitucionalismo-y-claves-hermeneuticas>. Fecha de consulta: 13 de septiembre de 2019.

Velásquez, Santiago. La Corte Constitucional del Ecuador y el Estado constitucional de derechos y justicia, Editorial Atelier, Barcelona, 2018.

Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: "Crítica y Derecho-2. Política, justicia y Constitución", Luis Fernando Ávila, Ed. Corte Constitucional Ecuatoriana, Ecuador, 2011.

Viciano, Roberto y Martínez, Rubén. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: "El nuevo constitucionalismo en América Latina". Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición. Memorias del encuentro internacional "El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI". Quito, 2010.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. *Constitución y Democracia en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. En: "Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla IUS 25", México, 2010.

Villabella Armengol, Carlos Manuel. Nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Un nuevo paradigma? Mariel, México, 2014.

Vizueta Burgos, Melissa Haydee y Fuentes Terán, Verónica María. La falta de fundamentación o motivación de las sentencias judiciales en el derecho penal ecuatoriano y su importancia en el debido proceso. Septiembre de 2018. Disponible: <https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/09/sentencias-judiciales-ecuador.html>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

Zagrebelsky, Gustavo. La corte constitucional u la interpretación de la constitución. Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Novena edición. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo. *Una atormentada apología de la ley*. En: "Fe en el Derecho". Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo. La ley y su justicia. Editorial Trotta, Madrid, 2016.

Zambrano Pasquel, Alfonso. Del Estado constitucional al neoconstitucionalismo. Edilex Editores, Guayaquil, 2011.

Zavala, Jorge. Derecho Constitucional. Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica. Edilex Editores, Guayaquil, 2010.

Zúñiga Rendó, Carlos Adolfo. La insuficiencia de la concepción de motivación contenida en la constitución de la República del Ecuador 2008, julio de 2016 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Disponible:

<http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/5971/1/T-UCSG-POS-MDC-69.pdf>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2016.

Legislación

Constitución de la República del Ecuador de 1851.
Compilación de Constituciones ecuatorianas. Centro

de Documentación de la Corte de Constitucionalidad. Quito, 2010.

Constitución la República del Ecuador de 1906, Compilación de Constituciones ecuatorianas. Centro de Documentación de la Corte de Constitucionalidad. Quito, 2010.

Constitución de la República del Ecuador de 1978. Compilación de Constituciones ecuatorianas. Centro de Documentación de la Corte de Constitucionalidad. Quito, 2010.

Constitución de la República del Ecuador 2008, R.O. No. 449, 20-X-2008. Disponible: www.lexis.com.ec. Fecha de consulta 12 de abril de 2018.

Constitución de la República del Ecuador de 2008. Disponible:

<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de marzo de 2019.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. De 7 de febrero de 2009. Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf.

Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999. Disponible: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf. Fecha de consulta: 23 de abril de 2018.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. p. 2. Disponible: www.lexis.com.ec. Fecha de consulta 12 de abril de 2018.

Resolución de 20 de octubre de 2008 publicada en el R.O. 451-S-22-X-2008. Disponible: portal.corteconstitucional.gob.ec. Fecha de consulta: 14 de septiembre de 2019.

Jurisprudencia

Sentencia STC Exp.00008-2003-P/TC. Tribunal Constitucional del Perú, Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 16 de marzo de 2018.

Sentencia No. 002-09-SAN-CC, Caso 0005-08-AN; S.RO. No. 566 de 8 de abril de 2009, Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, R.O 479, 02-10-2008. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

Sentencia 113-18-SEP-CC. 21 marzo de 2018. Corte Provincial de Justicia de Guayas. Disponible: portal.corteconstitucional.gob.ec. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2019.

Sentencia de jurisprudencia vinculante 001-10-PJO-CC., R.O. No.351-S- de 29-XII-2010, p. 4. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018.

Sentencia N° 0913-2013SP de Sala de Lo Penal de la Corte Nacional de Justicia (2012), 22 de noviembre de 2013. Disponible: <https://vlex.ec/vid/-478183538>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2016.

Sentencia 379-16-SEP-CC, de 9 dic. 2016. Disponible: <http://spij.minjus.gob.ecu>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2016.

Sentencia T-406, 1992. Corte Constitucional de Colombia, Disponible: <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Fecha de consulta: 13 de marzo de 2018.

Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, p. 14. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. N°. 0024-2003-AI/TC. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 3741-2004-AA/TC., FJ 40. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Exp. No. 06167-2005-HC, F.J.2. Tribunal Constitucional de Perú. Disponible: <https://www.tc.gob.pe>. Fecha de consulta: 26 de abril de 2018.

Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018.

Sentencia interpretativa S-R.O. No. 451, 22-X-2008, Corte Constitucional del Ecuador, p. 34. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC- Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta 27 de febrero de 2018.

Sentencia 001-10-PJO-CC, 22-XII-2010. Corte Constitucional del Ecuador. Disponible: <https://www.corteconstitucional.gob.ec>. Fecha de consulta: 27 de febrero de 2018.

Tesis de grado consultadas

Aguirre Castro, Pamela Juliana. La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: El precedente constitucional. Tesis del programa de doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, julio de 2016. Disponible: <http://www.uasb.edu.ec>. Fecha de consulta. 20 de septiembre de 2019.

Jaimes Jaimes, Isnardo. Construcción Metodológica de la Jurisprudencia y el Precedente como fuente del Derecho Administrativo Colombiano: Hacia una Adecuada Aplicación Judicial. Tesis de grado presentada como requisito para optar al título de Magister en Derecho Público. Facultad de Derecho Programa de Derecho Público. Bogotá, 2016.

Núñez Leiva, José Ignacio. Neoconstitucionalismo y Jurisdicción constitucional. Tesis en poción al grado de doctor en Derecho. Universidad de Castilla La Mancha. Toledo, 2018.

Rodas, Xavier. Jurisdicción constitucional, derechos fundamentales y nuevos paradigmas constitucionales en el Ecuador. Tesis de Maestría en Justicia Constitucional. Universidad de Guayaquil, 2013. Disponible: Repositorio de la Universidad de Guayaquil.

Tícas Navarro, Alexander Efraín. Visión crítica del precedente administrativo en el sistema jurídico salvadoreño. Tesis doctoral. Doctorado en Derecho privado Departamento de Derecho privado. Universidad Autónoma de Barcelona. 2014.

Producción científica del autor:

Rodas Garcés, Gonzalo Xavier y Granados Boza, Víctor. *Recepción de la jurisprudencia por los jueces ordinarios*. En: "Memorias Jurídicas", Nuñez Martínez María (coord.) Academia Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, ISBN: 978-9942-14-8001, Guayaquil, 2016, pp.315-320

Rodas Garcés, Gonzalo Xavier y Pérez Lissette. *La jurisprudencia constitucional como resultado de los nuevos paradigmas constitucionales en el Ecuador*. En: "La Habana y Montecristi: Estudios Constitucionales". Rodríguez campos, Daliana (Ed). Dirección de Publicaciones de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, ISBN 978-9942-769-01-5. Guayaquil, 2017, pp. 45- 66.

Rodas Garcés, Gonzalo Xavier. *Uso social, jurídico y político de la jurisprudencia constitucional para la concreción de los derechos y la legitimación de la democracia en el Ecuador*. En: "Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago 978-9942-769-01-5de Guayaquil". 1(31), ISSN: 1390-3071, Guayaquil, 2018. pp. 119-140.

Otros documentos

Corte Constitucional del Ecuador. El nuevo constitucionalismo en América Latina. Memorias del encuentro internacional "El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI". Corte Constitucional, Quito, 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. Rendición de cuentas del Proceso de Selección período 2008-2013. Serie Jurisprudencia Constitucional No. 4. Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

Documento ¿Qué es y cómo se interpreta el coeficiente de correlación de Pearson? 11 de mayo de 2019, Disponible: <http://www.webyempresas.com>. Fecha de consulta. 13 de septiembre de 2019.

Documento. Que es el coeficiente beta. Disponible: <http://Thelogicvalue.com>. Fecha de consulta. 13 de septiembre de 2019.

Documento. Formulación de la estrategia. <http://www4.ujaen.es/~cruiz/diplot-3.pdf>. Fecha de consulta: 12 de noviembre de 2018.

Guía de Jurisprudencia constitucional. Corte Constitucional del Ecuador. Tomo I. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012.

Informe de Rendición de cuentas del Consejo de la Judicatura de la Dirección Provincial de Guayas. Enero 2017 –Enero de 2018. Guayaquil, enero 2018. Disponible: <https://www.eltelegrafo.com.ec>. Fecha de consulta 13 de septiembre de 2019.

Informe INEC, 2018. Disponible:
<https://www.ecuadorencifras.gob.ec>. Fecha de
consulta: 18 de septiembre de 2019.
Protocolo para la elaboración de precedentes
constitucionales obligatorios (PCO), Resolución
Administrativa 004-10-AD-CC, 20-VIII-2010. Corte
Constitucional del Ecuador.



Xavier Rodas Garcés

Abogado por la Universidad de Guayaquil (1987), Doctor en Ciencias Jurídicas por Universidad de La Habana, Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano en la Universidad de la Coruña (España), Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar (Bolivia), Docente de grado y posgrado de la Universidad de Guayaquil y Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, ex Registrador Mercantil de Guayaquil, Notario Décimo Primero de Guayaquil (actual función pública).

Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas, Pedagogía y Lengua y Literatura. Magíster en Derecho Constitucional, Gobernabilidad y Gerencia Política, Ciencias Internacionales y Diplomacia, Negocios Internacionales y Gestión del Comercio Exterior, Legislación Tributaria, Derecho Empresarial, Derecho Procesal, Derecho Administrativo, Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Derecho Civil y Procesal, Arbitraje y Mediación, entre otros estudios superiores. Profesor Titular del área de Derecho Público de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil.

ISBN: 978-9942-33-152-6

