



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TEMA:

**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE PRIMARIA DEL
DERECHO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

AUTOR:

AB. CHRISTIAN MARCELO MENESES MEDINA

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

TUTOR:

MGS. JUAN CARLOS VIVAR ALVAREZ. ESP. PHD

GUAYAQUIL, ECUDOR

2020



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Ab. Christian Meneses Medina, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal.

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

DR. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ MSC.

REVISOR

DR. NURIA PEREZ PUIG, PHD

DIRECTOR DEL PROGRAMA

DR. MIGUEL HERNANDEZ TERAN.

Guayaquil, a los 12 días del mes de noviembre del año 2020.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Christian Meneses Medina

DECLARO QUE:

El proyecto de investigación “Jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho y su incidencia en el derecho procesal constitucional” previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan dentro del mismo, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente, este trabajo es de mi total autoría.

En virtud esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 12 días del mes de noviembre del año 2020.

AUTOR

Ab. Christian Meneses Medina



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Christian Meneses Medina

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la Institución del Proyecto de Investigación previo a la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal titulado: “Jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho y su incidencia en el derecho procesal constitucional”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 12 días del mes de noviembre del año 2020.

AUTOR

Ab. Christian Meneses Medina

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios y a todas quienes contribuyeron en el presente trabajo investigativo, en especial, a los docentes, tutor y director del proyecto; además de expresar mi gratitud con los profesionales del Derecho y trabajadores judiciales que con sus opiniones aportaron a la obtención de resultados que han sido plasmados en esta investigación.

Ab. Christian Meneses Medina

DEDICATORIA

A mis hijos Christian y Abby, a mi esposa Mariuxi, y a mi madre Blanca Medina.

Ab. Christian Meneses Medina

ÍNDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO	vi
DEDICATORIA	vii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	viii
ÍNDICE DE TABLAS	xi
ÍNDICE DE GRÁFICOS	xii
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	1
Capítulo 1	5
Fundamentos doctrinales y legales	5
1.1 Fuentes del Derecho Constitucional.	5
1.1.1 Fuentes del Derecho Constitucional. Aproximación conceptual.....	8
1.1.2 Clasificación de las fuentes	11
1.1.3 La Constitución	15
1.1.4 Leyes de naturaleza constitucional.....	19
1.1.5 Costumbre.....	20
1.1.6 Jurisprudencia.....	22

1.1.7 Doctrina	26
1.1.8 Derecho Comparado	28
1.2 Fuentes del Derecho Constitucional ecuatoriano	30
1.2.1 Sistema de fuentes en el constitucionalismo nacional	32
1.2.2 Especial referencia a la jurisprudencia como fuente primaria de derecho en Ecuador	39
1.3 La jurisprudencia constitucional. Consideraciones de Derecho Comparado y en Ecuador	45
Capítulo 2	57
Planteamiento metodológico	57
2.1 Metodología.....	57
2.2 Métodos a utilizar.....	57
2.3 Fundamentación de las premisas.....	58
2.4 Definición de las variables.....	59
2.5 Operacionalización de las variables.....	59
2.6 Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial.....	60
2.7 Cronograma de Ejecución.....	61
2.8 Criterios éticos de la investigación.....	61
Capítulo 3	62
Resultados	62

3.1 Análisis e interpretación de la encuesta realizada a jueces de la Función Judicial del Guayas.....	62
Capítulo 4	70
Discusión.....	70
4.1 Análisis integral de considerar a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria en los procesos constitucionales en el Ecuador.	70
Capítulo 5	77
Propuesta.....	77
5.1 Propuesta de reforma.....	77
CONCLUSIONES	82
RECOMENDACIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	85
ANEXOS	92

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Operacionalización de las Variables	59
Tabla 2. Actividades	61
Tabla 3. Experiencia.....	62
Tabla 4. Procesos Constitucionales	63
Tabla 5. Fuentes Derecho Constitucional.....	64
Tabla 6. Ecuador, jurisprudencia constitucional	65
Tabla 7. Aplicación jurisprudencia constitucional.....	66
Tabla 8. Corte Constitucional	67
Tabla 9. Jurisprudencia constitucional como fuente primaria	68

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Experiencia.....	62
Gráfico 2. Procesos Constitucionales	63
Gráfico 3. Fuentes Derecho Constitucional.....	64
Gráfico 4. Ecuador, jurisprudencia constitucional	65
Gráfico 5. Aplicación jurisprudencia constitucional.....	66
Gráfico 6. Corte Constitucional	67
Gráfico 7. Jurisprudencia constitucional como fuente primaria	68

RESUMEN

Con la promulgación de la Constitución ecuatoriana en el año 2008, se transita el país hacia un Estado constitucional de derechos. Ello, impone la necesidad de reestructurar las concepciones que sobre las fuentes del derecho tradicionalmente han existido. Ante esta realidad, se impone analizar el papel de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derechos, en los Estados contemporáneos. A partir de ello, el estudio que se presenta pretende demostrar la relevancia que tiene este tipo de jurisprudencia en cualquier sistema, analizando su viabilidad en la realidad nacional. Ello se logra, a partir de una investigación cualitativa y cuantitativa, que mediante el empleo de métodos teóricos y empíricos, y técnicas variadas, logra comprobar la relevancia de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho y la necesidad de que así sea considerada en el Ecuador. Considerando de la investigación ejecutada, se pudo concluir que si bien en el Ecuador no existe un reconocimiento expreso de las fuentes de Derecho Constitucional, ni de la jurisprudencia constitucional, ni de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria, los jueces, la doctrina y la legislación, legitiman la adopción de esta postura.

Palabras Claves: Jurisprudencia constitucional; Fuentes del derecho; Derecho Constitucional; Derecho Procesal Constitucional.

ABSTRACT

With the promulgation of the Ecuadorian Constitution in 2008, the country was moved to a constitutional state of rights. This imposes the need to restructure the conceptions that have traditionally existed on the sources of law. Given this reality, it is necessary to analyze the role of constitutional jurisprudence as a primary source of rights, in contemporary States. From this, the study presented aims to demonstrate the relevance of this type of jurisprudence in any system, analyzing its viability in the national reality. This is achieved, through qualitative and quantitative research, which through the use of theoretical and empirical methods and various techniques, manages to verify the relevance of constitutional jurisprudence as a source of law and the need for it to be considered in Ecuador. Considering the investigation carried out, it was concluded that although in Ecuador there is no express recognition of the sources of Constitutional Law, nor of constitutional jurisprudence, nor of constitutional jurisprudence as the primary source, the judges, doctrine and legislation, legitimize the adoption of this position.

Keywords: Constitutional jurisprudence; Sources of law; Constitutional right; Constitutional Procedural Law.

INTRODUCCIÓN

El Derecho es una de las ciencias más elevadas y necesarias de la cultura. Nació unido al anhelo de eliminar el uso de la fuerza en las relaciones humanas. Inspirado en tan elevados fines, el derecho ha recorrido una larga y a la vez fecunda trayectoria histórica; en un principio sus normas eran rudimentarias y aisladas, acaso algunos preceptos que se referían a la familia o a la propiedad, pero con el avance de los pueblos y progreso también del derecho, sus principios adquirieron mayor rigor científico, sus normas se multiplicaron de manera asombrosa y su estudio se ha hecho mucho más complejo.

Como objeto de conocimiento, el derecho ha sido examinado desde diferentes puntos de vista, habiéndose originado diversas disciplinas y estudios según el ángulo visual adoptado. Según constitucionalistas como Recasens (2013: 153), son tres, principalmente, los planos del saber jurídico; el derecho como objeto de una reflexión unitaria y totalizadora, que da lugar a la Filosofía de Derecho; el derecho como hecho, que hace nacer a la Historia del Derecho y la Sociología Jurídica; y el derecho como norma que corresponde propiamente a la Ciencia Jurídica. Esta última, se encuentra formada por un número considerable de disciplinas. Tanta es la amplitud y variedad de dichas disciplinas que es recomendable aplicarles una clasificación, para comprenderlas mejor y ubicar también a la materia que nos interesa: el Derecho Constitucional; la que se ubica indiscutiblemente en el ámbito del derecho público, donde siempre se le ha concedido importancia decisiva respecto de las demás disciplinas.

Partiendo de esta realidad, es indiscutible que todas las categorías de instituciones asociadas al Derecho Constitucional adquieren especial importancia debido a la naturaleza de las normas y principios contenidos en dicho documento. A partir de ello, es indispensable en la realidad ecuatoriana, conocer la relevancia que la jurisprudencia constitucional tiene para la adopción de decisiones en procesos de esta naturaleza. Es por ello, que el **objeto de la**

investigación, lo constituyen las normas y principios pertenecientes al Derecho Procesal Constitucional y especialmente, la jurisprudencia constitucional.

Es por ello, que como **campo de estudio** de la investigación debe identificarse a las Fuentes del Derecho Constitucional, permitiendo identificar cuáles son, y haciendo una especial remembranza entorno la jurisprudencia asegurando de esta forma conocer, su incidencia en el objeto de estudio. Es a partir de ahí que como parte de la **delimitación del problema de investigación**, es indiscutible, que aún en la realidad jurídica nacional, no queda claro aún, la relevancia de la jurisprudencia constitucional y su aplicabilidad en el ámbito del derecho procesal constitucional. A partir de ahí es pertinente establecer los fundamentos doctrinales, legales y jurisprudenciales que permitan identificar a la jurisprudencia de naturaleza constitucional como fuente primaria del derecho, a partir de las resoluciones judiciales emanadas principalmente de la Corte Constitucional ecuatoriana.

A partir de esta idea, es claro que la **formulación del problema** sería ¿Cuál es la influencia de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho y su incidencia en el Derecho Procesal Constitucional?, Permitiendo establecer como **hipótesis**: La consideración de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho en el Ecuador, incidiría positivamente en el ámbito del Derecho Procesal Constitucional. Para cumplir con tales postulados, es pertinente establecer como **objetivo general**: Analizar la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho y su incidencia en el Derecho Procesal Constitucional ecuatoriano. A partir de ello, la investigación se plantea como **objetivos específicos**; 1) Determinar los principales postulados teóricos, legales y jurisprudenciales en torno a las fuentes del derecho constitucional; 2) establecer la relevancia de la jurisprudencia como fuente del derecho en la aplicabilidad de las normas de Derecho Procesal Constitucional; y 3) Plantear ideas que garanticen que la jurisprudencia constitucional sea considerada como fuente primaria del derecho en el ámbito procesal ecuatoriano.

Para lograr el cumplimiento de todos y cada uno de los objetivos que han sido identificados, a lo largo de la investigación se han empleado un conjunto de métodos de investigación que en su totalidad han tributado a cumplir con dichas finalidades. Dentro de los **métodos teóricos** que han sido utilizados, se encuentra el de análisis y síntesis, el que ha permitido en su integralidad conocer las características y elementos distintivos que sobre las fuentes del derecho constitucional y especialmente la jurisprudencia, han sido abordados por la doctrina, permitiendo a partir de ello, conocer sus principales peculiaridades. Adicional a ello, también se ha utilizado el método histórico jurídico, garantizando el análisis de los principales postulados evolutivos que sobre las fuentes del derecho se han dado en la historia; el jurídico doctrinal, que ha permitido analizar qué es lo que ha dicho la doctrina, así como los diferentes ordenamientos jurídicos, especialmente el ecuatoriano en torno a las variables de investigación.

Como parte de los **métodos empíricos**, se ha utilizado el método de análisis de contenido, que ha permitido a partir de la observación y de la aplicación de otros instrumentos como encuestas, la identificación de los principales elementos que en la práctica ofrecen ideas importantes en torno a la aplicación o consideración de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria y a partir de ello, permiten evaluar su relevancia en el campo del Derecho Procesal Constitucional.

En torno a la novedad científica o resultados alcanzados, la investigación que se presenta logra demostrar la relevancia de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del ordenamiento jurídico nacional. Si bien es cierto se conoce la relevancia de las normas y principios contenidos en la Constitución, existe amplia evidencia a través de los hechos actuales y contemporáneos, que las mismas se encuentran en constante estado de riesgo de violación. Por ello, el estudio que se culmina, logra evidenciar no sólo la importancia que tienen las fuentes del derecho constitucional, si no el valor que debe conferírsele en la realidad ecuatoriana, a la jurisprudencia constitucional para resolver todos y cada uno de los elementos

que son sometidos a procesos donde se ventilan cuestiones de esta naturaleza. Lograr aportar, los presupuestos doctrinales, analíticos que justifican dicho planteamiento, se erige como uno de los principales resultados positivos de naturaleza académica, científica pero además práctica, que se obtiene con los resultados derivados de la investigación en cuestión.

Capítulo 1

Fundamentos doctrinales y legales

1.1 Fuentes del Derecho Constitucional.

La expresión “Derecho Constitucional” apareció por primera vez en el norte de Italia, pero fue consecuencia directa de las ideas liberales y de las constituciones surgidas durante la revolución francesa, que Napoleón propagó al propio tiempo que efectuaba una brillante campaña militar en aquel país. En marzo de 1797, un año después de la campaña napoleónica, se fundó en la Universidad de Ferrara la primera cátedra consagrada al estudio del Derecho Constitucional a cargo del profesor Giuseppe Compagnoni di Luzo, quien también escribió el tratado *“Elementi di Diritto costituzionale democratico ossia Principi di gius pubblico universale”* (Compagnoni, 1797).

A pesar de ello, es importante considerar lo expuesto Aja Espil (2013: 49), quien afirma que se ha opinado también que este honor correspondió a Willian Blackstone, quien a partir de 1758 dictó una cátedra sobre las leyes y cartas constitucionales inglesas en la Universidad de Oxford. Lo cierto es que la obra de Giuseppe Compagnoni di Luzo respondía al objetivo de la cátedra, que era enseñar el “Diritto costituzionale cispadano e giuspublico universale”.

Durante el siglo XIX el Derecho Constitucional ganó terreno de manera definitiva, se empezó a cultivar en un número cada vez más creciente de países y su enseñanza se vuelve obligatoria en las facultades de derecho. España fue de las primeras en implantar la enseñanza obligatoria de la Constitución. Desde la Constitución de Cádiz de 1812 se dijo en el artículo 368 que debía “explicarse la Constitución Política de la Monarquía en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas” (Monarquía Española, 1812). En cumplimiento de tal disposición, se creó el mismo año en Madrid la cátedra de Los Reales Estudios de San Isidro y en 1814 se hizo lo propio en otras

universidades. Para 1821 se publican las “*Lecciones de Derecho Público Constitucional*” de Ramón Salas y en 1837 aparecen las “*Lecciones de Derecho Político*” que en el Ateneo de Madrid pronunciaron Donoso Cortés (2013), Pacheco (2014) y Alcalá Galiano (2012).

En Francia por una real ordenanza de 1834 y gracias al esfuerzo del ministro Guizot, se creó la cátedra correspondiente en la Facultad de Derecho de París; su primer titular fue un italiano, Pelegrino Rossi, quien había cursado la asignatura en Bolonia y otorgaba al derecho constitucional una destacada misión, en él estaban los títulos o encabezados (“*tetes de chapitre*”) de las demás disciplinas jurídicas. Para 1835 fue aceptado como objetivo (constitucional) por la Academia Francesa.

Hacia la segunda mitad del siglo XIX comienza a estudiarse el Derecho Constitucional en Latinoamérica. Precisamente en aquella época aparecen los primeros tratados de la materia, entre los cuales destacan los de José María Del Castillo Velasco (2010), Ramón Rodríguez (2010), Isidro Montiel y Duarte (2018), Eduardo Ruiz (2018) y Mariano Coronado (1999). En este periodo inicial se consideró que el objeto de estudio del Derecho Constitucional era evidentemente toda la Constitución, de ahí que los primeros tratados consistieran en un comentario más o menos amplio de cada uno de sus artículos. En cuanto al método, se utilizó casi de manera exclusiva el jurídico, pero procediendo de manera dogmática, dado que se hacía un estudio exegético de los diferentes preceptos constitucionales.

Ahora, habiendo realizado estas primeras observaciones de naturaleza histórica sobre el Derecho Constitucional, es meritorio, antes de entrar a analizar las cuestiones relacionadas con las fuentes de esta rama del derecho, hacer alusión a otros aspectos que legitiman y fundamentan el funcionamiento y esencia de esta disciplina jurídica. Es necesario esclarecer cual es la función de esta rama jurídica dentro de un ordenamiento jurídico positivo y político, pues ello arrojará calidad no sólo sobre su significado, sino también sobre la justificación de su

existencia. De esta forma, básicamente son dos las atribuciones que se le han reconocido al Derecho Constitucional; la primera, el establecer y regular normas de comportamiento o que establezcan las líneas de conducta que deben ser observadas por las personas en las relaciones que se establecen en la sociedad, dejando en claro lo que se debe hacer y lo que no, fijando de esta forma la esencia y el contenido de la conducta típica.

Como segundo elemento funcional de relevancia, estas normas, indiscutiblemente deben ser aplicadas a una realidad objetiva y concreta, y a partir de ahí, ejecutadas, por lo que, el Derecho Constitucional también, tiene la finalidad de establecer normas de organización dentro de una sociedad determinada. Esa organización, se establece en el ámbito de las relaciones que se establecen entre los particulares, entre éstos y los órganos estatales y entre los propios poderes del Estado, garantizando de esta forma el conglomerado de derechos civiles y políticos que definen las democracias contemporáneas. En este sentido se coincide con lo expresado por el jurista ecuatoriano Castro Patiño (2004: 57) cuando afirma que las normas de Derecho Constitucional:

Ya no se limitan, como tradicionalmente lo hacían, a establecer sólo las normas básicas de la organización del estado y a garantizar derechos civiles y políticos. En la actualidad (...) han dejado de ser meras cartas políticas, organizativas del poder, para consagrar (...) derechos.

En este sentido, queda clara la relevancia del Derecho Constitucional. Las normas de esta naturaleza, son las encargadas indiscutiblemente de establecer los valores y principios sobre los que se fundamentan las democracias contemporáneas, delimitando el conjunto de facultades y obligaciones que tienen todos y cada uno de los individuos naturales o jurídicos que estructuran el conjunto de relaciones sociales, culturales, políticas, jurídicas y de cualquier naturaleza que le dan vida a una nación.

A partir de ello, es necesario considerar que estas normas de Derecho Constitucional, tienen un surgimiento especial. Dicha especialidad deriva de la esencia misma de estos preceptos. Conocido es que los mandatos derivados de esta rama del derecho son diferentes al resto de las disciplinas jurídicas, de ahí que, las fuentes de las que nacen adquieren especial relevancia en cualquier sociedad.

1.1.1 Fuentes del Derecho Constitucional. Aproximación conceptual

Las fuentes del derecho en sentido general, han respondido a la estructuración de los principales sistemas de derecho existentes, el *common law* y el denominado europeo continental o romano germánico. Es así que, dependiendo del modelo que se ha aplicado en la nación, responder a la estructuración de las fuentes que originan las normas de derecho en dicho territorio. Lo cierto es que se trate de uno u otro sistema jurídico, las fuentes del derecho hacen referencia a aquellas instituciones, circunstancias o condiciones de las que surgen las normas, principios y valores que definen la esencia y naturaleza de dicha disciplina jurídica.

El término “fuente” ha sido ampliamente tratado conceptualmente por la doctrina. El ilustre constitucionalista Bidart Campos (2016: 278) afirma que cuando se alude a esta categoría se hace referencia a “la “manifestación” o “constancia” de la norma, por la que sabemos que en el orden normativo “hay” una norma; en este sentido, la fuente parece ser la misma norma”. En este sentido queda claro, que el autor se refiere al hecho de que es el conglomerado de preceptos jurídicos los que dan origen en forma primigenia a las normas de derecho constitucional estructurando se como aquellas que permiten la creación y el establecimiento de los principios y valores contenidos en la misma.

Partiendo de la consideración que igualmente realiza este autor, está claro también, y meritorio señalar, que alude al hecho de que se deben considerar como fuentes del derecho constitucional también, la variedad de ideas, realidades y valoraciones que existen en una

realidad objetiva y concreta y que inspiran la adopción de unos y otros preceptos legales. A partir de lo que ha dicho este autor, es claro la relevancia del hecho de que, como fuentes del derecho en general y del Derecho Constitucional en particular, lo integran todas aquellas herramientas o mecanismos, que permiten el nacimiento o de normas de esta naturaleza. Es así que, todo precepto jurídico, valor axiológico, realidad objetiva y concreta, que amerite, dictar normas constitucionales, permitirían ser consideradas como parte de las fuentes de las normas de derecho constitucional.

Pero de gran relevancia es lo expuesto por Carnota & Maraniello (2014: 9) refieren que por fuentes del Derecho Constitucional no sólo debe considerarse aquellas formas o mecanismos de las cuales nacen las normas constitucionales; sino que también deben considerarse a aquellos “modos de manifestación”, distinguiendo en que, aquellos procedimientos o formas que permiten garantizar el surgimiento y el origen de los referidos preceptos jurídicos, se le determinan fuentes formales; mientras que los factores que inciden en la esencia y naturaleza que estructuran dichos preceptos, son las materiales.

Badeni (2010: 12) por su parte, realiza también una importante consideración en torno a las fuentes del Derecho Constitucional. Afirma que deben considerarse como tales:

(...) los diversos modos, formas o factores que determinan los contenidos de esa disciplina (...) abarcan tanto los procedimientos que permitan la manifestación o exteriorización de tales contenidos, como los factores sociales, políticos, económicos e histórico que perfilan la conformación de estos últimos.

Teniendo en consideración lo expuesto por este académico, es indiscutible y claro, el hecho de que las fuentes de esta rama del derecho, constituyen tanto, aquellas formas a través de las cuales se producen dichas normas, como aquellas circunstancias o condiciones que permiten su surgimiento, que condicionan su existencia. Es por ello que las fuentes pueden

considerarse que son las que determinan el contenido mismo de las normas jurídico constitucionales, debiéndose exteriorizar a través de ciertas maneras o procedimientos en los que se encuentra dicho contenido.

A partir de todo lo que ha sido analizado en torno a un intento de aproximación conceptual al término de fuentes de Derecho Constitucional, queda claro que éstas deben ser consideradas no solamente como la manera o forma en la que se materializan los preceptos y valores contenidos en dicha rama del derecho; sino que también debe ser consideradas aquellas condiciones o circunstancias que imponen la necesidad del surgimiento o de dichos preceptos, del reconocimiento de determinadas circunstancias, que deben ser positivizadas por cuanto es necesario que existan y que regulen determinadas normas de conducta, u organización en el territorio al que van destinadas.

A pesar de ello, es meritorio señalar como muy bien expresa Hervada (2011: 136-137), lo que hacen las fuentes del Derecho Constitucional es legitimar su consideración como tal para ser entendida de forma adecuada en el ámbito del derecho positivo y de su aplicación en la resolución de los diversos conflictos que se dan en el ámbito jurídico. Afirma este autor, que lo que posibilita que una norma de comportamiento en la sociedad se convierta en precepto jurídico, es que responda la necesidad de justicia. Por eso es que se es considerado que la norma jurídica se entiende como cualquier regla de comportamiento cuyo cumplimiento obedece a la necesidad de conseguir una relación de justicia entre dos o más personas.

Pero, es nuestra consideración que limitar las fuentes del Derecho Constitucional al conjunto de hechos o circunstancias que delimitan el surgimiento de normas de esta naturaleza para que estructuren al ordenamiento jurídico (Bobbio, 2018: 158); es indiscutiblemente no reconocer la nueva complejidad que impone el fenómeno de la globalización y su impacto sobre el derecho. Teniendo en consideración, la confusión existente entre las normas y

principios jurídicos internos y externos y las limitaciones y competencias que tienen los órganos que imparte justicia y aplican los valores constitucionales, tales como la Corte Penal Internacional; así como el valor contenido o reconocido, por ejemplo, acuerdos y convenios internacionales que le ordenan a las partes a adoptar determinadas normas de comportamiento y respetar, ciertos mandatos; o incluso en la consideración de que las resoluciones dictadas por los órganos judiciales prima, en muchas ocasiones por sobre la misma ley; aspectos que en muchas ocasiones inciden sobre este tipo de fuentes. Es por ello que limitarlo a los referidos hechos o circunstancias, excluye otros fenómenos de gran importancia que también inciden en el surgimiento de las normas y principios de dicha naturaleza.

De esta forma es imprescindible considerar, que la fuentes del Derecho Constitucional son, además de complejas, amplias; lo que invita a repensar el hecho de que, el conjunto de valores y preceptos jurídico constitucionales por medio de los cuales expresa el sentimiento de dicha naturaleza, no se limitan única y exclusivamente a lo que tradicionalmente han sido consideradas como fuentes de esta rama jurídica; sino que, es menester ampliar la consideración a cualquier hecho, circunstancia, fenómeno que pueda incidir de una u otra forma, sobre el surgimiento de los referidos preceptos.

1.1.2 Clasificación de las fuentes

Diversos han sido los criterios de clasificación de las fuentes del Derecho Constitucional. Es importante distinguir, que al considerarse como tema de amplia complejidad, lo relacionado a la clasificación de las fuentes del derecho constitucional, existen algunos autores que realizan tipos de clasificaciones variadas. Por ejemplo, Merino Merchán, Pérez Ugena, & Pérez Santos (1997: 122-123), consideran que debe diferenciarse en fuentes que han sido escritas, dentro de las que ubica claramente la Constitución y a las leyes; aquellas que se han transmitido de forma oral y por ende no necesariamente se encuentran plasmadas en papel, como son la costumbre y

los principios generales en el ámbito del derecho; y finalmente las fuentes indirectas, dentro de las que ubica los tratados internacionales y a la propia jurisprudencia; Bobbio (Bobbio, 2018: 152) diferencia entre las fuentes directas e indirectas propiamente dichas; Martínez & Fernández (2012: 122) las clasifica entre internas y externas, estatales y no estatales y aquellas que han sido escritas y las que no lo han sido; y Nino (2015: 148) entre aquellas que son espontáneas y las que son deliberadas.

Esta consideración de forma resumida que han sido presentadas por los diversos autores que sean señalados, responde claramente a un criterio especial en el que se da origen a la propia norma jurídica de naturaleza constitucional, identificado si dicha condición no actuó tiene lugar al interior del país o como parte del derecho internacional ya sea de naturaleza público o privado; pero también obedece a criterios de naturaleza circunstancial, relacionados de esta forma si es que ha sido razonado suficientemente que como consecuencia de ello nace un valor, principio o norma constitucional, o sea por el contrario se da de forma indeliberada, y de ahí si es que se ha originado como parte del uso habitual y reiterado de una práctica o si ha sido escrito. Pero también de la consideración de estos autores, pueden considerarse como fuentes aquellas manifestaciones en las que se hace expresión de la voluntad jurídica constitucional, ello es, el plano en el que se hacen constar esos principios y valores, tratándose por ende del conjunto de leyes y normas jurídicas nacionales e internacionales, así como el resultado de la aplicación de la ley que realizan los jueces y que deriva en la jurisprudencia.

En torno a ello, cabe destacar lo expuesto por el ilustre constitucionalista Hernández Díaz (2010: 144), para quien:

(...) no es viable realizar una doctrina sobre las fuentes del derecho que tenga aplicación en todos los ordenamientos jurídicos, debido a que en cada país, obedeciendo al

momento histórico en el que se ubica y atendiendo al escenario social vigente, se desarrolla una doctrina relacionada con las fuentes del derecho que se adecue a él.

Atendiendo a ello, es indiscutible que en la consideración y análisis de las fuentes del derecho constitucional no se debe restringir a la consideración de unas y otras, pues no debe ser considerado como consecuencia de criterios que responden a un capricho, sino al resultado de la existencia a través de los años y la evolución que ha tenido el ordenamiento jurídico de cada territorio, en el ámbito político sociológico e incluso ideológico, y que ha incidido en la estructuración, esencia y naturaleza de las normas jurídico constitucionales.

Sin embargo, la amplia mayoría de la doctrina ha estado conteste en que deben distinguirse entre fuentes formales, que está constituido por aquella formas o herramientas a través de las cuales se hacen surgir las normas de esta naturaleza; y las fuentes materiales que son aquellas circunstancias o condiciones que hacen surgir dichas normas, criterio que se va a seguir en esta investigación; diferenciándose ambas, en fuentes directas o indirectas; dentro de las primeras se encuentran la Constitución, las leyes de naturaleza constitucional y la costumbre; mientras que dentro de las indirectas se encuentra la jurisprudencia, doctrina y el derecho comparado. (Carnota & Maraniello, 2014: 10)

Fue François Géný (2018: 46) el que reforzó la teoría tradicional referida con las fuentes materiales del derecho. Desde su perspectiva, dentro de éstas pueden enmarcarse aquel conjunto de causas que originan normas jurídicas constitucionales derivadas de condiciones del entorno en donde surgen, relacionadas con la política, relaciones sociales, circunstancias económicas, criterios históricos, culturales que en su conjunto inciden en la construcción de preceptos jurídico constitucionales. Adicional a ello reconoce que existen otro conjunto de factores que no son de naturaleza fáctica como los que se dan en el ámbito ideológico que

guardan relación con la religiosidad, política y que igualmente inciden en el nacimiento del Derecho Constitucional.

La importancia, de esta forma, de las fuentes materiales del derecho, radica en el hecho que pueden erigirse como auxiliado ante las carencias existentes en la normativa jurídica. En este sentido es claro que el derecho en su conjunto o, posibilita que los jueces puedan aplicar las normas jurídicas a la solución de un conflicto en la práctica. Pero no siempre la solución se encuentra en la ley, por lo que es imprescindible que los órganos judiciales puedan acceder a otros elementos que le garanticen la posibilidad de solucionar en sí, los litigios, por lo que, la fuentes materiales del derecho constitucional, le garantizan al administrador de justicia, con un criterio de discrecionalidad y respetando los principios y preceptos ya contenidos en el ordenamiento jurídico, la posibilidad de resolver una litis, acudiendo a estas circunstancias y condiciones de naturaleza política, económica, ideológica, cultural, ante la existencia de una laguna.

El otro entorno clasificatorio relacionado con las fuentes del derecho constitucional, la constituye aquella que se da en el ámbito formal. Martínez & Fernández (2012: 162) coinciden en que las fuentes de esta naturaleza hacen referencia a la forma o manera en la que se exteriorizan el conjunto de valores y principios de naturaleza constitucional. De ahí que puedan considerarse la ley en sentido lato, en el que entran todas las calificaciones y criterio ser artículos de la norma jurídica, comenzando por la Constitución, siguiendo por las leyes ordinarias u orgánicas, decretos leyes, decretos, resoluciones, instrucciones que se han dictado según la competencia por los diversos órganos del Estado. También se pueden ubicar dentro de las fuentes formales a la jurisprudencia así como los principales instrumentos jurídicos internacionales. Es indiscutible que a través de estas herramientas, se permite conocer el contenido de los preceptos constitucionales, porque se encuentran contenidos en el,

constituyendo de esta forma la manera en la que se exterioriza la esencia y naturaleza de un valor o principio constitucional.

A partir de todo lo que sea analizado, quedan claras algunas cuestiones en torno a la clasificación de las fuentes del Derecho Constitucional. Primero, que no existe un criterio unánime aunque sea mayoritario en torno a los postulados que deben ser asumidos para delimitar los tipos de fuentes de las normas jurídico constitucionales, porque ello depende de disímiles factores históricos que han diseñado los diferentes sistemas de derecho; segundo la amplia mayoría de la doctrina, coincide en calificar a las fuentes, como formales y materiales, las que en su conjunto obedecen a aquellas circunstancias o condiciones que hacen nacer normas de derecho; y aquellas plataformas en las que se exterioriza y plasma el contenido de las mismas. Es así que considerando ello, se realizará un análisis que permita distinguir con suficiencia las principales fuentes del Derecho Constitucional, haciendo mayor énfasis en la Constitución y la Jurisprudencia.

1.1.3 La Constitución

Afirmaba la académica Prieto Valdés (2015: 67) que “Toda Constitución es y debe ser normativa y realidad y, ha de ser analizada de conformidad con las circunstancias históricas concretas de las cuales es resultado”; por lo que, partiendo de ello, se adicionaría que también debe ser analizada teniendo en cuenta las posiciones jusfilosóficas y políticas que la han sustentado, e incluso que se han desarrollado en el momento de su adopción. Su carácter complejo, de fenómeno que actúa en múltiples esferas de la vida social reclama que su estudio y concreción se realice evitando sobredimensionamientos de uno u otro ángulo del problema, en detrimento de otros, por cuanto tales formulaciones ocultan una realidad o niegan una necesidad.

Las diversas concepciones y modelos que se han ofrecido y desarrollado en torno a la Constitución, enfocan un lado del fenómeno y expresan un momento en los procesos políticos (Luhmann, 1996: 83), lo cual muestra la relación interdependiente entre Derecho y poder, reafirmando así que los problemas constitucionales son primariamente de poder antes que, de Derecho, y que una Constitución, en cuanto a sus contenidos y esencia, depende del estado del equilibrio existente entre aquellos. El ilustre jurista Zagrebelsky (2019: 83) ha señalado que:

(...) la historia de la Constitución es cambio, contingencia política, acumulación en el presente de experiencias del pasado, es realidad social, relación entre el pasado y el futuro, movimiento de sujetos imposibles de definir a priori, imposibilidad de previsión de problemas y espontaneidad de soluciones.

Partiendo de ello, es claro que la historia de los textos fundamentales contemporáneos, y las conceptualizaciones que han sido aportadas a través de la historia, se evidencia un vínculo estrecho entre los principales actores políticos ya realizados en un Estado con aquellos sujetos que quieren también, ascender al poder. Ello, también ha demostrado que, aquellos grupos políticos de poder que han logrado hacerse con cada una de las funciones estatales, son los que han moldeado la estructura de las Constituciones, redactándola según sus intereses e imponiendo sus dogmas y preceptos por sobre toda la sociedad.

Al margen del proceso evolutivo de las nociones acerca de la Constitución y de su aplicación directa, ella ha de analizarse como ley, como documento jurídico formal, elaborado a través de un conjunto de requerimientos jurídicos que reafirman y expresan la voluntad popular y los intereses prevalecientes, pero también como quehacer político y jurídico (Del Rosario, 2011: 2). Por ello, no es obsoleto usar los términos de Constitución *de iure* y *de facto*, para expresar la existencia, paralela al documento, de los mecanismos y medios reales de

ejercicio del poder que constituyen la esencia de la Constitución, así como para el análisis de la propia realización del texto.

Por ello, el entendimiento de la Constitución no puede ser sólo como fenómeno jurídico formal o ley jurídica, sino que al ser una ley particular que expresa, consagra y organiza el poder político, debe ser concebida además como ley política. Las nociones de ley formal y de ley política, son también un par categorial dialéctico necesario en el tema de la determinación de las peculiaridades de la concreción constitucional, al extremo, como en el caso de la pareja anterior, de que su concepción por separado desvirtúa el fenómeno, por cuanto las Constituciones no sólo están rodeadas de requisitos formales para su validez, sino que ellas expresan una decisión desde el poder y serán cumplidas en la medida en que desde el propio poder, y de la sociedad, se actúe en pos de ello, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en las que rige el texto. En otras palabras, el ordenamiento constitucional es resultado de las esferas de influencia y de la acción del Estado respecto a la sociedad en su conjunto, y viceversa.

Las Constituciones, independientemente del momento de su adopción, resultan de la voluntad política que ha sido capaz de conquistar al poder y que desde ahí fija sus reglas para la sociedad, empleando para ello el Derecho. Ella es expresión de, y contiene, el programa político e ideológico que los grupos dominantes, o mayoritarios de la sociedad, han decidido darse. Es por ello, que su noción como resultado de la voluntad constituyente no es otra cosa que la expresión de las armonías e imposiciones en torno al poder, así como del margen de actuación de los sujetos políticos y entes privados en una determinada sociedad.

Tal consideración no puede obviarse si se trata de preservar el carácter de ley suprema en el ordenamiento jurídico, o de conocer los factores que inciden en el momento de su aplicabilidad, o de los análisis de correspondencia con la normativa ordinaria, por cuanto el

magno texto no es sólo un programa político, es un programa de acción en la esfera jurídica, además de ser un conjunto de normas de Derecho. No se debe obviar que la Constitución al ser ley base y punto de partida en la juridificación de conductas, relaciones, valores, que luego serán exigidos o permitidos, delineando los principios básicos del ordenamiento en su conjunto, y de cada rama particular, condiciona la observancia de tal función principalísima por los creadores del Derecho, por los intérpretes de la ley y demás disposiciones infraconstitucionales, so pena de deslegitimar su actuación y, consecuentemente, la del sistema para tales situaciones.

Por otro lado, su visión como norma, es resultado de la capacidad desde el poder de ordenar la sociedad, la lleva a accionar sobre el ordenamiento jurídico, a definir las formas de comportamiento sociopolíticas más importantes para los sujetos actuantes en la sociedad, a ordenar y estructurar formalmente el mecanismo de poder, a definir el status jurídico de los individuos en la sociedad, así como las relaciones que entre ellos pueden existir. En tal sentido, normatividad e imperatividad caracterizan también a la Constitución, con su valor primario y fundante respecto al ordenamiento jurídico en general: su fuerza normativa ofrece el punto de partida, la hace capaz de ser fuente de Derecho y derogar por si misma las disposiciones infraconstitucionales que se le opongan, todo lo que reclama una actuación consciente y activa de los operadores jurídicos, que habrán de crear conforme a ella y abstenerse de aplicar las disposiciones normativas infralegales claramente contradictorias con la preceptiva constitucional.

Esta visión de la Constitución como norma democratiza más su concepto por cuanto la hace necesaria y asequible para todos, no sólo en cuanto al conocimiento y concreción de sus contenidos, sino en el momento de la aplicación del Derecho en general, por lo que la eficacia de sus preceptos dependerá entonces de las condiciones reales en que tales textos se aprueben y se apliquen, y de los sujetos llamados a concretarla. De otra parte, hacer depender la

“democraticidad” de un texto constitucional de la diversidad de actores que participen en los procesos de aplicación, puede también traer como consecuencia la vulneración de la voluntad constituyente si no se crean mecanismos que garanticen la estabilidad del texto e impidan mutaciones constitucionales que varíen la esencia, dejando inalterable la letra.

En otras palabras, la Constitución, como fuente principal y primigenia de las normas de Derecho Constitucional, se reafirma como un fenómeno complejo, no sólo de carácter sociopolítico e ideológico, como programa de acción presente y futuro, que requiere ser objetivado a través de leyes ordinarias de desarrollo y de una acción estatal proveedora de los medios materiales y jurídicos para la realización de la misma, sino que reclaman que sea concebida como lo que es, un fenómeno jurídico.

1.1.4 Leyes de naturaleza constitucional

Es indiscutible que la vigencia y eficacia de las normas de Derecho Constitución en general y de la Constitución en particular, se encuentra subordinada a la capacidad que tengan de clarificar cuantos preceptos y principios se encuentren contenidos en dicho texto fundamental. Es por ello que el conjunto de normas jurídicas de inferior jerarquía que se dicten y que de una u otra forma tienen que responder y respetar los principios constitucionales, deben ser claras y flexibles, de forma tal que aseguren sin ningún obstáculo, el sentido y esencia que el constitucionalista quiso impregnarle al texto magno.

A pesar de que el ordenamiento jurídico de inferior jerarquía a la Constitución, desarrolla en unos u otros sentidos lo dispuesto en la misma, lo cierto es que existen un conjunto de ámbitos o materias que se relacionan directamente con la estructuración del sistema político, cuyos fundamentos se encuentran en el texto fundamental pero que le corresponde por delegación a la función legislativa, poner en práctica dichas categorías e instituciones. Es por ello que Badeni (2010: 14) es del criterio que la “materia constitucional no está contenida

solamente en la Constitución, sino también en aquellas leyes reglamentarias que desarrollan aspectos sustantivos de la organización constitucional genérica”.

Y en ello el autor posee total razón. Es indispensable que por medio de leyes posteriores a la promulgación de la Constitución, se desarrollen adecuadamente los contenidos relacionados a las normas que deben imperar en la práctica en torno al ejercicio de las funciones del poder electoral; los requerimientos y disposiciones para que las diversas organizaciones políticas puedan participar de forma activa en la vida política del país; al modo de proceder cuando se está en presencia de una ausencia definitiva o temporal de alguno de los altos mandatarios de las diversas funciones del Estado; el desarrollo de las particularidades reglamentarias de los diversos poderes constituidos; lo concerniente a los procedimientos y exigencias para promover, reformar o eliminar leyes o preceptos constitucionales; entre otras tantas que igualmente necesitan desarrollar de forma clara y exhaustiva los preceptos fundamentales contenidos en la Carta Magna.

Es por ello que este conjunto de leyes que se encargan de desarrollar principios, valores y normas contenidas en la Constitución, pueden ser considerados y de hecho son, fuentes directas, aunque claramente las mismas siempre deberán guardar estrecha relación y respetar, como ya se ha dicho, el sentido y esencia del texto constitucional. Dichas normas jurídicas, deben claramente concretar y ampliar los contenidos constitucionales de forma tal que se hagan prácticos y desarrollen aquellos, pero siempre, bajo la máxima de que deben responder y reverenciar la jerarquía de la fuente primigenia.

1.1.5 Costumbre

Sin duda alguna, la costumbre ha sido también, registrada como una fuente de gran importancia. La costumbre es quizás, una de las más antiguas fuentes de las normas jurídicas. El ilustre Savigny (2005: 80) refería que cuando se alude a la costumbre se está hablando de un

derecho innato a las sociedades, consustancial con su esencia y naturaleza; Gény (2018: 311) afirma que esta fuente debe ser considerada como una de las formas sustanciales en la que las personas realizan y logran sus aspiraciones.

Cassagne (2011: 169) refiere que la costumbre debe ser entendida como “el comportamiento uniforme y constante del pueblo, con la convicción de que tal proceder corresponde a una obligación jurídica”. Estas concepciones han sido, en general, las que han primado en el tratamiento de esta institución. Queda claro entonces, que, la costumbre guarda una estrecha relación con la práctica habitual que tiene lugar en un territorio determinado y que se convierte en parte intrínseca de la cultura de una sociedad determinada. Tales prácticas llegan incluso a establecerse, como bien refieren los autores, como parte de la conciencia de los pueblos, convirtiéndolas en mecanismos de comportamiento constante y resolución de conflictos sociales.

En este sentido es claro que la costumbre, se erige como un comportamiento que de forma general se adopta por un grupo humano determinado y en territorio específico, en la que todos y cada uno de los miembros de esa comunidad están convencidos de que, adoptar ese comportamiento en la forma en que siempre se ha realizado, es necesario y pertinente porque se considera como una obligación del sujeto para con la estructuración misma de la comunidad y responde claramente a una necesidad existente en la misma, por lo que incluso se sabe que, puede ser legalmente exigible ante el comportamiento contrario de alguno de los miembros de dicho grupo social.

Un elemento importante a considerar para que la costumbre se erija como una fuente del Derecho Constitucional es que, el comportamiento que se realiza de forma uniforme y habitual, debe ser generalizada, ello es, debe ejecutarse de forma consciente por todos los miembros de la comunidad y no solo por algunos. Es pertinente identificar que, ante una situación concreta,

todos y cada una de las personas que conforman dicha comunidad respondan de forma unánime, análoga a la solución de la dificultad concreta. Otro de los elementos que identifican a la costumbre como fuente de esta disciplina es que, debe realizarse, dicho comportamiento, de forma constante. Es necesario que dicha conducta tenga lugar de manera ininterrumpida, moviendo a todos los miembros de esa sociedad las mismas motivaciones y buscando la misma forma de resolver los conflictos.

Es así que, dichas conductas deben ser uniformes, ello es, ante un hecho o situación determinada, que tenga similares características a otras previas, la forma de responder de las personas debe ser similar a la reacción que se tuvo anteriormente. Ello es importante considerarlo porque, si existe diferencia o diversidad habitual en la respuesta de una comunidad a un mismo problema o hecho que acontece en dicho territorio, indica la inexistencia de una costumbre.

Es por ello que la costumbre debe entenderse como un comportamiento de naturaleza obligatoria que es asumido por un grupo social, comportamiento que, en otras condiciones, circunstancias o territorio es facultativo. Sin embargo, en dichas personas, existe la convicción interna de que, adoptar dichas conductas responde a una necesidad clara y concreta de respetar las prácticas, porque han demostrado a lo largo del tiempo, su utilidad. De esta forma, cuando ese convencimiento social se plasma en una resolución judicial o incide para la aprobación de una norma jurídica, es cuando la costumbre alcanza el campo de lo jurídico.

1.1.6 Jurisprudencia

Sin duda la jurisprudencia es una de las fuentes indirectas más importantes del Derecho Constitucional, especialmente en un “Estado constitucional y de Derechos” como lo es el ecuatoriano. Diversas y amplias han sido las consideraciones doctrinales que sobre el término han sido abordados por la doctrina. Más que abundar en las diferentes consideraciones teóricas

sobre este término, lo que se pretende realizar es un breve esbozo de las principales particularidades de esta institución. Clemente de Diego (2016: 49) afirma que no puede considerarse de forma restrictiva a esta categoría, limitándola única y exclusivamente al conocimiento de la doctrina y su relación práctica con las leyes, sino que debe ser comprendida como “el arte bien difícil de aplicar el derecho al hecho, es decir, de poner la ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses en la variedad de las relaciones”.

Esta consideración del autor es de especial relevancia, porque resume en pocas líneas, la esencia misma de esta fuente del derecho. Por medio de la jurisprudencia, se logra concretar lo reconocido en el ordenamiento jurídico. De nada vale tener un sistema de leyes suficiente, sino es aplicado en la práctica a la resolución de los conflictos y situaciones que surgen en la realidad y es que, esa es la esencia del derecho, poder solucionar en la vida política de una nación, las situaciones que, por su relevancia jurídica, ameritan la aplicación e intervención de la ley. Es por ello que se comparte el criterio esbozado por el autor, en torno a que la jurisprudencia permite eso, “poner la ley en acción”, porque implica que, las autoridades competentes tienen que, tomar lo que ordena una norma jurídica y aplicarla a la realidad concreta asegurando de esta forma, su vigencia y efectividad.

Pero no todos los autores coinciden en esta interpretación o consideración amplia de jurisprudencia. Existe un conjunto de autores como Calvo (2011: 76) y Díaz (1997: 235) son del criterio de que, la jurisprudencia debe entenderse simplemente como los criterios que van adoptando los jueces al conocer, tramitar y resolver los diversos procesos judiciales que se le someten a sus competencias. De esta forma, según estos autores, esta fuente se limita a la doctrina que van creando los jueces en el conocimiento que de cada caso realizan, a través de sus interpretaciones casuísticas.

De esta forma, en la actualidad según expresa Carrió (2010: 79) existe dos posturas en torno a la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho Constitucional, pues mientras por una parte se considera que los jueces pueden a través de su actividad crear derecho, a otros ello les parece inoportuno, pues se confunde la idea de crear las normas jurídicas con el de aplicarlas, cuestión esta última que es la función central de los magistrados judiciales. Es claro que, esta tendencia antagónica, existe como consecuencia de la existencia de los diversos sistemas de derecho (*common law* o romano francés); pero también dependería en gran medida de lo que el propio ordenamiento jurídico establezca.

Ahora, desde nuestra consideración, ninguno de los autores que han sido analizados, se encuentran errados. Ciertamente es claro que la jurisprudencia debe entenderse como el resultado de la actuación que realizan los jueces, la consecuencia de la actividad judicial en el acto de interpretar las normas jurídicas y motivar la aplicación de determinados preceptos legales a un caso en cuestión. Ahora, ¿cualquier decisión judicial se convierte en jurisprudencia? La amplia mayoría de la doctrina coincide en que no. Messineo (2010: 120) refiere que “La jurisprudencia viene a ser el reflejo de la vida del derecho, teniendo, sobre la actividad del jurista puro, la ventaja de interpretar la norma, en vista de la solución de una controversia”.

Pero si bien es cierto, todos los jueces dictan sentencia y tienen la obligación de motivarlas a partir de un acto de interpretación de las normas jurídicas aplicadas al hecho en concreto, lo cierto es que solo los altos tribunales son los que producen jurisprudencia. Torres (2008: 225) afirma que la doctrina casi en su totalidad, se encuentra unánime en el hecho de que, la jurisprudencia “es la decisión del más alto tribunal de un país”, y es que, existe cierta avenencia en la doctrina en torno a considerar que la jurisprudencia, debe ser entendida como el conjunto de resoluciones judiciales que adquieren la condición de firmeza y uniformidad y que es dictada por los juzgados.

Ahora, desde la investigación que se presenta, es claro que la jurisprudencia se erige como el conjunto de sentencias que son dictadas por los jueces al resolver los diversos procesos que se someten a su competencia. En sentido amplio, debe comprenderse que la jurisprudencia son las resoluciones dictadas por los jueces de cualquier instancia, siempre que sean firmes; mientras que en sentido estricto, solamente son aquellas que son dictadas por los máximos órganos de justicia de cada nación. De esta forma, es indiscutible que la jurisprudencia que deriva de los fallos de los órganos máximos de justicia en cada país, adquiere especial relevancia para la jurisprudencia que se obtiene de los órganos de administración de justicia de inferior jerarquía.

Si bien es cierto los jueces a todas las instancias son independientes, lo cierto es que dicha independencia se limita en cierto grado cuando, al fallar o motivar cualquier de las sentencias, tienen muy en serio las consideraciones que han realizado los órganos superiores, a los efectos de evitar que, ante una posible impugnación, conociéndose ya la postura de los jueces de segunda instancia y de casación, se pueda afectar lo dispuesto en sus fallos. De esta forma, es claro que los análisis que realizan los máximos jueces de un territorio, constituyen jurisprudencia porque uniforman la interpretación, el sentido y alcance que sobre las normas, deben considerar los jueces.

Pero, como se afirmó al principio de este punto, la jurisprudencia es fuente indirecta del Derecho Constitucional, y esa afirmación, después de realizar las observaciones necesarias previas que se han realizado, permiten constatar que, las decisiones judiciales no tienen por sí mismas, la capacidad de crear directamente normas constitucionales, ni por medio de ellas se incorporan nuevos valores, principios o preceptos de la Constitución. Lo que hace la jurisprudencia, es precisar el significado y alcance que debe conferírsele a esas normas que se encuentran reconocidas en la Carta Magna. De esta forma, dejando en claro el criterio que debe atribuírsele a un precepto constitucional, se logra estabilidad en la interpretación que deben

realizar todos los jueces cuando deban aplicar dichas normas a una realidad litigiosa determinada.

Es así que, si bien es cierto la jurisprudencia no genera nuevas normas de Derecho Constitucional, lo que hace es dar practicidad al sentido y naturaleza que debe tener cada uno de esos principios y preceptos contenidos, primero, en la Constitución y después, en las leyes de naturaleza constitucional. De esta forma, la actividad de los jueces se convierte en un mecanismo de protección y seguridad para lo que contiene la ley fundamental de un territorio. Es por ello que, aunque indirecta, la jurisprudencia sigue siendo una fuente importante del Derecho Constitucional, porque a través de la interpretación de dichos preceptos, se le confiere el significado a dichos preceptos, en cuyo caso, legitiman y lo autentican, permitiendo conocer la aplicabilidad que, en la práctica, ellos tienen.

1.1.7 Doctrina

Si bien es cierto en la antigüedad se pueden encontrar algunos elementos que indican el empleo o consideración de la doctrina como fuente del derecho¹; no fue hasta el año 1912 con la promulgación del Código Civil de Suiza, cuando por primera vez se reconoce en una norma jurídica contemporánea, a la doctrina como fuente del derecho. Es de reconocer que, en dicho cuerpo legal, se estableció en su art. 1 referido a la aplicación del derecho, que la norma jurídica se aplica en concordancia con su redacción o interpretación y a falta de ello, el juez se atendrá al derecho consuetudinario y en ausencia de este *“In doing so, the court shall follow established doctrine and case law”* (Swiss Confederation, Federal Assembly, 1907); legitimando de esta forma, como fuente a la doctrina.

¹ En la antigua Roma el emperador Augusto le reconoció a ciertos *iurisprudentes* la posibilidad de que pudieran evacuar consultas que se le hicieran por magistrados en temas jurídicos. Con posterioridad, Adriano decretó que dichos criterios tendrían fuerza vinculante. Se tiene registros de que hacia el año 426, se promulgó la llamada Ley de Citas, que impuso la obligación a los jueces de considerar los criterios jurídicos que habrían sido vertidos por varios autores. (Ronchetti, 2006: 4)

Pero fue el ilustre constitucionalista François Géný, el que verdaderamente se encargó de impulsar la concepción de que la doctrina puede ser fuente, indirecta, de las normas jurídicas. No en vano Perelman (2019: 98) expresa que se trata del verdadero “precursor de la concepción moderna del derecho” y principal exponente sobre las fuentes del derecho y en especial, de la doctrina. Géný (2018: 214) afirma que la doctrina, precedida de la ley positiva y la costumbre, constituye “la serie de fuentes formales” del derecho.

Ahora, no todos los autores coinciden en que la doctrina deba ser considerada como fuente formal del derecho como lo defiende Géný (2018: 2015-222) y Becerra (2017: 23). Autores como Latorre (2012: 67) y Ronchetti (2006: 10) comparten el criterio de que, tal y como pasa con la jurisprudencia, el resultado de los criterios, investigaciones que han sido realizados por los autores a lo largo del tiempo, se erigen como una fuente del derecho en general y del Derecho Constitucional en particular cuando sea pertinente. En este sentido, deja en claro estos últimos autores que la doctrina, al constituir un mecanismo que auxilia a la función legislativa al promulgar normas y a los jueces en la administración de justicia, tiene la cualidad de ser considerada como una fuente material que permite aclarar normas jurídicas.

De esta forma, se coincide con esta última posición. Es claro que la doctrina, como “formulación y desarrollo de enunciados teóricos en relación a una determinada realidad y en orden a su explicación, mantenimiento o modificación” (Bustamante, 1977: 52), provee el fundamento necesario para la redacción de una norma jurídica, siendo considerada generalmente por parte del legislador para establecer, en la mejor forma posible, un precepto legal, intentándose siempre hacer coincidir el criterio mayoritario de una doctrina con lo establecido en el derecho.

Es así que, la doctrina, le permite a la función legislativa y ejecutiva, en la competencia que poseen para promulgar normas jurídicas, conocer cuál es la postura mayoritaria con

relación al tratamiento que debe dársele a cualquier institución del derecho, así como, desde los diversos y mayoritarios autores, cuál es la mejor solución. De esta forma, cuando la doctrina es unánime o prevalece un criterio de solución a un problema jurídico, es claro que los legisladores pueden tener ello como un referente para considerar en la aprobación de un precepto.

En el ámbito del Derecho Constitucional, la doctrina juega un papel relevante como fuente indirecta de sus normas y preceptos. De esta forma, las opiniones y criterios que poseen los autores sobre determinado principio o norma constitucional, ejercen su influencia no solo en la interpretación que puedan realizar los diversos poderes en torno a una categoría contenida en la Carta Magna, sino que además, ayuda a que se construyan nuevas instituciones relacionadas con esta disciplina. Y es que, el prestigio que supone adoptar o afiliarse a una postura dominante de la doctrina, radica en el hecho de que, dichas tendencias resultan de la prevalencia de interés científicos o académicos, mas no sociales ni políticos, lo que legitima y autoriza a que, sin duda alguna, la doctrina pueda ser considerada a la hora de adoptar nuevas normas de Derecho Constitucional o interpretar las ya existentes.

1.1.8 Derecho Comparado

Afirma Badeni (2010: 22) que el derecho comparado se debe considerar como una fuente indirecta de las normas constitucionales. Refiere que se trata de “la descripción y análisis de los ordenamientos jurídicos fundamentales de los países extranjeros y de las organizaciones supranacionales”, todo con la finalidad de poder identificar las fortalezas y debilidades y ayudar a disminuir a su máxima expresión las discordancias existentes, permitiendo un acercamiento continuo a una armonización con relación a lo más beneficioso y avanzado en materia de ordenamiento jurídico y sistema de justicia.

En este sentido, la posibilidad de establecer comparaciones entre el derecho positivo nacional y el foráneo, esencialmente de los preceptos constitucionales, permite tener un marco referencial que garantiza la ampliación de los contenidos y conocimientos, asegurando de esta forma, en qué es necesario mejorar. El hecho de que, se pueda estudiar e investigar cuáles han sido las regulaciones existentes en otras naciones y los positivos resultados que ello ha tenido, permiten que se pueda analizar la pertinencia de su inclusión en la realidad nacional, lo que tributaría a la promoción y aprobación de nuevos ordenamientos jurídicos con preceptos que, basados en ese conocimiento de derecho comparado, mejoren una realidad determinada.

Ahora, Linares (2011: 497) advierte, que cuando se asimila o usa al derecho comparado como fuente del Derecho Constitucional, debe tomarse en su integralidad, y no solamente las cuestiones formales. A partir de ello, lo más importante no es que, fundamentado en lo que las legislaciones extranjeras establezcan en la estructura del poder o el sistema político; sino que es necesario tener en consideración, y muchas veces es mucho más importante, el contenido. Se coincide absolutamente con este autor. En la formación de normas constitucionales, el marco legal foráneo puede ser un referente importante para la aprobación de una ley; sin embargo, no solamente debe tenerse en cuenta la forma, sino la esencia y contenido de dichas normas jurídicas, de forma tal que, esa misma sustancia, sea fuente de derecho.

Claramente el hecho de que, una institución de naturaleza constitucional haya sido reconocida con éxito en varios territorios, no autoriza directamente para ser aplicada de la misma forma en otro país. Es pertinente, como bien afirma Bielsa (1962: 51) considerar, las condiciones de toda índole que han garantizado, en esos territorios, el éxito de dichas normas constitucionales, de forma tal que, es pertinente determinar si, en las condiciones actuales del país donde se pretenden implementar parecidas normas, aseguraría de similar forma, su aceptación. A partir de este planteamiento y en base a la realidad, es claro que, en muchas ocasiones se comete el error de adoptar ciertas categorías e instituciones foráneas en la misma

forma y estructura que se encuentran reconocidas en otros lugares, obviándose la realidad nacional, lo que conduce al fracaso de la misma y a su ineficacia e inaplicabilidad.

1.2 Fuentes del Derecho Constitucional ecuatoriano

En el ámbito constitucional ecuatoriano, que tuvo su origen con la primera Constitución del año 1830, evidenció una influencia marcada del sistema constitucionalista europeo continental, por lo que, aunque a lo largo de los años y hasta la actualidad, se han promulgado diversos textos fundamentales, el pilar fundamental en torno a las fuentes del derecho se ha inspirado principalmente en el modelo romano francés. De esta forma, es imprescindible considerar, que para poder entrar a analizar de forma adecuada las fuentes del Derecho Constitucional ecuatoriano, es pertinente comprender cuáles son los elementos distintivos de este modelo de ordenamiento jurídico.

Refiere Zagrebelsky (2018: 24) que en el sistema de derecho continental, los modelos constitucionalistas se fundamentan sobre dos principios esenciales que conforman la esencia de todo el sistema de nacimiento de las leyes en dicho territorio; uno es la reafirmación del concepto de estado de derecho; y segundo, la preeminencia de la norma jurídica frente a todos y cada uno de los poderes constituidos e incluso frente al poder constituyente. De esta forma, en aquellos países cuyo modelo jurídico es el romano francés, sin duda alguna, es la ley, la fuente originaria de todas las normas jurídicas que imperan en el territorio, no excluyendo a otras, pero sí ocupando el lugar primigenio.

En este sentido, los países que se rigen por este modelo, dentro del que se encuentra, Ecuador, es indiscutible que le corresponde a la función legislativa, la promulgación de las normas jurídicas, teniendo por ende la posibilidad de convertir en ley cualquiera de las necesidades existentes en la realidad nacional, no existiendo ningún tipo de límites para ello. En este sentido como bien refiere Sierra (2001: 93-96), al erigirse la norma jurídica como la

fuerza principal de todo el ordenamiento jurídico, pues entonces se considera al órgano legislativo, como una de las funciones más importantes, sometiendo el ejercicio y la funcionalidad del resto de los poderes, a lo que el apruebe.

Es de destacar, que las últimas décadas se ha evidenciado en muchos países, como el Ecuador, un tránsito del Estado de Derecho a Estado Constitucional de Derechos. En el primero, es a la ley como ya se ha explicado, la fuente primigenia de todo el ordenamiento jurídico, siendo la Constitución un mero documento de naturaleza política que declara una serie de principios imperantes para la realidad nacional pero en la que no ocupa la primacía existente en el segundo tipo de Estado. Ya en este el texto fundamental deja de ser un mero documento político para convertirse en una norma jurídica, cuyos preceptos, principios y valores prevalecen por sobre el resto del ordenamiento legal.

Es así que, con el reconocimiento del Estado Constitucional de Derechos, reconocido en el caso ecuatoriano en el texto fundamental del año 2008 en su artículo primero, se realiza un viraje en torno a la consideración de la ley en sentido formal como la fuente primigenia de todo el orden legal; y se ubica a la Constitución como la norma suprema a la que deben doblegarse todos y cada uno de los poderes constituidos e incluso el constituyente. De esta forma, queda claro el principal elemento característico en el sistema romano francés que impera en el orden jurídico en los países que siguen este modelo. En los que aún se consideran como Estado Social de Derecho, es la ley promulgada por la función legislativa, la fuente primaria de todo el ordenamiento jurídico; mientras que sí se adopta la concepción de Estado Constitucional de Derechos, entonces es del texto fundamental del que se originan todo el conjunto de normas y principios que estructuran el sistema de derecho nacional.

Ecuador, como ya se ha afirmado, en una de las naciones representativas de lo que ha sido en llamarse nuevo constitucionalismo latinoamericano. Uprimny (2012: 126) refiere que

con la promulgación en la región de nuevos textos fundamentales principalmente a finales del siglo XX en países como Brasil, Costa Rica, México, Paraguay, Perú, Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador, se inicia en la región la aplicación de un modelo constitucional que posee ciertos rasgos distintivos y que autores como Boaventura de Souza (2010: 132) los ha calificado como textos constitucionales de naturaleza “transformadora”.

Sobre este elemento, Montaña Pino (2012: 51-52) afirma que el proceso del nuevo constitucionalismo en el Ecuador, se identifica principalmente con determinados rasgos propios de este modelo; afirma que existe un nuevo enfoque en torno a la configuración estructuración de la democracia participativa, se produce un proceso de reconocimiento en el propio texto fundamental en torno al derecho internacional de los derechos humanos, se establecen nuevas modalidades o paradigmas sobre el control constitucional, se incrementa y fortalece el rol de los jueces como sujetos de gran relevancia en la protección de la Constitución, y la incorporación de criterios multiétnicos y pluricultural en la sociedad.

De esta forma, habiendo realizado estas observaciones preliminares que condicionan la existencia sobre las fuentes del Derecho Constitucional en el Ecuador, tributando de una mejor forma su consideración, es meritorio y entonces, realizar un breve análisis en torno al sistema de fuentes que se reconocen el constitucionalismo ecuatoriano permitiendo, a partir de ello, un análisis más exhaustivo en torno a la jurisprudencia como fuente primaria de derechos en el Ecuador.

1.2.1 Sistema de fuentes en el constitucionalismo nacional

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconoce de forma directa o indirecta a la Constitución, la ley, la jurisprudencia, el derecho internacional, los mecanismos de participación ciudadana y los sistemas jurídicos propios de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, como fuentes del sistema normativo nacional. En este sentido, el

hecho de que el artículo primero de la Carta Magna ecuatoriana del año 2008, establezca que el país se estructura sobre la base de un Estado constitucional de derechos y justicia, implica sin duda alguna que el Ecuador es parte de lo que ha sido en llamarse el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Es por ello, que pudiera considerarse que, en materia de sistema de fuentes, el Ecuador posee un modelo sui géneris, en el que la ley fundamental se erige como la principal unido a otras, que se distancian del modelo clásico de fuentes, y conserva otras que le pertenecen a este.

En este sentido, dichos presupuestos evidencian que uno de los elementos más relevantes en materia de fuentes y que derivan principalmente del texto fundamental ecuatoriano, radica en la prevalencia que tiene el mismo por sobre las demás fuentes, otorgándose a sí misma, mayor preponderancia con respecto al resto de fuentes clásicas y novedosas del derecho. En este sentido, el hecho de que el Ecuador sea un “Estado Constitucional” y que ellos se encuentra reconocido nada más y nada menos que en el primer pronunciamiento que realiza dicho texto, supone en el ámbito de las fuentes de derecho en el país, importantes consecuencias, pues se evidencia una modificación en base al acción de interpretación, teniendo en consideración que dicho acto la propia Constitución establece que se realiza en base a los valores y principios establecidos en dicho documento.

Cuando los artículos 426 y 427 establecen que todas las personas, autoridades e instituciones se encuentran sujetas a la constitución, y por ende tienen la obligación jurídica de someterse a sus preceptos e interpretar las normas contenidas en dicho documento, en lo que más se ajuste al mismo, evidencia sin duda alguna el hecho de que, por ejemplo, la función legislativa cuando promulga nuevas leyes, tienen la obligación de atenerse a lo estipulado en la Constitución; o cuando los jueces aplican lo establecido del ordenamiento jurídico, deben realizar las interpretaciones de las normas constitucionales y de todo el ordenamiento jurídico, en base a lo que ya está establecido en dicho texto.

Es menester reconocer, que hasta el año 2008, con la promulgación del texto fundamental ecuatoriano, el sistema de fuentes en el país y su producción, se encontraban regidas por lo establecido principalmente, en el Código Civil, parte preliminar (Ecuador, Congreso Nacional, 2005: arts. 1 al 4); sin embargo con la promulgación del texto fundamental vigente, el conglomerado de normas y reglas relacionadas con la producción y procedimiento de las normas jurídicas en el Ecuador, se reconocen en el texto fundamental. En este sentido es importante establecer el hecho de que, la propia Constitución, reconoce que la prevalencia en la posibilidad de producir normas jurídicas le corresponde la función legislativa, lo que se establece entre los artículos 132 al 140. (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Sin embargo, esta posibilidad además de los asambleístas, le corresponde también al ejecutivo, a los ciudadanos a través de las respectivas propuestas cumpliendo claramente las formalidades de ley así como otro conjunto de personas jurídicas, como son la función judicial (art. 181 CE relacionado con el art. 264 numeral 16 y art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial), la Corte Constitucional (art. 436 numeral 10), Corte Nacional de Justicia (art. 184 numeral 4), el Contralor (art. 212 numeral 3) y el Consejo Nacional Electoral (art. 219 numeral 5), y todos de la Carta Magna ecuatoriana.

Como segunda fuente de derecho derivada del nuevo constitucionalismo ecuatoriano, se encuentra la ley. Derivado del imperio de las concepciones de las revoluciones liberales, y bajo el estándar o creencia de que la ley se erige como la consecuencia de la voluntad del *populus*, el modelo liberal clásico en torno a las fuentes del Derecho Constitucional, defendía y lo hace hasta el momento, el hecho de que, la norma jurídica es sin discusión, aquella que obtiene y adquiere la superioridad como categoría de donde surgen el resto de los preceptos y valores legales imperantes en un territorio determinado. En este sentido, como bien refiere Díez Picazo (2010: 145), la ley sería entonces, desde estos modelos, como la cúspide de toda la jerarquía

normativa, teniendo la capacidad de regular cualquier entorno de la vida sin ningún tipo de limitación.

Pero con el surgimiento y establecimiento del constitucionalismo, la ley, se erige como un subproducto del propio ordenamiento jurídico al que, si bien hay que prestarle atención, porque sin duda alguna es generadora y fuente de derechos, le corresponde a la Constitución, erigirse como fuente primaria, delegando a las demás normas jurídicas, como complemento o de la producción de los preceptos jurídicos. De esta forma el constitucionalismo, determinó la estatalidad de la ley, imponiendo que sólo les corresponde a los órganos del Estado facultados y competentes para ello, promover leyes. También generó la necesidad de aplicar el principio de unidad formal, que impone un orden de jerarquía irrelevancia en el ámbito de las leyes, calificándose cada una de ellas en dependencia del órgano que las produjo, teniendo, por ende, la misma relevancia jerárquica que otras dictadas por ese mismo órgano.

De esta forma, el hecho de que la Carta Magna ecuatoriana, haya reconocido desde su primer precepto, que el Ecuador de un “Estado Constitucional, implica si bien que, la ley en sentido lato, es fuente de derecho, no lo es en un sentido absoluto; por la relevancia que se le otorga los preceptos y valores constitucionales. Sin embargo, es indiscutible la relevancia que tiene la ley dentro del cúmulo de fuentes de Derecho Constitucional, teniendo en consideración que el propio texto fundamental, rige la democracia ecuatoriana y la actuación de todos y cada uno de los poderes constituidos, sobre el principio de legalidad, lo que implica un respeto irrestricto al ordenamiento jurídico, que se encuentra constituido además de la Constitución, por el conjunto de normas jurídicas que imperan en la realidad nacional.

Partiendo entonces de esta delimitación entre Constitución y ley, propiamente dicha, es indiscutible que esta última es la que se deriva de ejercicio de la potestad legislativa de la Asamblea Nacional, la que respetando los procedimientos establecidos tiene la posibilidad,

competencia y jurisdicción para poder sancionar los proyectos de ley que se someten a su arbitrio; lo que deben hacerlo, respetando los preceptos constitucionales. Es así que en el ámbito ecuatoriano, si bien es cierto la ley es fuente de derecho, debe considerarse su diferenciación con respecto a la Constitución, pues es ésta, quien establece la estructura y axiología que impera en la promoción de nuevas normas jurídicas, en el que se establecen los derechos sustanciales que poseen las personas. Es por ello que muy bien, debe considerarse el hecho de que, mientras la constitución se erige como la máxima fuente generadora de normas jurídicas, porque contiene no sólo la estructuración y delimitación de las diferentes funciones del Estado, sino que también se pronuncia sobre los derechos y las garantías necesarias para hacerlos efectivos; mientras que la ley lo que hace es desarrollar en mayor o menor medida el resto de las relaciones sociales siempre velando porque se encuentren plena armonía con lo establecido en dicho texto fundamental.

Habiendo realizado estas observaciones preliminares en torno a la ley, en el caso ecuatoriano como bien se ha afirmado, el constituyente de Montecristi, le confirió la potestad de producir normas jurídicas, al Asamblea Nacional, al reconocer en el artículo 120 numeral 6, la atribución que radica en la posibilidad de “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes”. Igualmente relevante el hecho de que el propio texto fundamental ecuatoriano reconoce cuales son aquellas materias que deben ser desarrolladas a través de las leyes, distinguiendo entre los diferentes tipos en base al contenido, lo que lo hace en su artículo 133, cuando se refiere a que, cuando el contenido de las normas jurídicas se refiera la organización y funcionamiento de las instituciones que encuentran su nacimiento o en el texto fundamental; o se vinculen con principios constitucionales; a la organización, obligaciones y potestades de los gobiernos autónomos descentralizados; o en lo referente a la estructuración de los partidos políticos y el sistema electoral, adquirirán la condición de ley orgánica; mientras que las restantes, serán consideradas leyes ordinarias.

De esta forma, es meritorio el hecho de que el propio constituyente, en el artículo 132, haya definido que debe entenderse por ley en el Ecuador, al establecer que la función legislativa se encargará de aprobar “como leyes las normas generales de interés común”, con lo cual deja en claro que esta es la consideración que sobre dicha fuente se debe tener presente la realidad nacional. No obstante ello, queda claro que en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano, la ley ya no es entendida como la norma que únicamente puede aprobar la función legislativa, sino que la potestad legislativa, como ya se refirió previamente, también le es reconocido a la función ejecutiva y a otras autoridades y órganos que igualmente tienen la posibilidad de interesar la promulgación de una norma jurídica, asumiendo de esta forma una concepción amplia de ley.

Pero, siguiendo este mismo hilo conductor, el texto fundamental ecuatoriano reconoce que, además de la ley, reglamentos y demás preceptos que adquieren la cualidad de jurídicos dictado por las diferentes autoridades y órganos del Estado, existen otro conjunto de instituciones que también, la propia Constitución reconoce como fuentes del derecho. Tales aseveraciones se derivan de la lectura del artículo 425, en el que establece el orden jerárquico la aplicación de las normas jurídicas en el país, y en el que incluye además el texto fundamental y las leyes orgánicas y ordinarias ya mencionadas, a los tratados y convenios internacionales y a las normativas regionales. Es de destacar, que el constituyente de Montecristi, nada refirió sobre la jurisprudencia, la costumbre, o los principios generales del derecho, lo que parecería indiscutiblemente una desventaja o consideración en sentido negativo de estas tres categorías con respecto a su consideración de fuentes del derecho en el país.

A pesar de ello, sí se realiza una interpretación sistémica de este precepto, relacionado con otros, dicha deficiencia queda superada. Por ejemplo si se considera que el artículo 426, establece un mandato de sujeción de los jueces de que, en sus decisiones judiciales se atengan a lo establecido en el texto fundamental; así como que, en su artículo 428 establece la obligación

de realizar una consulta en torno a la constitucionalidad de una norma o hecho determinado ante cualquier posible confusión, así como que, determinados pronunciamientos reiterados de la jurisprudencia adquieren el carácter de vinculantes y por ende de obligatorio cumplimiento para todo los jueces y autoridades a lo que va destinado dicho pronunciamiento, en el Ecuador, queda claro que la Constitución, y la ley, no son única y exclusivamente las fuentes del ordenamiento jurídico en el país.

Considerando por ende lo establecido hasta el momento, es claro que en el ámbito nacional ecuatoriano, el sistema de fuentes reconocidos encuentran como punto fundamental y primigenio de las mismas, el texto fundamental. El nuevo constitucionalismo ecuatoriano, ubica a la Constitución en la cima del sistema de fuentes, por lo que, ni las leyes, costumbre, jurisprudencia, doctrina, derecho comparado u otra categoría que ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y legislaciones foráneas, como fuentes, adquieren mayor relevancia que aquellas valoraciones, principios, preceptos y valores derivados del texto constitucional.

Ello no podía ser de otra forma, en un Estado constitucional de derechos. Indiscutiblemente se encuentra estrechamente vinculado con el planteamiento realizado en su momento por Prieto Valdés (2015: 67) cuando establecía que todo texto fundamental es y debe ser además de norma jurídica, realidad imperante en el espacio al cual va destinado, obedeciendo a las diversas circunstancias y condiciones históricas que crearon dicha realidad. En virtud de ello, el nuevo constitucionalismo ecuatoriano, impuso el hecho de que en el ámbito de las fuentes, fueran los preceptos constitucionales, implementados a partir de los valores y principios contenidos en dicho documento jurídico, los que prevalecen por sobre el resto de fuentes. Ello, lleva a repensar el valor por ende, de la jurisprudencia constitucional, dentro del resto de las fuentes de derecho.

1.2.2 La jurisprudencia como fuente primaria de derecho en Ecuador

El análisis realizado con anterioridad, parecería que invita a considerar a la jurisprudencia como una de las herramientas auxiliares en materia de fuentes del derecho. Se creería que, el constituyente de Montecristi de forma directa no quiso incluir a esta institución como una de los mecanismos importantes de creación de derecho en el Ecuador. A partir de este planteamiento, cabe realizar algunas observaciones previas. Refiere Carrió (2010: 79-80) que desde hace mucho tiempo, se viene discutiendo si los jueces tienen la capacidad de crear derecho o sea por el contrario, no la tiene. En base a ello, dicha polémica se sustenta en dos criterios esenciales; el primero el rol o papel que tiene el juez en el ámbito del derecho, y segundo, el procedimiento para la producción de normas jurídicas.

Con relación al primer elemento, es meritorio señalar de que la actividad judicial se enmarca dentro de uno de los factores de la tripartición de poderes, lo que indica una dificultad para conferirle al juez, la capacidad legislativa. Por otra parte, con relación a la creación del derecho, en el modelo liberal existe casi un consenso, sobre el hecho de que el juez no tiene esta capacidad, pues su función es la de aplicar las normas jurídicas. No obstante, es importante entrar a analizar qué implicaciones tiene el hecho de que se considere que el juez tiene la función de aplicar el derecho. En torno a ello, la doctrina ha sido prolífera.

Afirma Montaña (2012: 118) que las posturas sustanciales en torno a la consideración de si el juez crea o no derecho se encuentran entre el surgimiento de la tendencia judicialista absoluta que defiende el hecho de que la actividad de aplicación del derecho que realizan los jueces debe considerarse como un mero acto de conducta, y por ende deben ser considerados como mera exteriorización de la voluntad de dichos sujetos a otras tendencias, que consideran que la argumentación y motivación que realizan los jueces en esa acción de aplicación del derecho, en una de las formas que tienen los sistemas jurídicos para que, ante la existencia de

lagunas, sea el juez quien sea capaz de crear la norma que aclara el sentido y alcance no determinado por el legislador; y pueda también, determinar el alcance y espíritu de lo que ha sido establecido por este.

Es así que, para determinar si la actividad judicial es creadora de normas jurídicas, es meritorio analizar la postura del ilustre jurista Riccardo Guastini, el que en su obra *Concepciones de las fuentes del derecho*, aclara algunos puntos que permiten definitivamente resolver este dilema. Guastini (2015: 99) afirma, que lo relacionado a la producción de derecho, la doctrina será dividida en dos posturas, unos relacionados con un criterio material, vinculado con los actos (contenido) y hechos (resultado) que generan normas jurídicas; y una tendencia formal, que se centra única y exclusivamente en los actos. Pero afirma el autor, que las consideraciones contemporáneas en torno a la producción del derecho, no es ni, formal pura, ni material puro, sino que la amplia mayoría de las tendencias y modelos se fundamentan en una concepción mixta.

En este sentido refiere el autor, que la producción de norma jurídica no debe estar restringida única y exclusivamente a lo que el propio ordenamiento jurídico establece que pueden realizar tal función; ni siquiera al hecho de que pueda ser considerado como ley. Lo que convierte a una actividad en un acto o formador de normas jurídicas es en esencia, el ser considerado como un hecho jurídico. De esta forma, refiere el autor, que producción de derecho implica cualquier actuación de cualquiera de los poderes constituidos, que en el ejercicio de sus funciones y competencias, se pronuncie de una forma concordante con el resto del ordenamiento jurídico, y cuyo pronunciamiento tenga efectos legales para la sociedad.

Es a partir de esta consideración, que la jurisprudencia puede considerarse como fuente del derecho. Si bien es cierto la norma no autoriza a que los que ejercitan la actividad judicial puedan producir leyes, es cierto que la actividad judicial es sin duda alguna de gran relevancia

para el ordenamiento de las relaciones sociales caóticas existentes en un territorio determinado. De esta forma, cuando los jueces a través de su actividad interpretativa y motivadora, se producen en un fallo determinado sobre la reglamentación de un hecho que no encuentra respuesta en el derecho, pero que, sin embargo, tiene la obligación de solucionar, está claramente creando derecho. Igualmente, cuando los jueces dictan un fallo pronunciándose sobre el alcance y contenido que debe otorgársele a determinadas potestades o reglamentaciones de los diversos poderes públicos, está sin duda alguna, creando derecho.

No obstante, es innegable realizar la observación, de que no todas sentencia judicial, puede ser fuente de normas jurídicas. Por ejemplo, las resoluciones dictadas por un juez en el ámbito civil, de familia, tributario, en el que resuelva un litigio de interés exclusivo para los contendientes, y cuyo alcance legal no exceda del ámbito de los sujetos procesales, claramente dicha resolución no adquiere la condición de fuente normativa. Sin embargo, aquellas resoluciones que son adoptadas principalmente por la Corte Constitucional o por tribunales de inferior jerarquía cuando ejercitan funciones constitucionales, claramente si pudieran adquirir la condición de fuentes del ordenamiento jurídico, pues la eficacia que tienen sus pronunciamientos no se circunscriben al ámbito de dos individuos en particular, sino que, ejercitan o producen una eficacia para toda la sociedad.

En este sentido, en muchas ocasiones el ordenamiento jurídica no tiene la capacidad de regular los modos o formas de solución de un conflicto determinado, presentándose de esta forma lagunas jurídicas; en otras ocasiones, las normas legales si lo hacen, ello es, regulan la forma y el procedimiento de pronunciamiento de un juez aplicable a una controversia en la práctica, pero lo hace de forma insuficiente o contradiciendo los preceptos y valores del ordenamiento constitucional en general, que es lo que ha sido en llamarse, las antinomias jurídicas; en ambos casos, el juez, quien tiene que garantizar principios constitucionales como el acceso a la justicia, que implica entre otras cuestiones, la resolución efectiva a dicha

controversia, tiene la obligación de resolver el asunto, creando normas interpretativas y de aplicación del derecho, lo que hace a través de su proceso de motivación en los fallos judiciales, creando normas jurídicas, pues tienen la obligación de no abstenerse de aplicar justicia, por meros formalismos.

Ecuador no ha estado exento, de los dilemas que surgen de los problemas identificados. Es claro que constitucionalismo ecuatoriano se encuentra influenciado por la tradición europea, romano francés, lo que ha derivado en la consideración de que, la jurisprudencia, sea considerada con carácter jurídico subsidiario, teniendo en consideración que su papel ha sido el de auxiliar a los que ejecutan la función judicial que se fundamenta principalmente en la norma jurídica adoptada. De esta forma, realizando un análisis restrictivo, claramente la jurisprudencia no se encuentra dentro del conjunto de fuentes del derecho en el ámbito ecuatoriano, sino que es considerado como una herramienta, como ya se dijo, auxiliadora en la aplicación de las normas jurídicas. Ello implica, que solamente, ante la inexistencia de normas jurídicas previamente establecidas, el juez puede hacerse de la jurisprudencia, para crear y aplicar el derecho.

Ahora, ello quiere decir que la jurisprudencia no es, fuente de derechos del Ecuador. Por supuesto que no debe considerarse tal planteamiento. Si se considera el alcance de lo establecido en el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana del año 2008, referido a la consulta de constitucionalidad de una norma jurídica por contravenir lo establecido en el texto fundamental y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, queda claro que la actividad de la Corte Constitucional incide directamente en la producción normativa. Es claro que, si cada funcionario judicial al momento de realizar la interpretación de la norma jurídica, le confirieron sentido y alcance que personal e individualmente considerare, el ordenamiento jurídico ecuatoriano sería un caos, afectándose la seguridad jurídica y con ello la impartición de justicia en el país. Por ello es que, cuando los jueces al aplicar norma jurídica generales, o

constitucionales, encontrar en algún fallo en torno al respeto íntegro de los valores y preceptos contenidos en la ley fundamental ecuatoriana, tienen la posibilidad de oficio o a instancia de parte, de solicitarle a este órgano, que se pronuncie sobre la viabilidad y pertinencia de la norma jurídica en cuestión.

Es así que, con el constitucionalismo establecido en el texto fundamental ecuatoriano del año 2008, se establece un conflicto entre el modelo tradicionalista romano francés relacionado con el rol accesorio que tiene el juez, como mero auxiliador e intérprete de la ley, con el postulado de la jurisprudencia como fuente de normas jurídicas. Es de esta forma que este nuevo texto fundamental, como se ha venido defendiendo, rompe con el positivismo existente hasta el momento, y provee a los jueces, y a la jurisprudencia derivada de asuntos constitucionales, un nuevo y mejor espacio. De esta forma, el juez constitucional en el Ecuador, se convierte a partir de la promulgación del texto fundamental, en un productor inmediato de derechos y regulador del interés común de toda la sociedad.

Aunque la Constitución (art. 428) así como la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), reconocen la posibilidad del juez constitucional en cuanto va a ser productor de normas jurídicas de esta naturaleza, y su capacidad para que, el precedente judicial sea considerado como una norma jurídica más, de carácter vinculante, aun hasta el momento, es deficitaria la actividad que han realizado estos jueces, principalmente los de la Corte Constitucional, en la sistematización de las novedosas fuentes de derecho que responden a un Estado constitucional garantista, como el ecuatoriano.

Esta situación, en sentido general, es planteada por el ilustre académico ecuatoriano Montaña (2012: 126), quien afirma que, una vez adoptado el nuevo constitucionalismo ecuatoriano, se puede observar una fuerte consideración dentro del texto fundamental en torno al reconocimiento y potenciación de las funciones y poderes reconocidos a los jueces de la

Corte Constitucional, dentro de las que se encuentran la posibilidad de estructurar lo relacionado a las fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo ecuatoriano; sin embargo, refiere que a lo largo de los años estos jueces se han negado a aplicar con efectividad y pertinencia dicha función.

Ahora, siguiendo la postura de Guastini que fue analizada previamente, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la acción que realiza, sus decisiones de forma indiscutible tienen efecto *erga omnes*, lo que se ubica esencialmente no sólo en la parte resolutive relacionado con el análisis y motivación que realizan los jueces sino también porque responden a la necesidad de garantizar la unidad de todo el ordenamiento jurídico y la actuación de los diferentes poderes, con lo establecido en la Constitución. Afirma Dussán Hitscherich (2015: 77) que:

En el sistema de fuentes, las sentencias de la Corte Constitucional -por ser manifestaciones autorizadas innecesarias de la voluntad inequívoca de la Constitución-, prevalecen sobre las leyes, ellas igualmente resultan vinculantes para las distintas autoridades judiciales, que no pueden a su arbitrio sustraerse a la fuerza normativa de la Constitución, la cual se impone y decanta justamente en virtud de la actividad interpretativa de su guardián, tal y como se refleja en su fallos.

Este análisis, permite asegurar sin discusión alguna, que la actividad jurisprudencial de la Corte Constitucional en el caso ecuatoriano, es fuente de derecho, incluso de mayor relevancia que la ley. Derivado de los preceptos constitucionales que han sido analizados es claro que este órgano, se erige como la máxima institución en el Ecuador encargará de la interpretación de los valores, principios y preceptos contenidos en la ley fundamental. A partir de ello, y estando en presencia de un estado constitucional de derechos, en el que, lo que reglamente y ordene dicho texto es sagrado; y perteneciendo le a este órgano, la atribución de ser el máximo en materia de

interpretación y observancia de los preceptos contenidos en dicho documento o, claramente la jurisprudencia constitucional derivada de la actividad judicial que realiza esta Corte, se erige como una fuente primaria, por encima jerárquicamente de la ley, los tratados y convenciones internacionales, y el resto de fuente formales y materiales existentes en la realidad nacional.

1.3 La jurisprudencia constitucional. Consideraciones de Derecho Comparado y en Ecuador

A lo largo de los puntos previos que han sido desarrollados, ha quedado claro lo referente a las fuentes de Derecho Constitucional, y a la jurisprudencia en el caso ecuatoriano. No obstante, es pertinente realizar dos observaciones relevantes; la primera, comprender que la jurisprudencia ordinaria no es la misma que la constitucional; y segundo, es necesario conocer en la realidad de derecho comparado, si otras naciones reconocen a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derecho.

El principio de supremacía constitucional, reconocido en la Carta Magna ecuatoriana entre los arts. 424 y 428, supone que los preceptos, valores y principios contenidos en dichos documentos jurídicos, se encuentran en la cima del sistema legal nacional, siendo superior a cualquier otra norma de naturaleza nacional e internacional que tenga validez en el territorio. Ello implica que las actividades relacionadas con la producción de normas y actos jurídicos, la interpretación que pueda realizarse de las leyes y la aplicación de estas, se encuentran sometidas al imperio de los preceptos y principios contenidos en dicha ley fundamental, no pudiendo atentar contra cualquiera de sus normas e invalidándose cualquier intento de contrariarla.

En base a ello, el carácter normativo de la Constitución, deriva de este principio de supremacía constitucional, por lo que toda persona, institución, órgano y poder constituido o constituyente, se encuentra subordinada al imperio de sus preceptos. Otro aspecto que es

interesante, es el hecho de que, todas y cada una de las normas contenidas en dicho documento, son de aplicación directa, por lo que no es menester desarrollar normas para hacer efectivos los mandatos reconocidos en la Constitución. De esta forma, no es imprescindible que la función legislativa u otro poder constituido, tenga que desarrollar un derecho o una categoría constitucional determinada, para que las personas puedan disfrutar y ejercitarlos (arts. 11 numeral 3 y 426 CRE).

Ahora, como bien existe consenso, con posterioridad a la II Guerra Mundial, la barbarie que tuvo lugar en Europa con las acciones del fascismo, provocaron en la comunidad internacional y las sociedades en general, una mayor concientización sobre los derechos de las personas y la naturaleza del Estado moderno, el que, a través del Derecho, podía legitimar incluso actos tan atroces como el holocausto derivado del conflicto mundial y los eventos en la Alemania nazi, principalmente. Como consecuencia de ello, se produjo una evolución en las sociedades, comprendiéndose que no solo era pertinente asegurar los derechos de los trabajadores y la clase económicamente dominante, sino que había que proteger todos los derechos de todos los seres humanos sin ningún tipo de discriminación.

Adicional a ello, se entendió que, el poder que ejercitaba la función legislativa, carecía de legitimidad para lograr tales cometidos, ello es, asegurar todos los derechos de todos los ciudadanos, por lo que aparece la Constitución como única garante de tales objetivos, sometiendo no solo a las personas al arbitrio de sus preceptos, sino también al Estado y sus estructuras. Por ello, fue imprescindible crear un órgano que tuviera la competencia para controlar el respeto y aplicabilidad de cada uno de los preceptos y valores constitucionales, estableciéndose en el propio texto fundamental, las diversas garantías para lograrlo. De esta forma se crea un nuevo y novedoso modelo de Estado, en el que la Constitución pasa a ser el elemento fundamental de toda la vida de la nación, transformándose de un mero documento político, a uno de naturaleza jurídica.

En Ecuador, ese órgano de control de las normas y principios constitucionales, le es atribuible a la Corte Constitucional. El art. 429 de la Ley Fundamental ecuatoriana, reconoce que este órgano es el que mayor competencia posee en lo relacionado al control e interpretación de los preceptos y principios contenidos en la Carta Magna. Ello implica que esta institución, con autonomía para el ejercicio de sus competencias, se encarga de administrar la justicia constitucional, en el sentido de velar porque, todas y cada una de las decisiones y acciones de cada uno de los poderes, incluso del judicial, puedan ser sometidos a una revisión de constitucionalidad y dictaminar si contrarían o no, los valores fundamentales.

Adicional a ello, es imprescindible hacer mención a lo preceptuado en la propia norma en su art. 436 numeral 1, referido al hecho de que, al erigirse la Corte Constitucional como el máximo órgano de interpretación de los preceptos constitucionales sus decisiones, son vinculante. Este pronunciamiento posee gran valor, en el sentido de que, no solo lo que disponga en la parte resolutive los miembros de este órgano de justicia tendrán que ser acatadas por sus destinatarios y la sociedad en general, sino que, las valoraciones, análisis, interpretaciones y sentido que le den sus jueces a los diversos valores y principios constitucionales, serán de obligada observancia por todos los funcionarios y ciudadanos en el país. Ello es, sin duda, a lo que se ha dado en llamarse, jurisprudencia constitucional.

De esta forma, queda claro que la jurisprudencia constitucional, es el conglomerado de resoluciones con todo lo que ello implica, motivaciones, análisis, interpretaciones y mandatos, que son dictadas o emanan del órgano de control constitucional de un territorio determinado, en el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional. Ahora, el primer elemento a destacar de la jurisprudencia que proviene de este órgano, como ya se refirió, es su carácter vinculante.

Esta valoración permite concluir que, sin duda alguna, la jurisprudencia posee un rol sustantivo dentro del conjunto de fuentes jurídicas. En el Ecuador, ninguna de las fuentes que han sido estudiadas se encuentra por encima de la Carta Magna, por ende, le corresponde a la Constitución, en un “Estado Constitucional” (art. 1 CRE) como lo es Ecuador, erigirse como la norma suprema que rige la existencia misma de la sociedad. De ahí que pueda considerarse que, si el texto fundamental se ubica en la cúspide de la jerarquía normativa del Estado, por ende, sería factible considerar que, la interpretación de sus normas, función atribuida a la Corte Constitucional, y que por demás tienen carácter vinculante, adquieren la misma relevancia que los preceptos y principios contenidos en la misma y por ello, tienen mayor valor que el resto del ordenamiento jurídico.

La Corte Constitucional tiene la obligación y la potestad, de darle el sentido que presumiblemente el constituyente de Montecristi le imprimió a cada uno de los preceptos contenidos en dicho texto. Por ende, la jurisprudencia constitucional es solo una extensión más del propio texto fundamental, y por ello, en un Estado Constitucional de derechos y justicia, tienen el mismo valor y al poseerlo, pues claramente debe ser considerada como fuente primaria de derecho.

Sobre este punto, la propia Corte se ha pronunciado en reiteradas ocasiones. Es importante destacar que, apenas aprobada la Constitución de 2008, la Corte Constitucional para el periodo de Transición, en fecha 21 de octubre de 2008 ya había adoptado una resolución en la que reconocía el carácter de fuente primaria de la jurisprudencia constitucional. Desde ese entonces, había quedado claro que, en la estructuración del nuevo modelo de Estado en Ecuador, las resoluciones y sentencias que emitiera la Corte Constitucional, tenían dicha naturaleza y debían ser consideradas como tales.

Con posterioridad a ello, disímiles fallos lo han reiterado. Destacar el Dictamen No. 001-14-DRC-CC de fecha 31 de octubre de 2014 de la propia Corte, y en el que se dispone que:

(...) la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el 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, 2014: 34)

En otro de sus fallos, este más reciente, ha destacado que:

La Corte Constitucional de forma reiterada, ha destacado el valor de la jurisprudencia dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, puntualizando que bajo esta forma de Estado, la jurisprudencia constitucional se reconoce como fuente primaria del Derecho e inclusive se ha ubicado en la misma jerarquía de la Constitución de la República: la jurisprudencia de la Corte, fuente normativa que se ubica al mismo nivel de la Constitución. (Corte Constitucional, 2016: 15)

Estos pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional del Ecuador, legitiman la postura de considerar a la jurisprudencia como fuente primaria del derecho en el país. De esta forma, es claro que, los jueces ordinarios o constitucionales de esta jurisdicción que lo son, cuando conocen de acciones de esta naturaleza, tienen la obligación de considerar y acatar, lo que ha sido dispuesto por la Corte. También, en sentido integral, los diversos poderes constituidos en el país y la ciudadanía, tienen la obligación de someterse al arbitrio de lo que dispone dicho órgano, ya fuere en sus actuaciones en el ejercicio de sus competencias o en la intención de promover nuevas normas jurídicas.

Habiendo realizado estas consideraciones, es menester añadir la situación que en torno a ello poseen naciones como Chile, Perú y Colombia.

La Constitución de Chile, aprobada en el año 1980, reconoce en su art. 6 inciso a) el hecho de que todos los órganos del Estado tienen que someterse a lo establecido en el texto fundamental a las normas que sean dictadas conforme a sus principios; mientras que en su inciso b), reconoce el hecho de que todo lo que se encuentra dispuesto en dicho texto fundamental, obliga a todos los sujetos que residan bajo el territorio chileno (Chile, Junta de Gobierno, 1980). A partir de este precepto, si bien el texto fundamental chileno no reconoce al Estado nacional como “constitucional”, lo hace de forma tácita, al someter al arbitrio de la Constitución, la actuación de todos dentro de su territorio.

A partir de ello, claramente la Carta Magna chilena, reconoce a partir de su art. 81 y hasta el art. 83, lo referente al Tribunal Constitucional, al que se le reconoce entre otras atribuciones ejercitar el control de constitucionalidad de leyes, proyectos de leyes, tratados, decretos, convocatoria a plebiscitos, de organizaciones políticas, resolver sobre inhabilitaciones para ocupar un cargo, entre otras (art. 82); declarando la imposibilidad de impugnar, lo dispuesto por dicho órgano.

Ahora, ni la Constitución chilena ni la jurisprudencia ha dejado en claro el carácter de fuente primaria de las normas constitucionales, ni siquiera del carácter vinculante de su precedente. Considerándose por ejemplo, la Sentencia Rol 2509-13-CPT de 24 de septiembre de 2013 en la que refiere que “se entenderá que este Tribunal Constitucional no puede sino considerar vinculante, para sí, su propia sentencia” (Tribunal Constitucional, 2013: 12); y que en la Sentencia Rol 2731-14-CPT de 26 de noviembre de 2014, afirma que “a la luz de estos principios interpretativos, es necesario cambiar el precedente de la sentencia” (Tribunal Constitucional, 2014: 58).

Partiendo de esta realidad, pareciera que ni el propio Tribunal Constitucional considera que sus fallos son vinculantes para el resto, aunque pudieran serlos para sí mismo; e incluso, siendo vinculantes, pueden reformarse, lo que se encuentra claramente justificado y el propio Tribunal así lo ha señalado, afirmando que:

(...) debe tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que lo justifiquen. (Tribunal Constitucional, 1993: 17-18)

Ahora, con relación a ello, autores como Nogueira Alcalá (2006: 103-110) y Carreño Pavez (2010: 417) considera que el carácter vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional chileno, se lo otorga la garantía de que, es amplia la consideración de la doctrina nacional y el derecho comparado, en reconocer esta cuestión, no obstante, no existe pronunciamiento legal en dicho país, que así lo afirme. Muy bien afirma Nogueira Alcalá cuando afirma que “La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hasta ahora vigente no determina cuáles son los ámbitos de la sentencia del Tribunal Constitucional, que tienen fuerza obligatoria y si constituyen o no precedente, ni cómo se determinan éstos” (2006: 110).

Esta realidad trasciende al hecho de que, no existe pronunciamientos legal ni jurisprudencial en Chile, que se pronuncie sobre el hecho de que, el precedente judicial constitucional chileno que deriva de la actividad del Tribunal Constitucional, sea considerado o pueda ser, fuente primaria de derecho en dicha nación.

Ello no tiene el mismo tratamiento en Perú. La Constitución peruana de 1993, vigente, no reconoce a dicho Estado como “Constitucional”, aunque si tiene preceptos referidos a la existencia de un Tribunal Constitucional. En este sentido, reconoce en su art. 201 la estructura y función de este órgano, al que le atribuye competencias de control del texto fundamental. De esta forma, le reconoce atribuciones como conocer las acciones de inconstitucionalidad, así como las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de incumplimiento, así como aquellos conflictos de competencia o atribuciones en virtud de lo que disponga el texto (art. 202). Ninguna otra alusión realiza este documento, ni sobre la fuerza vinculante de las decisiones de este Tribunal, ni sobre el carácter de fuente primaria. (Perú, Congreso Constituyente Democrático, 1993)

No obstante, es importante señalar que, el Código Procesal Constitucional peruano (2004), que se pronuncia sobre la regulación de las diversas garantías constitucionales reconocidas en la Constitución y cuestiones de su competencia, reconoce en su art. VI que “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”; lo que implica el carácter vinculante de las resoluciones que dictare este órgano. Pero, ¿ello implica que todas las sentencias de este Tribunal, constituyen precedente vinculante?

La respuesta es no, y queda claro cuando el propio legislador de dicha norma, reconoce en el art. VII que:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la

sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. (Perú, Congreso Nacional, 2004)

Considerando ello, es claro que las resoluciones que dicte el Tribunal Constitucional peruano, pueden o no ser vinculantes para los jueces constitucionales como para el resto de jueces y órganos del Estado. De esta forma, solo cuando la propia sentencia determine la fuerza obligatoria de su sentencia, así será considerada, caso contrario, no. De esta forma, en Perú tampoco se considera ni existe precedente judicial que se pronuncie sobre el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

Finalmente, en Colombia, la situación es, en principio, parecida a la de Perú. La Carta Magna colombiana, regula en su art. 1, que Colombia es un “Estado social de derecho”, lo que claramente se ubica dentro de esta categoría, no habiendo evolucionado, al menos expresamente, hacia el constitucionalismo. Un aspecto importante en relación a la temática, lo constituye su art. 230, cuando afirma que los jueces se someterán al imperio de la ley, y la jurisprudencia, solo será considerada como un criterio auxiliar de la actividad de los jueces. Con ello, queda claro que, el constituyente colombiano, en sentido general, no considera que la jurisprudencia, de ningún tipo, pueda ser considerada como fuente, y mucho menos, como fuente primaria. (Colombia, Asamblea Constituyente, 1991)

Ahora, el propio texto reconoce la existencia de una Corte Constitucional que tiene como función sustancial la “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” (art. 241), lo que evidencia un criterio prevalente de que, lo establecido en dicho documento, prima, por sobre el resto de fuentes posibles del derecho en el país. Sobre el carácter vinculante o no de sus disposiciones, la Constitución nada refiere. Son otras normas las que lo hacen. Por ejemplo, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (1996), en su art. 45, afirma que las sentencias que sean dictadas por la Corte Constitucional en el ejercicio de sus competencias,

tendrán efecto vinculante a menos que la propia Corte disponga que no sería así. Con ello queda claro que, esta normativa les confiere fuerza obligatoria a las disposiciones de este órgano, por la relevancia de sus pronunciamientos.

De esta forma, ha sido la jurisprudencia de la Corte Constitucional la que se ha pronunciado sobre el carácter vinculante de sus resoluciones. Por ejemplo, en su Sentencia No. C-037/96 de 5 de febrero de 1996, la que refiere que:

La cualificación adicional de que, si las normas que van a aplicarse han sido interpretadas por la Corte Constitucional, de ese modo deben aplicarse, constituye, se repite, una razonable exigencia en guarda de la seguridad jurídica (...)

En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella. (Colombia, Corte Constitucional, 1996: 15)

En parecido sentido se pronuncia en su Sentencia C-447/97 de 18 de septiembre de 1997, cuando expresa que:

Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente

previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez (...)

Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico, sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias.

En ese orden de ideas, la lógica consecuencia de lo anterior es que un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. (Colombia, Corte Constitucional, 1997: 22)

A partir de estos pronunciamientos, queda claro que la jurisprudencia constitucional colombiana, derivada de la actividad de la Corte Constitucional de dicha nación, solo la parte resolutive será vinculante, mientras que la motivación, fungirá como criterio auxiliar para la práctica judicial ordinaria. Ello evidencia que las resoluciones de este órgano, posee una naturaleza mixta en el sentido de no generar siempre, obligatoriedad para todas las personas. Adicional, es menester señalar que, en el caso colombiano, ni la doctrina ni la propia jurisprudencia, hace referencia a la jurisprudencia como fuente de derecho.

Partiendo de todos y cada uno de los elementos que han sido abordados a lo largo de este capítulo, es indiscutible que la jurisprudencia constitucional constituye sin duda alguna, la institución que mayor peso tiene en un Estado constitucional de derechos y en el Ecuador.

Como bien ha quedado evidenciado a lo largo de todos estos temas, en la realidad nacional con la promulgación de la Constitución en el año 2008, quedó claro que los preceptos contenidos en dicho documento jurídico, adquirirían mayor relevancia por sobre el resto de las instituciones existentes en la sociedad. Ello, permitía determinar que, los preceptos y principios reconocidos en dicho documento, son prevalentes por sobre cualquier otra fuente de derecho.

Junto con ello, la jurisprudencia constitucional adquiere entonces un notable valor. Es claro que cada uno de los preceptos y valores constitucionales necesitan de sujetos que se encarguen de interpretar y dotar de alcance y sentido. En este sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana juega un rol fundamental como máximo órgano de interpretación de dichos preceptos. Por ende, puede considerarse que este órgano es el que logra a través de sus valoraciones y argumentos, a la hora de interpretar los principios y contenidos del texto fundamental, dotar de viabilidad y operatividad a dichos preceptos.

Cada norma jurídica, dentro de la que se encuentra la constitucional, posee un importante grado de subjetividad. Pero, en el ámbito constitucional, ello constituye un riesgo, que un Estado constitucional de derechos no se puede dar el lujo de permitir. De ahí que la actividad interpretativa de este tipo de órganos, y el resultado de su actuación, a través de la jurisprudencia constitucional, garantiza objetividad y esencia a dichos preceptos, por lo que, siguiendo la Constitución la máxima y primera fuente de derecho constitucional en el país; debe concebirse a la jurisprudencia constitucional, como fuente primaria de derecho constitucional, ya que a través de ella se garantiza entender y comprender el verdadero sentido y alcance de los preceptos contenidos en dicho documento.

Capítulo 2

Planteamiento metodológico

2.1 Metodología.

Partiendo de los objetivos identificados en la investigación, la metodología empleada es mixta. Es así que se ha decidido aplicar un paradigma cualitativo y cuantitativo con un enfoque descriptivo y explicativo. El paradigma cualitativo irrelevante en todo estudio de las ciencias jurídicas. En la investigación en concreto, garantiza conocer las características y elementos distintivos que rigen en torno a las fuentes del derecho constitucional en sentido general permitiendo determinar la pertinencia de considerar la jurisprudencia como fuente primaria. Por su parte, el paradigma cuantitativo, ha permitido conocer y cuantificar la postura que poseen los diferentes profesionales del derecho en torno a asimilar este planteamiento.

Por su parte el enfoque descriptivo, ha asegurado conocer las condiciones existentes en la realidad nacional para poder considerar la jurisprudencia como la fuente primaria del derecho; mientras que el explicativo, ha garantizado dar las razones y ofrecer los argumentos que permitan consolidar dicha posición. En su conjunto, el paradigma y el enfoque que ha sido empleado a lo largo del estudio, ha asegurado la posibilidad de cumplir con todos y cada uno de los objetivos propuestos.

2.2 Métodos a utilizar.

Varios fueron los métodos que fueron empleados a lo largo de la investigación. El método histórico, permitió realizar algunas observaciones evolutivas sobre algunas de las instituciones que han sido analizadas a lo largo del estudio, permitiendo conocer su origen y naturaleza, y sentando las bases para entenderlo en la actualidad. También se utilizó el método analítico sintético. A través del empleo de esta herramienta, se logró contar con los mecanismos necesarios para conocer cuáles son los elementos que distinguen a las diferentes

fuentes del derecho constitucional, y que permitieron sintetizar aquellas características que le permiten ubicarse a la jurisprudencia, como fuente primaria de las normas jurídico constitucionales.

También se empleó en la investigación, el método inductivo deductivo, que permitió identificar a partir de los presupuestos generales, aquellos elementos que pueden particularizar en el Ecuador y que concluyen con el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente primaria del derecho constitucional; y también aseguró la posibilidad, de que, partiendo de análisis concretos en torno a las fuentes en general, y a la jurisprudencia en particular, permitir llegar a valoraciones generales que puedan armonizar con los objetivos identificados en el estudio.

2.3 Fundamentación de las premisas.

Con la promulgación de la Constitución ecuatoriana en el año 2008, se inicia un nuevo modelo constitucionalista en la realidad nacional. A partir del reconocimiento en su artículo primero de que el Ecuador o en un estado constitucional de derechos, implica un cambio sustancial en la comprensión y entendimiento de las principales categorías jurídicas existentes en el sistema de derecho nacional. Con ello, también se modifican las fuentes que dan nacimiento a las normas jurídicas en el país. Se transita de un sistema en el que la ley era, la principal fuente; a considerarse que son las normas constitucionales, diferentes a las leyes orgánicas y ordinarias, las que ahora se ubican en la pirámide de las fuentes del derecho.

A partir de esta realidad es innegable el papel que tienen los valores, principios y preceptos constitucionales. Por ello, la Constitución le reconoció, por ejemplo, a la jurisprudencia constitucional un valor primigenio por sobre las demás normas jurídicas del ordenamiento legal ecuatoriano y una valía mayor, en el proceso constitucional. Sin embargo, en la práctica, los jueces de la Corte Constitucional no han sido lo suficientemente claros, en la

estructuración de las nuevas fuentes del derecho en el Ecuador. No obstante, lo cierto es que, la jurisprudencia derivada de los procesos constitucionales, constituyen criterios de obligada observancia en todos aquellos procesos donde se ventilen cuestiones de dicha naturaleza.

Demostrar que dentro del cúmulo de fuentes permitidas en el ordenamiento jurídico nacional, la jurisprudencia constitucional debe erigirse como la principal, se erige como el fundamento del estudio en sí.

2.4 Definición de las variables.

Independiente: La jurisprudencia constitucional.

Dependiente: Derecho Procesal Constitucional.

2.5 Operacionalización de las variables.

Tabla 1. Operacionalización de las Variables

Variable	Dimensión	Instrumento	Unidades de Análisis
Independiente: La jurisprudencia constitucional.	Fuentes del Derecho.	Análisis Documental	Constitución de la República del Ecuador Arts. 1, 132 al 140, 425 al 427.
			Doctrina.
	Corte Constitucional	Encuestas	Encuesta a 20 jueces pertenecientes a la función judicial del Guayas.

Dependiente: Derecho Procesal Constitucional.	Procesos de naturaleza constitucional	Encuestas	Encuesta a 20 jueces pertenecientes a la función judicial del Guayas.
--	---	-----------	--

Elaboración: Christian Meneses Medina.

2.6 Gestión de datos que determine el uso de análisis factorial, estadística descriptiva o inferencial.

Teniendo en consideración los objetivos que han sido planteados en esta investigación así como el propósito que ha motivado a la misma, es importante considerar que para la determinación del universo al que se le aplicarán los instrumentos que validen la información y evaluación doctrinal y teórica que ha sido realizado en su momento, se ha decidido plantear que, corresponde a los jueces, mayoritariamente, la posibilidad de decidir si la jurisprudencia constitucional puede ser considerada como fuente primaria en los procesos constitucionales que se sigue en el Ecuador. Es por ello, que se ha elegido a funcionarios judiciales de primera instancia que son los competentes para conocer de aquellos procesos constitucionales que tiene lugar en su territorio, y de decidir la relevancia que le dan, a través de los procesos y sus fallos, a la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador.

Por ello se eligió seleccionar a jueces de primera instancia pertenecientes a la Función Judicial de la provincia Guayas, a los que se les aplicará una encuesta para conocer sus criterios en torno a la consideración de la problemática que demuestra el estudio. A partir de una serie de interrogantes de corte cerrado, será obtenido de los jueces su perspectiva en torno al valor que debe otorgársele en la realidad procesal ecuatoriana, a la jurisprudencia constitucional.

2.7 Cronograma de Ejecución.

Tabla 2. Actividades

No.	ACTIVIDAD	SEMANA 1				SEMANA 2			
1	Diseño de preguntas que integran la encuesta.								
2	Identificación y organización para la ejecución de la encuesta a los jueces.								
3	Aplicación de la encuesta a 20 jueces de la Función Judicial del Guayas.								
4	Análisis de los resultados obtenidos.								

Elaboración: Christian Meneses Medina.

2.8 Criterios éticos de la investigación.

Es indiscutible que las ciencias jurídicas al tratar cuestiones en el ámbito de las relaciones sociales con trascendencia legal, exige que en cualquier investigación, se tengan en cuenta criterios éticos que son de innegable valor. Si a ello se le suma el hecho de que, la investigación que se presenta, se encuentra estrechamente relacionada con el ámbito constitucional, que posee relevancia para el tema de derechos y garantías para los seres humanos es claro, la aplicabilidad de los mismos. Es por ello que todas las valoraciones que se han realizado a lo largo de la investigación, han tenido en consideración, el criterio de pertinencia para las personas.

Capítulo 3

Resultados

3.1 Análisis e interpretación de la encuesta realizada a jueces de la Función Judicial del Guayas.

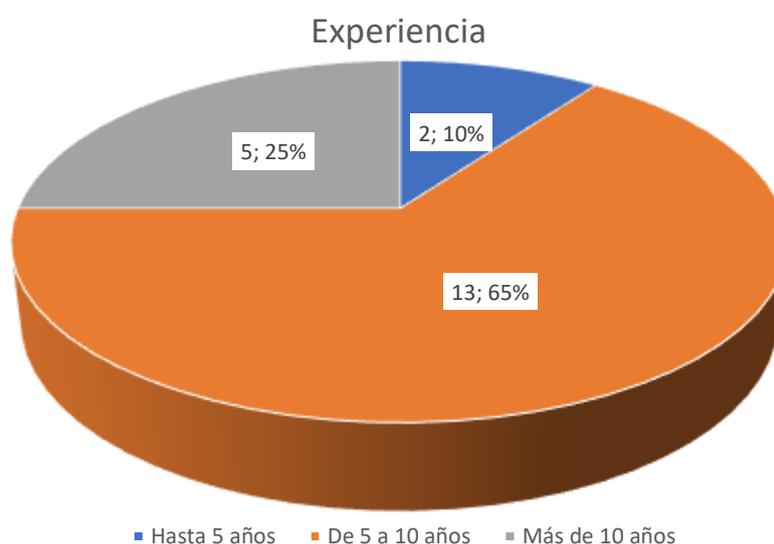
1. ¿Qué experiencia posee usted en la función judicial como juez?

Tabla 3. Experiencia

EXPERIENCIA	Cantidad	Porcentaje
Hasta 5 años	2	10%
De 5 a 10 años	13	65%
Más de 10 años	5	25%
Total	20	100%

Elaboración: Christian Meneses Medina.

Gráfico 1. Experiencia



Elaboración: Christian Meneses Medina.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: La interrogante que se analiza, tiene como finalidad conocer la experticia profesional de la muestra a la que se le ha aplicado la encuesta, a los efectos de otorgar validez y confiabilidad a los resultados de la misma. Es de gran relevancia, el hecho de que, la gran mayoría de los encuestados, tiene una experiencia de entre 5 y 10 años, y un porcentaje importante, más de 10 años, lo que evidencia sin duda alguna, una gran

práctica en el ámbito judicial, evidenciando una trayectoria que los autoriza a exponer verídicos que ayuden a clarificar de mejor forma la problemática de investigación.

2. En su experiencia, ¿ha tramitado procesos de naturaleza constitucional?

Tabla 4. Procesos Constitucionales

CATEGORÍA	Cantidad	Porcentaje
SI	20	100%
NO	0	0%
Total	20	100%

Elaboración: Christian Meneses Medina.

Gráfico 2. Procesos Constitucionales



Elaboración: Christian Meneses Medina.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: El Valor de esta pregunta, radica en el hecho de saber la experiencia que como jueces han tenido en el ámbito del reconocimiento, tratamiento y solución de conflictos de naturaleza constitucional, permitiendo conocer a partir de ello, el valor que le atribuyen a la jurisprudencia de dicha naturaleza. Es importante, el hecho de que la totalidad de los jueces encuestados, han tramitado y conocido asuntos de estas características, por lo que se encuentran en condición de ofrecer sus criterios críticos y valorativos, en torno al valor que pudiera tener la jurisprudencia constitucional en la solución de los asuntos de esta naturaleza.

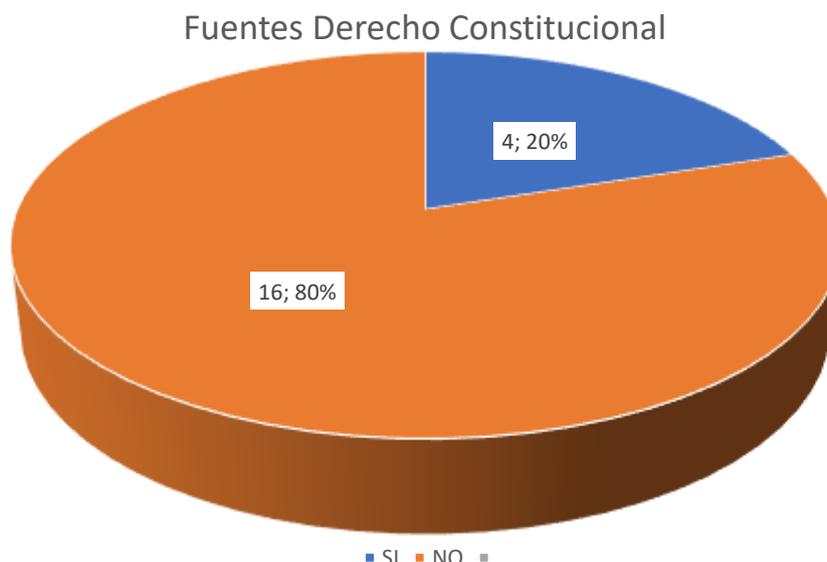
3. ¿Considera usted que los jueces en el Ecuador, dominan con suficiencia las fuentes del Derecho Constitucional en el país?

Tabla 5. Fuentes Derecho Constitucional

CATEGORÍA	Cantidad	Porcentaje
SI	4	20%
NO	16	80%
Total	20	100%

Elaboración: Christian Meneses Medina.

Gráfico 3. Fuentes Derecho Constitucional



Elaboración: Christian Meneses Medina.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: Esta pregunta tiene como finalidad, conocer el criterio de los jueces encuestados, en torno al conocimiento o que poseen todos los magistrados desde su percepción, en torno a las fuentes del Derecho Constitucional en el Ecuador. Es relevante considerar, que el 80% es el criterio, de que en su generalidad pueden evaluar, que en el país la amplia mayoría de los magistrados no domina con suficiencia las fuentes que originan las normas constitucionales; mientras que sólo un 20%, expresó lo contrario. Ello evidencia indiscutiblemente, una carencia de dominio en las mismas, con el consecuente impacto que ello pudiera tener, en la solución adecuada y efectiva de los asuntos de naturaleza constitucional que se someten a sus competencias.

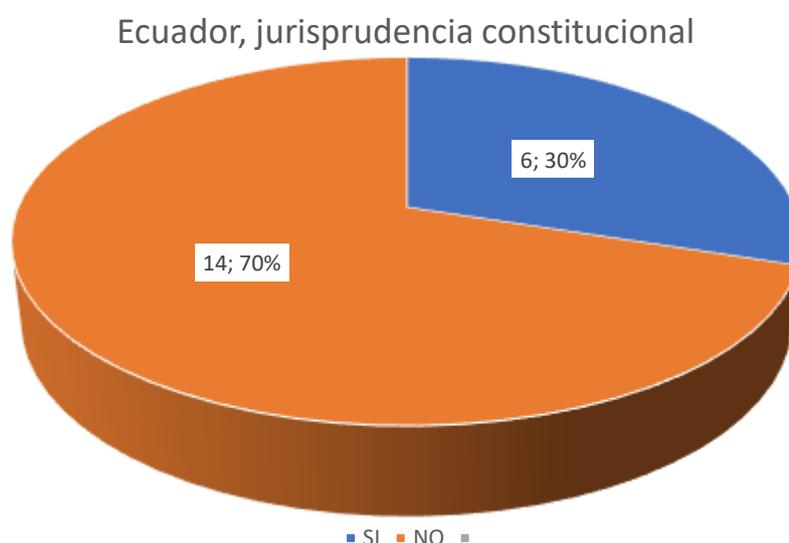
4. ¿Considera usted que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, principalmente la Constitución, garantiza la consideración de la jurisprudencia constitucional como fuente de derechos?

Tabla 6. Ecuador, jurisprudencia constitucional

CATEGORÍA	Cantidad	Porcentaje
SI	6	30%
NO	14	70%
Total	20	100%

Elaboración: Christian Meneses Medina.

Gráfico 4. Ecuador, jurisprudencia constitucional



Elaboración: Christian Meneses Medina.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: La pregunta que se plantea, tiene como finalidad conocer el criterio de los jueces encuestados entorno así consideran que, la carta magna ecuatoriana, reconoce con suficiencia la jurisprudencia constitucional como fuente de derechos. En este sentido, el 70% respondió de forma negativa; mientras que el 30%, dijo que sí. El hecho, de que la amplia mayoría de los jueces encuestados considerarán que la constitución ecuatoriana no reconoce con suficiencia, el hecho de que la jurisprudencia constitucional deba ser considerada como fuente de derechos, supone una carencia contradictoria con lo reconocido en el artículo 1 que califica de Ecuador como estado constitucional de derechos. Ello evidencia

que los jueces entonces, deben realizar una interpretación del entorno General de dicho texto o para poder asimilar a la jurisprudencia constitucional como fuente de derechos de la realidad nacional.

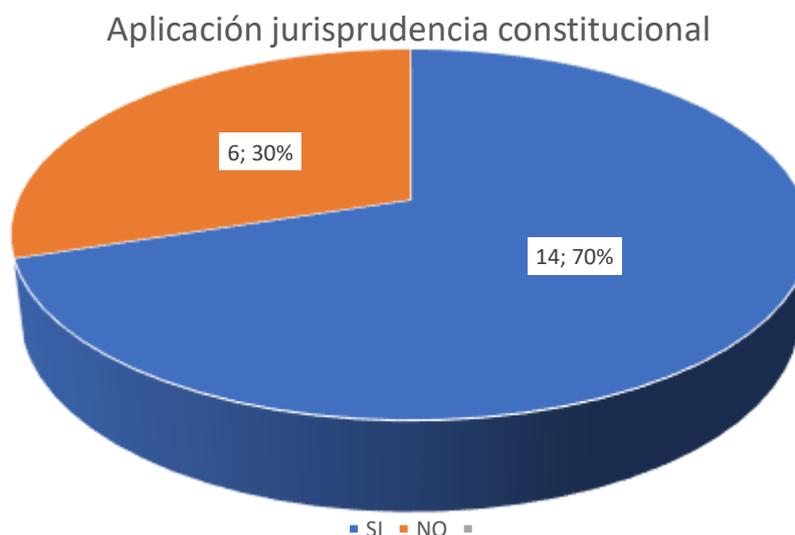
5. ¿Considera usted que los jueces de primera instancia, cuando resuelven procesos de naturaleza constitucional, aplican habitualmente, la jurisprudencia constitucional?

Tabla 7. Aplicación jurisprudencia constitucional

CATEGORÍA	Cantidad	Porcentaje
SI	14	70%
NO	6	30%
Total	20	100%

Elaboración: Christian Meneses Medina.

Gráfico 5. Aplicación jurisprudencia constitucional



Elaboración: Christian Meneses Medina.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: La interrogante, tiene como objetivo conocer desde la percepción de los jueces encuestados, si en la resolución de los asuntos de naturaleza constitucional en primera instancia, se aplica la jurisprudencia constitucional. En este sentido, el 70% de los jueces encuestados refirieron que sea utilizan la jurisprudencia constitucional; mientras que el 30%, opinó que no. El resultado a este interrogante, es bastante interesante, porque evidencia un criterio de objetividad y responsabilidad por parte de los jueces de primera

instancia, en torno a la relevancia que tiene para los jueces, la jurisprudencia constitucional en la clarificación y ayuda a la resolución de los diversos litigios de esta naturaleza, no obstante, llama la atención, que un porcentaje importante del total de los jueces encuestados no considera realmente importante la utilización de la jurisprudencia constitucional, para fundamentar sus fallos, lo que claramente se encuentra directamente relacionado con la subvaloración de la misma.

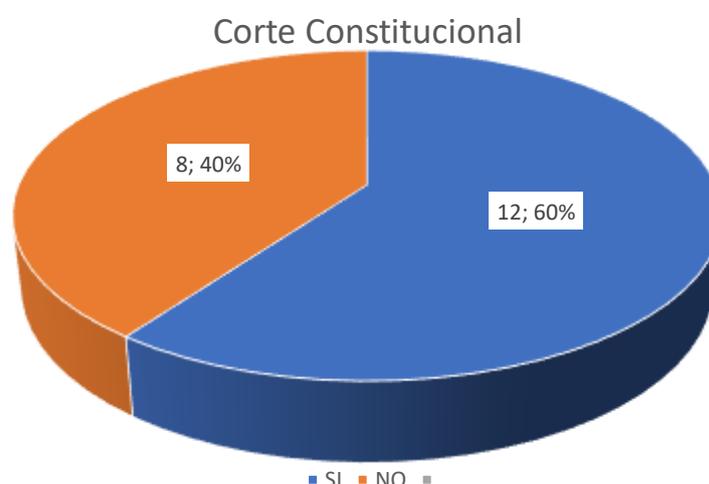
6. ¿Considera usted que la Corte Constitucional del Ecuador debe encargarse de estructurar de mejor forma las fuentes del derecho constitucional, dándole preeminencia a la jurisprudencia constitucional?

Tabla 8. Corte Constitucional

CATEGORÍA	Cantidad	Porcentaje
SI	12	60%
NO	8	40%
Total	20	100%

Elaboración: Christian Meneses Medina.

Gráfico 6. Corte Constitucional



Elaboración: Christian Meneses Medina.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: La interrogante en cuestión, tiene el objetivo de conocer el criterio que tienen los jueces que han sido encuestados, sobre si sería responsabilidad de la

Corte Constitucional ecuatoriana, el de limitar de mejor forma las fuentes del derecho constitucional en el país, reconociendo expresa o tácitamente la relevancia de la jurisprudencia constitucional. De esta forma, el 60% respondió que sí; mientras que el 40%, refirió lo contrario. Es importante el hecho de que la amplia mayoría de los encuestados, reconocen que le corresponde al máximo órgano de interpretación de normas y principios constitucionales en el país, establecer de forma clara y precisa, cuáles son las fuentes que hacen surgir normas de derecho constitucional en el país, así como dar claridad sobre la relevancia y papel que juega la jurisprudencia constitucional en la resolución de los diversos conflictos que se susciten de esta naturaleza.

7. ¿Considera usted que la normativa jurídica nacional, debe regular expresamente el conglomerado de fuentes del derecho, haciendo énfasis en la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho?

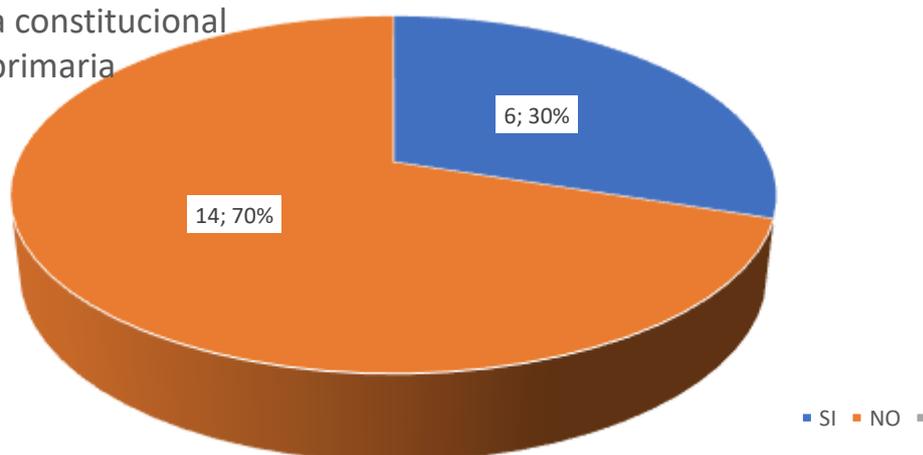
Tabla 9. Jurisprudencia constitucional como fuente primaria

CATEGORÍA	Cantidad	Porcentaje
SI	6	30%
NO	14	70%
Total	20	100%

Elaboración: Christian Meneses Medina.

Gráfico 7. Jurisprudencia constitucional como fuente primaria

Jurisprudencia constitucional como fuente primaria



Elaboración: Christian Meneses Medina.

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN: La finalidad de esta pregunta radica en la necesidad de conocer el criterio de los jueces que han sido encuestados, sobre si es acertado reconocer a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derechos en el país. En este sentido es importante señalar, que el 30% de los jueces encuestados coincide en que sí debe reconocerse como tal; mientras que el 70%, opinó lo contrario. Realmente, el hecho de que un gran porcentaje de los jueces que han sido sometidos a las preguntas de esta investigación, refieran que no es necesario realizar ningún tipo de regulación en la ley, sobre las fuentes de derecho y sobre la jurisprudencia constitucional como fuente primaria, evidencia una cultura entre estos magistrados, que se aleja de la relevancia e importancia que tiene la jurisprudencia constitucional, y del valor que se le debe atribuir a la misma en la solución de los problemas o conflictos de esta naturaleza. Si bien es necesario reconocer la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional en el Ecuador, sería también importante contemplar a nivel institucional y jurídico, la condición de primaria, de este tipo de jurisprudencia.

Capítulo 4

Discusión

4.1 Análisis integral de considerar a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria en los procesos constitucionales en el Ecuador.

A partir de todos los fundamentos doctrinales, legales, jurisprudenciales y de la investigación de campo que se ha realizado, existen suficientes elementos que permiten realizar un análisis integral entorno la problemática que ha justificado, la realización de esta investigación. Es indiscutible, que a lo largo del estudio, se han logrado no sólo, cumplir con todos y cada uno de los objetivos que han sido planteados desde el principio; sino que se ha demostrado suficientemente la problemática que originó el mismo.

Es claro, que diversas son las fuentes que originan las normas de Derecho Constitucional. También es importante considerar, que estas son imprescindibles, a la hora de adoptar decisiones en la administración de justicia. Sin embargo, aunque la jurisprudencia continúa siendo reconocida por la doctrina e incluso por muchos ordenamientos jurídicos, como una institución de la cual pueden nacer normas jurídicas constitucionales y que pueden constituir el fundamento de decisiones judiciales, el neoconstitucionalismo ha impuesto en la realidad actual, reconsiderar el análisis que sobre esta categoría deba realizarse.

De los estudios doctrinales que se han podido realizar, se ha evidenciado casi el criterio unánime de los autores, del valor que en el Estado constitucional de derechos adquiere la jurisprudencia constitucional. La transición de Estado de derecho ha Estado constitucional de derechos, supone sin duda alguna una revalorización del texto fundamental, que ya no se concibe tanto como documento político, sino como instrumento jurídico, lo que supone una absoluta prevalencia de los principios, normas y valores contenidos en los textos fundamentales.

Ello supone, también una revalorización de la jurisprudencia constitucional. Si en esta nueva categoría de constitucionalismo moderno, la Carta Magna se erige y concibe como la norma jurídica más importante y de mayor prevalencia en todo lo concerniente a la realidad en la que impera, imponiendo a cada una de las funciones del Estado la obligación de someterse a su imperio; quiere decir que la interpretación que se realice por el órgano competente constitucionalmente para ello, sobre dichos valores y preceptos, adquiere una especial trascendencia.

A ello se refiere la amplia mayoría de la doctrina que fue consultada. La jurisprudencia constitucional supone entonces en este nuevo modelo de Estado, una fuente de derecho que adquiere nuevas connotaciones. Si bien tradicionalmente la jurisprudencia ordinaria ha sido considerada como fuente de derecho, al instaurarse una nueva estructura de Estado, en este caso constitucional, en la que, uno de los elementos distintivos, es la existencia de un órgano de aplicación e interpretación de los preceptos contenidos en dicho texto; la interpretación y los criterios jurisprudenciales que sean adoptados por este tipo de jueces, supone por ende la obligación de todos los poderes constituidos, y sus órganos y funcionarios, de respetar todo cuanto diga el precitado órgano.

A partir de ello se ha podido identificar, que la doctrina reconoce en su mayoría, a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derechos. Su consideración se fundamenta en la necesidad de reafirmar la relevancia que tienen los preceptos y principios contenidos en la Constitución, a partir de la interpretación que realiza el órgano constitucionalmente reconocido en cada país, como la máxima autoridad para realizar este tipo de acción. Incluso, en muchas ocasiones algunos autores han compartido el criterio de que, la jurisprudencia constitucional debe estar al mismo nivel y grado, que el propio texto fundamental, y que la ley se encuentra en un nivel jerárquico inferior a los análisis y valoraciones que sobre preceptos constitucionales, realizan este tipo de jueces.

En el caso ecuatoriano, como ya se demostró en su momento, con la nueva promulgación de la Constitución en el año 2008 se reconoce de manera directa o indirecta, a la jurisprudencia como fuente de derecho; sin embargo, le confiere a la constitución, instrumentos jurídicos internacionales y a la ley, en sentido amplio, una prevalencia superior. Desde nuestra consideración, ello sin duda alguna, constituye un rezago del constituyente ecuatoriano al mantener un criterio tradicional en el reconocimiento de estas categorías. Ciertamente, en su momento, el texto fundamental ecuatoriano, no sólo debió reconocer de forma expresa las diversas fuentes de derecho, si no que debió también, regular y establecer de manera precisa, un orden jerárquico de prevalencia, en el que la jurisprudencia constitucional se hiciera como uno de los pilares fundamentales en la creación de normas de contenido fundamental.

En este sentido, obviar no sólo un reconocimiento expreso del conglomerado de fuentes del derecho constitucional la realidad nacional, sino que además, no regular de manera precisa el orden jerárquico y a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derechos de naturaleza constitucional, constituyó una falencia que origina en la práctica procesal ecuatoriana, que los jueces al resolver asuntos donde tengan que aplicar las fuentes del Derecho Constitucional, no consideren a la jurisprudencia constitucional como una de las más relevantes. Sin embargo, generalmente es el texto fundamental, los tratados y la legislación de menor jerarquía, la que habitualmente se usa para fundamentar y sustentar un fallo determinado.

Ello se evidencia, a partir de la investigación de campo que se ha ejecutado. En la encuesta que se les realizó a jueces de primera instancia de la provincia del Guayas, los que en su mayoría poseen una amplia experiencia en el ejercicio de la función judicial y del conocimiento y resolución de asuntos de naturaleza constitucional, se pudo observar en primer lugar, que existe un criterio o percepción entre estos magistrados de que, los jueces, no

dominan con la profundidad suficiente, el sistema de fuentes de Derecho Constitucional en el país.

Este desconocimiento mayoritario, se fundamenta en la carencia de reconocimiento adecuado en el ordenamiento jurídico nacional de las referidas fuentes, y de la regulación en la Constitución ecuatoriana de la preeminencia que se le otorga a la norma fundamental, instrumento jurídico internacional es la ley en sentido integral, restándole relevancia a la jurisprudencia en general, y a la jurisprudencia constitucional en particular. En la práctica, ello se traduce en la consideración por parte de los jueces, de no acceder a la jurisprudencia de naturaleza constitucional para fundamentar sus fallos; pues pueden hacerlo fundamentados en la interpretación de la norma jurídica.

Sin duda alguna esta consideración, contrasta con la postura advertida por Zagrebelsky (2019: 83), para quien la aplicación de la jurisprudencia en general, y la jurisprudencia constitucional en particular, responde a una necesidad de resumir las experiencias del pasado permitiendo aplicarlas en el presente con proyecciones hacia el futuro, de forma tal que en la resolución de un asunto en cuestión, no se permita la improvisación o espontaneidad de soluciones, sino que se adecue a un criterio uniforme de resolver un asunto.

En este sentido, el hecho de que los jueces al resolver sus fallos, no reconocen con la habitualidad necesaria el valor que tiene la jurisprudencia constitucional. Supone en la realidad nacional una práctica errónea, que rechaza un criterio sin duda relevante, en un Estado constitucional de derechos como el ecuatoriano, en el que la constitución y la jurisprudencia constitucional, deben ser consideradas como, fuente primordial para la solución de cualquier tipo de controversia, no sólo en el ámbito judicial, sino en todos los restantes.

Ello se traduce, en la reducida necesidad de estudiar y considerar a las fuentes de derecho constitucional como categorías de gran relevancia en la resolución de los asuntos o acciones de esta naturaleza que le son sometidos a su competencia. La práctica obedece, casi en su generalidad, a que basta la ley en sentido lato para resolver y dirimir los diferentes conflictos constitucionales que se someten a su arbitrio, sin necesidad de acudir a las interpretaciones y valoraciones que ha realizado la corte constitucional, al menos no de manera habitual.

Ello sin duda alguna, evidencia una carencia de profundidad en la capacitación de estos profesionales en torno al respeto que todas las fuentes de derecho, y su consideración en la solución de los litigios o conflictos que se someten a su arbitrio. Como bien refería Badeni (2010: 12), la aplicación de las fuentes de derecho en su diversidad, y especialmente aquellas relacionadas con la jurisprudencia constitucional y la Constitución, le permiten al juez aplicar una variedad de ideas y formas, que se vinculan directamente con las condiciones y elementos de naturaleza social, política, económica e histórica, que garantizan una resolución del conflicto o de manera integral, considerando todos y cada uno de los elementos que han incidido en el mismo y que son necesarios tener en cuenta, para su exitosa solución.

Esta encuesta que se les realizó a los jueces también evidenció, que en la práctica judicial no siempre se considera la jurisprudencia constitucional para resolver estos asuntos. Todos estos elementos que han sido analizados, se han convertido en práctica diaria de los jueces de primera instancia cuando conocen de esta materia. No obstante, también existe un criterio mayoritario entre ellos, de que la Corte Constitucional, como máximo órgano de interpretación de los fundamentos, preceptos y principios contenidos en la Constitución del 2008, debería encargarse de este asunto.

Si el constituyente de Montecristi no lo hizo de manera expresa, entonces el único órgano con autoridad para pronunciarse sobre el sistema de fuentes en materia de Derecho

Constitucional, y sobre el valor de la jurisprudencia constitucional dentro de este conglomerado de fuentes, es la Corte Constitucional, siendo criterio mayoritario de los jueces encuestados, que sería prudente y bastante beneficioso, el hecho de que este órgano se pronunciará sobre ello, pues obligaría a los jueces que conozcan de asuntos constitucionales, a resolver los conflictos no sólo fundamentados en el texto fundamental ecuatoriano, sino también, considerando la interpretación que, sobre la norma en conflicto o, ha realizado dicha institución, ya sea a través de sus resoluciones aclaratorias o de sus fallos.

Esta realidad evidencia, una adecuada percepción por parte de los jueces, del valor que tiene el conglomerado de resoluciones que dicta la Corte Constitucional ecuatoriana. Y esta consideración, constituye una contradicción. Por una parte, los jueces encuestados coinciden en el hecho de que, este órgano adquiere especial relevancia en la realidad ecuatoriana, a través de la producción jurisprudencial que realizan y el carácter obligatorio de sus fallos y de los análisis que realizan en torno a cuestiones constitucionales; sin embargo, por otra parte, no siempre en los fallos de primera instancia, los jueces le conceden a la jurisprudencia constitucional, el valor necesario e imprescindible para que las soluciones de sus conflictos se encuentren concordantes con el sentido y alcance que dicho órgano le ha conferido a determinada norma constitucional.

No se trata por ende, de aplicar las consideraciones que realiza este órgano en la solución de los conflictos de primera instancia, por el carácter obligatorio que tienen; se trata de la necesidad de que los jueces en cualquier instancia, utilicen, apliquen, comprendan el valor primario que tiene la jurisprudencia constitucional, en la solución de todos los conflictos que se someten a su arbitrio. Se trata de la necesidad de concebir, otras fuentes de derecho y otorgarles importancia en la realidad procesal; y también conferirles no sólo a las leyes, si no a la jurisprudencia constitucional, el verdadero valor que tiene en la realidad ecuatoriana, partiendo del nuevo constitucionalismo implementado a partir de la Constitución del año 2008.

También ha sido de gran relevancia, el hecho de que los operadores de derecho que fueron encuestados, coincidieran casi en su totalidad, de la relevancia que debe conferírsele en el caso ecuatoriano, a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derechos. El hecho de que los propios jueces tengan este criterio, evidencia una postura mayoritaria en dichos magistrados, en otorgarle a las decisiones y valoraciones que puedan realizar dichos funcionarios, una importancia superior, acorde con la estructuración del modelo de Estado implementado partir del 2008 en el país.

Muestra también, que existen criterios responsables de los propios operadores del derecho en la administración de justicia, de que contar con la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derechos, al obligarlos al considerar las normas y principios contenidos en la Constitución y la interpretación que sobre ellos ha realizado la Corte Constitucional, uniformaría la aplicación de los fundamentos de referencia en todo el territorio nacional. Al contar con este criterio, los jueces constitucionales tendrían que obedecer el alcance y naturaleza de las valoraciones que realizarán los jueces de dicho órgano, uniformando, por ende, la resolución de conflictos en todo el país.

Partiendo de ello, es indiscutible el hecho de que, los jueces coinciden en el papel preponderante que tiene la Corte Constitucional y su jurisprudencia, sin embargo, falta un interiorizar en la práctica procesal, la concepción como fuente primaria que debe conferírsele a la jurisprudencia constitucional, no porque tengan que aplicarla de manera obligatoria, sino porque, la naturaleza y sentido que tiene la misma, asegura el respeto y aplicabilidad del constitucionalismo en el país, concordando con la doctrina analizada en la investigación, sobre el papel que debe conferírsele a la misma en la práctica.

Capítulo 5

Propuesta

5.1 Propuesta de reforma.

Plantear, cualquier propuesta que pueda solucionar una problemática de investigación determinada, no es tarea simple. Si lo fuera, claramente la cantidad de conflictos que se originan en las sociedades contemporáneas, fueran mínimos, y las diferentes funciones del Estado, se encontrarían en mejor posición para solucionarlos. Partiendo de esta premisa, no es el objetivo de este investigador, transmitir la idea de que, los planteamientos que se realizarían a continuación, serían suficientes para eliminar el problema que justificó la realización del estudio. La vida se encuentra en constante transformación, y los problemas que van unidos a ella se le unen, siendo el papel del derecho, intentar en cada momento, solucionarlos, sobre la certeza del dinamismo que caracteriza a las ciencias jurídicas.

Es por ello, que la propuesta que aquí se presenta, considera la gran relevancia no sólo de las diversas exigencias y formalidades jurídicas existentes en el Ecuador, sino también las condiciones y circunstancias de naturaleza política, económica y social, que justifican y validan en su conjunto, la viabilidad y factibilidad de dichas ideas. Cada una de las propuestas aportadas, consideran todos y cada uno de los problemas que han sido demostrados a lo largo de la investigación, así como sus causas, garantizando la posibilidad de que, a través de la adopción de dichas medidas, pueda incidirse positivamente sobre cada uno de los conflictos que han sido evidenciados.

Un primer elemento a considerar previo la presentación de la propuesta, es la ubicación geográfica en la que se enmarca la misma. Teniendo en consideración que la consideración de la jurisprudencia constitucional como fuente de primaria de derechos, afecta a todos los procesos en los que se conocen asuntos de esta naturaleza, es indiscutible, que las ideas que se

plantean aquí, tendrían un alcance especial a todo el territorio ecuatoriano. A partir de ello, dichas ideas deberían implementarse a nivel nacional, especialmente en el ámbito de la función judicial, a los efectos, de que todos los jueces del país que tramiten conflictos de cualquier naturaleza, pero en especial aquellos relacionados con derechos y preceptos constitucionales, consideren a las fuentes del derecho constitucional en general, y en especial, como fuente sustantiva, a la jurisprudencia constitucional.

Un segundo criterio que es necesario identificar, son los beneficiarios de la propuesta. En este sentido, se considera la existencia de dos categorías que podrían ser consideradas como favorecidas con la implementación de las ideas que se plantean. En primer lugar, el Estado constitucional de derechos en el Ecuador. El hecho, de que puedan considerarse de forma clara y precisa, el conglomerado de fuentes de Derecho Constitucional en el país, y se reconociera teniendo en cuenta el modelo de Estado nacional, a la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho, reafirmaría dicha condición en el país, reconociendo de forma expresa el papel relevante que tienen las valoraciones de interpretaciones, que sobre los preceptos y principios constitucionales realice el órgano competente.

Adicional, como beneficiario directo, se encuentran los jueces y el sistema de justicia ecuatoriano. A partir del reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derecho, los magistrados que imparten justicia en todo el país, estarían comprendidos de manera uniforme, no sólo a aplicar lo establecido en la Constitución y demás leyes al caso concreto o que conozcan; si no que estarían en el deber de realizar y considerar las interpretaciones y valoraciones que, sobre cada precepto y principio constitucional, ha realizado la Corte Constitucional en el país. Tratándose por ende, de temas tan importantes como los contenidos en la ley fundamental, los jueces en cualquier lugar del territorio nacional, aplicarían de la misma forma y le atribuirían el mismo sentido y alcance, a los reconocidos por el constituyente.

También es relevante el hecho, de que la propuesta que se pretende realizar, se justifique la problemática que ha sido demostrada a lo largo de la investigación. Básicamente, la doctrina ha reconocido que en la contemporaneidad, muchos ordenamientos jurídicos continúan sometiéndose a la concepción tradicional de fuentes del derecho, aun cuando van transformado la concepción del Estado en sus textos fundamentales; no siendo Ecuador, una excepción. Basándose en ello, es indiscutible que plantear ideas que garanticen la reafirmación del Estado constitucional de derechos, y que el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria, constituye un elemento importante, supone un gran argumento para legitimar cualquier acción relacionada con ello.

A partir de estos elementos que han sido descritos, y teniendo en consideración cada uno de los análisis desarrollados a lo largo del estudio, se considera que es importante implementar medidas de carácter institucional y legal. Estas últimas, son un poco más complejas, teniendo en cuenta que sería necesario cumplir con el proceso de formación de la ley; sin embargo, son de gran importancia para poder legitimar dichas consideraciones, por lo que en las acciones en el ámbito institucional, serían un primer paso de avance que lograría satisfacer las exigencias de la problemática en cuestión, mientras dure el reconocimiento jurídico de las mismas.

Teniendo ello en cuenta, en el ámbito institucional, podrían adoptarse medidas como:

- Identificación, reconocimiento y socialización por parte del Consejo de la Judicatura, de la relevancia de reconocer de forma expresa el conglomerado de fuentes de Derecho Constitucional en el entorno ecuatoriano.
- Identificar y generalizar en la función judicial del Ecuador, el valor de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derecho.

- Establecer un instructivo, de obligada observancia por todos los jueces del país, en el que se establezcan las pautas que deben considerarse en la aplicación de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derecho.
- Dotar, a la función judicial del Ecuador, de un sistema que permita los jueces, acceder de forma simple y precisa, a la jurisprudencia constitucional existente en el país, a los efectos de que los jueces posean una base de datos que le permita el reconocimiento sencillo del sentido y alcance que la Corte Constitucional le ha conferido a un principio o precepto contenido en el texto fundamental ecuatoriano.
- Interesar a la Corte Constitucional del Ecuador, la validación de las fuentes de derecho constitucional en el país, y al reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria.
- Emitir un instructivo o reglamentación dentro del Consejo de la Judicatura en el que se establezca un criterio de evaluación para todos los jueces, consistente en analizar el fundamento jurisprudencial constitucional que ha sido considerado por el magistrado, en la resolución de un caso concreto, debiéndose haber detallado en el fallo en cuestión.

Adicional, como ya se ha planteado, en el ámbito jurídico sería pertinente también, adoptar medidas que garanticen la legalidad de dichas acciones. Es por ello que sería preciso lo siguiente:

- Promover una iniciativa legislativa, que permita incluir en el texto fundamental ecuatoriano, el listado de fuentes de derecho en el ámbito nacional, y en el que la jurisprudencia constitucional se encuentre en un orden jerárquico de igual nivel al de la Constitución y superior al de los instrumentos jurídicos internacionales y ley en sentido general.

En este sentido, en el ámbito jurídico, sería necesario plantear una reforma que responda a la idea previamente establecida, y que se traduzca en el perfeccionamiento del artículo 436 numeral 6 de la Constitución del Ecuador del año 2008; en el sentido de agregarle una idea que exprese que “La jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional, será considerada como fuente primaria de derecho, y así deberá ser apreciada por los jueces competentes”. Ello, obligaría a los juzgadores, a considerar los análisis y apreciaciones que han sido emitidos por este órgano, en la solución y motivación de cada uno de sus fallos, dándole la preeminencia que tiene en un Estado Constitucional de derechos.

CONCLUSIONES

A partir de todos y cada uno de los elementos doctrinales, jurisprudenciales, legales y prácticos que han sido evidenciados a lo largo del estudio, se pueden asumir las conclusiones siguientes.

- Las fuentes del derecho, y del derecho constitucional en particular, suponen una categoría de innegable valor que garantiza a las diversas funciones del Estado adoptar normas fundamentadas en la legitimidad que supone, el empleo de dichas fuentes.
- La doctrina, se encuentra conteste en considerar que la Constitución, leyes, costumbre, jurisprudencia, doctrina, derecho comparado y otras instituciones, se erigen como las fuentes tradicionales que hacen surgir las normas jurídicas en cada nación. Sin embargo, reconoce la necesidad de ir adecuándose a las nuevas exigencias del Estado contemporáneo.
- A partir de ello, se ha podido evidenciar, que la amplia mayoría de la doctrina coincide en que la jurisprudencia constitucional debe ser reconocida como fuente primaria de derecho, ante la transformación del Estado social de derecho hacia el Estado constitucional de derechos, reconociéndosele un valor prioritario por sobre el resto de las fuentes tradicionales.
- Se ha podido concluir también, que Ecuador no ha estado exento de las posturas tradicionalistas. Con la promulgación de la Constitución en el año 2008, se transita hacia un Estado constitucional, sin embargo, el texto fundamental no reconoce de forma expresa, las fuentes de derecho en el país, ni se producía sobre la jurisprudencia constitucional en especial, manteniendo de esta forma, una postura conservadora en torno a las categorías que hacen surgir normas jurídicas.
- Sin embargo, los jueces coinciden en el hecho de que la jurisprudencia constitucional juega un papel importante como fuente primaria del derecho, debiéndose reconocer

como tal, por el rol fundamental que juega dicha categoría, en el modelo de estado que se construye en el país.

- Se coincide igualmente, en que le corresponde a la Corte Constitucional, legitimar dicho postulado. Se ha podido concluir, que los jueces que han sido encuestados tienen una predisposición mayoritaria a reconocer tanto el papel relevante de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho; así como el papel que en ello juega este órgano en el Ecuador, debiéndose adoptar medidas institucionales y legales que garanticen su reconocimiento.

RECOMENDACIONES

Partiendo de todos y cada uno de los aspectos que han sido abordados a lo largo de la investigación, se pueden realizar las siguientes recomendaciones.

- Promover talleres, congresos y eventos de toda naturaleza en el ámbito universitario nacional, cuyo tema central sea el del estudio de las fuentes del Derecho Constitucional, y de la jurisprudencia constitucional en especial, que proveerá un entorno científico investigativo de calidad que enriquezca el acervo bibliográfico en el Ecuador.
- Promover eventos coordinados con los diferentes órganos oficiales del país, especialmente el Consejo de la Judicatura, Corte Constitucional, Fiscalía General del Estado, y Foros de Abogados, con la rectoría de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en los que se analicen estas temáticas, favoreciendo con ello las posiciones sobre la propuesta que aquí se plantea.
- Presentar el texto de esta investigación, una vez que se ha validado por el Sistema de Posgrado de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, a la Corte Constitucional y Consejo de la Judicatura del Ecuador, a los efectos de que sea considerada tanto los fundamentos como los elementos pro positivos del estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja, J. (2013). *En los orígenes de la Tradición Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Alcalá, A. (2012). *Lecciones de Derecho Político Constitucional*. Toledo: Kalamo Libros S.L.
- Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Bardin, L. (1996). *Análisis de contenido*. . Paris.
- Becerra, M. (2017). *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bidart, G. J. (2016). *Manual de la Constitución reformada (Vol. I)*. Buenos Aires: Ediar.
- Bielsa, R. (1962). *Estudios de Derecho Público*. Buenos Aires: Depalma.
- Boaventura de Sousa, S. (2010). *Refundación del Estado en América latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. La Paz: Plural Editores.
- Bobbio, N. (2018). *Teoría General del Derecho (5ª ed.)*. Buenos Aires: Olejnik.
- Bustamante, L. (1977). Bases preliminares para una conceptualización doctrinaria del Derecho Social. *Apuntes: Revista De Ciencias Sociales*(7), 51-89.
- Calvo, F. M. (2011). *La jurisprudencia ¿Diente del Derecho?* Valladolid: Lex Nova.
- Carnota, W., & Maraniello, P. (2014). *Derecho Constitucional (2ª ed.)*. Buenos Aires: La Ley.
- Carreño, G. (2010). La fuerza vinculante de las sentencias constitucionales y el reconocimiento de Derechos Fundamentales. A propósito de la Ley sobre Regulación de la Fertilidad. *Revista Chilena de Derecho*, 37(2), 405-419.

- Carrió, G. (2010). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, J. (2011). *Derecho Administrativo* (10ª ed., Vol. I). Buenos Aires: La Ley.
- Castro, I. (2004). Clasificación de las normas constitucionales. *Revista Jurídica. Facultad de Jurisprudencia. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*(17), 57-73.
- Chile, Junta de Gobierno. (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Clemente de Diego, F. (2016). *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Granada: Comares.
- Colombia, Asamblea Constituyente. (06 de julio de 1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. Obtenido de Actualizada con los Actos Legislativos a 2015. Edición especial preparada por la Corte Constitucional:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%20202015.pdf>.
- Colombia, Congreso. (15 de marzo de 1996). *Ley Estatutaria de la Administración de Justicia*. Obtenido de Diario Oficial No. 42.745 (Ley 170):
http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_col_ley_270_sp.pdf.
- Colombia, Corte Constitucional, P.E.-008 (Sentencia No. C-037/96 05 de febrero de 1996).
- Colombia, Corte Constitucional, Expediente D-1648 (Sentencia No. C-447/97 18 de septiembre de 1997).
- Compagnoni, G. (1797). *Elementi di Diritto costituzionale democratico. Ossia Principi di gius pubblico universale*. Venezia: Dalla Tipografia di Antonio Cutti.

Coronado, M. (1999). *Elementos de Derecho Constitucional mexicano (1899)*. México: Oxford.

Del Castillo, J. M. (2010). *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano (1879)*. Montana: Kessinger Publishing.

Del Rosario, M. F. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Díkaion*, 20(1), 1-8.

Díaz, E. (1998). *Filosofía del Derecho*. Madrid.

Díaz, R. (1997). *Teoría General del Derecho*. Madrid: Tecnos.

Díez Picazo, L. (2010). *Concepto de ley y tipos de ley*. Madrid: Tecnos.

Dilthey, W. (2011). *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Alianza Editorial.

Donoso, J. (2013). *Lecciones de Derecho Político*. Madrid: Centro de Estudios Político y Constitucionales.

Dussán, J. (2015). *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Jorge Tadeo Lozano Editores.

Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República*. Quito: Registro Oficial 449.

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

Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0001-14-RC (Dictamen No. 001-14-DRC-CC 31 de octubre de 2014).

- Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 2139-11-EP (Sentencia No. 191-16-SEP-CC 15 de junio de 2016).
- Gény, F. (2018). *Métodos de interpretación y fuentes del derecho privado positivo*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- González, H. (02 de 04 de 2008). *Las fuentes del Derecho*. Obtenido de <https://derecho.laguia2000.com/parte-general/las-fuentes-del-derecho>
- Guastini, R. (2015). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. (C. Moreno, & L. Cárdenas, Trads.) Lima: Editorial Científica Peruana.
- Hernández, C. A. (2010). La costumbre como fuente del derecho. *Criterio Jurídico Garantista*, 2(2), 142-152.
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural* (11ª ed.). Pamplona: S.A. EUNSA/Ediciones Universidad de Navarra.
- Latorre, Á. (2012). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Linares, S. (2011). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (4ª ed.). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Luhmann, N. (1996). *La Costituzione come conquista evolutiva*. Einaudi: Torino.
- Martínez, L., & Fernández, J. A. (2012). *Curso de Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Merino, J. F., Pérez, M., & Pérez, J. M. (1997). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Messineo, F. (2010). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (Vol. I). (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America.

Monarquía Española. (1812). *Constitución Política*. Madrid: Imprenta Real.

Montaña, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Perspectiva comparada*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Montiel y Duarte, I. A. (2018). *Derecho Público Mexicano (1871)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Consejo Editorial de la H. Cámara de Diputados.

Nino, C. (2015). *Introducción al análisis del derecho* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.

Nogueira, H. (2006). La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante. *Estudios Constitucionales*, 4(1), 97-124.

Pacheco, J. F. (2014). *Lecciones de Derecho Político*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Perelman, C. (2019). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

Perú, Congreso Constituyente Democrático. (31 de 10 de 1993). *Constitución Política del Perú*. Obtenido de <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>.

Perú, Congreso Nacional. (31 de mayo de 2004). *Código Procesal Constitucional*. Obtenido de Diario Oficial El Peruano (Ley 28237): <http://hrlibrary.umn.edu/research/Peru-Codigo%20Procesal%20Constitucional.pdf>.

Perú, Tribunal Constitucional (Sentencia Rol 171-93 22 de julio de 1993).

Perú, Tribunal Constitucional (Sentencia Rol 2509-13-CPT 24 de septiembre de 2013).

Perú, Tribunal Constitucional (Sentencia Rol 2731-14-CPT 26 de noviembre de 2014).

Prieto, M. (2015). Constitución y leyes de desarrollo. En L. Pérez, *El derecho en Cuba* (págs. 49-67). Madrid: Reus.

Recasens, L. (2013). *Tratado General de Filosofía del Derecho* (21ª ed.). México: Porrúa.

Rodríguez, R. (2010). *Apuntes para el Curso Elemental de Derecho Constitucional y de Gentes (1872)*. Montana: Kessinger Publishing.

Ronchetti, F. (2006). La doctrina como fuente real del derecho. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*(10), 1-10.

Ruiz, E. (2018). *Curso de Derecho Constitucional y Administrativo (1888)*. México: Miguel Ángel Porrúa.

Savigny, F. K. (2005). *Sistema del Derecho Romano actual*. Granada: Comares.

Sierra, H. A. (2001). *Concepto y tipos de ley en la Constitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Somló, F. (2010). *Docencia jurídica básica*. (J. M. Verlog, Trad.) Leipzig: Félix Meiner Verlag.

Swiss Confederation, Federal Assembly. (10 de december de 1907). *Swiss Civil Code*.

Obtenido de <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>.

Torres, A. (2008). La jurisprudencia mcomo fuente del Derecho. *Revista Institucional AMAG*(8), 223-239.

Uprimny, R. (2012). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina:

tendencias y desafíos. En C. Rodríguez, *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI* (págs. 109-138). Buenos Aires: Siglo XXI.

Véliz, P., & Jorna, A. (06 de 2017 de 2014). (2014). *Evolución histórica y perspectivas futuras*

de la medicina intensiva y emergencia como especialidad en Cuba. Obtenido de

<http://scielo.sld.cu/scielo.php?.pid=S0864->

21412014000300018&script=sci_arttext&ting=en

Zagrebelsky, G. (2018). *El derechos dúctil* (11ª ed.). Madrid: Trotta.

Zagrebelsky, G. (2019). *Historia y Constitución* (2ª ed.). Madrid: Trotta.

ANEXOS

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL****Encuesta realizada a jueces pertenecientes a la Función Judicial del Guayas****Estimado/a Encuestado/a:**

Como parte de la investigación titulada “**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO FUENTE PRIMARIA DEL DERECHO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**”, que se realiza en el marco de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Procesal, que se realiza en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, nos permitimos presentarles una serie de interrogantes, con la finalidad de conocer su criterio, en torno al problema de investigación que se plantea.

Agradecemos su colaboración.

1. ¿Qué experiencia posee usted en la función judicial como juez?
 Hasta 5 años
 De 5 a 10 años
 Más de 10 años
2. En su experiencia, ¿ha tramitado procesos de naturaleza constitucional?
SI___ NO___
3. ¿Considera usted que los jueces en el Ecuador, dominan con suficiencia las fuentes del Derecho Constitucional en el país?
SI___ NO___

4. ¿Considera usted que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, principalmente la constitución, garantiza la consideración de la jurisprudencia constitucional como fuente de derechos?
SI___ NO___
5. ¿Considera usted que los jueces de primera instancia, cuando resuelven procesos de naturaleza constitucional, aplican habitualmente, la jurisprudencia constitucional?
SI___ NO___
6. ¿Considera usted que la Corte Constitucional del Ecuador debe encargarse de estructurar de mejor forma las fuentes del derecho constitucional, dándole preeminencia a la jurisprudencia constitucional?
SI___ NO___
7. ¿Considera usted que la normativa jurídica nacional, debe regular expresamente el conglomerado de fuentes del derecho, haciendo énfasis en la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho?
SI___ NO___



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Meneses Medina Christian Marcelo, con C.C: # 0926610056 autor(a) del trabajo de titulación: **Jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho y su incidencia en el derecho procesal constitucional** previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 12 de noviembre de 2020

f. _____

Nombre: Meneses Medina Christian Marcelo

C.C: 0926610056



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho y su incidencia en el derecho procesal constitucional.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Meneses Medina, Christian Marcelo		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Nuria Pérez Puig; Dr. Vivar Álvarez Juan		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	12 de noviembre de 2020	No. DE PÁGINAS:	108
ÁREAS TEMÁTICAS:	Justicia constitucional y justicia ordinaria.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Jurisprudencia constitucional - Fuentes del derecho - Derecho Constitucional - Derecho Procesal Constitucional.		

RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):

Con la promulgación de la Constitución ecuatoriana en el año 2008, se transita el país hacia un Estado constitucional de derechos. Ello, impone la necesidad de reestructurar las concepciones que sobre las fuentes del derecho tradicionalmente han existido. Ante esta realidad, se impone analizar el papel de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria de derechos, en los Estados contemporáneos. A partir de ello, el estudio que se presenta pretende demostrar la relevancia que tiene este tipo de jurisprudencia en cualquier sistema, analizando su viabilidad en la realidad nacional. Ello se logra, a partir de una investigación cualitativa y cuantitativa, que mediante el empleo de métodos teóricos y empíricos, y técnicas variadas, logra comprobar la relevancia de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho y la necesidad de que así sea considerada en el Ecuador. Considerando de la investigación ejecutada, se pudo concluir que si bien en el Ecuador no existe un reconocimiento expreso de las fuentes de Derecho Constitucional, ni de la jurisprudencia constitucional, ni de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria, los jueces, la doctrina y la legislación, legitiman la adopción de esta postura.

ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0984360703	E-mail: cmedina19888@gmail.com
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando	
	Teléfono: 0982466656	
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com	

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	