

Repertorio constitucional 2008-2011

Luis Fernando Ávila Linzán
Editor

Quito - Ecuador

Ávila Linzán, Luis Fernando

Repertorio constitucional 2008-2011 / Luis Fernando Ávila Lizán, editor.- 1 ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Jurisprudencia constitucional, 3) 460 p.; 15x21 cm + 1 CD-ROM

ISBN: 978-9942-07-312-9

Derechos de autor: 039749

1. Jurisprudencia constitucional – Ecuador. I. Título. II. Serie

CDD21:342.02648. CDU: 342.565.2(866). LC: KHK2921.A95 2012.

Cutter-Sanborn: AV958

Catalogación en la fuente: Biblioteca “Luis Verdesoto Salgado”. Corte Constitucional.

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire

*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto

Director Ejecutivo del CEDEC

Luis Ávila Linzán
Editor

Dayana Ávila

Lorena Molina

Renatta Moreno

Ismael Quintana

Mercedes Suárez

Edison Vargas

Colaboradores

Miguel Romero Flores

Corrector de Estilo

Juan Francisco Salazar

Diseño de Portadas

Imprenta: V&M Gráficas

Quito-Ecuador, octubre 2012

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional

Av. 12 de Octubre N16-114

y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.

Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170

www.corteconstitucional.gob.ec

publicaciones@cce.gob.ec

Índice general

Presentación	9
<i>Patricio Pazmiño Freire</i>	
Prólogo	11
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Prefacio	19
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Estudios introductorios	
(a) Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado	27
<i>Pablo Alarcón Peña</i>	
(b) Usos de la jurisprudencia constitucional en el siglo XXI	45
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
I. Contenido	
1. Acción de inconstitucionalidad contra Estados de excepción (EE) ..	91
2. Consulta de constitucionalidad de norma (CN)	113
3. Acción de incumplimiento (IS)	143
4. Acción extraordinaria de protección (EP)	199
5. Acción de inconstitucionalidad normativa (IN)	289
6. Acción por incumplimiento (AN)	307
7. Acción de interpretación constitucional (IC)	323
8. Otras competencias constitucionales:	335
a. Acción de inconstitucionalidad por omisión (IO)	335
b. Constitucionalidad de consulta popular (CP)	336
c. Dirimencia de competencias constitucionales (DC)	340
d. Reforma constitucional (RC)	343
e. Precedente constitucional obligatorio (PJO)	344

II. Instrumentos utilizados

Guía práctica de procesamiento del repertorio constitucional (2008-2011).....	349
Protocolo para la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios (PCO), 2010, Corte Constitucional.	373

III. Precedentes constitucionales obligatorios

Sentencia n.º 001-10-PJO-CC. Caso n.º 0999-09-JP Corte Constitucional, <i>Lucía Bacigalupo- Juan Carlos Bacigalupo Buenaventura y Zully Priscila Bacigalupo (Indulac)</i> , cs. 0999-09-JP, st. 001-10-PJO-CC: 22-dic-2010. Juez constitucional ponente: Roberto Bhrunis Lemarie.	395
---	-----

Sentencia n.º 001-12-PJO-CC. Caso n.º 0893-09-EP Acumulados Corte Constitucional, <i>Avelino Humberto Guzmán Sánchez (trabajador) y Guillermo Antonio Quezada Terán (Tripleoro)</i> , cs. 0893-09-EP (acumulados), st. 001-12-PJO-CC: 5-ene-2012. Juez constitucional ponente: Roberto Bhrunis Lemarie.	421
---	-----

IV. Índice analítico de contenido	445
---	-----

Presentación

—No —dijo el hombre de la ventana, arrojó el libro sobre una mesita y se levantó—. No puede irse, usted está detenido.

—Así parece —dijo K.— ¿Y por qué? —preguntó a continuación.

—No estamos autorizados a decírselo. Regrese a su habitación y espere allí. El proceso se acaba de iniciar y usted conocerá todo en el momento oportuno. Me excedo en mis funciones cuando le hablo con tanta amabilidad. Pero espero que no me oiga nadie excepto Franz, y él también se ha comportado amablemente con usted, infringiendo todos los reglamentos. Si sigue teniendo tanta suerte como la que ha tenido con el nombramiento de sus vigilantes, entonces puede ser optimista.

Franz Kafka, *El Proceso*

Un fenómeno distintivo del inicio del siglo XXI es la cercanía que existe entre la política y la sociedad, entre la autoridad y las/os ciudadanas/os. Pensemos, por ejemplo, en lo que ocurría en el siglo XVI en lo que hoy es Ecuador. A miles de leguas de distancia, en la metrópoli, especialmente, en el Consejo de Indias se tomaban decisiones que se esperaba tuvieran un impacto en todas las colonias hispanoamericanas. No obstante, pasaban meses y tal vez años para que esas decisiones fueran conocidas por los terratenientes criollos y los demás súbditos. Ocurría, entonces, que aquellas eran extemporáneas, ajenas o incluso contrarias a la realidad. El resultado era que normalmente los colonos decían: “se acata, pero no se cumple”.

En esta frase, que es citada comúnmente como un lugar común para explicar nuestra cultura de incumplimiento; sin embargo, no necesariamente tuvo solo el significado de una endémica práctica de necedad consuetudinaria, sino que fue, además, un abierto desacato o señal de rebeldía respecto de la autoridad de ultramar. Fue posiblemente el germen de la independencia, y el inicio de una estirpe americana de resistencia y emancipación política. Paralelamente, miles de pueblos oprimidos doblemente, tanto por los españoles como por las nuevas castas locales, vivieron de espaldas y en guetos marginales, de las instituciones de la tardía

democracia y la autocracia europea. La autoridad indígena allí se construyó mimetizándose y dándole sus propios significados a los instrumentos del poder que operaban sobre ellos; y, la autoridad criolla, adoptando las maneras del conquistador: escolástica en la educación, despotismo ilustrado en la política y clientelismo en la sociedad.

La autoridad, no obstante, hoy debe reconstruirse desde una pluralidad de intereses, una democracia participativa y protagónica, y un Estado al servicio de las personas, colectivos y naturaleza, no solo porque la exposición pública otorgada por la tecnología informativa a esta autoridad, lo vuelve inevitable, sino porque la memoria histórica de lucha de nuestros pueblos debe mover las estructuras de la exclusión y la violencia social.

Por esta razón, es que hoy se establecen mecanismos permanentes de rendición de cuentas para el mandante, los pueblos del Ecuador. Precisamente, queremos presentar uno de estos mecanismos, que hemos llamado “Repertorio Analítico de Jurisprudencia Constitucional”. Esta obra compila, de manera sistemática, todas las sentencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición desde 2008 a octubre de 2011, y las ordena y clasifica con el fin de mostrar cualitativamente los avances del sistema de justicia constitucional, y así facilitar la consulta y uso de los estándares de justicia establecidos por esta Corte; al tiempo, que queremos abrir el camino hacia una consolidada cultura jurisprudencial, que garantice la igualdad procesal, la uniformidad y la predictibilidad de los criterios centrales de la justicia.

Da, en definitiva, este repertorio un lugar privilegiado a las/os usuarias/os del sistema de justicia constitucional, permitiéndole interactuar con los criterios jurisprudenciales y los estándares de justicia; y, proveyéndole de vida a la Constitución, haciendo tenue la frontera entre la autoridad y sus mandantes, y relativizando la institucionalidad constitucional a los intereses de los históricamente débiles y marginados.

Patricio Pazmiño Freire

Presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición

Prólogo

En el siglo XVI, cuando Fernando de Magallanes y Sebastián Elcano dieron por primera vez la vuelta al mundo, el mar océano era la última frontera de la humanidad. Ante esa imposibilidad geográfica y física, América nació y creció aislada e insular. Por eso, los que vivían aquí, los que más tarde vinieron aquí, y los que nacieron y nacimos aquí, nos hemos acostumbrado a vivir en una perpetua contradicción: por una parte estamos enseñados a vivir aislados, solos y a espaldas del mundo; y, por otra, siempre procuramos mirarnos en el espejo de y en relación con ese más allá que presumimos existe al otro lado del mar.

Este aislamiento, primero geográfico, y luego cultural, ha generado, a lo largo de estos más de 500 años una forma particular de ser, comunitaria e individualista a la vez, en la que vivimos y nos reconocemos. Pero los latinoamericanos también somos noveleros; en estos siglos también hemos forjado una cultura tributaria y subalterna primero de lo europeo, y ya hace bastante tiempo, de lo norteamericano. Estamos siempre pendientes y a la espera de la antepenúltima moda sin importar lo que sea. Esta es la razón que explica que América Latina no sea vista ni tenida en cuenta como un territorio o un lugar de producción de conocimiento.¹ En nuestro caso, por regla general, el saber² ya existe y ya viste pantalones largos cuando desembarca en nuestro territorio.

1 Esta explicación no desconoce de ninguna manera aquellas razones económicas estructurales, explicadas entre otros por los defensores de la teoría de la dependencia que ven la intrascendencia de nuestra América como una de los efectos perversos de la consolidación del capitalismo en el mundo entero.

2 O por lo menos aquel conocimiento que cuenta en el mundo.

Pero esta descripción apocalíptica de nuestra supuesta “intrascendencia cultural” ha tenido siempre una excepción: la literatura. En el mundo de las letras América Latina siempre ha contado. Basta revisar la historia de la literatura para encontrar que en Hispanoamérica nació, de la mano de los cronistas de indias, el castellano tal cual lo conocemos hoy y la literatura fantástica; proceso que se consolida en los años sesenta en tiempos del boom latinoamericano con el concepto de lo real maravilloso. El éxito de obras como *La región más transparente* de Carlos Fuentes, *La Casa Verde* y *Pantaleón y las Visitadoras* de Vargas Llosa, o *Cien Años de Soledad* de García Márquez³ nos muestran, en el espacio y el tiempo, el rol que la cultura literaria oficial le ha dado a nuestro continente: aquel territorio de lo inverosímil, de lo folklórico, de lo irreal; es decir, el sitio al que acudimos todos cuando queremos escapar de nuestra atribulada existencia cotidiana.

En el caso del Derecho las cosas no son muy diferentes. Latinoamérica, desde antes de la independencia, ha sido un lugar ignoto de recepción de la teoría jurídica transnacional, y la teoría jurídica propia solo ha llegado a ser una mera repetición, comentario y exegesis de los grandes iusteóricos europeos y norteamericanos. No por casualidad a nuestro territorio han llegado para quedarse todas las modas y todos los “ismos” que se han producido en Occidente desde tiempos de la Revolución francesa. Baste recordar los ejemplos de Miranda, Mejía Lequerica, Vélez Sarfield, Teixeira de Freitas, o Andrés Bello, quienes importaron, para el uso de las elites criollas, las últimas modas jurídicas del iusnaturalismo, del código civil francés de 1804 y del proyecto de la codificación francesa, grabando indeleblemente la vida jurídica de nuestros territorios hasta hoy en día; mas no por haber inventado nada nuevo o distinto, sino por haber recogido, sistematizado y reproducido las ideas y los modos de otros.

Proceso que siguió y continúa aún, pasado el tiempo, cuando el iusnaturalismo dio paso al conceptualismo, al historicismo y al positivismo, que fueron importados a través de discípulos directos o indirectos como Fernando Vélez, Darío Echandía, Carlos Restrepo Piedrahita o Fernando

3 Y más tardíamente, y por supuesto guardando las proporciones, *La Casa de los Espíritus* o *Eva Luna* de Isabel Allende, quien pasado ya el boom siguió y sigue cultivando hasta el cansancio la fórmula de lo real maravilloso para escribir y vender libros que nos permiten evadir la realidad desde un paraíso de mermelada.

Hinestrosa en Colombia; Arturo Alessandri Rodríguez, Luis Claro Solar en Chile, Genaro Carrió en Argentina; Juan Larrea Holguín en Ecuador; o Niceto Alcalá Zamora,⁴ Eduardo García Maynes y Héctor Fix Zamudio en México; tal vez con la única y honrosa excepción del actual Código Civil brasileño que se aleja claramente del modelo del Código difundido en toda América por Don Andrés Bello, en la búsqueda de un camino propio y distinto a la mera reproducción mecánica de la teoría jurídica trasnacional.

Como se sabe el Código Civil de Brasil fue concebido e inicialmente redactado entre 1969 y 1975 por el iusfilósofo brasileño Miguel Reale,⁵ quien desde la lógica de la teoría tridimensional del derecho⁶ plasma en la práctica una imagen compleja de lo jurídico a partir de los principios de eticidad, socialidad y operatividad,⁷ que concretan en la realidad la idea central de la obra de Reale, según la cual el Derecho no es solo norma como quiso Kelsen, no es solo hecho como creen los sociólogos del Derecho, ni es tampoco únicamente valor como piensan los tomistas antiguos y modernos; sino que, en su opinión, es a la vez norma, hecho y valor.⁸

Una concepción como la planteada por el jurista brasilero tiene importantes implicaciones en la estructura y funcionamiento del derecho privado actual, que a partir del ejemplo brasileño tiene una orientación crecientemente objetiva; que más allá de las dificultades que tiene su

4 A pesar de que Niceto Alcalá Zamora Castillo (hijo de Niceto Alcalá Zamora, primer presidente de la Segunda República Española) nació en Madrid en 1906, donde estudió derecho en lo que hoy es la universidad complutense y fue profesor en Santiago de Compostela, Murcia y Valencia, terminada la Guerra Civil, en 1942 emigra a Argentina y, posteriormente, en 1946 llega a México donde desarrolla toda su vida académica como profesor de derecho procesal de la facultad de derecho de la UNAM.

5 El Código Civil de Brasil fue expedido en el año 2002, sobre la base del proyecto de Código Civil elaborado en 1975 por una comisión de juristas, dirigida por el profesor Miguel Reale.

6 Reale, Miguel. *Fundamentos del Derecho*. Buenos Aires, Editorial De Palma, 1976.

7 Abreu Barroso, Lucas. *El nuevo Código Civil Brasileño en el Momento Histórico de su publicación: Estudios 2010 de la Real Academica de Jurisprudencia y legislación*. Madrid, Editorial Dickinson, 2011, pp. 573 a 584.

8 En su obra más conocida, Miguel Reale plantea que todo fenómeno jurídico es hecho, pues surge para regular circunstancias o acontecimientos que suceden en la realidad; es valor, ya que representa ciertos principios de justicia material que son valiosos para una determinada sociedad; y es norma, en la medida en que se estructura como pautas, reglas o camino a seguir para garantizar el bien de justicia representado; con lo que aparentemente logra unificar a todas aquellas visiones unidimensionales y aparentemente yuxtapuestas y contradictorias expresadas en la visión tradicional o positivista de la filosofía del derecho.

puesta en marcha, debido a la fuerza que aún tiene el positivismo dentro de la cultura jurídica brasileña, representa un giro copernicano en el entendimiento del derecho civil y mercantil, pero que también tiene influencia en el derecho procesal y otras ramas del derecho. Entre las innovaciones del nuevo código brasileño podemos resaltar: la relativización del derecho a la propiedad, que se manifiesta en la idea de la función social y económica del contrato y la buena fe objetiva; en la tendencia a la colectivización del derecho privado donde el sujeto del derecho ya no es solamente ni prioritariamente el individuo; y la eliminación del concepto clásico de patria potestad por el de poder familiar, entre otras muchas contribuciones a la teoría jurídica privada, que surgen y se desarrollan en el sur global.

Un proceso similar ocurre 25 años después en el campo del derecho constitucional con la expedición de la Constitución ecuatoriana de 2008. Con el alumbramiento de la nueva carta constitucional, el 20 de octubre de 2008, se produjo en nuestro país una ruptura epistemológica, de enorme trascendencia no solo en el marco de la historia constitucional ecuatoriana, sino también y sobre todo en el contexto de la teoría transnacional del derecho, que ve compelida su cómoda tradición disciplinar con el surgimiento de conceptos novedosos como el *sumak kawsay*, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, la desaparición del concepto de derechos fundamentales, o la transformación del principio de separación de poderes con la creación de seis funciones del Estado.⁹

En un plano más concreto, relacionado con la justicia constitucional, una de las transformaciones más importantes promovido por los constituyentes de Montecristi,¹⁰ es la consideración de la jurisprudencia como fuente directa y vinculante del derecho,¹¹ y en la transformación del papel de los jueces en la estructura del Estado como creadores del derecho vigente.

En ese sentido, de acuerdo con la doctrina,¹² cuando decimos que los jueces crean derecho, en realidad estamos aludiendo a cuatro cosas diferentes: en primera instancia, si somos positivistas, podemos entender que

9 Aquí incluimos como función del Estado al control constitucional.

10 Por lo menos respecto de la matriz histórica romanista que ha caracterizado el derecho ecuatoriano desde los orígenes de la República.

11 Sobre el particular Ver: Zambrano Diego, *Jurisprudencia vinculante y Precedente Constitucional*, En: Montaña Juan (Ed) *Apuntes de derecho procesal constitucional*, Tomo 1, pp. 227 y sig.

12 Guastini Riccardo, *Dalle Fonti alle Norme*, Giapiccelli Editore, Milano, 1992.

la expresión creación judicial del derecho no es más que una fórmula retórica, que solo cobra vida en el caso rarísimo y excepcional en que el juez deba sustituir al legislador debido a las lagunas y antinomias que existen en el ordenamiento.¹³ Hay otros que piensan, siguiendo a Kelsen, que la aplicación y creación del derecho no son categorías nítidamente diferenciables, y por tanto consideran correcto hablar de la creación judicial del derecho, como un modo de explicar la diferencia entre normas generales producidas mediante procedimiento legislativo y normas particulares que son aquellas generadas por los jueces al resolver un caso.¹⁴ Desde este punto de vista queda claro que la labor cotidiana del juez es la creación del derecho pero derecho particular y concreto. Finalmente, encontramos la posición de los juristas realistas, y particularmente de Alf Ross,¹⁵ para quien los jueces crean derecho en cualquier circunstancia, puesto que las normas no existen con anterioridad al momento de la aplicación, y en tal virtud las leyes no tienen otro significado que aquel que le atribuyen los jueces. En el contexto de los sistemas jurídicos anglosajones se habla de que los jueces crean derecho para indicar que sus decisiones tienen un efecto general o *erga omnes*.

La Constitución de Montecristi es profundamente novedosa. Desde este punto de vista, en el sentido de que estructura un sistema de fuentes en el que la jurisprudencia, combina las dos últimas definiciones de derecho reseñadas, esto es, idea realista de que el derecho vigente es tan solo aquello que dicen los jueces sobre qué es el derecho, y la idea norteamericana de los efectos generales del derecho jurisprudencial.

No obstante, una cosa es lo que dice la Constitución sobre qué es el derecho y otra bastante distinta lo que la realidad de las fuentes plantea respecto de la definición de derecho vigente. A pesar de que en la Constitución está muy claro que en Ecuador la jurisprudencia es fuente directa de derecho y que las decisiones de los jueces tienen la misma

13 De acuerdo con esta teoría clásica de la interpretación, en circunstancias normales el juez se limita a aplicar normas a construir un silogismo a partir de normas previamente conocidas, pero en otros casos no existe esa norma previa, o esta no es suficiente para resolver el conflicto, caso en el cual, el juez debe optar por crear la norma aplicable. Sobre el particular, Ver: Montaña Juan, *Teoría Utópica de las fuentes del Derecho ecuatoriano*, Centro de Estudios Constitucionales, Quito, 2012, pp. 121.

14 Kelsen Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, FCE, México, 1986.

15 Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la justicia*. Buenos Aires, Ediciones Eudeba, 1997, pp. 105 a 139.

jerarquía que las normas creadas a través del procedimiento parlamentario; pasados tres años de vigencia de la Carta fundamental, a despecho de la voluntad constituyente, el legicentrismo se está consolidando tanto en la doctrina como en la propia jurisprudencia. Es así como, los jueces nacionales, en una actitud conservadora y francamente cómoda, prefieren seguir aplicando mecánicamente la ley antes que asumir los riesgos que implica la responsabilidad de crear —ellos mismos— el derecho vigente. Uno de los argumentos favoritos de los operadores jurídicos criollos para obedecer y no cumplir la Constitución, se sustenta en la excusa de la falta de precedentes jurisprudenciales provenientes de la Corte Constitucional. En la medida en que la Corte no ha cumplido con su deber de crear derecho jurisprudencial, “*nosotros —dicen estos jueces— ante la ausencia de la Corte y para evitar el prevaricato y el abuso del derecho solo podemos atenernos a lo que diga expresamente la ley, y aplicarla silogísticamente*”.

Es justamente en ese escenario de retraimiento de la apuesta constituyente por un cambio en las fuentes del derecho, donde se manifiesta el valor y la importancia del *Repertorio constitucional 2008-2011* que publica el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (Cedec), concebido y realizado por el relator de la Corte, profesor Luis Ávila Linzán, y el equipo de la relatoría constitucional. Más allá de cualquier consideración, el texto que hoy sale a la luz es una obra fundamental si se piensa en la idea de construir un verdadero sistema de derecho jurisprudencial en Ecuador. Sin duda es una respuesta a aquellos que hasta ahora se han refugiado en las aguas tranquilas de la ley, pues en ella el lector encontrará ordenadas y sistematizadas todas las sentencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición. Con este instrumento metodológico se facilita enormemente el hallazgo y la consulta de las “opiniones constitucionales” de los jueces de la máxima Corte de justicia del país, con lo que será posible saber, muy fácilmente cuáles son las “razones de fondo” de cada una de las sentencias y dictámenes de la Corte Constitucional; así como, se podrá conocer el pensamiento individual de los miembros del Pleno respecto de las acciones y los derechos que se ventilan ante el máximo órgano constitucional ecuatoriano; y facilitará la tarea de definir las todavía inexistentes líneas jurisprudenciales.

Pero la revolución jurídica que plantea la Constitución también es, en términos maoístas, una revolución cultural. Nada se podrá hacer en este país respecto de la eficacia del proyecto de vida en común que plantea la Constitución si no se transforma la estructura y la forma de entender y enseñar el derecho en el país. En ese contexto, el repertorio constitucional también es un arma de enorme valor, pues su metodología plantea una ruptura definitiva con las formas medievales y escolásticas de enseñar el derecho. A partir de su aparición, y si los profesores de derecho constitucional se toman en serio la tarea de renovar el método de enseñanza, el conocimiento tópico de los argumentos y las decisiones de la Corte serán herramienta básica en el análisis de lo jurídico constitucional.

Ahora bien, no solo en el plano analítico y académico tiene valor la obra. Este trabajo de los integrantes de la Relatoría Constitucional constituye un aporte invaluable a la vida cotidiana de los prácticos del derecho constitucional, pues sin duda propiciará la transformación de las maneras argumentativas y las técnicas de litigio en el país. No olvidemos que el litigante ecuatoriano está acostumbrado a no justificar sus pretensiones o a hacerlo con la mera cita de la norma. A partir de ahora, con la ayuda invaluable del repertorio constitucional, el razonamiento jurídico nacional tendrá que derivar hacia técnicas argumentativas más sofisticadas, razonables y adecuadas a la aplicación e interpretación de un derecho que como el ecuatoriano está en proceso de constitucionalización.

Finalmente, una opinión personal, Luis Ávila es muy modesto al describir su propia obra. En mi criterio, ni por metodología ni por finalidad estamos en presencia de un prontuario de jurisprudencia. Por más que el editor, al publicar la obra quiera pagar una deuda personal, metodológica y profesional con insignes maestros ecuatorianos como Juan Larrea o Luis Cueva, no creo que dadas las diferencias ideológicas existentes entre ellos —y me perdonará Luis que lo diga públicamente—, su obra pueda llegar a tener ningún parecido de familia con esos conocidos libros. No creo además que el repertorio esté en busca de manos y ojos transformadores que hagan con él un uso alternativo del derecho. Para mí, el nuevo libro de la Relatoría de la Corte no puede ser visto como una obra de mera sistematización del derecho existente, que eventualmente será usada de forma progresista, sino que el libro en sí mismo es una muestra de creación de derecho y derechos nuevos. Se trata de una obra ideológica y

políticamente comprometida que parte de la idea de que pronto existirá en nuestro país un verdadero derecho jurisprudencial; idea totalmente contraria al pensamiento de un jurista como Larrea Holguín, defensor a ultranza del positivismo y del derecho legislado.

Así sea.

Juan Montaña Pinto
Director del Centro de Estudios
y Difusión del Derecho Constitucional

Prefacio

¡Un repertorio! ¿Por qué no?

Hace poco leía uno de los últimos libros publicados —o, al menos, de los que yo conozco— en nuestro país del maestro Gabriel García Márquez, el cual se titula *Yo no vengo a decir un discurso*.¹ Nada extraño, por cierto, fue encontrar en él la magia de siempre, esa sencillez guajira, y ese toque de clarividencia que rezuma en sus letras como en los ojos del niño Aureliano Buendía el día de su alumbramiento en *Cien Años de Soledad*. Este libro compila varios de sus discursos en un lapso entre 1970 y 1990, los cuales tratan varios tópicos. Uno de ellos, justamente, el que le da sentido a su libro, comienza con la frase “Yo no vengo a decir un discurso”... Frase que, a criterio del literato, evidenciaba que no tenía nada preparado en especial pues no le gustan los discursos, pero que, a su vez, tenía algo que decir. En otro de los discursos compilados, se le había pedido que disertara sobre el arte de escribir.

A medida que hablaba, “Gabo” exponía sus ideas con la cotidianidad que lo caracteriza más allá del estilo. Decía que, tal vez, el oficio de escribir era de los pocos que, a medida que se lo realiza, se hace más difícil, puesto que cuando se tiene quince años uno escribe quince páginas muerto de risa, pero ahora pasan varios días sin que siquiera se consiga, al menos, una bien lograda. Dos lecciones importantes, creo que podemos sacar de esta idea. Primero, el escribir no es una profesión, por tanto no se aprende necesariamente en las aulas de clase, sino que es una actividad

1 García Márquez, Gabriel. *Yo no vengo a decir un discurso*. Bogotá, Editorial Mondadori, 2010.

tan natural como respirar, pero que solo se la hace mejor en la medida que se la pone en práctica una y otra vez. Ejemplo de esto es andar en bicicleta o volar cometas. Y, segundo, que es una experiencia de responsabilidad y exigencia casi de alta cirugía, que con el tiempo pide más cuidado que pasión. Lo primero tiene un efecto democratizador y aleja del elitismo la literatura y, lo segundo, pone en tensión la necesidad diaria de mejorar la técnica y el impulso vital de comunicar al mundo el pensamiento y la experiencia propia.

Todas estas ideas me dan vuelta en la cabeza cuando tengo que explicar la naturaleza y uso de este libro que hemos titulado *Repertorio de jurisprudencia*, obra que se publica desde la Corte Constitucional para el Período de Transición.

Este libro resume el deseo de escribir más y mejor, en un país donde existe más escritoras/es que lectoras/es. No con profundidad, sino con instrumentalidad. Es una obra que guarda un enorme reto, pues incorpora mi propia experiencia y diletancia en la investigación jurídica, y el talento y esfuerzo colectivo del equipo de la Relatoría Constitucional de la Corte. Podemos encontrar como fuente de este libro, en lo personal, el trabajo que desarrollé cuando laboraba para la Corporación de Estudios y Publicaciones: “Prontuario de Resoluciones del Tribunal Constitucional” (2004).² Y “Jurisprudencia Obligatoria: Fallos de Triple Reiteración de la Corte Suprema del Ecuador” (2006),³ que nació posterior a mi salida de dicha institución, y en el cual diseñé la metodología base para este libro. De alguna manera, la metodología utilizada para este repertorio la podrán encontrar en la parte final en un documento denominado “Guía metodológica para la elaboración del repertorio constitucional”. Nuestro repertorio se funda en un mejoramiento metodológico y mayor claridad teórica de esta segunda obra y de la experiencia e ingenuidad de la primera.

Fuentes mediatas, pero que no podemos dejar de mencionar, fueron los repertorios e índices de jurisprudencia de Juan Larrea Holguín (1970-

2 Ávila Linzán, Luis Fernando, coordinador e investigador (autor de estudios preliminares). Prontuario de resoluciones del Tribunal Constitucional, t. I, II y III. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.

3 *Ibid.*

2000) y los índices de la Gaceta Judicial de Luis Cueva Carrión. Conocí personalmente al primer autor. Él autorizó de puño y letra no solo las obras que trabajé sobre jurisprudencia ya mencionadas, sino el primero de mis libros *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador* (2004).⁴ A pesar de nuestras diferencias ideológicas, guardo como un recuerdo valioso sus consejos, amistad y apoyo. Fue un hombre de letras, ilustrado y, en algunos aspectos, genial. El derecho constitucional y el estudio de la jurisprudencia siempre fueron un terreno neutral de capitulaciones y armisticio donde pudimos encontrarnos.

Luego, indudablemente, este trabajo es eminentemente colectivo. Cada uno de las/os funcionarias/os durante el proceso de construcción que comenzó en enero de 2011 hasta la fecha, pusieron su conocimiento, ganas y experiencia propia, al punto que en el producto final queda poco de lo que pude aportar: tal vez, solo el camino inicial. Hoy hemos llegado a un nivel de depuración de la obra y de superación de las expectativas inicialmente planteadas, que podemos decir, que ella se funda en un marco teórico consolidado, aunque puesto al debate, respecto del deber ser de la jurisprudencia constitucional; y que tiene el aporte de un esfuerzo en equipo que elimina las fronteras de cualquier autoría. Por supuesto, lo colectivo va más allá del propio equipo e involucra a otros funcionarios de la Corte, particularmente, las juezas/es de la Corte Constitucional; Juan Montaña, director del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (Cedec) y Pablo Alarcón, secretario técnico jurisdiccional, ambos de la Corte también, docentes y compañeros.

Por otra parte, este repertorio es instrumental. Vale decir, no desarrolla profundos análisis doctrinales ni de la filosofía política, sino que busca ser una herramienta para el litigio constitucional, la investigación académica y la construcción de la política constitucional. Reúne el análisis de los argumentos centrales de las sentencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición del Ecuador, su clasificación y sistematización, con el fin de promover, además, una nueva cultura constitucional. De este modo, esperamos que sea un texto de consulta obligatoria de las/os servidoras/es

4 Ávila Linzán, Luis Fernando. *Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad en el Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.

de la justicia ordinaria y constitucional para fundamentar sus fallos y actuación, y de las/os abogadas/os litigantes con el fin de que puedan armar sus estrategias procesales y la defensa de los intereses de sus clientas/es.

Nuestro repertorio permite, además, tener una visión general de lo que ha sido la gestión de esta Corte desde una visión cualitativa, por lo cual, al mismo tiempo, es parte de su obligación de rendir cuentas ante los pueblos soberanos del Ecuador. En ese sentido, guarda distancia de otras obras anteriores del Tribunal Constitucional. Nos referimos específicamente a la “Gaceta Constitucional”, la cual se publicó hasta el 2006. Aquella era un simple acervo desordenado de sentencias sin que quedaran claros los criterios de selección ni su metodología. Nuestro repertorio es un acto deliberado de proponer una nueva cultura del precedente constitucional que impulse la transformación del litigio y la cultura constitucionales de nuestro país. Por tanto, es un libro ideológica y políticamente comprometido. Y es, al mismo tiempo, el resultado de un plan de investigación cualitativa que responde a un diseño y planificación, y que se ejecutó en el plazo de un año por un equipo de trabajo.

En cuanto a sus fuentes. Podemos decir que, por una parte, esta obra toma como fuente directa la doctrina y jurisprudencia comparada de la teoría del precedente constitucional, de autoras/os argentinas/os, colombianas/os, españolas/es y peruanas/os, cuyas ideas centrales se recogen en la sección de este libro denominada “Ensayos introductorios”. Son dos ensayos introductorios a este repertorio, uno de Pablo Alarcón y otro de mi autoría, los que buscan explicar esta teoría, del uso y naturaleza de la jurisprudencia constitucional. De mi parte, puedo mencionar dos intentos de construcción de esta teoría para el caso ecuatoriano en el ya referido trabajo *Jurisprudencia obligatoria: fallos de triple reiteración de la Corte Suprema del Ecuador*, en el cual se incluye un marco teórico incipiente y que espero se mejore sustancialmente con la obra que estoy escribiendo y que pronto se publicará: *Teoría y praxis del precedente constitucional*.

Debemos mencionar que existe una conexión entre las fuentes mencionadas y el “Protocolo para la elaboración de precedentes constitucionales obligatorios (PCO), 2010”, que usamos, también, como una fuente directa de este trabajo, razón por la cual la incluimos en la parte final. Debemos mencionar que esta norma oficial de la Corte ha servido de guía para la elaboración del primer precedente constitucional obligatorio, nos referimos al

caso 001-cs 0999-09-JP, st. 001-10-PJO-CC: 22-dic-2010, y de la primera sentencia de unificación 001-12-PJO-CC (Caso n.º 0893-09-EP Acumulados). Debemos aclarar que la segunda sentencia mencionada no corresponde al período 2007-2011 (octubre) que nos hemos fijado como período de investigación para el desarrollo del repertorio, pero hemos considerado importante difundirlo aún cuando está por fuera de ese tiempo. Consecuentemente, reproducimos ambas sentencias al final de este libro en la sección “Precedentes constitucionales obligatorios”. Por otra parte, hemos tomado, al mismo tiempo, como fuentes referenciales otras obras que se han desarrollado sobre jurisprudencia, a más de las que ya se mencionaron, de varios países de la región y el Ecuador. Queremos mencionar expresamente una que fue desarrollada por el Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte, intitulada *Guía de Jurisprudencia Constitucional*, t. I.

Ciertamente, la parte principal de esa obra es la que permite leer las sentencias de la Corte sistematizadas, la cual la hemos agrupado por tipo de acción en lo general, y en lo específico (los argumentos centrales de las sentencias), de acuerdo al *Índice terminológico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, documento realizado para la Corte por la consultora Alba Serrano, y que ha servido, también, para la construcción de nuestro tesoro. Esta sección en libro se ha titulado “Contenido”.

Queremos en este punto establecer algunas recomendaciones de uso para la/el lectora/r de este libro:

1. Los argumentos centrales (*ratio decidendi*) no representan explícitamente el pensamiento oficial del Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición. Su sistematización busca facilitar el trabajo de las/os operadoras/es del sistema de justicia, ordinario y constitucional, de las/os abogadas/os litigantes, y de las/os docentes e investigadoras/es. En estricto sentido, tampoco son líneas de jurisprudencia, sino, como se explica en nuestra metodología, apenas líneas del pensamiento jurídico de la Corte.
2. Aconsejamos leer críticamente la sección que hemos denominado “Instrumentos utilizados”, en la cual se hallará en detalle los criterios de selección, la técnica y el marco teórico para la elaboración de este repertorio. Por supuesto, los instrumentos son herramientas

perfectibles y están puestas al escrutinio público. Además, suponen un marco teórico concreto y que está sujeto, en todo caso, al debate académico y de cualquier otra índole.

3. En la “Guía metodológica” se incluyen las normas de estilo de este repertorio. Creemos pertinente que se utilicen estas normas para la citación en otros documentos, con el fin de garantizar uniformidad y precisión argumental, lingüística y de estilo; y,
4. Por último, este repertorio se encontrará también en una versión digital como sistema de búsqueda dentro del motor de búsqueda de las sentencias que se incluye en la nueva página web de la Corte Constitucional.

Nuestro repertorio, en definitiva, no está exento de adolecer de algo similar a lo que mencionaba Milan Kundera en la Universidad Nacional Autónoma de México en 1979, en un discurso sobre la obra de Kafka.⁵ Decía el filósofo checo que la obra kafkiana contenía una crítica al autoritarismo, aun cuando su mentor no lo conoció, al menos en los términos del siglo XX. Sin embargo, la perspectiva utilizada en sus obras era original no por su denuncia, sino por la explicación de la sensación de impotencia de quien es víctima del totalitarismo. Así, disertaba Kundera, que mientras en la construcción del sujeto oprimido en *Crimen y Castigo* de Dostoievski, el remordimiento freudiano de Raskolnikov, le lleva a entregarse, es decir, la culpa busca la sanción; en el caso de Kafka, el señor K., personaje de *El proceso*, es un individuo contra quien se ha dictado una detención, sin que se sepa quién la ordenó y por qué. Luego la trama significó la búsqueda de explicaciones y una burocracia policial sometida a las formas. En palabras de Kundera, “la sanción busca la falta”.

En el caso del repertorio ocurre algo similar, pues aquel no nace por el sentimiento de ausencia de una obra parecida, sino que aparece sin más buscando manos, ojos y usos transformadores, y enfrentando al autoritarismo invisible de las formas y prácticas de la tradición jurídica ecuatoriana, la indolencia y el desinterés de la burocracia judicial, y la escaza lectura de nuestro foro jurídico y docente provocados por el consumismo y el imperialismo cultural. He aquí su paradoja: su partida de nacimiento contiene su condena de muerte.

5 Kundera, Milán. Prólogo. *El proceso*. Por Franz Kafka. México, 2010.

En todo caso, este repertorio busca fundar una línea editorial que esperamos se mantenga por mucho tiempo. Queremos agradecer al presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición, Patricio Pazmiño Freire, también a Marcia Ramos, secretaria general, por el apoyo a este trabajo durante su gestión, a todas las manos anónimas que han apoyado esta investigación, y al equipo de trabajo de la Relatoría Constitucional, cuyos nombres constan en los créditos. El diseño en la versión digital para el motor de búsqueda tuvo la valiosa colaboración de varios colegas de la Corte Constitucional para el período de transición: Ángel Oleas y Milton Larrea de la Biblioteca “Luis Verdesoto Salgado”, Gabriel Noboa y Víctor Montaluisa de la dirección de informática.

A fin de cuentas y con el permiso de “Gabo”, me permito la siguiente paráfrasis: “Yo tampoco vengo a decir un discurso”.

Luis Fernando Ávila Linzán
Editor