

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

SISTEMA DE POSGRADO

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES Y POLÍTICAS**

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

I PROMOCIÓN

**LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN
LAS DECISIONES JUDICIALES, EL EJERCICIO PROFESIONAL Y
LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: EXPERIENCIAS Y DESAFÍOS**

**TESIS PRESENTADA COMO REQUISITO PARA OBTENER EL
GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR:

XAVIER RODAS GARCÉS

TUTOR:

DR. IVÁN CASTRO PATIÑO Mg. Sc.

GUAYAQUIL, 30 DE AGOSTO DE 2014

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Abogado Gonzalo Xavier Rodas Garcés, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional.

Guayaquil, 30 de agosto de 2014

DIRECTOR DE TESIS

REVISOR

REVISOR

DIRECTOR DEL PROGRAMA

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Gonzalo Xavier Rodas Garcés

DECLARO QUE:

La Tesis sobre "LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES, EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: EXPERIENCIAS Y DESAFÍOS", previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en las referencias bibliográficas. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, 30 de agosto de 2014

GONZALO XAVIER RODAS GARCÉS

AUTORIZACIÓN

Yo, Gonzalo Xavier Rodas Garcés

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la Biblioteca de la Institución de la Tesis de Maestría titulada: "LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES, EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO: EXPERIENCIAS Y DESAFÍOS" cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 30 de agosto de 2014

GONZALO XAVIER RODAS GARCÉS

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, a su Sistema de Posgrado y a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, por la oportunidad que me han brindado para fortalecer mi vocación por el Derecho y la Justicia, la Docencia y la Investigación

A la señorita Directora de la Maestría de Derecho Constitucional, Doctora Teresa Nuques Martínez y a su Claustro Docente, personal administrativo y de apoyo, que han hecho posible la realización, con los más altos estándares de calidad, este Posgrado dedicado al estudio y la reflexión sobre las instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano.

Al señor Director de la Tesis, Doctor Iván Castro Patiño, cuya consagración a la docencia y a la investigación jurídica ennoblece, orienta y suscita la labor universitaria y el quehacer de los profesionales del Derecho.

GONZALO XAVIER RODAS GARCÉS

DEDICATORIA

Dedico este producto académico acreditable para acceder al Grado de Magíster en Derecho Procesal:

A mis estudiantes de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, con quienes comparto a través de la Cátedra de Derecho Procesal Tributario, los principios, valores y nuevos paradigmas jurídicos que informan al nuevo constitucionalismo ecuatoriano.

A la memoria de mis recordados padres, Moisés y Zoylita, guías inextinguibles que me alientan y acentúan mi vocación por el Derecho y la Docencia.

A mi hijo Christian, y a mis nietos Caden y Sophía, testimonios de vida y amor.

GONZALO XAVIER RODAS GARCÉS

“Art. 436. - La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución (...) a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante... 6. - Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión...” (énfasis agregado).

- Constitución de Montecristi-

“Como en ninguna otra parte de la Constitución, en el capítulo correspondiente a los derechos y sus garantías, se refleja la materialización de la Constitución, representada en la adopción del neoconstitucionalismo como ideología de Estado” (énfasis agregado).

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

*- Corte Constitucional -
Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*

“El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha mantenido, como principio y dogma incontrastable, desde la Constitución de 1830 hasta la actualidad, la supremacía de la interpretación legislativa de las normas constitucionales y legales, por sobre la interpretación jurisdiccional como parte de la tradición heredada del derecho romano.

“Al mismo tiempo, nuestros juristas y jueces de todos los niveles han cimentado, sistemáticamente, esta posición muy tradicional en apoyo al positivismo y al neo-romanismo, respecto del rol del juez y del sistema de fuentes formales del Derecho.

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

- Luis Fernando Ávila -

“Uno de los elementos más importantes de la revolución jurídica que propició la Asamblea Constituyente de Montecristi, fue la apuesta por romper con el sistema de fuentes del derecho que ha imperado en nuestro país desde la adopción del Código Civil de don Andrés Bello (...) El sistema de fuentes ha experimentado un giro de 180 grados en el que la ley ha dejado lugar a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos en la cúspide del ordenamiento donde la expresión de la voluntad general comparte espacio normativo secundario con la jurisprudencia que ha pasado a ser fuente directa del derecho” (énfasis agregado).

“La democracia constitucional que plantea la Constitución es un Estado sustancialmente jurisdiccional, donde el rol de los jueces en la legitimación y legitimidad del modelo estatal es primordial. La Corte Constitucional tiene un papel definitivo en la transformación del sistema de fuentes, pues ahora la jurisprudencia, en particular la jurisprudencia constitucional, está llamada a convertirse en la fuente fundamental de resolución de los conflictos sociales del país” (énfasis agregado).

-Juan Montaña-

“La Corte Constitucional -en su calidad de organismo jurisdiccional del más alto nivel, rol e impacto político- está en la obligación de encauzar o reencauzar el desenvolvimiento de todo operador público y privado, según los valores, principios y objetivos plasmados en este nuevo engranaje constitucional (énfasis agregado).

“De ahí que el precedente jurisprudencial adquiere también un valor altamente pedagógico porque es el encargado de establecer las directrices que incumben a todos los elementos del sistema normativo; por eso la jurisprudencia constitucional está en la obligación de ser clara, precisa y didáctica para que su acatamiento sea lo más fácil posible” (énfasis agregado).

-Diego Zambrano Álvarez-

“... Cada vez más la hermenéutica constitucional tiene que ver además del Texto Constitucional, con la jurisprudencia constitucional. Esta nueva dinámica del Derecho Constitucional impone nuevos roles, no sólo para el juez sino también para el abogado y el jurista, quienes deben dejar de ver a la ley como única fuente autorizada del derecho y preocuparse también, y quizá de manera fundamental, por los problemas de la jurisprudencia constitucional” (énfasis agregado).

- Angélica Porras y Johanna Romero -

“Art. 2.- Principios de la justicia constitucional...3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante...” (énfasis agregado).

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

*- Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales
y Control Constitucional-*

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	5
EL PROBLEMA	5
1.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN	5
1.1.1. Antecedentes.....	5
1.1.2. Descripción del objeto de investigación.....	8
1.1.3. Justificación.....	9
1.2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.3. OBJETIVOS.....	11
1.3.1. Objetivo General.....	11
1.3.2. Objetivos Específicos.....	11
1.4. DELIMITACIÓN.....	12
CAPÍTULO II	13
MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO	13
2.1. ENFOQUES DOCTRINARIOS.....	13
2.1.1. ESTADO CONSTITUCIONAL Y NUEVOS PARADIGMAS JURÍDICOS.....	13
2.1.1.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL.....	13
2.1.1.2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	17
2.1.1.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	21
2.1.1.4. LA FUERZA NORMATIVA Y LA EFICACIA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.....	23
2.1.1.5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.....	25
2.1.1.6. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	26
2.1.2. ESTRUCTURA TRADICIONAL DEL SISTEMA DE FUENTES.....	27
2.1.3. ESTADO CONSTITUCIONAL Y FUENTES DEL DERECHO.....	31
2.1.4. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y PRECEDENTE VINCULANTE.....	34
2.1.5. RAZONAMIENTO JUDICIAL.....	42
2.1.6. RAZONAMIENTO ABOGADIL.....	47
2.1.7. ENSEÑANZA DEL DERECHO.....	49
2.1.8. CULTURA JURÍDICA.....	52
2.1.9. VISIÓN COMPARADA.....	54
2.2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	57

CAPÍTULO III.....	59
METODOLOGÍA.....	59
3.1. ENFOQUE METODOLÓGICO.....	59
3.2. HIPÓTESIS.....	61
3.3. UNIVERSO.....	61
3.4. MUESTRA.....	61
3.5. VARIABLES.....	62
3.6. INDICADORES.....	63
3.7. IDENTIFICACIÓN DE FUENTES.....	63
3.8. INSTRUMENTO Y PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	63
3.9. COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	64
CAPÍTULO IV.....	65
ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	65
4.1. BASE DE DATOS.....	65
4.2. ANÁLISIS CUALICUANTITATIVO Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	67
4.2.1. Significatividad de la jurisprudencia constitucional en el razonamiento jurídico de jueces.....	67
4.2.2. Significatividad de la jurisprudencia constitucional en la construcción de argumentos de defensa por parte de los abogados en libre ejercicio.....	68
4.2.3. Significatividad de la jurisprudencia constitucional en las estrategias metodológicas para la enseñanza del Derecho.....	69
4.3. PRUEBA DE HIPÓTESIS.....	70
4.4. COEFICIENTES BETA.....	70
CAPÍTULO V.....	72
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	72
BIBLIOGRAFÍA.....	75
ANEXOS.....	85
Cuadro 1: Operacionalización de las Variables.....	85
Cuadro 2: Conexión Problema-Hipótesis-Objetivos.....	86
Cuadro 3: Indicadores, métodos, técnicas e instrumentos.....	87
Estadísticos Descriptivos.....	88
Cuestionario de encuesta.....	91
GLOSARIO.....	98

INTRODUCCIÓN

La Constitución del 2008 con su fuerza normativa y eficacia directa, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, el neoconstitucionalismo, la constitucionalización de la justicia, así como el rol protagónico de la Corte Constitucional como máximo órgano de control, interpretación y de administración de justicia en materia constitucional, cuyas decisiones a través de dictámenes y sentencias tienen carácter vinculante, transforman inexorablemente el sistema de fuentes, los procedimientos metodológicos y los contenidos esenciales en torno a la interpretación, aplicación, argumentación y la enseñanza del derecho en el Ecuador.

Los nuevos paradigmas jurídicos condicionan, ciertamente, la actuación de los operadores del sistema y de los docentes de derecho. Ya no es posible seguir interpretando, aplicando, argumentando y enseñando el derecho como se lo hacía antes de la Carta Constitucional del 2008. Se ha iniciado, pues, con la Constitución de Montecristi, un proceso de profunda transformación de la cultura jurídica nacional.

La investigación que se presenta, a la luz de las innovaciones constitucionales señaladas, evalúa la incidencia que la producción jurisprudencial en general y los precedentes obligatorios y vinculantes en particular, emanados de la Corte Constitucional, tienen tanto en los procesos decisorios dentro del sistema judicial, como en las estrategias argumentativas de los abogados y en los procedimientos pedagógicos de la enseñanza del derecho.

¿En qué medida las decisiones de carácter vinculante generadas por la Corte Constitucional se aplican en el razonamiento y en la elaboración de las sentencias judiciales, así como en el razonamiento de los abogados y en la orientación metodológica de la enseñanza del

derecho?, constituyó la pregunta central alrededor de la cual se han formulado respuestas en este estudio, cuyo informe final se presenta para su aprobación por parte del Sistema de Posgrado y la Dirección de la Maestría en Derecho Constitucional, Primera Promoción, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

El objeto investigado es la jurisprudencia constitucional, los precedentes obligatorios y vinculantes emanados de la Corte Constitucional del Ecuador y su incidencia en la concepción y práctica del derecho por parte de los operadores jurídicos –jueces y abogados- así como por los docentes de derecho, dentro de los parámetros espacio-temporales que se han definido para este trabajo: la ciudad de Guayaquil y el cuatrienio 2008-2012.

La investigación en torno a la realidad de la recepción de los precedentes constitucionales emanados de la Corte Constitucional, por parte de los operadores del sistema jurídico y por los docentes de Derecho, encuentra justificación en las siguientes consideraciones:

Permite explicar las particularidades del proceso de transformación de la cultura jurídica nacional, en dirección a los postulados que entraña el Estado Constitucional y demás paradigmas relativos al nuevo orden jurídico implantado por la Constitución de Ciudad Alfaro.

Hace posible determinar el grado de influencia institucional que ha adquirido la Corte Constitucional a través del sistema de precedentes obligatorios y vinculantes en el sistema jurídico nacional.

Hace posible evaluar el impacto de la jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional: 1.- en la forma cómo debemos entender y practicar el Derecho; 2.- en la cultura jurídica; 3.- en el quehacer de los operadores jurídicos (jueces y abogados); y, 4.- en la formación del nuevo perfil del profesional del derecho, capaz de operar de acuerdo con las exigencias del renovado marco del sistema jurídico ecuatoriano.

Permite diagnosticar el nivel de compromiso asumido por jueces, abogados y docentes de derecho para cuestionar la concepción y la práctica tradicional del derecho y asumir nuevos retos que exige el sistema de fuentes instaurado por la Nueva Constitución.

La información que recoge evidencias empíricas en torno a la problemática planteada, fue obtenida mediante la aplicación de cuestionarios de encuestas a juezas y jueces de Salas, abogados en libre ejercicio y docentes universitarios de Derecho de la ciudad de Guayaquil, según muestra seleccionada, mediante la técnica del muestreo probabilístico con su variante muestreo aleatorio simple.

La organización y presentación de los datos obtenidos giran en torno a las variables centrales de la investigación y sus respectivos indicadores: jurisprudencia de la Corte Constitucional (variable independiente), y razonamiento jurídico de juezas y jueces, abogadas y abogados en libre ejercicio y enseñanza del Derecho (variable dependiente).

Para el análisis e interpretación de los datos, se utilizó el software estadístico del SPSS versión 21, donde se encontró un coeficiente de confiabilidad del instrumento de 0,81 de un total de 34 elementos intervinientes que midieron las variables de estudio, lo que aseguró su pertinencia y confiabilidad.

De igual manera, la medición de las correlaciones bivariadas permitieron el cálculo del coeficiente de correlación de Pearson para la acreditación de la hipótesis propuesta.

El cálculo del riesgo y sensibilidad del comportamiento de las variables se realizó a través de los coeficientes tipificados beta, los que fueron interpretados a la luz de lo que la literatura señala y también con arreglo a los desarrollos teóricos presentados en este estudio.

El presente informe de investigación sobre la jurisprudencia constitucional y su incidencia o significatividad de su aplicación en las

decisiones judiciales, el ejercicio profesional y la enseñanza del derecho: experiencias y desafíos, está estructurado en cinco capítulos.

El primer capítulo aborda el planteamiento del problema, antecedente, objeto de estudio, justificación, delimitación, preguntas de investigación y objetivos.

El segundo capítulo examina algunos desarrollos teóricos en torno a los principales ejes temáticos que entraña el problema en estudio: Estado constitucional y nuevos paradigmas jurídicos, estructura tradicional del sistema de fuentes, Estado Constitucional y fuentes de Derecho, jurisprudencia constitucional y precedente vinculante, razonamiento judicial, razonamiento abogadil, enseñanza del Derecho, cultura jurídica y visión comparada.

El tercer capítulo describe los engranajes metodológicos de la investigación: universo de estudio, procedimiento de muestreo, variables, indicadores, procedimientos para la recolección y procesamiento de datos y para la comprobación de hipótesis.

El cuarto capítulo presenta el análisis de los resultados obtenidos.

Y finalmente, en el quinto capítulo se formulan conclusiones y recomendaciones.

Se agregan anexos relacionados con la estadística aplicada a la investigación y los instrumentos para la recolección de la información de campo y su procesamiento.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.1. ANTECEDENTES.

La irrupción en el derecho patrio de nuevos paradigmas jurídicos emanados del Texto Fundamental del 2008, comenzando por el modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia que se instituye para el Ecuador, la instauración del neoconstitucionalismo como ideología de ese Estado, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la fuerza normativa de la Constitución y su eficacia directa, la constitucionalización de la justicia, así como el rol protagónico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la obligatoriedad del precedente y su incidencia en el sistema de fuentes del derecho, marcan sin duda, nuevos cauces en el quehacer de los operadores jurídicos, la pedagogía del derecho y la cultura jurídica nacional en su conjunto.

La Constitución de la República determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (Art. 429) y dota de carácter vinculante a sus decisiones (Art. 436.1), enfatizando que las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables (Art. 440).

Las atribuciones que le fija la Constitución a la Corte Constitucional son: ser la máxima instancia de interpretación del Texto Fundamental y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano; conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado; declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas; conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos

administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública; conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento; expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión; dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución; efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales; conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales; y, declarar la inconstitucionalidad por omisión en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas (Art. 436).

Además, la Corte es competente para conocer y resolver sobre acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia (Art. 437), así como también para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de tratados internacionales previo a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional, convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados, y objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes (Art. 438).

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional puntualiza que los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, pero podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia (Art. 2.3); y, únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el Art. 436 de la Constitución, la Corte Constitucional producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante (Art. 187).

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

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

La realidad normativa superior modifica radicalmente el tradicional sistema de fuentes del derecho que se ha aplicado en el sistema jurídico ecuatoriano cuya centralidad ha sido la ley, para posicionar a la jurisprudencia constitucional y dentro de este género, a los precedentes constitucionales, emanados de la Corte Constitucional, como fuente de forzosa e inexorable observancia en la interpretación y aplicación del derecho por parte de todos los operadores jurídicos, judiciales, administrativos y en general de todos los órganos del poder público.

Pero también el nuevo diseño jurídico institucional de control, interpretación y justicia en materia constitucional que instituye la Constitución de la República, orientado a consolidar el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, alienta la necesidad de implementar renovadas metodologías para el ejercicio y la enseñanza del derecho, por parte de abogados y docentes, respectivamente.

La práctica judicial se ha caracterizado tradicionalmente por un razonamiento centrado en un silogismo lógico o de subsunción donde la ley es la premisa mayor; el hecho probado, la premisa menor y el enlace, que da lugar a una conclusión deductiva ("solución jurídica"), constituye la aplicación del Derecho. La práctica profesional del derecho ha sido ejercida bajo el paradigma del legalismo crónico que considera a la legislación como única fuente del derecho. La enseñanza del derecho ha sido tradicionalmente cumplida a la luz del paradigma positivista y formalista, con primacía de la legislación y privilegiando la interpretación literal y exegética del derecho.

A partir del análisis de algunos casos concretos de construcción de doctrina jurisprudencial y de precedentes vinculantes elaborados por la Corte Constitucional del Ecuador durante el período 2008-2012, es necesario evaluar cómo la jurisprudencia constitucional va modelando una nueva cultura jurídica a través de la actuación de jueces, abogados y docentes, en dirección a la consolidación de los postulados que informan, sustentan y presiden el nuevo orden jurídico e institucional surgido de la Constitución de Montecristi.

1.1.2. DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN.

El objeto de la presente investigación es la jurisprudencia constitucional, los precedentes obligatorios y vinculantes emanados de la Corte Constitucional del Ecuador y su incidencia en la concepción y práctica del derecho por parte de los operadores jurídicos –jueces y abogados- así como por los docentes de derecho, dentro de los parámetros espacio-temporales que se han definido para este trabajo: la ciudad de Guayaquil y el cuatrienio 2008-2012.

Han sido seleccionados algunos dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional, proferidos con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el Art. 436 de la Constitución, que contienen precedentes obligatorios y vinculantes y que por lo mismo, han trazado líneas orientadoras para la interpretación y aplicación del derecho en el Ecuador.

1.1.3. JUSTIFICACIÓN.

La investigación en torno a la realidad de la recepción de los precedentes constitucionales emanados de la Corte Constitucional, por parte de los operadores del sistema jurídico y por los docentes de Derecho, encuentra justificación en las siguientes consideraciones:

- Permite explicar hasta qué punto se va transformando la cultura jurídica nacional en dirección a los postulados que entraña el Estado Constitucional y demás paradigmas relativos al nuevo orden jurídico implantado por la Constitución de Ciudad Alfaró.
- Hace posible determinar el grado de influencia institucional que ha adquirido la Corte Constitucional a través del sistema de precedentes obligatorios y vinculantes en el sistema jurídico nacional.
- Permite diagnosticar el nivel de compromiso asumido por jueces, abogados y docentes de derecho para cuestionar la concepción y la práctica tradicional del derecho y asumir nuevos retos que exige el sistema.
- Hace posible evaluar el impacto de la jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional: 1.- en la forma cómo debemos entender y practicar el Derecho; 2.- en la cultura jurídica; 3.- en el quehacer de los operadores jurídicos (jueces y abogados); y, 4.- en la formación del nuevo perfil del profesional del derecho, capaz de operar de acuerdo con las exigencias del renovado marco del sistema jurídico ecuatoriano.

Su estudio es pertinente y se justifica desde las siguientes perspectivas:

- Desde lo social, por el impacto que el problema tiene en la construcción de la nueva cultura jurídica que subyace en los postulados del Estado Constitucional de Derechos y Justicia instituido por la Constitución.

- Desde lo político, por las derivaciones del problema en la consolidación de la nueva institucionalidad diseñada por la Constitución, el modelo de Estado que establece, el rol protagónico de la Corte Constitucional y la constitucionalización del sistema de justicia.

- Desde lo jurídico, por cuanto la constitucionalización del ordenamiento jurídico en su conjunto y la constitucionalización de la justicia, que plantea el nuevo modelo de Estado, guardan estrecha vinculación con el sistema de fuentes e incide en la forma cómo debemos entender y practicar el derecho, en la más amplia perspectiva de transformación de la cultura jurídica tradicional del Ecuador.

- Desde lo pedagógico, porque la enseñanza del Derecho, en el contexto del nuevo modelo jurídico político, exige mirar hacia el sistema de fuentes que instituye el Texto Fundamental, haciendo que gane terreno la jurisprudencia constitucional en los procesos de interpretación y aplicación del derecho.

- Desde lo profesional, porque la problemática plantea retos al ejercicio profesional del Abogado que debe operar bajo los nuevos paradigmas establecidos por la Constitución del 2008.

- Desde lo institucional, porque la investigación contribuirá a crear un marco conceptual, de diagnóstico, análisis y formulación de propuestas respecto de la problemática en estudio.

1.2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.

Frente a la problemática en estudio se plantea la siguiente pregunta central:

¿En qué medida incide la jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional en las decisiones judiciales, el razonamiento de los operadores jurídicos y la enseñanza del derecho?

De esta pregunta, desagregarse las siguientes variables e indicadores:

VARIABLE INDEPENDIENTE: Jurisprudencia de la Corte Constitucional (causa).

INDICADORES:

- jurisprudencia constitucional;
- *ratio decidendi*;
- precedente constitucional obligatorio y vinculante;

VARIABLE DEPENDIENTE: Razonamiento jurídico de jueces y abogados; y, enseñanza del derecho (efectos).

INDICADORES:

- argumentación judicial;
- argumentación forense;
- estrategias metodológicas de enseñanza del derecho.

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. OBJETIVO GENERAL.

Valorar el impacto de la jurisprudencia constitucional y del precedente vinculante en las decisiones judiciales, el razonamiento de los abogados en libre ejercicio y la enseñanza del Derecho en la ciudad de Guayaquil durante el período 2008-2012.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Determinar hasta qué punto influye la jurisprudencia constitucional en el razonamiento jurídico de jueces y abogados.
- Examinar hasta qué punto influye la jurisprudencia constitucional en la selección de contenidos curriculares para la enseñanza del Derecho.
- Evaluar el nivel de recepción de los precedentes constitucionales por parte de los operadores del sistema y por los docentes de Derecho.

1.4. DELIMITACIÓN.

La delimitación de la investigación propuesta queda formulada en los siguientes términos:

CAMPO:

Derecho Constitucional.

ÁREA:

Sistema de Fuentes y Jurisprudencia Constitucional.

ASPECTO:

Sistema de precedentes obligatorios y vinculantes

TEMA:

La jurisprudencia constitucional y su incidencia en las decisiones judiciales, el ejercicio profesional y la enseñanza del derecho: experiencias y desafíos.

PROBLEMA: ¿En qué medida incide la jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional en las decisiones judiciales, el razonamiento de los operadores jurídicos y la enseñanza del derecho?

DELIMITACIÓN ESPACIAL: Guayaquil, Salas de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Abogados en libre ejercicio y Facultades de Jurisprudencia de las Universidades de Guayaquil y Católica de Santiago de Guayaquil.

DELIMITACIÓN TEMPORAL: la investigación comprende el período de producción jurisprudencial de la Corte Constitucional de los años 2008 a 2012 y su impacto en las decisiones judiciales, el ejercicio profesional y la enseñanza del derecho en ese período, que fue el tiempo durante el cual se hizo el levantamiento de la data para la presentación de resultados a describirse en el siguiente acápite posterior al análisis de las referencias teóricas.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO

2.1. ENFOQUES DOCTRINARIOS.

La investigación en torno a la incidencia de la jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes emanados de la Corte Constitucional, en las decisiones de los jueces, el ejercicio profesional y la enseñanza del Derecho, se inserta en el contexto de un posicionamiento teórico enriquecido por enfoques conceptuales y categorías propias de la Teoría del Derecho y del Derecho Constitucional, que abordan el tema del sistema de fuentes en el Estado Constitucional, así como el rol protagónico de la jurisprudencia y del precedente constitucional.

La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el razonamiento jurídico de jueces y abogados y en el enfoque metodológico de la enseñanza del Derecho, es el aspecto central alrededor del cual gira el conjunto de elaboraciones teóricas y reflexiones académicas que orientan la presente investigación, a la luz de los nuevos paradigmas constitucionales generados a partir de la Constitución de 2008.

2.1.1. ESTADO CONSTITUCIONAL Y NUEVOS PARADIGMAS JURÍDICOS.

2.1.1.1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Según *Antonio M. Peña* (1997:59) podemos definir inicialmente al Estado Constitucional de Derecho como modelo jurídico-político a partir de tres factores relevantes: 1.- la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales; 2.- la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos; 3.- la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute y a la efectividad de los derechos. El paso del Estado legislativo

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

Peter Häberle (2009:641) sostiene como elementos constitutivos del Estado constitucional, antes que nada, a los derechos de igualdad y de libertad que se derivan de la dignidad de la persona: garantizan la apertura del ordenamiento y del proceso político desde el ciudadano.

Luis Prieto Sanchís (2013:21) señala como rasgos singulares del Estado constitucional de Derecho y como novedades que aporta este modelo: 1.- el reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución; 2.- la rematerialización constitucional; 3.- la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución; 4.- la rigidez constitucional.

Para *Andrés Gil Domínguez (2009:18)*, en el modelo de Estado constitucional de derecho se propone un paradigma distinto al del Estado liberal del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, a partir de la reafirmación –mediante la Constitución- del principio de la soberanía popular y la eliminación del principio de la soberanía del Estado, expandiendo su esfera hacia los derechos económicos, sociales y culturales, como así también hacia los derechos colectivos.

En este paradigma –sostiene Gil Domínguez- la Constitución se concibe como un mecanismo dirigido a la protección de los derechos y también se proyecta como una gran norma directiva que compromete solidariamente a todos en la obra dinámica de la eficaz realización de los objetivos constitucionales.

Para *Ramiro Ávila Santamaría (2009:405)*, el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia instituido por la Constitución

ecuatoriana, permite visualizar las innovaciones en dos áreas. La Teoría del Derecho y el modelo político de Estado.

El Estado constitucional, puntualiza el citado jurista, nos ayuda a responder quién es la autoridad, cómo se hacen las normas y qué contenido deben tener éstas. El Estado de derechos nos da luces para responder dónde encontramos las normas y para qué se las expide. El Estado de justicia nos resuelve el problema del por qué el Estado.

Santiago Andrade Ubidia (2009:240), al referirse a la caracterización del Estado constitucional de derechos y justicia que consagra la Constitución del Ecuador, señala: 1.- que se ha transitado del principio de legalidad al de constitucionalidad; 2.- que ha concluido el monopolio del sistema jurídico de ley escrita estructurado bajo el modelo continental, y que junto a este sistema existen otros que tienen igual reconocimiento y validez; 3.- que el Estado se organiza y funciona a fin de realizar la justicia social, que en definitiva es la justicia para todas y todos; y, 4.- que se debe garantizar en todo momento la vigencia de los derechos humanos: esto último constituye el eje central del actuar íntegro del Estado.

La Corte Constitucional del Ecuador sistematiza los siguientes rasgos característicos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia que proclama el Art. 1 de la Constitución de Montecristi: a) la existencia de una Constitución no modificable por medio de la ley; b) el carácter normativo y la fuerza vinculante de toda la Constitución; c) el control judicial de la constitucionalidad, a través de la existencia de garantías jurisdiccionales que permiten vigilar la conformidad de las normas infra constitucionales respecto de la Constitución; d) la directa aplicación de la Constitución para resolver todos los conflictos jurídicos que se presentan en la sociedad; y, e) la facultad de interpretar todo el ordenamiento, a la luz de la Constitución, a través de un órgano especializado del poder público denominado Tribunal o Corte Constitucional"¹.

¹ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, pág. 14.

Para la Corte, tres *efectos esenciales* entraña el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia: 1.- El reconocimiento de la Constitución como norma vinculante, valores, principios y reglas constitucionales; 2.- El tránsito de un juez mecánico aplicador de reglas a un juez garante de la democracia constitucional y de los contenidos axiológicos previstos en la Constitución; 3.- La existencia de garantías jurisdiccionales vinculantes, adecuadas y eficaces para la protección de todos los derechos constitucionales².

El Estado Constitucional supone *“la aproximación máxima a la que ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental, esto es, el ejercicio de los derechos que se imponen a la voluntad de quienes tienen el poder”*, ha dicho con especial énfasis la Corte Constitucional del Ecuador³.

En resumen, son elementos básicos del Estado Constitucional de Derecho: la supremacía de la Constitución o reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; el funcionamiento de una justicia especializada para los conflictos de orden constitucional; y, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho. La Constitución deja de ser un programa político y se convierte en una norma jurídica, de aplicación directa e inmediata y de favorabilidad de la efectiva vigencia de los derechos y sus garantías.

Los derechos son enfocados como sinónimo de pluralismo jurídico y centralidad del ordenamiento jurídico y del sistema de justicia. Se opera el tránsito del principio de legalidad al principio de constitucionalidad; del monopolio jurídico al pluralismo jurídico. El Estado se organiza y funciona para la realización de los derechos humanos: el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El rol del juez es el de creador de derecho y garante de los

² Corte Constitucional de Transición: *Sentencia de jurisprudencia vinculante No. 001-10-PJO-CC.*, R.O. No. 351-S- de 29-diciembre-2010, pág. 4.

³ *Ibidem*.

derechos. La justicia es la plasmación en la práctica de los derechos fundamentales.

2.1.1.2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

Para *Miguel Carbonell* (2010:161) hay al menos tres distintos niveles de análisis en torno al neoconstitucionalismo:

1.- El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además estas constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos;

2.- La práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etc.

Los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con "valores" que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales;

3.- Los desarrollos teóricos novedosos que parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial marcadamente activista, pero también aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no sólo a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo. Son importantes los desarrollos teóricos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y Luigi Ferrajoli, entre otros.

Según *Luis Prieto Sanchís*, citado por Carlos Bernal Pulido(2007:289), el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa simultánea de las siguientes tesis afines a la Constitución y a su interpretación: 1.- la Constitución es material; 2.- la Constitución es garantizada; 3.- la Constitución es omnipresente; 4.- la Constitución establece una regulación principialista; 5.- la Constitución se aplica mediante la ponderación; 6.- existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación.

Luis Prieto Sanchís (2013:29) analiza al neoconstitucionalismo en tres dimensiones: 1.- como filosofía política o doctrina del Estado justo; 2.- como una profunda renovación de la teoría del derecho positivista; y, 3.- como una propuesta de posible conexión entre derecho y moral.

Bernal Pulido (2008:29) precisa el núcleo de aquello que se presenta como neoconstitucionalismo en esta triple caracterización: 1.- que los derechos fundamentales de la Constitución son principios; 2.- que se aplican judicialmente; y, 3.- mediante la ponderación.

Para *Paolo Comanducci* (2009:75) el neoconstitucionalismo es el modelo constitucional que recoge un conjunto de mecanismos normativos e institucionales integrados en un sistema jurídico político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y protegen los derechos fundamentales. Es concebido como Teoría del

Derecho, como Ideología del Derecho y como Método de Análisis del Derecho.

Como TEORÍA DEL DERECHO, preconiza un modelo de sistema jurídico caracterizado por una Constitución invasora (constitucionalización del derecho), la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la Ley. Representa una alternativa respecto a la teoría iuspositivista tradicional basada en el legiscentrismo y el formalismo interpretativo. Destaca la fuerza normativa de la Constitución.

Los rasgos sobresalientes del neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho son: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y coexistencia de una constelación plural de valores.

Como IDEOLOGÍA, el neoconstitucionalismo pone en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, a diferencia de la ideología del constitucionalismo clásico que perseguía como objetivo la limitación del poder estatal. Subraya la importancia de los mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales exigiendo que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente encaminados a concretar, actuar y garantizar los derechos fundamentales previstos en la Constitución.

Como METODOLOGÍA sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y justificativa entre derecho y moral. Considera los principios constitucionales como puente entre el derecho y la moral. Cualquier decisión jurídica y en particular la decisión judicial, está justificada si se deriva, en última instancia, de una norma moral.

Andrés Gil Domínguez (2009:10) construye su visión sobre el neoconstitucionalismo como teoría, dogmática, ideología y estilo de vida, al tiempo que presenta una serie de elementos estructurales que lo configuran como paradigma que explican su funcionamiento. Lo define como cierto modelo de Estado de Derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política.

Para Gil Domínguez, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediamente la última palabra se encomienda a los jueces.

Con la Constitución del 2008, que declara al Ecuador como Estado Constitucional de derechos y Justicia, se opera, según criterio de la Corte Constitucional, un tránsito institucional que ubica al país dentro del *"paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano"*, implicando *"toda una revolución conceptual y doctrinaria"*. El Estado Constitucional de Derechos implica –para esta misma tesis– *"una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia"*.

En resumen, el nuevo paradigma implica una nueva legitimidad sustantiva y procesal que no coincide sólo con la legitimidad legal o racional propuesta y desarrollada por Max Weber. De ese nuevo paradigma, es elemento sustancial, la mayor independencia de los derechos con respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Esta es la única manera de hacer prevalecer la justicia, postulado que debe regir en el orden normativo interno y también en el ámbito internacional.

Para la Corte Constitucional, una de las principales, sino la principal innovación del nuevo paradigma constitucional ecuatoriano, es la novedosa constitucionalización de los derechos fundamentales. En efecto, como ninguna otra parte de la Constitución, en el capítulo correspondiente a los derechos y sus garantías, se refleja la materialización de la Constitución, representada en *"la adopción del neoconstitucionalismo como ideología de Estado"*⁴.

En general, son notas características del neoconstitucionalismo: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes; la Constitución es una norma que está presente en todo tipo de conflictos y no sólo en los de naturaleza política que se entablan entre los órganos supremos del Estado; efecto impregnación o irradiación del texto constitucional; todo deviene derecho constitucional; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; coexistencia de una constelación plural de valores.

La teoría de las fuentes ya no gira en torno al riguroso legalismo. La ley deja de ser la fuente suprema de producción jurídica y el referente supremo para la solución de los casos y el parlamento el único sujeto competente para pronunciar la última palabra en todos los casos. La teoría de la norma ofrece nuevas tipologías. La teoría del sistema u ordenamiento postula el replanteamiento de los problemas de plenitud y coherencia. La teoría de la interpretación plantea exigencias de justificación o argumentación nuevas.

2.1.1.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Según R. Guastini (2010:155) la expresión "constitucionalización del ordenamiento jurídico" puede ser empleada con, al menos, tres sentidos: 1.- introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que anteriormente estaba desprovisto de cualquier Constitución; 2.-

⁴ *Íbidem*, pág. 15.

proceso histórico cultural que transforma en relación jurídica la relación existente entre los detentadores del poder político y quienes son sujetos de tal poder; 3.- proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" de las normas constitucionales.

Para *Guastini*, las principales condiciones de constitucionalización son: 1.- La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2.- La garantía jurisdiccional de la Constitución; 3.- La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas "programáticas" sino "preceptivas"); 4.- La "sobreinterpretación" de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5.- La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 6.- La interpretación adecuadora de las leyes.

La Ley Fundamental resulta extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales. Son características de este fenómeno: la rigidez y la garantía jurisdiccionales de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobreinterpretación constitucional, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

El constitucionalismo fuerte es caracterizado por *Luis Prieto Sanchís* (2005:674) a través de cuatro rasgos básicos:

1.- la Constitución es considerada como norma jurídica y no un catecismo moral o político, que vincula a sus destinatarios; 2.- además de norma formal o procedimental, la Constitución incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices, etc., esto es, que la Constitución no sólo establece quién manda y cómo se manda, sino que pretende condicionar también en una amplia medida qué puede o debe mandarse; 3.- la tutela de las normas constitucionales y, en particular, de los derechos

corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria; y, 4.- la Constitución habla de demasiadas cosas, lo hace en ocasiones con poca imprecisión, se dirige a todos y no solo a las instituciones.

2.1.1.4. LA FUERZA NORMATIVA Y LA EFICACIA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.

La fuerza normativa de la Constitución, en criterio de *Andrés Gil Domínguez* (2009:20), se proyecta al ordenamiento secundario (civil, comercial, penal, laboral, administrativo), de forma tal que este último sólo será válido en la medida que cumpla con los requisitos formales y constitucionales, por lo que en un Estado Constitucional de derecho no puede hablarse, por ejemplo, de un derecho de familia sino de un derecho constitucional de familia, ni de un derecho administrativo sino de un derecho constitucional administrativo, y así sucesivamente, con todos los ordenamientos secundarios.

Signo distintivo del neoconstitucionalismo es la eficacia normativa y aplicación directa de la Constitución, pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional.

En el neoconstitucionalismo, la Constitución tiene verdadero carácter de norma, por lo que su aplicación directa por parte de legisladores, jueces y administradores, es obligatoria. La eficacia directa significa que todos los llamados a aplicar el derecho deberán tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión. La Constitución no sólo es norma sobre las normas sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción sino también fuente de derecho sin más.

La Constitución será directamente aplicable por cualquier servidor público, jueces y tribunales sin necesidad de ningún procedimiento previo de recepción por otra fuente del Derecho, y puede ser directamente invocada o alegada por cualquier persona, sin necesidad de hacerla

acompañar de precepto legal alguno. Los derechos que la Constitución reconoce son inmediatamente operativos, aun cuando el legislador no haya procedido a regularlos⁵.

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

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

La consecuencia práctica de la adopción de este modelo constitucional es que todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta

⁵ El Art. 424 de la Constitución de la República establece que: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia”.*

Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional"⁶.

Congruente con ese desarrollo doctrinal, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido, como precedente vinculante, que *"la Constitución de la República del Ecuador, para su validez y eficacia, no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno. Sus disposiciones disfrutan de eficacia directa e inmediata"*⁷.

2.1.1.5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA.

Luis Fernando Ávila (2009:271) considera que *"el Estado constitucional de derechos y justicia abre en el Ecuador un espacio para la pluralidad de sistemas jurídicos, estatales y no estatales, y al reconocimiento sustancial de los derechos, por tanto, a la constitucionalización de la administración de justicia y, a través de ella, a la ampliación de las potencialidades democratizadoras de la sociedad ecuatoriana"*, y hace notar que *"el énfasis en la justicia posiciona a los jueces como garantes de los derechos frente a la decisión prioritaria de conflictos socialmente relevantes y en la materialización de los derechos en los casos concretos, y permite fundamentar la reforma judicial y las políticas judiciales sobre la base de un acceso a la justicia sustancial"*; puntualiza que la constitucionalización de la administración de justicia *"supera la formalidad"* y apunta hacia la *"creación de una nueva institucionalidad judicial al servicio de la gente que asegure el acceso sustancial a la justicia: la constitucionalización material"*.

El Estado Constitucional instituido por el Texto Fundamental del Ecuador, a criterio de Santiago Andrade Ubidia (2009:240) precisa de un nuevo papel para el juez como garantista de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre la materia.

⁶ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479, suplemento, 2-XII-2008, pág. 14.

⁷ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479, suplemento, 2-XII-2008, Decisión 1, pág. 18.

En el Estado Legalista, la función judicial se limita a una tarea exclusivamente aplicativa de la ley; el derecho una vez creado por el legislador, debe ser aplicado de un modo mecánico por el juez (subsunción). En el Estado Constitucional, en cambio, los jueces asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho; las prácticas de los tribunales y los principios y reglas no son una operación de subsunción lógica, sino un proceso de interpretación y argumentación racional de las decisiones sobre la base del sentido común, de los valores, del balance de los intereses políticos y de la idea de justicia imperante en la sociedad.

Así, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia implica la superación del Estado legalista o de legalidad. La Constitución deja de ser un mero programa político y se convierte en una verdadera norma, no cualquier norma sino en la "norma suprema" del ordenamiento y a partir de allí, disciplina a todos los poderes públicos y a los particulares. La práctica judicial deja de ser una operación de subsunción lógica para convertirse en una operación de argumentación y de interpretación. Se establecen garantías reales de los derechos de las personas a través de un sistema de justicia eficaz, independiente, especializada. Los jueces asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho.

La Constitución de 2008 al definir al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y de justicia y consagrar como deber primordial del Estado garantizar, sin discriminación, el efectivo goce de los derechos humanos, ha constitucionalizado a la administración de justicia y a la justicia, y ha trazado un nuevo diseño del sistema judicial, donde los jueces son creadores de derecho y garantes de los derechos a través de una justicia restaurativa y distributiva.

2.1.1.6. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

La jurisprudencia constitucional es fuente directa y formal del derecho. La exigencia de respetar la jurisprudencia constitucional es global para todo el sistema jurídico; genera un efecto irradiación respecto a las demás materias. El máximo órgano de control, interpretación y de

administración de justicia en materia constitucional produce precedentes obligatorios y vinculantes.

A este respecto, *Juan Montaña* (2012:36) puntualiza que la Corte Constitucional tiene un papel definitivo en la transformación del sistema de fuentes, en razón de que la jurisprudencia constitucional está llamada a convertirse en la fuente fundamental de la resolución de los conflictos sociales del país.

La Corte Constitucional del Ecuador ha enfatizado que *“todos los funcionarios públicos, incluidos los jueces y los propios particulares, deberán respetar la Constitución y desarrollar sus funciones de conformidad con lo que dice el texto de la Carta Fundamental y las sentencias del órgano encargado de ejercer la justicia constitucional”*⁸.

Sin embargo, *J. Montaña* (2012:39) pone de manifiesto algunas dificultades para convertir los fallos de los jueces constitucionales en fuente directa del derecho: las sentencias no consiguen resumir y sintetizar los hechos adecuadamente; no existen criterios claros y homogéneos para el manejo del precedente horizontal; no hay un lenguaje técnico normalizado de cada una de las acciones; no existe doctrina judicial propia para identificar el pensamiento y el enfoque doctrinario que ha desarrollado la Corte; las sentencias abusan de citas doctrinarias extranjeras; existen fallas de argumentación; no hay cadena de argumentos deductivos ni esfuerzos suficientes para indicar las razones de las decisiones; subsisten problemas de registro de las sentencias que hacen muy difícil encontrarlas y utilizarlas.

2.1.2. ESTRUCTURA TRADICIONAL DEL SISTEMA DE FUENTES.

El problema de las fuentes del derecho tradicionalmente es abordado, como nos recuerda *Rubén Ortega* (2008:81) desde dos perspectivas: fuentes materiales y fuentes formales. Las primeras,

⁸ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, pág. 14.

constituidas por esos factores que son la razón de ser para que se norme en un sentido y no en otro: riqueza del lugar, la idiosincrasia de sus gentes, los antecedentes históricos y tradicionales de la comunidad, el grado de desarrollo que haya alcanzado la técnica, la cultura, la ciencia, etc. Las fuentes formales son en cambio, los medios objetivos de expresión que permiten surgir al derecho para su aplicación, en un tiempo y en un espacio determinados. Formalmente se identifican cuatro fuentes del derecho: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Bajo el rótulo de "fuentes del derecho", dice el profesor *Carlos Santiago Nino* (2003:148) se comprende el estudio de las distintas formas de creación de normas jurídicas, que las identifica bajo dos modalidades: la una, deliberada; y, la otra, espontánea.

La forma deliberada alude a la sanción de ciertas reglas por medio de actos ejecutados por órganos competentes con la intención de establecerlas; la legislación –señala Nino- es el arquetipo de esta forma consciente de creación de derecho; aquí se comprenden las leyes, en sentido estricto, como también las normas dictadas mediante decretos del poder ejecutivo, las ordenanzas municipales, las resoluciones ministeriales, etc.

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

Joseph Aguiló (2008:39), por su parte, distingue entre fuentes formales y fuentes materiales del derecho: las primeras aluden a un problema interno al orden jurídico, toman en consideración los factores jurídicos, esto es, los factores suministrados por el propio orden jurídico de los que depende la creación de normas jurídicas; las fuentes materiales se

refieren a los factores extrajurídicos que inciden sobre la creación de las normas jurídicas.

Norberto Bobbio (2012:160) partiendo de la definición de fuentes del derecho como aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas, postula dos tipos de fuentes: originarias y derivadas. Son fuentes originarias del derecho aquellas más allá de las cuales no existe otro poder sobre el que se pueda justificar el ordenamiento jurídico y fundamentan la unidad del ordenamiento; es la fuente de las fuentes. Son fuentes derivadas del derecho las que implican la producción normativa por parte de poderes y órganos inferiores.

Luis Prieto Sanchís (2009:151), en el análisis de las fuentes del derecho, nos recuerda que el Derecho es un producto que tiene su origen en la voluntad de los hombres y, por tanto, sólo éstos son "fuente" del Derecho, y que éste es un producto social cuya fuente no está fuera de la sociedad, sino dentro de ella, en la práctica real de los componentes. Por otro lado, en la consideración de fuentes como actos de regulación de la producción normativa, identifica las fuentes-acto y las fuentes de hecho, escritas y no escritas, legales y extralegales.

Como lo remarca *Juan Montaña* (2012:91), el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde sus orígenes, fue influenciado por el paradigma del "legicentrismo", de inspiración francesa, al amparo de dos conceptos jurídicos básicos: el Estado de derecho y la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos.

Todo ha girado alrededor de la ley como acto supremo e irresistible al que no se le opone un derecho más fuerte, cualquiera sea su forma o fundamento y la fuente principal de producción del derecho ha sido el parlamento, a través del procedimiento legislativo parlamentario, y la ley, como encarnación paradigmática de la voluntad general, ha sido la manifestación de la normativa por antonomasia.

La Constitución ecuatoriana del 2008 cambia esta tradición y plantea como aspectos esenciales del nuevo sistema de fuentes, al decir de *J. Montaña* (2012:127): el reconocimiento del carácter normativo y prevalente de la Constitución, el mantenimiento de la ley como forma principal de expresión normativa, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho, la modificación de la posición y del valor del derecho internacional en el sistema de fuentes, y la superación de la tradicional identidad derecho-derecho estatal por medio del reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas como fuente del derecho en los territorios indígenas.

El posicionamiento teórico plasmado por la Constitución ecuatoriana –acotan *Angélica Porras* y *Johanna Romero* (2012:41), ha sido precisamente el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho, particularmente mediante la justicia constitucional, ello cuanto a la Carta Fundamental cataloga a las decisiones del órgano constitucional con carácter vinculante.

Roberto Bhrunis (2010:30) afirma que la columna fundamental del derecho constitucional, depositada por el constituyente de Montecristi, es la interpretación de la Constitución entregada a los jueces, circunstancia que de forma material pone de relieve la supremacía de su contenido, en las relaciones entre las personas y de éstas con el Estado, porque la nueva institucionalidad del Estado tiene como fin el debatir el desarrollo y los límites a ser determinados por la justicia constitucional, a través de las sentencias y dictámenes constitucionales.

Como señala el Tribunal Constitucional alemán, invocado por *Jürgen Habermas* (2008:317) “*el derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un plus en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese plus y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional*”.

2.1.3. ESTADO CONSTITUCIONAL Y FUENTES DEL DERECHO.

En el Estado Constitucional se ha operado –según *Antonio Enrique Pérez Luño* (2011:75)- un triple desplazamiento en materia de fuentes del Derecho:

1) El *desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución*: en el Estado liberal de derecho, la ley aparece como la fuente jurídica suprema, las demás fuentes normativas son subalternas o subsidiarias; la ley supone el cauce principal y normal de expresión de la voluntad normativa del Estado, de un Estado que consideraba un atributo básico de su soberanía el monopolio del sistema de fuentes jurídicas; en el Estado Constitucional, la primacía de la ley cede su puesto a la primacía de la Constitución que como cúspide de la pirámide jurídica y norma máxima del ordenamiento jurídico, garantiza la conformidad a su contenido de todas las normas restantes y la consiguiente nulidad de las que la contradicen;

2) El *desplazamiento desde la reserva de la ley a la reserva de la Constitución*: el principio de reserva de ley suponía atribuir exclusivamente al parlamento la definición, a través de normas generales y abstractas, de los aspectos básicos del status jurídico de los ciudadanos (derechos y libertades fundamentales, responsabilidad criminal, prestaciones personales y patrimoniales...); la reserva de ley entrañaba una doble garantía: de una parte, las materias jurídicas más importantes no serían reguladas por normas de rango inferior a la ley, pero al mismo tiempo una consciente autolimitación del legislador, puesto que éste reservaría la ley a lo esencial, sin recurrir a ella más allá de lo necesario; la reserva de Constitución implica que existen ámbitos en los que el Texto Fundamental atribuye al parlamento alguna función constituyente para el desarrollo de cuestiones constitucionales básicas, como el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales, a través de leyes orgánicas, por ejemplo, que materialmente se integran al bloque de la Constitución, al implicar el desarrollo de algunos de sus aspectos nucleares; y,

3) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad: no sólo la legalidad de las actuaciones del poder público se pone bajo el control de los jueces (jurisdicción contencioso administrativa), sino que surge una jurisdicción especializada para el control judicial de la Constitución, especialmente de los derechos en ella consagrados (jurisdicción de la libertad) y el control de las actuaciones del poder público contrarias a la Constitución (jurisdicción orgánica o control de constitucionalidad).

La Constitución, dentro del modelo neoconstitucionalista –sostiene Luis Castillo Córdova (2008:177)- deja de concebirse como mera realidad retórica para pasar a formularse como una realidad normativa y, por tanto, efectivamente vinculante a sus destinatarios: el poder político y los particulares. Es una norma jurídica fundamental abierta a valores, a fin de mantener la unidad en la producción de las distintas fuentes normativas. Los contenidos de la Constitución –en particular los derechos fundamentales- se expanden y transmiten hacia el entero ordenamiento jurídico, es decir, tienen fuerza de irradiación. La Constitución proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia.

La Constitución en el Estado Constitucional ha de ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en los casos concretos. Esta labor de concreción y determinación –al decir de L. Castillo C. (2008:180)- se lleva a cabo necesariamente a través de un proceso interpretativo de las normas constitucionales, en particular de las que reconocen derechos fundamentales, por parte del decisivo intérprete y protector de la Constitución, el órgano que tiene la interpretación última a la que se le otorga carácter vinculante en función de la certeza, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico.

Por su parte, Pedro Grández Castro (2010:17-18) postula la estrecha relación entre el modelo de Estado Constitucional, la relevancia que adquiere en este contexto la actividad judicial en la adjudicación de los derechos y la urgencia de asumir en serio una teoría exigente de

argumentación jurídica como estrategia de legitimación de los poderes públicos y, de manera especial, del poder de los jueces, puesto que el derecho en un sistema jurídico constitucionalizado no puede ser comprendido desde una concepción positivista ortodoxa, se plantean nuevos desafíos en torno a las nociones básicas del derecho como orden jurídico, las fuentes, la interpretación, la validez jurídica, entre otros.

Manuel Atienza (2006:15) remarca en la dimensión argumentativa del Derecho y puntualiza cinco factores que determinan la centralidad de la argumentación jurídica en el quehacer de los operadores jurídicos y en general en la cultura jurídica: 1.- el *factor teórico*, expresado en la necesidad de construir una concepción del derecho con énfasis en la argumentación; 2.- el *factor práctico*, puesto que la aplicación del derecho, en particular, en el Estado Constitucional, es esencialmente argumentativo; 3.- el *sistema jurídico*, diferente en el Estado legislativo con relación al Estado constitucional que exige mayores y mejores niveles de justificación de las decisiones de los órganos del poder público; 4.- el *factor pedagógico*, que demanda una enseñanza del derecho mayormente metodológica y argumentativa; y, 5.- el *factor político*, que se refiere al modelo democrático-deliberativo de sociedad, que reclama un incremento cuantitativo y cualitativo de la argumentación, el diálogo y la deliberación colectiva, como medios de legitimación democrática.

“La Ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta”, nos señala con especial lucidez *Gustavo Zagrebelsky (2009:35)*.

Luis Prieto Sanchís (2013:36) apunta que la teoría de las fuentes del positivismo fue rotundamente legalista y esta imagen parece hoy insostenible por la sencilla razón de que, en el marco del constitucionalismo, la ley ha dejado de ser la fuente suprema del derecho. Es casi una obviedad –acota- pero si el positivismo acertaba al ser legalista, el neoconstitucionalismo acierta al mostrarse precisamente constitucionalista.

La Corte Constitucional ha sido muy enfática al señalar que el nuevo paradigma del Estado Constitucional de derechos y justicia, en que el Ecuador se encuentra inserto a partir del 20 de octubre de 2008, “presupone una decodificación y reconstrucción del Derecho, desde sus bases, hasta su más encumbrada cúspide”⁹, y que “es jurídicamente obligatorio y políticamente necesario, interpretar todo el ordenamiento jurídico, desde el prisma de la Constitución, de conformidad con ella”¹⁰.

La Corte también ha definido las connotaciones del nuevo modelo de Estado y de Derecho y su articulación con el paradigma del neoconstitucionalismo, en el ámbito de las fuentes, al precisar que el Estado Constitucional de Derechos y Justicia “implica toda una revolución conceptual y doctrinaria, una reformulación desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el Derecho en su naturaleza y su génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia”¹¹.

2.1.4. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y PRECEDENTE VINCULANTE.

La jurisprudencia constitucional o doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes son los medios en virtud de los cuales el intérprete máximo de la Constitución fija sus decisiones.

La *jurisprudencia constitucional* es el conjunto de decisiones emanadas con carácter vinculante, por parte del órgano máximo de control, interpretación y justicia en materia constitucional, que en el caso

⁹ Corte Constitucional de Transición: *Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC*, R.O., 479-S-, 2-XII-2008, pág. 12.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

ecuatoriano, es la Corte Constitucional, actividad que cumple a través de dictámenes y sentencias¹².

El *precedente vinculante*, en cambio, es la técnica de selección de las reglas jurisprudenciales establecidas por el máximo órgano de resguardo de la constitucionalidad, por lo que no cualquier argumentación o decisión es precedente constitucional, sino aquellas razones que cumplan con una regla fundamental de la argumentación racional como es la universalización.

El Tribunal Constitucional del Perú ha señalado que “*el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga*”¹³, además que “*es una herramienta adecuada no sólo para dotar de mayor predictibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de las sentencias emitidas para otros procesos tutelares de los derechos fundamentales en la misma causa*”¹⁴.

Según sostiene César Landa (2008:124) el precedente está referido a un caso concreto, que por su trascendencia servirá para establecer reglas jurídicas abstractas y generales que serán de aplicación obligatoria para casos iguales en el futuro; el precedente vinculante es una figura que permite saber cómo el juez constitucional resolverá un caso concreto en el futuro, al mismo tiempo que ordena y da coherencia a la jurisprudencia expedida por el Tribunal Constitucional; la existencia de un precedente se debe a un afán de lograr predictibilidad y seguridad jurídica, pues los justiciables, al saber cómo se ha resuelto un caso concreto, podrán predecir cómo se resolverá otro caso con las mismas características.

¹² Constitución de la República del Ecuador, Art. 436.1.

¹³ Tribunal Constitucional de Perú, STC Exp. No. 0024-2003-AI/TC.

¹⁴ Tribunal Constitucional de Perú, STC Exp. No. 3741-2004-AA/TC., FJ 40.

Tanto la jurisprudencia como el precedente “*tienen en común la característica de su efecto vinculante en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio*”¹⁵.

La jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la Ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi*)¹⁶.

E. Carpio y P. Grández (2001:28) puntualizan que la distinción entre *precedente vinculante* como técnica de selección de las reglas jurisprudenciales establecidas por el propio Tribunal y *doctrina jurisprudencial*, en cuanto conjunto de decisiones emanadas con el mismo carácter vinculante pero cuyo ámbito normativo debe ser establecido por los propios operadores jurídicos, se traslada a una cuestión meramente accidental: es decir, la distinción dependerá, de quién selecciona la *ratio decidendi* o regla vinculante. En el primer caso, dicha tarea le ha sido confiada al propio Tribunal Constitucional; en el segundo caso, la tarea de distinción entre *ratio* o *holding* y *obiter dictum*, ha sido dejada para los operadores jurídicos, y dentro de éstos, al juez que deberá utilizar los criterios de selección que proporciona el Derecho comparado.

Entre jurisprudencia constitucional y precedente vinculante existe una relación de género a especie. La nota distintiva entre género (jurisprudencia constitucional) y especie (precedente vinculante), viene dado por el hecho de que el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto¹⁷.

César Landa (2008:135) enfatiza la diferencia entre la doctrina jurisprudencial y el precedente vinculante al reconocer en éste efectos

¹⁵ Tribunal Constitucional de Perú, STC 3741-2004-AA, F.J.43.

¹⁶ Tribunal Constitucional de Perú, STC 06167-2005-HC, F.J.2.

¹⁷ Tribunal Constitucional de Perú, STC 3741-2004-AA, F.J.43.

normativos de una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada constitucional por haber resuelto sobre el fondo un proceso constitucional, mientras que en la doctrina jurisprudencial se requiere de una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento. La doctrina jurisprudencial cumple una labor pedagógica o educativa, sin perjuicio del carácter interpretativo vinculante para los jueces, por cuanto el contenido alcances y límites de los principios y valores constitucionales, así como de los derechos fundamentales, son establecidos a través de sus resoluciones y sentencias, con una finalidad orientadora que se dirige tanto a otros operadores jurídicos como a los ciudadanos en general.

Ahora, es importante precisar cómo ubicar el precedente en el contexto de una sentencia. A este respecto, *Rodolfo Pérez Vásquez* (2007:9) sostiene que para hallar el precedente necesariamente debemos acudir a la estructura de las sentencias; es de interés indagar dónde está la fuerza vinculante del precedente y qué denominación adquiere como elemento identificador, recordando que en algún momento se dio un debate en torno a que el carácter vinculante del precedente estaba en toda la sentencia, mientras otros decían estar en una parte de ella.

Precedente es "una decisión judicial que contiene en sí un principio". El principio subyacente que forma así su elemento obligatorio es frecuentemente denominado *ratio decidendi*. La decisión concreta es obligatoria entre las partes, pero únicamente la *ratio decidendi* abstracta tiene fuerza como derecho obligatorio para todo el mundo en general. Si la *ratio decidendi* es la que en un momento dado obliga, ¿entonces qué es eso de *ratio decidendi*?

La *Corte Constitucional de Colombia* en reiteradas sentencias ha dicho sobre el precedente constitucional que en toda sentencia es preciso distinguir entre la *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*.

La *decisum* es definida como la resolución concreta del caso, la determinación si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en

materia constitucional: esta parte de la sentencia de constitucionalidad tiene alcance general.

La *ratio decidendi*, es definida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica: esta parte de la sentencia tiene fuerza vinculante y constituye el precedente judicial; la *ratio decidendi* es la norma adscrita a la subregla que concreta las indeterminadas cláusulas constitucionales en prescripciones concretas aplicables a tipos de casos.

La *obiter dicta*, es definida como una parte de la sentencia, que no tiene poder vinculante, sino una fuerza persuasiva que depende del prestigio y jerarquía del tribunal.

En sentencia T960 de 2001, la *Corte Constitucional de Colombia* dijo que la fuerza vinculante sólo se predica en la *ratio decidendi* y en la sentencia T – 1317 de 2001, el alto tribunal dijo que el precedente judicial plasmado en la *ratio decidendi*, se configura como una auténtica norma, como una conjunción de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al igual que las demás reglas jurídicas; para la Corte el supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez, de ahí que cuando en una situación similar se observe que los hechos determinantes no concuerdan con los supuestos de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente.

Pérez Vásquez (2007:14) nos recuerda que no existe un criterio unánime acerca de la forma como se establece o halla la *ratio decidendi* en la sentencia; para ello han surgido varios métodos, entre los que podemos mencionar: TEST DE GOODHART: considera que la *ratio decidendi* se encuentra en el vínculo o nexo que existe entre los hechos del litigio y la decisión concreta a que llegó el juez. ¿Cómo se llega a esa conclusión? Estableciendo los hechos relevantes, apreciándolos a la luz de la decisión concreta. De ahí en adelante siempre que se den los mismos hechos debe aplicarse la misma decisión. TEST DE OLIPHANT: Los jueces no resuelven las cosas según las normas vigentes sino conforme a sus

concepciones personales, de ahí que para conocer la *ratio decidendi* hay que conocer los estímulos o reacciones del juez ante situaciones concretas.

Para la *Corte Constitucional colombiana*, son *ratio* los conceptos: 1.- De la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia¹⁸; 2.- Los que estén íntima e inescindiblemente unidos al dispositivo de la sentencia¹⁹; y, 3.- Los que establecen el principio general de la decisión tomada²⁰.

Carlos Bernal Pulido (2008:81) al referirse a la identificación del precedente formula dos importantes preguntas: la una, relativa a ¿cuántas sentencias se necesita para que exista precedente?, y la otra inquiriere sobre ¿qué parte de una sentencia constituye precedente?.

En relación a la primera, responde, en el contexto del derecho colombiano, que en tratándose de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente, a diferencia de la jurisprudencia ordinaria que determina que tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, sobre un mismo punto de derecho, constituyen "doctrina legal probable" y conforman un precedente.

Con respecto a la segunda pregunta, señala que no todo el texto de una sentencia constituye precedente y citando a la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia SU-1300 de 2001), explica que es preciso distinguir entre el *decisum*, la *ratio decidendi* y los *obiter dicta*. El *decisum* es el fallo o "la resolución concreta del caso"; esta parte de la sentencia despliega sus efectos erga omnes o inter partes, según el tipo de proceso; de ella no se predica el carácter de precedente.

El carácter de precedente sólo se predica de la *ratio decidendi*, que se define como "la formulación general del principio, regla, o razón

¹⁸ Caso 131/96

¹⁹ Caso 131/96

²⁰ Caso 047/99

general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica"; la *ratio decidendi* es la concreción normativa del alcance de las disposiciones jurídicas. Los *obiter dicta* son la parte de la sentencia que "no tiene poder vinculante sino una fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituye criterio auxiliar de interpretación; son afirmaciones casi siempre teóricas, de carácter muy general y abstracto, que sólo cumplen un papel secundario en la fundamentación de la forma de resolver el caso; los *obiter dicta* de ningún modo constituyen precedente.

Sólo la *ratio decidendi* tiene el carácter de precedente: la vinculación que emana de ella la hace aplicable en todos los casos futuros que tengan supuestos de hecho idénticos o análogos.

Según Diego Eduardo López Medina (2008:20) "el derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí", y en este sentido enseña que la determinación de la subregla jurisprudencial sólo será posible si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes, para lo cual es necesario:

1.- Acotar el patrón fáctico concreto o "escenario constitucional" relevante; 2.- Identificar las sentencias más relevantes o "sentencias hito" dentro de la línea jurisprudencial; 3.- Construir teorías estructurales que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales.

Una línea jurisprudencial es una idea abstracta que depende de manera crucial de la comprensión del manejo técnico de la jurisprudencia, razón por la cual exige que las sentencias sean agrupadas en patrones fácticos análogos, o en otras palabras, bajo un mismo problema jurídico, razón por la cual conviene, para "ayudar a verla", que se grafique la línea jurisprudencial.

Para *López Medina*, el graficar la línea jurisprudencial favorece al intérprete puesto que: 1.- permite identificar los patrones de cambio decisional a lo largo de la jurisprudencia, ya sea por sucesivas reorientaciones, o por modificaciones drásticas de la posición de la Corte; 2.- evidencia las dinámicas de decisión colegiada al interior de la Corte, en tanto pueden presentarse graves disensos entre los magistrados, que todavía no han sido arbitrados; 3.- representa la "fortaleza" de la línea en razón a la reiteración de los pronunciamientos sobre la misma subregla de derecho.

El prenombrado tratadista define al "*problema jurídico*" como la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámicas de varios pronunciamientos judiciales, además de la relación de éstos con otros materiales normativos. Una línea jurisprudencial se ubica en un nivel medio de abstracción en el que se identifica un patrón fáctico frecuentemente litigado: la definición e interpretación de los "derechos constitucionales" casi siempre se realiza en este nivel medio de abstracción: estos patrones fácticos son los "escenarios constitucionales".

López Medina enseña también que una adecuada formulación del encabezamiento de la línea contribuye notablemente a la correcta identificación de la *ratio decidendi* de las sentencias. Finalmente, el autor nos ilustra sobre la clasificación de las *sentencias hito*: *sentencia fundadora de línea*, *sentencia consolidadora de línea*, *sentencia modificadora de línea* (cambio de jurisprudencia), *sentencia reconceptualizadora de línea* y *sentencia dominante*.

La remisión a los precedentes –puntualiza *Marina Gascón Abellán* (2005:214) es otro elemento que puede formar parte de la justificación judicial. Los precedentes son los criterios interpretativos que han sido usados por otros órganos judiciales en la resolución de casos iguales al que se enfrenta el órgano de referencia, aclarando que no todo lo que

aparece en la fundamentación de una decisión puede constituir un precedente: lo es la *ratio decidendi*, no los simples *obiter dicta*.

Existen tres tipos de precedentes: 1.- *precedente vertical*: consiste en el recurso al precedente de un órgano judicial superior: allí donde es vinculante, el precedente vertical juega en la argumentación el mismo papel que la ley y garantiza la unidad de solución correcta y donde no es vinculante juega en la argumentación el papel de una razón de autoridad; 2.- *precedente horizontal*: consiste en el recurso al precedente de otro órgano del mismo nivel jerárquico que el que adopta la decisión, tiene menor fuerza persuasiva que el vertical; y, 3.- *autoprecedente*: procede del mismo órgano que adopta la decisión, consiste en la vinculación de un órgano judicial a sus propios precedentes.

Luis Fernando Ávila Linzán (2013:56) postula que "la cultura del precedente constitucional puede ser un arma efectiva para romper los patrones culturales de dominación que imperan en la administración de justicia, que puede procurar que sea una tribuna donde los desiguales se encuentren en un plano de igualdad. Su naturaleza crítica puede empoderar a jueces progresistas y propiciar una nueva generación de abogadas/os y juezas/es que se conviertan en activistas por el cambio respecto del proceso de transformación que impulsa el proyecto político inserto en la Constitución de 2008. De allí su legitimidad material y de allí la necesidad de defender su texto emancipador, que es parte de un continuo histórico de un derecho social presente en las luchas sociales en nuestra América Latina".

2.1.5. RAZONAMIENTO JUDICIAL.

Cuatro modelos de interpretación jurídica sistematiza *Gabriel Mora Restrepo (2009:37)* para ilustrar las formas del razonamiento de los jueces: 1.- el modelo del formalismo jurídico decimonónico como modelo dominante; 2.- el modelo de la discrecionalidad judicial; 3.- el modelo de los principios; y, 4.- el modelo de razonamiento práctico.

El *modelo formalista* consiste en resolver todo problema jurídico a través de un ejercicio de comparación de lo acontecido –los hechos- con fórmulas legales; todo el derecho emana del legislador y los jueces se limitan a realizar una operación lógico-deductiva a través de la cual se identifican los hechos del caso concreto para ser subsumidos en una norma jurídica que contiene, previamente, la consecuencia a ser aplicada. Los jueces observan los hechos y los verifican a la luz de la norma jurídica que expresa los elementos configuradores del caso de manera clara, coherente y completa. El silogismo lógico-deductivo aparece como el instrumento central de los jueces. Parte de una visión legalista del derecho cuyo trasfondo es la creencia en la supremacía del legislador y el consecuente sometimiento de los jueces a sus mandatos. Este modelo recibe varias denominaciones: “positivismo legalista”, “función mecanicista”, “subsunción”; “modelo dogmático” o “modelo exegético”.

El *modelo de la discrecionalidad judicial* parte de la distinción entre casos fáciles y casos difíciles y de la necesidad de un razonamiento adecuado para cada uno de ellos: para los casos fáciles, los jueces llevan a cabo un ejercicio de subsunción silogística, mientras que en los supuestos difíciles realizan un ejercicio racional de carácter discrecional, como resultado de las distintas o múltiples posibilidades que el propio ordenamiento le otorga a los jueces para la toma de una decisión, por lo que la facultad que tienen los jueces de ser creadores de derecho en los casos difíciles opera como una concesión del propio ordenamiento jurídico.

El *modelo de los principios* postula que los jueces gozan de un amplio margen de apreciación en la configuración de la decisión jurídica. Los principios jurídicos cumplen la función de proporcionar elementos de protección de derechos, los aseguran y los garantizan y buena parte de esos principios contienen una clara dimensión de moralidad o algún tipo de valoración política, proporcionando razones suficientes para definir y determinar derechos de las personas en los procesos judiciales. Aquí se sitúa el modelo de la respuesta correcta de Dworkin, que plantea una noción de derecho lo suficientemente amplia, posibilitando aludir a

razones o estándares de juzgamiento, como los principios jurídicos y favorece una perspectiva moral en la adjudicación; los jueces deben encontrar la respuesta correcta a los casos concretos.

La necesidad de motivar las sentencias –enfatisa *Marina Gascón Abellán* (2005:408) se ha convertido en una exigencia incontestable. La motivación es un género de justificación plasmada en el documento de la sentencia. Motivar es justificar, exige explicitar (y justificar) las pruebas usadas y el razonamiento, todas las pruebas requieren justificación, la motivación exige una valoración individualizada de las pruebas y han de considerarse todas las pruebas practicadas. Existen dos grandes técnicas de motivación: la analítica, según la cual la motivación ha de estructurarse en una exposición pormenorizada de todas las pruebas practicadas, del valor probatorio que se ha asignado y de toda la cadena de inferencias que ha conducido finalmente a la decisión; y, la globalizadora, que consiste en una exposición conjunta de los hechos, en un relato, una historia que los pone en conexión en una estructura narrativa. En la práctica judicial, precisa la autora, domina abrumadoramente la técnica del relato.

Son métodos de interpretación y por tanto modos de argumentar: 1.- según su resultado: interpretación declarativa (literal o gramatical); interpretación correctora, restrictiva o extensiva; interpretación histórica; e, interpretación evolutiva; 2.- según los contextos interpretativos (lingüístico, sistémico y funcional): interpretación gramatical o literal; interpretación funcional, lógica, psicológica o teleológica; e, interpretación sistemática.

Para entender que una decisión está justificada debe pasar un test de racionalidad en base a los siguientes criterios: 1.- *consistencia*: que la decisión normativa sea lógicamente compatible con otras normas del sistema; 2.- *coherencia*: exige que la decisión sea coherente con el resto de las normas y principios del ordenamiento jurídico; 3. *universalizabilidad*: que el criterio o principio en el que se asienta la decisión sea universalizable; 4.- *consecuencias*: las consecuencias que se derivan de la

decisión deben resultar aceptables; 5.- *corrección de la decisión*: evitar que el criterio judicial vaya por un lado y la decisión por otro.

Los problemas relativos al proceso decisorio en el ámbito judicial – su transparencia, predictibilidad, ilustración y consistencia- son, para *Fernando Liendo Tagle (2012:52)* tan relevantes como los otros aspectos atinentes al funcionamiento de aparato de justicia, y al respecto traza un diagnóstico del modelo de razonamiento que emplean los jueces de su país (Perú), identificando una constante que caracteriza, de modo general, las resoluciones judiciales: razonamiento silogístico defectuoso, empleo de legalismo crónico, formalismo excesivo, falta de sentido común en lo que se dicta; pero igualmente puntualiza tres rasgos definitorios:

1.- Desatención y escamoteo de las "cuestiones fácticas": la forma usual de sentenciar parte de transcribir las causas de pedir de hecho y de derecho que señalaron las partes y, seguidamente, pasar a la fundamentación jurídica de la sentencia, sin una reconstrucción propia de los hechos controvertidos; se asigna poca relevancia a lo propiamente fáctico y se prioriza lo abstracto en desmedro de lo concreto;

2.- Legalismo crónico: toda decisión judicial pretende (y debe) estar basada en una ley como única fuente de derecho a la que tradicionalmente los tribunales le reconocen fuerza vinculante, y el resto de fuentes, como la jurisprudencia o la doctrina son secundarias, de carácter ilustrativo, nunca pueden determinar el sentido de una decisión; la ley es el punto de partida y de llegada del razonamiento judicial; el raciocinio debe ceñirse a los parámetros de las normas legales y debe encontrar la manera de encajar en alguna norma el conjunto de hechos que se conocen;

3.- Predominancia del formalismo jurídico: primacía del dogma según el cual una decisión judicial es exclusivamente justificable si se sustenta en una norma legal que expresamente resuelva el conflicto que se decide; en el ámbito judicial lo que prima es el razonamiento totalmente formalista, el culto a la interpretación literal, los análisis abstractos y

autosuficientes; predominio de la interpretación literal y exegética del derecho aplicable;

4.- Apariencia de motivación, incorrecciones de lenguaje e incomprensión de lo decidido: el arcaísmo, las incorrecciones sintácticas y ortográficas, las motivaciones aparentes que no guardan relación lógica con su calidad; se transcriben o parafrasean los escritos de las partes para llenar la sentencia y dar la impresión de que está debidamente motivada.

Es elocuente el informe final en torno a los problemas metodológicos más recurrentes de las decisiones y razonamiento de los tribunales en el Perú²¹, que es conveniente citar a los efectos del presente trabajo de investigación, puesto que guardan similitud con las deficiencias propias de nuestro sistema judicial nacional. El diagnóstico es el siguiente:

1.- Uno de los principales problemas en nuestro sistema de justicia es la no suficiente claridad en los operadores acerca de conceptos básicos necesarios para una adecuada impartición de justicia. La conclusión alude a la deficiente motivación que, como regla general, impera en todas las instancias judiciales. Y ello encuentra parte de su explicación en las oscuridades y deficiencias de formación profesional de los funcionarios judiciales y, más en general, de los operadores jurídicos;

2.- El hecho de que los distintos operadores del sistema judicial no cuenten con contenidos claros y determinados se explica por la ausencia de una debida motivación que conduce a la arbitrariedad. No es difícil entender a la arbitrariedad como un contradicho a los principios racionales, reglas de la lógica, aquello que carece de fundamento objetivo y es irrazonable;

3.- La precaria calidad de las resoluciones judiciales debido entre otros motivos, a la ausencia de una debida fundamentación y motivación; así como la deficiente calidad en la redacción y estructura de las mismas

²¹ Diagnóstico contenido en los informes de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia del Perú, presentado en el 2004, que Fernando Liendo Tagle lo recoge y comenta en su obra citada, *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*, p. 48 y ss.

(falta de coherencia entre cada considerando, el “estilo sabana” –uso excesivo de plantillas-) hace incomprensible lo resuelto. El resultado es la ininteligibilidad de las sentencias que resuelven las disputas;

4.- Resoluciones judiciales que impiden ejercer el derecho al recurso. Si simplemente no se comprende lo que se resuelve, es imposible impugnar con propiedad el argumento. Y tal hecho, evidentemente, genera una afectación considerable en los derechos procesales de las partes;

5.- Resolver aplicando el silogismo judicial –lógica formal- sin tener en cuenta la realidad que se está decidiendo ni aplicando un raciocinio dialéctico, y la ausencia de argumentación.

Estos vicios de razonamiento inciden negativamente en la calidad de la actividad jurisdiccional.

2.1.6. RAZONAMIENTO ABOGADIL.

Como puntualiza *Diego López Medina* (2011:1) los abogados se enfrentan diariamente a problemas cuya solución requiere la presentación y sustentación de argumentos, y el sustento de las afirmaciones depende de la referencia o cita al documento con autoridad jurídica con el que se pretende fundar su validez, como las fuentes formales referidas a las constituciones, las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, entre otras.

En lo concerniente a la jurisprudencia, anota que el papel creciente del precedente constitucional ha aumentado su citación en sentencias, memoriales y todo tipo de ensayos jurídicos en general, habida cuenta que la jurisprudencia hace del derecho una ciencia viva y dinámica.

Francois Martineau (2008:34) hace presente que la construcción de la argumentación jurídica, es decir, el descubrimiento y el ordenamiento, sobre la base de los elementos de un expediente, de argumentos propios que permitan persuadir al auditorio, es un proceso intelectual que implementa los dos procedimientos generales del pensamiento, es decir, el análisis y la síntesis: análisis del expediente para descubrir el conjunto de elementos que integran los datos, y síntesis por la cual el abogado va a construir sus argumentos.

Y en este contexto, *Marina Gascón y Alfonso García (2005:49)* se interrogan ¿por qué hay buenos y malos abogados, jueces o fiscales? ¿qué marca la diferencia entre un buen jurista y otro que no lo es?, y responden que la diferencia reside en su capacidad de argumentar, es decir, su habilidad para ofrecer buenas razones a favor o en contra de una forma de aplicar el Derecho, distinguiendo concepciones puramente formalistas del razonamiento jurídico, que reducen la aplicación del derecho a un silogismo; irracionalistas, que reducen la aplicación del derecho a simples expresiones de emociones; y, las que se sitúan en un punto medio que partiendo de la posibilidad de un análisis racional de los procesos argumentativos, también reconocen las limitaciones que este análisis presenta en el mundo del derecho (la teoría de la argumentación).

Concluyen que la argumentación en la matriz jurídica de la constitucionalización del derecho, desde que se acepta la plena fuerza normativa de todos los preceptos constitucionales, un texto fundamental cargado de cláusulas abiertas y principios materiales de justicia, con significados altamente conflictivos, de protección de los derechos inclusive contra los jueces ordinarios, debe mantener una saludable frontera entre el juicio de constitucionalidad, por un lado, y el juicio político y de legalidad, por otro.

Manuel Atienza (2006:35) en el análisis del impacto del nuevo constitucionalismo en el quehacer argumentativo del derecho, identifica tres actitudes por parte de los juristas:

1.- Quienes no se ven notificados por el fenómeno y consideran que nada relevante ha sucedido;

2.- Quienes reconociendo el fenómeno, no obstante, consideran que las categorías conceptuales y dogmáticas desarrolladas por el positivismo pueden todavía servirnos para comprender este nuevo estadio del desarrollo de los Estados; y,

3.- Quienes consideran que asistimos a un nuevo paradigma de organización política que requiere por tanto una nueva teorización y por tanto, nuevas estrategias argumentativas en el derecho.

Por su parte, *Alberto Wray* (1999:7) puntualiza algunos vicios respecto del grado de competencia profesional de los jueces y de los abogados en ejercicio: el legalismo, es decir, el culto irracional a la letra de la ley; la tendencia a copiar los textos legales extranjeros; la rutina y el poco oficio reflejados en buena parte de alegatos, sentencias y demás documentos legales, entre otros.

2.1.7. ENSEÑANZA DEL DERECHO.

El ordenamiento jurídico del país, a partir del proceso constituyente de Montecristi y de la vigencia de la Carta Fundamental del 2008, ha desmoronado viejos paradigmas jurídicos y ha hecho que se cuestione la concepción y la práctica tradicional del Derecho.

La entrada en vigor de nuevas corrientes del pensamiento jurídico que definen los caracteres del actual Derecho patrio, como el Neoconstitucionalismo, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, la fuerza normativa de la Constitución, su aplicación inmediata y eficacia directa, las garantías de los derechos fundamentales, y junto a estas categorías, las innovaciones procesales como la instauración y expansión del sistema de la oralidad, así como el vigoroso proceso de reforma judicial en marcha, tienen profundas repercusiones en los siguientes aspectos:

1.- En la forma cómo debemos entender y practicar el Derecho; 2.- en la cultura jurídica; 3.- en el quehacer de los operadores jurídicos (jueces y abogados); y, 4.- en la formación del nuevo perfil del profesional de la Jurisprudencia, capaz de operar de manera adecuada en el renovado marco del sistema jurídico ecuatoriano.

De cara a los nuevos enfoques constitucionales que han renovado sustancialmente al sistema jurídico nacional, se plantea el reto de asumir, desde la perspectiva pedagógica, el diseño de manera sistémica, de un

nuevo currículo para la carrera de Derecho, que defina competencias profesionales acordes con el carácter del ordenamiento actual.

La forma cómo se enseña el Derecho responde a la concepción que sobre el Derecho tenga el docente. A este respecto, *Manuel Atienza* (2006:19) nos ilustra sobre los enfoques teóricos en torno al Derecho y su relación con la argumentación jurídica: el iuspositivismo o normativismo positivista; el iusnaturalismo; el realismo; el formalismo jurídico; y, las teorías críticas del derecho.

Cada una de estas corrientes del pensamiento jurídico responden de manera diferente a las cuestiones básicas en relación con el derecho: cuáles son sus componentes, qué es derecho válido, cómo se trazan los límites entre el derecho y el no derecho, relación entre el derecho, la moral y el poder, funciones del derecho, objetivos y valores, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico, cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del derecho, entre otras.

Con relación a la influencia del formalismo jurídico, *Alberto Wray* (1999:46) sostiene que esta concepción logró levantar cimientos sólidos en la mentalidad de los juristas de manera que, junto a la separación entre derecho y realidad, se consolidó un abierto desprecio por la reflexión teórica, reproducido y reforzado diariamente por el quehacer de los abogados y de los jueces y por la estructura y la orientación de la enseñanza en las Facultades de Derecho.

Por su parte, *Diego López Medina* (2011:21) traza un diagnóstico sobre la enseñanza del derecho en nuestro entorno latinoamericano y señala que se lo enseña como un cuerpo complejo de reglas primordialmente establecidas en normas jurídicas positivas de naturaleza legislativa y además frecuentemente codificadas, por cuya razón el derecho judicial es escasamente conocido y estudiado.

Ramiro Ávila Santamaría (2010:380) formula los perfiles tanto de la corriente pedagógica tradicionalista de la enseñanza del derecho como

de la nueva metodología que impone el sistema jurídico constitucionalizado.

Para este jurista, la *metodología formalista inquisitiva* de la enseñanza tradicional se caracteriza por reducir la aplicación del derecho al famoso silogismo jurídico, por el que a una norma legal, con carácter general y abstracto, se le subsume un hecho personificado y concreto, lo que da como resultado la consecuencia prevista en la ley; en consecuencia, las estrategias metodológicas de enseñanza-aprendizaje del derecho giraban en torno a encontrar la norma a la que debía adecuarse el caso, y una vez encontrada la norma, el problema quedaba resuelto.

En ese contexto, la finalidad del derecho es comprender y aplicar la ley, el contenido y el objeto de estudio es la ley y el método para conocer el derecho es el memorístico del texto legal, informar y no formar, y el de aplicación es el exegético. Todo en la ley, todo desde la ley, todo para la ley, nada fuera de la ley.

Dos importantes citas efectuadas por Ramiro Ávila ilustran el panorama de la metodología tradicional de la enseñanza del derecho: la primera, de *Alberto Wray* que al efectuar el diagnóstico de la realidad de nuestras universidades, señala: *"Las facultades de derecho ecuatorianas han mantenido un tipo de enseñanza centrado en la información.... se ha enseñado leyes, no derecho, sin que los esfuerzos de reforma académica emprendidos en los últimos veinte años, que nunca han tocado ni los contenidos ni los métodos, hayan cambiado este objetivo implícito"*.

La segunda cita, no menos elocuente, la del profesor *Miguel Carbonell*, quien manifiesta: *"La idea del profesor que llega a la clase, sube al estrado y comienza un largo monólogo que puede durar una o más horas y que en todo caso consume casi todo el tiempo de la clase, refuerza el componente memorístico de la enseñanza del derecho. Si el alumno no tiene oportunidad alguna de intervenir y si el profesor se representa a sí mismo como un simple transmisor de conocimientos, es obvio que la*

capacidad que se puede llegar a desarrollar tiene que ver con la obtención de contenidos informativos".

A esa metodología anacrónica de enseñar el derecho, de manera magistral, mediante el análisis normativo y exegético, *Ávila Santamaría* propone un sistema distinto, que lo llama *crítico*, basado en la participación activa del estudiante y del jurista, a través del estudio de casos y mediante análisis crítico del derecho, de la doctrina, de la jurisprudencia, con orientación a corregir o mejorar el sistema; unos lineamientos metodológicos en la enseñanza del derecho, que emancipe a las personas, estudiantes, juristas, jueces, para transformar la realidad de exclusión, indiferencia y discriminación, con fuerte compromiso con la verdad y con la justicia.

Ávila caracteriza como la cultura emancipatoria, de culto a la sustancia y no a la forma; la forma sólo tiene sentido si contribuye a la realización del fin, y éste no puede ser otro que la realización de los derechos humanos.

En refuerzo a esta propuesta metodológica de la enseñanza del derecho, *Ávila* cita a *Graciela Monesterolo (Propuesta de un diseño curricular y de una metodología innovadora para la formación profesional en la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE)* para justificar que la radicalidad de los cambios que se necesitan apuntan a un "modelo crítico, propositivo y creativo y transformador de las estructuras sociales; ello exige que los sujetos de este proceso se comprometan con la realidad y no simplemente se conformen con asumir y aplicar mecánicamente un orden legal completo, definido y estático, como si éste fuera autónomo, tuviera consistencia propia y se hallara por encima y fuese ajeno a la dinámica social".

2.1.8. CULTURA JURÍDICA.

Interesa para esta investigación, contrastar dos modelos de cultura jurídica: la cultura jurídica basada en la supremacía de la ley, y la cultura jurídica basada en la supremacía de la Constitución.

En la cultura jurídica basada en la supremacía de la ley, que se corresponde con el Estado de legalidad, legicéntrico o legislativo, todo el derecho se reduce a la ley, la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del Estado (principio de legalidad), la supremacía del parlamento sobre los otros poderes del Estado, la subordinación a la ley de los derechos de los ciudadanos, la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley, la Constitución es una simple ley de organización del poder, una declaración política de principios, modificable por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes.

En la cultura jurídica basada en la supremacía de la Constitución, que se corresponde con el Estado Constitucional, la Constitución es el verdadero centro de todo el ordenamiento jurídico, los jueces a través del control constitucional crean derecho, la Constitución es norma jurídicamente aplicable sin necesidad de que una ley la desarrolle.

La cultura jurídica contemporánea dominante –analiza *Claudia Escobar* (2010:207)- tiende a defender un “*derecho por principios*”, por oposición a un “*derecho por reglas*”, lo cual comporta la superación del formalismo y del positivismo jurídico para dar paso al paradigma centrado en una nueva manera de producir, interpretar, aplicar y concebir el Derecho, mucho más flexible y sobre todo más sensible a las exigencias derivadas de la justicia y la equidad.

Esta transformación cultural y epistemológica se configura por el desplazamiento del sistema cuyo eje central son las reglas hacia el sistema cuyo núcleo son los principios. El derecho por reglas correspondería a un Estado legal de derecho y el derecho por principios, a un Estado constitucional de derecho.

El cambio paradigmático operado se refleja en la reformulación de la comprensión clásica y tradicional del razonamiento judicial y de las exigencias argumentativas de los operadores jurídicos. El juez tiene dos cargas específicas: una carga de transparencia, en virtud de la cual debe hacer explícitas las reglas jurisprudenciales que utiliza para la resolución del

caso, y una carga justificativa, encaminada a fundamentar y a hacer expresas las razones de la regla creada por vía judicial.

Los operadores jurídicos –señala *Escobar García (2010:249)*- deben replantear el uso del sistema de fuentes del derecho, pues la resolución de los casos requiere ahora de la mediación necesaria de estas reglas jurisprudenciales que precisan y concretan el sentido del derecho legislado, más que la utilización sistemática e indiscriminada del derecho legislado “en bruto”.

Como afirma la prenombrada tratadista, si el texto constitucional es desarrollado y recreado todos los días por los jueces constitucionales, carece de sentido pasar por alto toda esta rica y compleja evolución, pero las reglas jurisprudenciales deben ser entendidas más bien como una especificación del contenido del derecho legislado a partir de patrones fácticos y empíricos determinados, por lo que su validez debe ser evaluada a partir de su correspondencia con la Constitución y la ley, por lo que postula la existencia de un diálogo y un proceso de retroalimentación permanente entre el derecho judicial y el derecho legislado.

2.1.9. VISIÓN COMPARADA.

Es útil hacer una mirada comparativa entre las legislaciones de Ecuador, Colombia y Perú en torno a las denominadas sentencias constitucionales unificadoras de criterios, que establecen, por tanto, precedentes obligatorios y vinculantes.

En *Ecuador*, las denominadas *sentencias de jurisprudencia vinculante*, previstas dentro del ámbito de las competencias de la Corte Constitucional²², son aquellas proferidas respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión, son denominadas también “*sentencias de unificación*” y están referidas a los casos de las acciones

²² Constitución de la República del Ecuador, Art. 436.6.

de protección, extraordinaria de protección, incumplimiento, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública²³.

A este respecto, la Corte Constitucional del Ecuador ha dictado una sola sentencia, la signada con el número 001-10-PJO-CC, a la que expresamente inviste el carácter de “precedente constitucional” vinculante con efectos *erga omnes*²⁴. No significa que las otras sentencias de la Corte Constitucional estén desprovistas de tal carácter vinculante²⁵, ni que las demás sentencias no contengan precedentes constitucionales obligatorios y vinculantes²⁶.

Las sentencias de jurisprudencia vinculante²⁷ asociadas al concepto de sentencias de unificación²⁸ son una especie de las sentencias constitucionales, que tienen la específica misión de unificar criterios de interpretación y aplicación en los casos de las acciones de protección, extraordinaria de protección, incumplimiento, hábeas corpus, hábeas data y acceso a la información pública.

En *Colombia*, se halla instituida también la figura de las “*sentencias de unificación*” en materia de tutela, que no constituyen criterio auxiliar sino obligatorio, con las que la Corte Constitucional busca específicamente unificar las sentencias de revisión de tutela²⁹, por cuanto la jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material, en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico, objetivo que se alcanza a través del mecanismo unificador de tales sentencias³⁰, por lo que toda sentencia de unificación es marco obligado para analizar una acción de tutela a la cual ella es aplicable.

²³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

²⁴ Gaceta Constitucional No. 001, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010.

²⁵ Constitución de la República, Art. 436.1.

²⁶ Ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 187.

²⁷ Constitución de la República, Art. 436.1.

²⁸ Ley Orgánica de garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 191.2 c).

²⁹ Decreto 2591 de 1991, Art. 34.

³⁰ Sentencia C-018/93, Corte Constitucional de Colombia.

En Perú, el Tribunal Constitucional profiere “*sentencias normativas*” que son un conjunto de sentencias a través de las cuales el organismo jurisdiccional constitucional ha establecido normas jurídicas o mandatos generales de obligatorio cumplimiento, como medida adicional o alternativa a la declaración de inconstitucionalidad de una ley, con el objeto de evitar que el vacío jurídico originado por la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada genere una afectación mayor al ordenamiento constitucional, y a este respecto, ha definido una tipología de sentencias constitucionales: sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas y exhortativas, sustentadas en la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal³¹.

En una tipología más compleja, el Tribunal peruano establece las sentencias de especie o de principio y las sentencias estimativas o desestimativas; las sentencias estimativas a su vez, sentencias de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (o “*sentencias normativas*”) y dentro de éstas, las sentencias reductoras, aditivas, sustitutivas, exhortativas y estipulativas³².

En cuanto a las *sentencias normativas* (interpretativas-manipulativas o “*sentencias atípicas*”), el Tribunal Constitucional ha señalado que sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho, sólo son legítimas si el Tribunal argumenta debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que justifiquen su dictado, y tales sentencias normativas constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos³³.

³¹ Sentencia dictada en el expediente 010-2002-AI.

³² Sentencia dictada en el expediente 004—2004-CC.

³³ Sentencia dictada en el expediente 030-2005-PI.

2.2. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

La Constitución de la República determina que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia (Art. 429) y dota de carácter vinculante a sus decisiones (Art. 436.1), enfatizando que las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables (Art. 440).

Las atribuciones que le fija la Constitución a la Corte Constitucional son: ser la máxima instancia de interpretación del Texto Fundamental y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano; conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado; declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas; conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública; conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento; expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión; dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución; efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales; conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales; y, declarar la inconstitucionalidad por omisión en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas (Art. 436).

Además, la Corte es competente para conocer y resolver sobre acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia (Art. 437), así como también para emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de

tratados internacionales previo a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional, convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados, y objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes (Art. 438).

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional puntualiza que los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante, pero podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia (Art. 2.3); y, únicamente con ocasión del ejercicio de las atribuciones establecidas en el Art. 436 de la Constitución, la Corte Constitucional producirá precedente constitucional, que será obligatorio y vinculante (Art. 187).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. ENFOQUE METODOLÓGICO.

La investigación socio jurídica propuesta en el presente diseño, es de naturaleza cualicuantitativa.

Bajo el enfoque cualitativo, pertenece a la especie interactiva porque se orientó al estudio en profundidad aplicando técnicas cara a cara (encuesta) para recoger los datos de las unidades de análisis (jueces, abogados y docentes de derecho de la ciudad de Guayaquil, conforme a muestra seleccionada), el escudriñamiento bibliográfico, el análisis documental y el estudio de la legislación pertinente. La investigación participa también del carácter no interactivo porque aplicó análisis de conceptos y de categorías teóricas.

Bajo la modalidad cuantitativa, la investigación es no experimental (problema de observación), descriptiva, comparativa y correlacional (examinó las relaciones entre las variables jurisprudencia constitucional y razonamiento jurídico de jueces, abogados y enseñanza del derecho).

Desde la perspectiva específicamente socio jurídico de la investigación, los aspectos que individualizan el objeto de estudio son la jurisprudencia constitucional en el contexto de las fuentes del derecho (normatividad), las actitudes de los operadores jurídicos y de los docentes frente a la jurisprudencia constitucional (facticidad), así como la valoración que los sujetos investigados otorgan a la jurisprudencia constitucional (axiología).

La investigación ha sido abordada desde el punto de vista *jurídico descriptivo*, a partir del cual se evaluó la incidencia de la jurisprudencia constitucional en el quehacer de los operadores del sistema y de los

docentes del derecho; *jurídico exploratorio*, para abrir camino a la realización de otras investigaciones alrededor de esta línea problemática; *jurídico proyectivo*, en la medida que encara la realidad de las prácticas jurídicas y docentes, en relación con las fuentes del derecho; y, *jurídico propositivo*, en tanto que a partir de la evaluación de las conductas estudiadas se proponen algunas recomendaciones para operar bajo las exigencias que plantean los paradigmas del actual ordenamiento jurídico nacional.

Las etapas de planificación, organización, ejecución y evaluación de la investigación socio jurídica, se las realizó sobre la base de las orientaciones y principios del método científico, expresado mediante la interacción de los procesos de análisis y síntesis, de lo abstracto y concreto, del ascenso y descenso en la construcción del conocimiento científico.

Los métodos especiales, particulares y de apoyo en la presente investigación son los métodos lógicos inductivo-deductivo, analítico-sintético, descriptivo, histórico, estadístico, y hermenéutico dialéctico para la interpretación de textos y el análisis de contenidos.

La investigación ha sido cumplida en las fases de estudio teórico conceptual y metodológico técnico de la problemática socio jurídica planteada; análisis, ubicación y selección de la materia de investigación (observación, análisis, reflexión); construcción del marco referencial del proyecto de investigación; formulación de la problemática: análisis jurídico, situación actual del problema, delimitación del objeto de investigación, preguntas significativas, justificación y objetivos; construcción del marco teórico e hipótesis del proyecto de investigación; acopio de información, selección de teorías, doctrinas, ubicación de bibliografía; formulación de la metodología de trabajo de la investigación; y, elaboración del informe y presentación de los resultados de la investigación.

3.2. HIPÓTESIS.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional no tiene incidencia significativa en el razonamiento jurídico de jueces y abogados ni en la enseñanza del derecho.

3.3. UNIVERSO.

Los participantes que contribuyeron al esclarecimiento de la pregunta y objetivos de investigación, fueron personas que se desempeñan como Jueces de Sala, Abogados en libre ejercicio y Docentes de Derecho de la ciudad de Guayaquil, según muestra. De los cuales, en su mayoría, es decir un 39% corresponden al género masculino y el resto perteneció al género femenino. De igual manera, la edad promedio de los encuestados dijo contar con más de 35 años, con un tiempo de más de 11 años de ejercicio profesional en un 28%.

3.4. MUESTRA.

La muestra ha sido seleccionada entre jueces de salas de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, abogados en libre ejercicio y docentes de último nivel de la carrera de Derecho de las universidades Estatal y Católica de Guayaquil.

En la presente investigación, dado que el tamaño de la población es superior a los 30 individuos (jueces, abogados y docentes de las facultades de la carrera de derecho), se aplicó el Muestreo Probabilístico, con su variante Muestreo Aleatorio Simple (MAS) sin reposición, cuya fórmula para calcular el tamaño de la muestra es la siguiente:

$$n = \frac{k^2 * p * q * N}{(e^2 * (N - 1)) + k^2 * p * q}$$

En donde:

- n = Tamaño de la muestra.
- k = Valor tipificado con un nivel de confianza del 95% = 1.15
- 95% = Nivel de confianza
- N = Tamaño de la población

- P = Probabilidad que en la población se presente cierta característica = 0.5
- q = Probabilidad que en la población no se presente cierta característica = 1-p
- e = Error estadístico = 10% = 0.12

Luego de las correspondientes operaciones, se obtuvieron los siguientes resultados, para los estratos de jueces de sala, abogados en libre ejercicio y profesores de la carrera de Derecho, según sus respectivos roles, así como también se hizo la selección del material normativo aplicable al estudio de la jurisprudencia constitucional, según el derecho nacional.

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	MUESTRA
Jueces de Sala	11
Abogados en libre ejercicio	41
Profesores de la carrera de Derecho	32
Normas jurídicas aplicables al sistema jurisprudencial constitucional	7
TOTAL	91

3.5. VARIABLES.

VARIABLE INDEPENDIENTE: jurisprudencia de la Corte Constitucional (causa);

VARIABLES DEPENDIENTES: razonamiento jurídico de jueces y abogados; y, enseñanza del derecho (efectos).

3.6. INDICADORES.

DE LA VARIABLE INDEPENDIENTE:

- jurisprudencia constitucional;
- *ratio decidendi*;
- precedente constitucional obligatorio y vinculante.

DE LAS VARIABLES DEPENDIENTES:

- argumentación judicial;
- argumentación abogadil;
- estrategias metodológicas de enseñanza del derecho.

3.7. IDENTIFICACIÓN DE FUENTES.

Las fuentes de obtención de la información han sido básicamente de índole bibliográfica, documental y directa de los informantes seleccionados (jueces, abogados y docentes de derecho de la ciudad de Guayaquil).

3.8. INSTRUMENTO Y PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La observación de los hechos materia de la investigación fue no experimental. La información confiable y válida ha sido recogida mediante la técnica de la encuesta, a cuyo efecto se aplicó a las unidades de observación (jueces, abogados y docentes de derecho), como instrumento de recolección de los datos, un cuestionario diseñado para indagar las relaciones entre las variables contenidas en la hipótesis (jurisprudencia constitucional, razonamiento de operadores jurídicos y enseñanza del derecho), las cuales corresponden a un problema de observación no experimental.

El grado de confiabilidad del instrumento para la recopilación de la información es significativo, ya que se obtuvo un coeficiente de 0,818 medido por el Alfa de Cronbach (Tabla 1), calculado mediante el paquete estadístico SPSS, versión 21, asegurando la validez de los resultados obtenidos de los 34 elementos intervinientes.

TABLA 1
ALFA DE CROMBACH

Alfa de Cronbach	No. de elementos
,818	34

Fuente: Análisis del SPSS en base a las respuestas de la población estudiada.
Elaborado por: Xavier Rodas Garcés.

3.9. COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

El procedimiento para la comprobación de la hipótesis ha sido de carácter lógico-estadístico, puesto que las conclusiones se derivaron tanto del análisis cualitativo como también del análisis cuantitativo de los datos que han sido extraídos de las observaciones no experimentales previstos en esta investigación.

Para la prueba de hipótesis cuantitativa se recurrió al análisis estadístico de Regresión Lineal Múltiple, mediante el software estadístico SPSS versión 21, con la subcategoría del coeficiente de correlación de Pearson.

Los datos producto del análisis estadístico han sido interpretados a la luz de los enfoques doctrinarios presentados en el marco teórico del estudio.

En el capítulo siguiente se da continuidad, a través del análisis y la interpretación de los datos, obtenidos para la presente investigación, y que responden a la situación problemática considerada en este trabajo.

CAPÍTULO IV

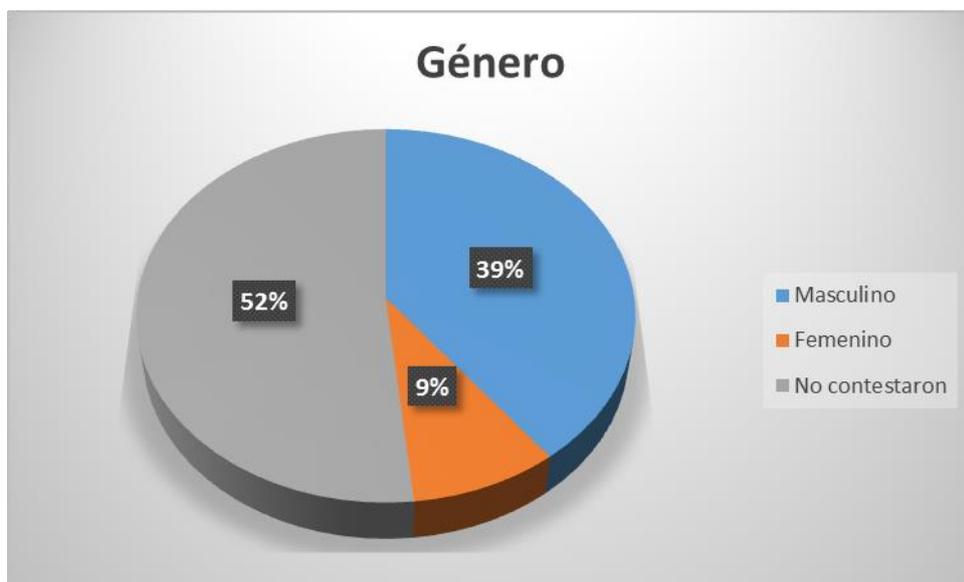
ANÁLISIS DE RESULTADOS

4.1. BASE DE DATOS.

Los datos recogidos mediante la aplicación de encuestas a jueces, abogados en libre ejercicio y docentes de Derecho de la ciudad de Guayaquil, se agrupan en función de las variables e indicadores identificados en torno a la problemática relativa a la significatividad de la jurisprudencia constitucional en las decisiones judiciales, el razonamiento de los abogados en libre ejercicio y la enseñanza del Derecho.

A continuación se presentan los datos generales, o variables sociodemográficas, que permiten visualizar los elementos intervinientes en la presente investigación.

Gráfico 1: Género

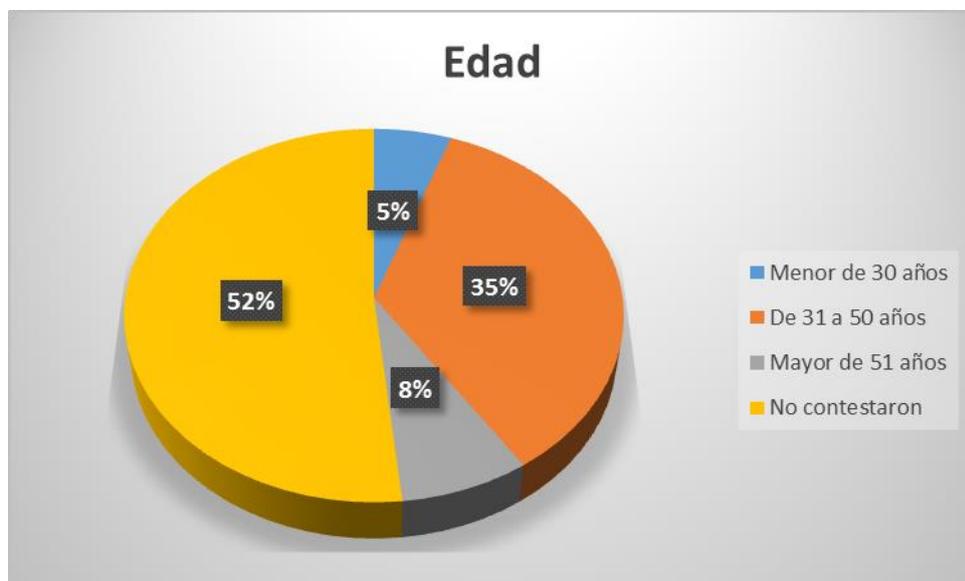


Fuente: Análisis del SPSS en base a las respuestas de la población estudiada.
Elaborado por: Xavier Rodas Garcés.

En el presente gráfico se puede observar que del total de los participantes, el 52% corresponden a personas que se abstuvieron de

responder esta pregunta, mientras que por otro lado, el 39% fueron del género masculino y el restante 9% pertenecen al género femenino.

Gráfico 2: Edad



Fuente: Análisis del SPSS en base a las respuestas de la población estudiada.
Elaborado por: Xavier Rodas Garcés.

De igual manera, en lo que corresponde al factor edad, se encontró que el 52% no contestaron la pregunta, mientras que el 35% pertenecen a personas de 31 a 50 años, al tiempo que el 8% son mayores de 51 años. Finalmente el 5% son personas menores de 30 años. Por lo que la población que más participó, fueron personas con experiencia, lo que le da un mayor peso a las respuestas, a la vez que presenta desafíos para a futuro, desarrollar en mayor grado a las nuevas generaciones que se aprestan a tomar el liderazgo en lo que concierne a la práctica y aplicación de las leyes, en su máxima expresión y con apego a lo que la Constitución demanda.

Gráfico 3: Tiempo se Servicio Profesional



Fuente: Análisis del SPSS en base a las respuestas de la población estudiada.
Elaborado por: Xavier Rodas Garcés.

En relación a facto tiempo de servicio, se encontró que la mayor parte de los participantes y que respondieron, tienen menos años de servicio, lo que ayuda a explicar el porqué de lo menoscabado de la aplicación de las leyes en su máxima expresión. Al mismo tiempo, el 11% de los que respondieron corresponden a personas con más de 21 años de servicio profesional, quienes a pesar de su habitualidad, no evidenciaron la certeza en la aplicación de la ley como se esperaba.

4.2. ANÁLISIS CUALICUANTITATIVO Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

Para el estudio de los datos, se recurrió al análisis estadístico del Coeficiente de Correlación de Pearson, que mide variables cualitativas, empleando el software SPSS, versión 21, con los siguientes resultados:

4.2.1. SIGNIFICATIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO DE JUECES.

Para este análisis se hizo una correlación bivariada entre la jurisprudencia constitucional y el razonamiento jurídico de los jueces,

encontrándose un resultado de 0,041 de no significatividad, según el coeficiente de correlación de Pearson, cuyo rango va desde 0 a 1, donde el impacto es visible en la medida que el coeficiente se acerca a 1 (tabla 2).

Estos resultados evidencian una escasa incidencia de la jurisprudencia constitucional en la fundamentación de sentencias, lo cual revela, a su vez, que sigue pesando significativamente la tradición jurídica de casi doscientos años en materia de fuentes del derecho, cuyo énfasis es el derecho legislado, por sobre el derecho jurisprudencial.

Los jueces aún no se asumen notificados por la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, por lo que no ilustran generalmente sus fallos con la doctrina y los precedentes emanados de la Corte Constitucional.

4.2.2. SIGNIFICATIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE ARGUMENTOS DE DEFENSA POR PARTE DE LOS ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO.

Por otro lado, al realizar la correlación entre la jurisprudencia constitucional y la construcción de argumentos de defensa por parte de abogados en libre ejercicio, se encontró que existe significatividad moderada de 0,431 señalada por el coeficiente de correlación de Pearson (tabla 2).

Este resultado estadístico revela que se ha iniciado la práctica argumentativa sustentada en la doctrina jurisprudencial y en los precedentes constitucionales, interés que se concilia con los postulados del nuevo orden jurídico y el consiguiente protagonismo que empieza a tener la jurisprudencia constitucional en la cultura jurídica nacional.

4.2.3. SIGNIFICATIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LAS ESTRATEGIAS METODOLÓGICAS PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO.

De igual manera se procedió al análisis bivariado entre la jurisprudencia constitucional y la planificación y desarrollo de clases por parte de los docentes de derecho. En este caso, la correlación no es significativa, por cuanto se obtuvo un coeficiente de 0,064 el cual dista sustancialmente de la unidad requisitoria de factor de impacto (tabla 2).

El resultado estadístico en mención demuestra que los docentes del Derecho persisten en la aplicación de estrategias metodológicas tradicionales de enseñanza, con énfasis en el estudio exegético de la legislación y bajo el enfoque del formalismo jurídico, con prescindencia del estudio de la doctrina y los precedentes producidos por la Corte Constitucional.

TABLA 2
CORRELACIONES BIVARIADAS

		Jurisprudencia Constitucional	Argumentación y sustentación fallos por jueces	Construcción argumentos de defensa por abogados libre ejercicio	Planificación y desarrollo de clases
Jurisprudencia Constitucional	Correlación de Pearson	1	,041	,431	,064
	Sig. (bilateral)		,701	,000	,547
	N	91	91	91	91
Argumentación y sustentación fallos por parte de jueces	Correlación de Pearson	,041	1	,325**	,059
	Sig. (bilateral)	,701		,002	,580
	N	91	91	91	91
Construcción argumentos de defensa por parte de abogados libre ejercicio	Correlación de Pearson	,431**	,325**	1	,010
	Sig. (bilateral)	,000	,002		,925
	N	91	91	91	91
Planificación y desarrollo de clases	Correlación de Pearson	,064	,059	,010	1
	Sig. (bilateral)	,547	,580	,925	
	N	91	91	91	91

Fuente: Análisis del SPSS en base a las respuestas de la población estudiada.
Elaborado por: Xavier Rodas Garcés.

4.3. PRUEBA DE HIPÓTESIS.

Para la prueba de hipótesis se recurrió al análisis estadístico de Regresión Lineal Múltiple, donde los factores argumentación y sustentación de fallos por parte de los jueces; construcción de argumentos para la defensa por parte de los abogados en libre ejercicio y, planificación y desarrollo de clases por parte de los docentes, fueron los insumos de la variable compuesta correlacionados con la variable jurisprudencia constitucional, dando un coeficiente de $R^2 = 0,201$ que muestra la ausencia de significatividad (Ver Tabla 2), lo que desacredita la hipótesis propuesta que señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional incide significativamente en el razonamiento jurídico de jueces y abogados ni en la enseñanza del derecho, dando lugar a señalar con certeza que no resultó lo que se esperaba, por lo cual se urgen medidas compensatorias para apuntalar una mejor dispensación de justicia en el Ecuador.

TABLA 3
PRUEBA DE HIPÓTESIS

Modelo	R	R cuadrado	R cuadrado corregida	Error típ. de la estimación
1	,449 ^a	,201	,174	9,619

a. Variables predictoras: (Constante), Planificación y desarrollo de clases, Construcción argumentos de defensa por parte de abogados libre ejercicio, Argumentación y sustentación fallos por parte de jueces

Fuente: análisis estadístico con el SPSS de la data de los jueces, abogados en libre ejercicio y docentes encuestados.

Elaboración: Xavier Rodas Garcés

4.4. COEFICIENTES BETA.

El concepto del coeficiente Beta (β) originalmente utilizado en el mundo de las finanzas y que mide el riesgo de un valor, fue calculado para encontrar el riesgo sistémico de las decisiones de las unidades de

observación intervinientes, a fin de asegurar el análisis cuantitativo y cualitativo, y apuntalar las conclusiones y recomendaciones, en el contexto del marco teórico citado.

Los resultados muestran que la variable construcción de argumentos de defensa por parte de los abogados en libre ejercicio ($\beta = 3,201$) es la que mayor riesgo presenta al explicar la necesidad de la práctica de la jurisprudencia. De igual modo, la variable planificación y desarrollo de clases es la que tiene un mayor peso ($\beta = 0,295$) y más segura para incidir significativamente en la mejora de la práctica sistémica de la justicia en el Ecuador

TABLA 4
COEFICIENTES BETA

Modelo	Coeficientes no estandarizados		Coeficientes tipificados	t	Sig.
	B	Error típ.	Beta		
(Constante)	41,375	26,793		1,544	,126
Argumentación y sustentación fallos por jueces	-1,997	1,757	-,115	-1,137	,259
1 Construcción argumentos de defensa por abogados libre ejercicio	3,201	,693	,468	4,619	,000
Planificación y desarrollo de clases	,295	,428	,066	,688	,493

Fuente: análisis del Coeficiente Beta con el SPSS de la data de los jueces, abogados en libre ejercicio y docentes encuestados.

Elaboración: Xavier Rodas Garcés

Una vez realizado el análisis de las variables intervinientes, se presentan las conclusiones el estudio y sus recomendaciones, en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES:

1. La jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional tienen una incidencia poco significativa en las decisiones judiciales, el razonamiento de los abogados en libre ejercicio y la enseñanza del derecho, lo cual no permite consolidar el Estado Constitucional y el enfoque neoconstitucionalista del Derecho patrio.
2. El nuevo sistema de fuentes del derecho instaurado en el Ecuador a partir de la vigencia de la Constitución del 2008, donde la jurisprudencia constitucional tiene relevancia protagónica por su fuerza vinculante, aún no logra institucionalizarse de manera general en la práctica argumentativa del derecho en el Ecuador.
3. No existen aún en el sistema judicial ecuatoriano las condiciones normativas y prácticas para promover una cultura del precedente vinculante y asegurar su aplicación cotidiana y eficaz; subsisten dificultades y limitaciones de todo orden para el empleo generalizado de la jurisprudencia constitucional.
4. La dimensión argumentativa del derecho es incipiente aún en el conjunto de las competencias profesionales de los abogados en libre ejercicio.
5. A través de la docencia del derecho no se está promoviendo una cultura jurídica compatible con el estudio y aplicación de la jurisprudencia constitucional.

6. Son muy limitados los esfuerzos de la Corte Constitucional para difundir sus decisiones y orientar a los operadores jurídicos, a fin de lograr que la aplicación de la jurisprudencia constitucional se convierta en una práctica arraigada por parte de los operadores del sistema jurídico ecuatoriano.

4.2. RECOMENDACIONES:

1. Los jueces, abogados y docentes del derecho deben asignar mayor protagonismo a la jurisprudencia constitucional, a fin de consolidar los paradigmas del Estado Constitucional instituido por el Texto Fundamental de Montecristi.
2. En razón de que la conversión de la jurisprudencia constitucional en fuente de derecho pasa por el proceso previo de conocimiento de las decisiones de la Corte Constitucional por parte de los operadores jurídicos, es necesaria su profusa difusión en los diferentes contextos de la práctica del derecho: la judicatura, el foro y la academia.
3. Los jueces deben ser formados en la nueva cultura de la constitucionalización de la justicia y la Corte Constitucional debe desplegar una labor de difusión de sus decisiones en todos los despachos judiciales del país, a fin de lograr que los jueces motiven más y mejor sus sentencias invocando la jurisprudencia y los precedentes emanados de la Corte Constitucional.
4. Los abogados deben diseñar sus estrategias de defensa en función de precedentes constitucionales, a cuyo efecto, es necesario que tanto la academia como el gremio profesional promueva la nueva formación compatible con el nuevo sistema de manejo de las fuentes del derecho.
5. Los docentes del derecho deben enfocar su enseñanza a la luz de la jurisprudencia constitucional y los precedentes vinculantes fijados por la Corte Constitucional, a fin de lograr que la formación jurídica sea más metodológica y argumentativa con base en la jurisprudencia y en los precedentes emanados de la Corte Constitucional.

6. Es necesario diseñar y aplicar políticas públicas conjuntamente Corte Constitucional, Consejo de la Judicatura, Universidades y Gremios de Abogados, a fin de implantar la nueva cultura jurídica basada en la jurisprudencia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, Josep (2008) *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)* (2ª ed.). Barcelona: Editorial Ariel.
- Alarcón, Carlos y Vigo, Rodolfo Luis, (Coord.) (2011). *Interpretación y argumentación jurídica, problemas y perspectivas actuales*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Alexy, Robert (1997) *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrade, Santiago (2009) *La Función Judicial en la vigente Constitución de la República*, en "La nueva Constitución del Ecuador". Quito: Corporación Editora Nacional.
- Andrade, Santiago y Ávila, Luis Fernando (Edit.) (2009) *La transformación de la justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Atienza, Manuel (2006) *El derecho como argumentación*. Concepciones de la argumentación. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, M. (2006) *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (2ª ed.). Lima: Palestra Editores.
- Atienza, Manuel y Lozada, Alí (2009) *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Editorial Cevallos.
- Atienza, Manuel (2009) *El sentido del Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Atienza, Manuel (2013) *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Editorial pasos perdidos.
- Ávila, Luis Fernando (2009). *La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008 en "Constitución de 2008 en el contexto andino"*. Quito: Corte Constitucional.

- Ávila, Luis Fernando (2012) *Repertorio Constitucional 2008-2011*. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador.
- Ávila, Luis Fernando (2013) *El precedente constitucional: teoría y praxis*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Ávila, Ramiro (2009) *Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia*, en "La Nueva Constitución del Ecuador". Quito: Corporación Editora Nacional.
- Ávila, Ramiro (2010) *Cultura jurídica, Facultades de Derecho y Función Judicial*. Quito: Corte Constitucional.
- Ávila, Ramiro (2012) *Los derechos y sus garantías, ensayos críticos*. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador.
- Bernal Pulido, C. (2007) *Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo, las tesis de Prieto Sanchís*, en "Teoría del Neoconstitucionalismo" (Ed. Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta.
- Bernal Pulido, Carlos (2008) *El precedente en Colombia*. Bogotá: Revista Derecho del Estado No. 21.
- Bernal Pulido, Carlos (2008) *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bhrunis, Roberto (2010) *Sentencias Constitucionales: análisis, ponencias y decisiones de un juez*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Bhrunis, Roberto (2010) *Jurisprudencia constitucional vinculante –fuente directa del Derecho-* Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Bobbio, Norberto (2012) *Teoría general del Derecho* (3ª ed.). Bogotá. Editorial Temis.

- Bonorino, Pablo (Ed.) (2010) *El derecho en acción: ensayos sobre interpretación y aplicación del Derecho*, vol. 6. Lima: Ara Editores.
- Bonorino, Pablo (Ed.) (2010) *Pensar el Derecho: ensayos de teorías jurídicas contemporáneas*, vol. 7. Lima: Ara Editores.
- Bullard, Alfredo y Otros (2003) *El Derecho como objeto e instrumento e transformación*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Capella, Juan Ramón (2009). *El aprendizaje del aprendizaje: una introducción al estudio del Derecho* (5ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, Miguel (Ed.) (2007) *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, Miguel (Ed.) (2009) *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, Miguel y García, L., (Ed.) (2010) *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Carbonell, Miguel () *La enseñanza del Derecho*.
- Carbonell, Miguel (Coord.) (2014) *Argumentación jurídica: el uso de la ponderación y la proporcionalidad*. Quito: Cevallos Librería Jurídica.
- Cárdenas, Jaime (2010) *La argumentación como derecho*. México: UNAM.
- Carpio, Edgar y Grández, Pedro (2007) *El precedente constitucional (2005-2006), sentencias, sumillas e índices* (2ª ed.). Lima: Palestra Editores.
- Carpio, Edgar y Grández, Pedro (2008) *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional (2007-2008)*. Lima: Palestra Editores.
- Castillo Alva, José Luis y Castillo Córdova, Luis (2008) *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Lima: Ara Editores.

- Comanducci, Paolo (2009) *Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico*, en *Neoconstitucionalismo (s)*, Ed. Carbonell. Madrid: Editorial Trotta.
- Comanducci, Paolo (2010) *Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del Derecho*. Lima: Ara Editores.
- Corte Constitucional (2013) *Rendición de cuentas del Proceso de Selección período 2008-2013*. Serie Jurisprudencia Constitucional No. 4. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador.
- De Sousa Santos, Boaventura (2009) *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el Derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- De Sousa Santos, Boaventura (2012) *Derecho y emancipación*. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador.
- Díez-Picasso, Luis (2008) *Experiencia jurídicas y Teoría del Derecho* (3ª edición). Barcelona: Editorial Ariel.
- Escobar, Claudia, (Edit.) (2010) *Teoría y práctica de la justicia constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ferrajoli Luigi, Moreso José y Atienza Manuel (2010) *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. México: Fontamara.
- Ferrajoli, Luigi, y otros (2012) *Un debate sobre el constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar, Arturo (Coord.) (2009) *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: Editorial Temis.
- García, Mauricio y Rodríguez, César (Ed.) (2003) *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Gascón, Marina y García, Alfonso (2005) *La argumentación en el Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Gaviria, Carlos (2002) *Sentencias herejía, constitucionales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Gil Domínguez, Andrés (2009) *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: Editora AR.
- Gómez, Laureano (2008) *Hermenéutica jurídica, la interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- González, Gorki (2008) *La enseñanza del Derecho o los molinos de viento: cambios, resistencias y continuidades*. Lima: Palestra Editores.
- Grández, Pedro (2010) *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
- Guastini, Ricardo () *Interpretación, Estado y Constitución*. Lima: Ara Editores.
- Häberle, Peter (2009) *La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta*, en "La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Colombia: Editorial Temis.
- Habermas, Jürgen (2008) *Facticidad y validez (5ª ed.)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Hernández, Carlos y Mazabel, Moisés (2010) *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*. Lima: Ara Editores.
- Higa, César (2011) *Litigación, Argumentación y Teoría del caso*. Lima: Ara Editores.
- Landa, César (2007) *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores.

- Landa, César (2008) *Justicia Constitucional*, Revista de Jurisprudencia, Especial: El Juez Constitucional. Lima: Palestra Editores.
- Liendo, Fernando (2012) *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*. Lima: Ara Editores.
- Londoño, Nelson (2013) *Argumentación jurídica* (2ª ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- López, Luis (2001) *El poder judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- López, Diego (2004) *Teoría impura del Derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Editorial Legis.
- López, Diego (2008) *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis Editores.
- López, Diego (2011) *La jurisprudencia como fuente del derecho: visión histórica y comparada*, en "Umbral, revista de Derecho Constitucional No. 1, enero-junio 2011.
- López, Diego (2011) *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis Editores.
- Martineau, Francois (2008). *Argumentación judicial del abogado*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Martínez, David (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Mayorga, Julio (2013) *Teoría y práctica constitucional*. Cuenca: Imprenta Monsalve Moreno.
- Mesía, Carlos (2010) *Mis decisiones básicas y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2008) *Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito.
- Montaña, Juan (2012) *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional.
- Montaña, Juan (2012) *El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en "Apuntes de Derecho Procesal Constitucional", tomo 1, Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional.
- Mora, Gabriel (2009) *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.
- Mora, Gabriel y Benítez, Vicente (Coord.) (2013) *Retos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Narváez, José (2010) *Cultura Jurídica*. México: Editorial Porrúa.
- Nino, Carlos Santiago (2000) *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nino, Carlos Santiago (2003) *Introducción al análisis del Derecho* (12ª ed.). Barcelona: Editorial Ariel.
- Nino, Carlos Santiago (2003) *Introducción al análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ortega, Rubén (2008) *Introducción al Derecho*. Loja: UTPL.
- Ortega, Santiago (Ed.) (2009) *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. 1. Lima: Ara Editores.
- Peña, Antonio Manuel (1997) *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. España: Editorial Trotta.

- Pérez Lledó, Juan (2006) *La enseñanza del Derecho: dos modelos y una propuesta*. Lima: Palestra Editores.
- Pérez Luño, Antonio (2011) *El desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Madrid: Editorial La Ley.
- Pérez Luño, Antonio (2011) *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica* (10ª ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Pérez, Rogelio y Rodríguez, Julia (Comp.)(2006) *La formación jurídica en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez V., Rodolfo (2007) *La jurisprudencia vinculante como norma jurídica*, en Revista Justicia Juris, Vol. 7. Lima.
- Piniella, Juan Sebastián (1994) *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad. Encrucijada de competencias*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Porras, Angélica y Romero, Johanna (2012) *Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión, Corte Constitucional del Ecuador.
- Pozzolo, Susanna (Ed.)(2011) *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Lima: Palestra Editores.
- Prieto Sanchís, Luis y otros (1997) *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill.
- Prieto Sanchís, Luis (2005) *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra Editores.
- Prieto Sanchís, Luis (2009) *Apuntes de Teoría de Derecho* (4ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- Puy, Francisco y Portela, Jorge (Comp.) (2005) *La argumentación de los operadores jurídicos*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.

Quinche, Manuel (2014) *El precedente judicial y sus reglas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Legis.

Starck, Christian (2011) *Jurisdicción Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Dykinson.

Talero, Bárbara (2008) *La decisión civil : del silogismo a la argumentación judicial, teoría y práctica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Taruffo, Michelle y Ramírez, Diana (2009) *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima: Ara Editores.

Wray, Alberto (1999) *Diagnóstico sobre el estado de la enseñanza del Derecho en el Ecuador*. Quito:

Witker, Jorge (1975) *Metodología de la enseñanza del Derecho*. México: Editora Nacional.

Zagrebelsky, Gustavo (2009) *El derecho dúctil* (9ª ed.). Madrid: Editorial Trotta.

Zagrebelsky, Gustavo (2014) *El La ley y su justicia: tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Editorial Trotta.

Zavala Egas, Jorge (2011) *Teoría y práctica procesal constitucional*. Guayaquil: Edilex S.A.

TEXTOS LEGALES.

- Constitución de la República del Ecuador (R.O. 449, 20-X-2008).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (R.O. 52, 22-X-2009).
- Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. 544, 9-III-2009).

RESOLUCIONES Y SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

- Resolución de 20 de octubre de 2008, mediante la cual los integrantes del Tribunal Constitucional asumen las atribuciones de la Corte Constitucional creada por la Constitución de Montecristi (R.O. 451-S, 22-X-2008);
- Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC (R.O. 479-S, 2-XII-2008);
- Sentencia 001-009-SIS-CC (bloque de constitucionalidad).
- Sentencia de Jurisprudencia Vinculante 001-10-PJO-CC (R.O. 351-2do.S, 29-XII-2010).
- Sentencia de Jurisprudencia Vinculante 001-12-PJO-CC (R.O.)

ANEXOS

CUADRO 1: OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES		
HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
<p>La jurisprudencia de la Corte Constitucional no tiene incidencia significativa en el razonamiento jurídico de jueces y abogados ni en la enseñanza del derecho.</p>	<p>X= VARIABLE INDEPENDIENTE (VI)</p> <ul style="list-style-type: none"> - jurisprudencia de la Corte Constitucional (causa). <p>Y= VARIABLES DEPENDIENTES (VD)</p> <ul style="list-style-type: none"> - razonamiento jurídico de jueces; - razonamiento jurídico de abogados; - enseñanza del derecho (efectos). 	<p>X₁ doctrina jurisprudencial;</p> <p>X₂ <i>ratio decidendi</i>;</p> <p>X₃ precedente constitucional obligatorio y vinculante.</p> <p>Y₁ argumentación judicial;</p> <p>Y₂ argumentación abogadil;</p> <p>Y₃ estrategias metodológicas de enseñanza del derecho.</p>

CUADRO 2: CONEXIÓN PROBLEMA-HIPÓTESIS-OBJETIVOS

CONEXIÓN PROBLEMA-HIPÓTESIS-OBJETIVOS		
PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
<p>¿En qué medida incide la jurisprudencia constitucional y los precedentes obligatorios y vinculantes de la Corte Constitucional en las decisiones judiciales, el razonamiento de los abogados en libre ejercicio y la enseñanza del Derecho?</p>	<p>La jurisprudencia de la Corte Constitucional no incide significativamente en el razonamiento jurídico de jueces y abogados ni en la enseñanza del Derecho.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Evaluar la incidencia de la jurisprudencia constitucional y del precedente vinculante en las decisiones judiciales, el razonamiento de los abogados en libre ejercicio y la enseñanza del Derecho en la ciudad de Guayaquil durante el período 2008-2012. ▪ Determinar hasta qué punto influye la jurisprudencia constitucional en el razonamiento jurídico de jueces y abogados. ▪ Determinar hasta qué punto influye la jurisprudencia constitucional en el enfoque metodológico de la enseñanza del Derecho. ▪ Evaluar el nivel de recepción de los precedentes constitucionales por parte de los operadores del sistema jurídico y por los docentes de Derecho.

CUADRO 3: INDICADORES, MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

CUADRO DE INDICADORES, MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS			
INDICADORES	MÉTODOS	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
X ₁ doctrina jurisprudencial;	SÍNTESIS BIBLIOGRÁFICA ANÁLISIS DOCUMENTAL Y REVISIÓN DE NORMATIVA	SISTEMATIZACIÓN BIBLIOGRÁFICA Y NORMATIVA	FICHA DE TRABAJO BIBLIOGRÁFICO, DOCUMENTAL Y DE NORMATIVA
X ₂ ratio decidendi;	SÍNTESIS BIBLIOGRÁFICA ANÁLISIS DOCUMENTAL Y REVISIÓN DE NORMATIVA	SISTEMATIZACIÓN BIBLIOGRÁFICA Y NORMATIVA	FICHA DE TRABAJO BIBLIOGRÁFICO, DOCUMENTAL Y DE NORMATIVA
X ₂ precedente constitucional obligatorio y vinculante.	SÍNTESIS BIBLIOGRÁFICA ANÁLISIS DOCUMENTAL Y REVISIÓN DE NORMATIVA	SISTEMATIZACIÓN BIBLIOGRÁFICA Y NORMATIVA	FICHA DE TRABAJO BIBLIOGRÁFICO, DOCUMENTAL Y DE NORMATIVA
Y ₁ razonamiento judicial;	MUESTREO SELECTIVO DE INFORMANTES (JUECES)	ENCUESTA	CUESTIONARIO DE ENCUESTA Y DE AUTOVALORACIÓN
Y ₂ razonamiento abogadil;	MUESTREO SELECTIVO DE INFORMANTES (ABOGADOS)	ENCUESTA	CUESTIONARIO DE ENCUESTA Y DE AUTOVALORACIÓN
Y ₃ enseñanza del derecho.	MUESTREO SELECTIVO DE INFORMANTES (DOCENTES)	ENCUESTA	CUESTIONARIO DE ENCUESTA Y DE AUTOVALORACIÓN

ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS

TABLA 1
COEFICIENTE DE CONFIABILIDAD

Alfa de Cronbach	No. de elementos
,818	34

TABLA 2
ESTADÍSTICOS DESCRIPTIVOS DE FACTORES INTERVINIENTES

	N	Ran- go	Míni mo	Máxi mo	Media	Desv. típ.
Género	91	1	1	2	1,18	,270
Edad	91	2	1	3	2,05	,364
Tiempo de servicio profesional	91	2	1	3	1,82	,543
Existe un nuevo sistema de fuentes del derecho en el Ecuador	91	4	1	5	3,73	1,317
La jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye actualmente parte del sistema de fuentes	91	4	1	5	3,96	1,178
Los dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter obligatorio y vinculante	91	4	1	5	3,78	1,229
La Corte Constitucional crea derecho a través de su jurisprudencia	91	4	1	5	3,83	1,200
La jurisprudencia constitucional ha cambiado la cultura jurídica nacional	91	4	1	5	2,73	1,350
Hay suficiente difusión de la jurisprudencia constitucional para orientar a los operadores jurídicos	91	4	1	5	2,29	1,120
Hay limitaciones y dificultades para la aplicación generalizada de la jurisprudencia constitucional	91	4	1	5	3,60	1,104
La jurisprudencia constitucional tiene un rol protagónico en la cultura jurídica nacional	91	4	1	5	3,00	1,325
Se ha constitucionalizado el derecho ecuatoriano	91	4	1	5	3,33	1,334
Los operadores jurídicos conocen el rol de la Corte Constitucional	91	4	1	5	2,58	,998
Todo criterio esgrimido por la Corte Constitucional en sus sentencias tiene carácter vinculante	91	4	1	5	2,51	1,076
En gran medida las sentencias de la Corte Constitucional se integran como fuente normativa	91	3	2	5	3,14	1,123
En toda sentencia proferida por la Corte Constitucional, es necesario distinguir cuál es la parte que tiene poder vinculante y cuál tiene sólo fuerza persuasiva	91	4	1	5	3,67	,974
Es una forma de creación de derecho, a cargo de la Corte Constitucional.	91	4	1	5	3,87	,861
Toda argumentación de la Corte Constitucional desarrollada en sus fallos tiene el carácter de precedente constitucional.	91	4	1	5	2,65	,931
Trasciende el caso concreto y vincula no sólo a las instancias jurisdiccionales sino también a todos los poderes públicos y privados.	91	3	2	5	3,90	,877
Es lo mismo el "precedente constitucional" que "jurisprudencia constitucional"	91	4	1	5	2,32	,880
Considera obligatorio remitirse a la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional.	91	1	4	5	4,36	,168
Es sólo discrecional invocar las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional.	91	3	1	4	2,73	,397
Aplica los precedentes de la Corte Constitucional relativos al caso materia de la decisión.	91	1	4	5	4,45	,174
Tiene prelación la Constitución y la Ley	91	3	2	5	4,27	,302
Usa la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional.	91	4	1	5	2,96	,966
Investiga precedentes constitucionales aplicables al caso.	91	4	1	5	2,98	1,005
Es irrelevante la jurisprudencia constitucional.	91	3	1	4	2,63	,788
La Constitución y la Ley tienen prelación	91	3	2	5	4,04	,393
Promueve la investigación y el estudio de la jurisprudencia constitucional.	91	4	1	5	3,79	,771
Destaca la importancia de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes.	91	4	1	5	3,79	,727

Los precedentes constitucionales refuerzan el abordaje de los casos en estudio.
 La Constitución y la Ley tienen relación
 N válido (según lista)

91	4	1	5	3,85	,732
91	2	3	5	4,64	,327
91					

TABLA 3

PRUEBA DE HIPÓTESIS (CORRELACIONES BIVARIADAS)

		Jurisprudencia Constitucional	Argumentación y sustentación de fallos por jueces	Construcción argumentos de defensa por abogados libre ejercicio	Planificación y desarrollo de clases
Jurisprudencia Constitucional	Correlación de Pearson	1	,041	,431**	,064
	Sig. (bilateral)		,701	,000	,547
	N	91	91	91	91
Argumentación y sustentación fallos por parte de jueces	Correlación de Pearson	,041	1	,325**	,059
	Sig. (bilateral)	,701		,002	,580
	N	91	91	91	91
Construcción argumentos de defensa por parte de abogados libre ejercicio	Correlación de Pearson	,431**	,325**	1	,010
	Sig. (bilateral)	,000	,002		,925
	N	91	91	91	91
Planificación y desarrollo de clases	Correlación de Pearson	,064	,059	,010	1
	Sig. (bilateral)	,547	,580	,925	
	N	91	91	91	91

** . La correlación es significativa al nivel 0,01 (bilateral).

TABLA 4

RESUMEN DEL MODELO

(PRUEBA DE HIPÓTESIS)

Modelo	R	R cuadrado	R cuadrado corregida	Error típ. de la estimación
1	,449^a	,201	,174	9,619

a. Variables predictoras: (Constante), Planificación y desarrollo de clases, Construcción argumentos de defensa por parte de abogados libre ejercicio, Argumentación y sustentación fallos por parte de jueces

TABLA 5
COEFICIENTE BETA

Modelo	Coeficientes no estandarizados		Coeficientes tipificados	t	Sig.
	B	Error típ.	Beta		
(Constante)	41,375	26,793		1,544	,126
Argumentación y sustentación fallos por jueces	-1,997	1,757	-,115	-1,137	,259
1 Construcción argumentos de defensa por abogados libre ejercicio	3,201	,693	,468	4,619	,000
Planificación y desarrollo de clases	,295	,428	,066	,688	,493

CUESTIONARIO DE ENCUESTA

ANTECEDENTE. La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil desarrolla el programa académico de la Maestría en Derecho Constitucional, y promueve la investigación sobre:

“La jurisprudencia constitucional y su impacto en las decisiones judiciales, el ejercicio profesional y la enseñanza del derecho en la ciudad de Guayaquil”.

La encuesta está dirigida a Juezas y Jueces de las Salas de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Abogados en libre ejercicio y Docentes de Derecho.

Sus respuestas a las preguntas que se formulan a continuación, serán de mucha utilidad para los propósitos de la investigación en curso.

Las **VARIABLES** sobre las cuales gira la investigación son las siguientes:

1. jurisprudencia de la Corte Constitucional (variable X);
2. razonamiento jurídico de jueces y abogados y enseñanza del derecho (variable Y).

Cada una de estas variables tiene sus respectivos **INDICADORES**, sobre los cuales versan las preguntas que se plantean en la presente encuesta.

PREGUNTAS: Por favor, marque con una (X) frente al enunciado (uno o más) de su elección.

X₁ JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. *(para todos los encuestados)*

PRIMERA PREGUNTA: Considera usted que, a partir de la Constitución de 2008:

- 1.1. Existe un nuevo sistema de fuentes del derecho en el Ecuador.
- 1.2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye actualmente parte del sistema de fuentes.
- 1.3. Los dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter obligatorio y vinculante.
- 1.4. La Corte Constitucional crea derecho a través de su jurisprudencia.
- 1.5. La jurisprudencia constitucional ha cambiado la cultura jurídica nacional.
- 1.6. Hay suficiente difusión de la jurisprudencia constitucional para orientar a los operadores jurídicos.
- 1.7. Hay limitaciones y dificultades para la aplicación generalizada de la

jurisprudencia constitucional.

- 1.8. La jurisprudencia constitucional tiene un rol protagónico en la cultura jurídica nacional.
 - 1.9. Se ha constitucionalizado el derecho ecuatoriano.
 - 1.10. Todos los operadores jurídicos conocen el rol de la Corte Constitucional.
-

X₂ RATIO DECIDENDI.

(para todos los encuestados)

SEGUNDA PREGUNTA: Respecto de la *ratio decidendi* (regla o razón general que constituye la base necesaria de la decisión,) se sigue que:

- 2.1. Todo criterio esgrimido por la Corte Constitucional en sus sentencias, tiene carácter vinculante.
 - 2.2. Ciertas partes de las sentencias de la Corte Constitucional, sólo sirven de fuente argumentativa.
 - 2.3. Sólo una parte de las sentencias de la Corte Constitucional se integra como fuente normativa.
 - 2.4. En toda sentencia proferida por la Corte Constitucional, es necesario distinguir cuál es la parte que tiene poder vinculante y cuál tiene sólo fuerza persuasiva.
-

X₃ PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.

(para todos los encuestados)

TERCERA PREGUNTA: El precedente constitucional:

- 3.1. Es una forma de creación de derecho, a cargo de la Corte Constitucional.
 - 3.2. Toda argumentación de la Corte Constitucional desarrollada en sus fallos tiene el carácter de precedente constitucional.
 - 3.3. Trasciende el caso concreto y vincula no sólo a las instancias jurisdiccionales sino también a todos los poderes públicos y privados.
 - 3.4. Es lo mismo que jurisprudencia constitucional.
-

Y₁ ARGUMENTACIÓN JUDICIAL.

(sólo para juezas y jueces)

CUARTA PREGUNTA: En la argumentación y sustentación de sus fallos:

- 4.1. Considera obligatorio remitirse a la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional.

- 4.2. Es sólo discrecional invocar las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional.
- 4.3. Aplica los precedentes de la Corte Constitucional relativos al caso materia de la decisión.
- 4.4. Tiene prelación la Constitución y la Ley.
-

Y₂ ARGUMENTACIÓN DEL ABOGADO.

(sólo para abogadas y abogados en libre ejercicio)

QUINTA PREGUNTA: En la construcción de sus argumentos de defensa:

- 5.1. Hace uso de la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional.
- 5.2. Investiga precedentes constitucionales aplicables al caso.
- 5.3. Es irrelevante la jurisprudencia constitucional.
- 5.4. La Constitución y la Ley tienen prelación.
-

Y₃ ENSEÑANZA DEL DERECHO.

(sólo para docentes de Derecho)

SEXTA PREGUNTA: En la planificación y desarrollo de sus clases:

- 6.1. Promueve la investigación y el estudio de la jurisprudencia constitucional.
- 6.2. Destaca la importancia de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes.
- 6.3. Los precedentes constitucionales refuerzan el abordaje de los casos en estudio.
- 6.4. La Constitución y la Ley tienen prelación.
-

MUCHAS GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

GUAYAQUIL, FEBRERO DE 2014

XAVIER RODAS GARCÉS
RESPONSABLE DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE
“LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN LAS DECISIONES
JUDICIALES, EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN
LA CIUDAD DE GUAYAQUIL”.

MAESTRÍA DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

CUESTIONARIO DE ENCUESTA

ANTECEDENTE.- La Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil desarrolla el programa académico de la Maestría en Derecho Constitucional, y promueve la investigación sobre:

“La jurisprudencia constitucional y su impacto en las decisiones judiciales, el ejercicio profesional y la enseñanza del derecho en la ciudad de Guayaquil en el 2014”.

La encuesta está dirigida a Juezas y Jueces de las Salas de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, Abogados en libre ejercicio y Docentes de Derecho.

Sus respuestas a las preguntas que se formulan a continuación, serán de mucha utilidad para los propósitos de la investigación en curso.

Las **VARIABLES** sobre las cuales gira la investigación son las siguientes:

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional (variable X);
4. Razonamiento jurídico de jueces y abogados y enseñanza del derecho (variable Y).

Cada una de estas variables tiene sus respectivos **INDICADORES**, sobre los cuales versan las preguntas que se plantean en la presente encuesta.

PREGUNTAS: Por favor, marque con una (X) dentro del casillero que corresponda al enunciado (uno o más) de su elección.

INFORMACIÓN GENERAL

- | | | | |
|------------------------------------|-----------------------------------|-------------------------------------|-----------------------------------|
| 1. GÉNERO: | MASCULINO () ₁ | FEMENINO () ₂ | OTRO () ₃ |
| 2. EDAD: | MENOR DE 30 AÑOS () ₁ | ENTRE 31 Y 50 AÑOS () ₂ | MAYOR DE 51 AÑOS () ₃ |
| 3. TIEMPO DE SERVICIO PROFESIONAL: | MENOS DE 10 AÑOS () ₁ | ENTRE 11 Y 20 AÑOS () ₂ | MÁS DE 21 AÑOS () ₃ |

X1 JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

(para todos los encuestados)

Preguntas	1 Totalmente en desacuerdo	2 En desacuerdo	3 Ni en desacuerdo ni de acuerdo	4 De acuerdo	5 Totalmente de acuerdo
(JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL) Considera usted que, a partir de la Constitución de 2008:					
4. Existe un nuevo sistema de fuentes del derecho en el Ecuador					
5. La jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye actualmente parte del sistema de fuentes					
6. Los dictámenes y sentencias de la Corte Constitucional tienen carácter obligatorio y vinculante					
7. La Corte Constitucional crea derecho a través de su jurisprudencia					
8. La jurisprudencia constitucional ha cambiado la cultura jurídica nacional					
9. Hay suficiente difusión de la jurisprudencia constitucional para orientar a los operadores jurídicos					
10. Hay limitaciones y dificultades para la aplicación generalizada de la jurisprudencia constitucional					
11. La jurisprudencia constitucional tiene un rol protagónico en la cultura jurídica nacional					
12. Se ha constitucionalizado el derecho ecuatoriano					
13. Los operadores jurídicos conocen el rol de la Corte Constitucional					
(RATIO DECIDENDI) Respecto de la ratio decidendi (regla o razón general) que constituye la base necesaria de la decisión), se sigue que:					
14. Todo criterio esgrimido por la Corte Constitucional en sus sentencias tiene carácter vinculante					
15. En gran medida las sentencias de la Corte Constitucional se integran como fuente normativa					
16. En toda sentencia proferida por la Corte Constitucional, es necesario distinguir cuál es la parte que tiene poder vinculante y cuál tiene sólo fuerza persuasiva					
(PRECEDENTE CONSTITUCIONAL) El precedente constitucional:					
17. Es una forma de creación de derecho, a cargo de la Corte Constitucional.					
18. Toda argumentación de la Corte Constitucional desarrollada en sus fallos tiene el carácter de precedente constitucional.					
19. Trasciende el caso concreto y vincula no sólo a las instancias jurisdiccionales sino también a todos los poderes públicos y privados.					
20. Es lo mismo el "precedente constitucional" que "jurisprudencia constitucional"					

Y₁ ARGUMENTACIÓN JUDICIAL.

(sólo para juezas y jueces)

FACTOR ARGUMENTACIÓN FALLOS: En la argumentación y sustentación de sus fallos:

Preguntas	1 Totalmente en desacuerdo	2 En desacuerdo	3 Ni en desacuerdo ni de acuerdo	4 De acuerdo	5 Totalmente de acuerdo
21. Considera obligatorio remitirse a la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional.					
22. Es sólo discrecional invocar las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional.					
23. Aplica los precedentes de la Corte Constitucional relativos al caso materia de la decisión.					
24. Tiene prelación la Constitución y la Ley					

Y₂ ARGUMENTACIÓN DEL ABOGADO.

(sólo para abogadas y abogados en libre ejercicio)

FACTOR CONSTRUCCIÓN ARGUMENTOS: En la construcción de sus argumentos de defensa:

Preguntas	1 Totalmente en desacuerdo	2 En desacuerdo	3 Ni en desacuerdo ni de acuerdo	4 De acuerdo	5 Totalmente de acuerdo
25. Usa la doctrina jurisprudencial de la Corte Constitucional.					
26. Investiga precedentes constitucionales aplicables al caso.					
27. Es irrelevante la jurisprudencia constitucional.					
28. La Constitución y la Ley tienen prelación					

FACTOR PEDAGOGÍA: En la planificación y desarrollo de sus clases:

Preguntas	1 Totalmente en desacuerdo	2 En desacuerdo	3 Ni en desacuerdo ni de acuerdo	4 De acuerdo	5 Totalmente de acuerdo
29. Promueve la investigación y el estudio de la jurisprudencia constitucional.					
30. Destaca la importancia de la Corte Constitucional en el sistema de fuentes.					
31. Los precedentes constitucionales refuerzan el abordaje de los casos en estudio.					
32. La Constitución y la Ley tienen prelación					

MUCHAS GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

GUAYAQUIL, FEBRERO DE 2014

XAVIER RODAS GARCÉS
RESPONSABLE DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE
“LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y SU IMPACTO EN LAS DECISIONES
JUDICIALES, EL EJERCICIO PROFESIONAL Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN
LA CIUDAD DE GUAYAQUIL”.

MAESTRÍA DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

GLOSARIO

DOCTRINA CONSTITUCIONAL: Es el nombre con el que se designan las interpretaciones que hace la Corte constitucional de la Constitución y las leyes, con ocasión del ejercicio de sus competencias, mediante autos y sentencias. Esta puede ser interpretativa o integradora.

FUENTES DE DERECHO: Son los procesos de creación de normas jurídicas cuyos elementos condicionan la validez de las reglas resultantes, trátese de la legislación, la jurisprudencia o la costumbre. También se considera como fuentes del derecho al conjunto de elementos con los que las autoridades públicas fundan sus decisiones, ejercen sus competencias o resuelven los conflictos que llegan a su conocimiento.

FUERZA VINCULANTE: Referida al precedente, hace relación al vínculo que tiene el juez con las reglas o *ratio decidendi* de las decisiones de las corporaciones judiciales de cierre, para la solución de nuevos casos.

JURISPRUDENCIA: Es el nombre genérico que se da a las sentencias proferidas por los jueces, los tribunales y las cortes. La Corte Constitucional diferencia entre la jurisprudencia como precedente y la jurisprudencia como criterio auxiliar.

JURISPRUDENCIA COMO PRECEDENTE: Son las reglas contenidas en las sentencias proferidas por los órganos judiciales de cierre jurisdiccional, las que vinculan a tribunales, jueces y al propio órgano productor, así como a las demás autoridades públicas y los particulares.

JURISPRUDENCIA COMO CRITERIO AUXILIAR: Son las decisiones y reglas dispuestas por otros órganos y autoridades judiciales distintas a los órganos de cierre, que son criterio auxiliar de interpretación.

PRECEDENTE: Es aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que por su pertinencia para la solución de un problema jurídico, debe considerarse necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia o de tomar una decisión.

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO: o precedente constitucional, es la parte de una sentencia constitucional que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución fijados por el Pleno de la Corte Constitucional y que tienen efectos generalmente obligatorios o vinculantes respecto de las garantías jurisdiccionales y demás competencias de la Corte.

Existe una diferencia entre precedente y sentencia. La sentencia es el género que abarca varios contenidos de acuerdo a las competencias de la Corte. El precedente es la parte de la sentencia en la que se establece el pensamiento judicial argumentativamente construido. En la sentencia, el precedente se encuentra identificado con un acápite específico (precedente: reglas y efectos). Lo incluido en la fundamentación también obliga.

RATIO DECIDENDI: Es un enunciado concreto, contenido en la sentencia, que define el caso o pleito, mediante la formulación de una regla, cuya aplicación genera la decisión o el resuelve del caso concreto.

REGLA: Es una clase de enunciado normativo (las normas se suelen dividir en dos: principios y reglas) de carácter particular, conformado usualmente por el hecho jurídico y la consecuencia jurídica, que manda, permite o prohíbe algo.

REGLA JURISPRUDENCIAL: Enunciado normativo particular establecido por una interpretación que se dispone en el texto de una sentencia proferida por un órgano de cierre jurisdiccional, que manda, permite o prohíbe algo. También se llama "subregla".