

CREAR DERECHO O APLICAR LA LEY UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ROL ACTUAL DEL JUEZ

*CREATE LAW OR APPLY LAW
A REFLECTION ON THE CURRENT ROLE OF THE JUDGE*

Autora:

Ana Teresa Intriago Ceballos*

1. Introducción

El presente trabajo contiene una reflexión sobre el rol actual de los jueces frente a la problemática social que cada vez se vuelve más compleja, las reglas creadas por el legislador que se encuentran plasmadas en los cuerpos legales que conforman los ordenamientos jurídicos resultan insuficientes para que el juez pueda cumplir con su deber de decidir sobre el asunto sometido a su conocimiento.

La realidad diaria de una judicatura supera con creces a lo que pueda imaginar un congresista quien se debe a los grupos de poder que hicieron posible que llegara a la Legislatura, aún quienes se dicen independientes y obedecer únicamente al “pueblo” que los llevó a su curul, seguramente escucharán a comunidades a quienes les interesa que se legisle en favor de sus necesidades e intereses; hay proyectos de ley cuya tramitación es tan larga, que cuando finalmente se convierten en leyes, de poco sirven pues ya no recogen la realidad, o bien, ha sido necesario que tanto la Corte Nacional emita decisiones para que la legislatura legisle, tal fue la reforma al Código Civil, del año 2015 referida a las impugnaciones de paternidad y de reconocimiento voluntario por ejemplo.

Sucesos como el crecimiento no planificado de los centros poblados, la migración interna y externa, el empobrecimiento de la población por distintos factores a los que últimamente contribuyó la emergencia sanitaria provocada por el COVID 19, además de la mutación acelerada de las formas en las que las personas deciden formar familias y establecer relaciones entre ellas; el aumento de la violencia intrafamiliar hacen que las labores de un juzgador aumenten y se complejicen, con frecuencia se suscitan eventos para los que no hay normativa; es importante mencionar que según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los jueces estamos sujetos a la Constitución y a la ley, a la jerarquía normativa, y que si bien es cierto que el art. 18 del Código Civil permite interpretar la norma al juzgador en los “pasajes oscuros” a aplica la analogía y por último la “equidad natural” el que es un concepto indeterminado, el Código Orgánico de la Función Judicial dispone que son los jueces de paz a quienes corresponde resolver en equidad, los jueces ordinarios deberán resolver los asuntos sometidos a su conocimiento aplicando la Constitución, los tratados internacionales, la ley y los instrumentos probatorios aportados, amén de la consulta a la Corte Constitucional en caso de duda sobre la conformidad de una norma infraconstitucional con la Carta Magna.

El diseño de la mayoría de las Constituciones contemporáneas contiene un largo catálogo de derechos que protegen a los habitantes de ese Estado, igualmente, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos obligan al juez a realizar controles de convencionalidad atento las sentencias y directivas del Sistema Interamericano de Protección de Derechos.

*Jueza de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia y Adolescentes infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Ecuador

En suma, que el papel del juez se ha ampliado, entre el papel de “boca de la ley” y el de “el derecho es lo que el juez dice que es” concepciones contrapuestas pues la primera supone un juez “legalista” en extremo, y el segundo supone un juez quien interpreta la norma de forma arbitraria puesto que es quien define lo que la ley “es”, conceptos de Montesquieu y de Wendell Holmes, que si bien están separados por muchos años, representan dos modelos de jueces distintos; el rol actual se ha visto marcado por los modelos de sociedad que cambian rápidamente, y por los deberes de respeto, garantía y promoción de los Estados al ratificar un tratado internacional, que de no respetarse podría acarrear responsabilidad internacional, las olas migratorias, la intangibilidad de lo virtual que sin embargo imponen deberes y provocan consecuencias, hacen que los roles tradicionales estén quedando insuficientes para que el juez cumpla con su obligación primordial que es la de pronunciar el derecho.

Voces autorizadas han escrito mucho sobre estos temas¹, desde quienes consideran que el juez tiene un límite y este es la normativa legal, hasta quienes han dicho que los nombramientos de los jueces no tienen su origen en la voluntad popular, sino en la política, resulta por lo menos absurdo que impongan su voluntad sobre quienes sí han sido nombrados por las personas en un proceso electoral, y quienes sostienen hablan de la necesidad de llenar lagunas, de hacer efectivos los derechos de las personas que acuden en búsqueda de esta tutela.

Este documento está conformado en dos partes, la primera que versa sobre las discusiones que ha provocado en el mundo jurídico y la segunda, sobre el juez ecuatoriano y las posibilidades que tiene de llenar los vacíos u oscuridades de la ley. Agradecemos a la Academia Judicial el proponer estos espacios de exposición y debate sobre estos temas, que refieren al rol de los jueces ante la incertidumbre que provoca la insuficiencia o las ambigüedades del ordenamiento jurídico y la necesidad que la normativa legal se haga en forma participativa.

2. ¿Qué es una laguna normativa?

En primer lugar, es preciso definir que es una laguna jurídica. Bobbio² definió una laguna jurídica como la ausencia de una norma reguladora, lo que se contrapone a la característica de plenitud de un ordenamiento jurídico, según el cual no existen lagunas, y aclara que un sistema es completo cuando un juez puede encontrar una norma para cada caso que deba decidir, es decir que no existe una situación que se escape al universo normativo; Reichel³ sostuvo que es la ley la que presenta lagunas, no el Derecho, con lo que sostiene que el juez no crea derecho pues éste preexistía y ante la insuficiencia de la ley, los ha encontrado.

El tema de la completitud del ordenamiento jurídico cuando la ley permite aplicar principios generales del Derecho, la analogía y la equidad podría concluirse que se ha zanjado la cuestión, entonces es completo pues permite salidas al juez para evitar la prohibición general de denegar justicia o en “non liquet”.

Zitelmann⁴ a principios del siglo pasado, elaboró una teoría por la que pretender que un sistema jurídico tenga la característica de completitud sólo si regula todas las

¹ Bobbio (2002) admitió la existencia de lagunas cuando no se existe la regulación sobre la permisión o la prohibición de una conducta, Buligyn (1996) sostiene que la jurisprudencia llena estos vacíos, Waldron (2018) critica la posibilidad que un juez invada una actividad que pertenece a la legislatura, Donati niega la existencia de lagunas pues las normas generales abarcan todas las situaciones que pudieran acontecer.

² Bobbio (2002) p.208

³ Reichel (1921) p.104

⁴ En Laborde (1947) p.26

situaciones humanas, lo cual no es acertado porque el legislador ha decidido no reglamentar algunas actividades; reconoce que hay dos tipos de lagunas: las aparentes que suceden cuando el Derecho contiene la regla, pero esta se percibe como injusta, y las auténticas que ocurren cuando la normativa establece presupuestos específicos pero dentro de los límites de la norma hay otras posibilidades a las que la ley guarda silencio, en estos casos sostiene que el juez debe llenar la laguna.

Como podemos concluir, los autores coinciden en que en ocasiones las posibilidades de interpretación de la ley no bastan, con lo que el vacío normativo se encuentra allí y es necesario dar una solución.

En el lado contrario, Kelsen sostuvo la inexistencia de las lagunas, pues todo lo que no está prohibido está permitido⁵, al igual que Raz y Coleman a quienes califica Buligyn como representantes del positivismo clásico, excluyente e incluyente en su orden⁶.

Atria⁷ por su parte considera que, si una situación no está regulada por la ley, no existe protección al respecto, que los casos de penumbra a los que se refería Hart no tienen que ver con la existencia de las lagunas normativas y que, la potestad legislativa es aquella que permite crear normas, la potestad jurisdiccional se refiere a la facultad de declarar que los hechos operativos de una norma se han realizado y que por lo tanto su aplicación normativa es la que corresponde.

Abona a la tesis de la existencia de estas ausencias del ordenamiento jurídico, Nino⁸ quien señala que a diferencia de las antinomias que suponen superabundancia normativa, las lagunas acusan deficiencia de ellas, anota que las lagunas pueden existir en un ordenamiento jurídico y estar resueltas en otro, y que no sólo existen lagunas normativas sino también axiológicas o valorativas cuando existe la solución o regla, pero ésta no ha tomado en cuenta un valor relevante y se percibe como injusta, lo que, Zitelmann llamó "laguna aparente".

Segura Ortega⁹ dice que una laguna normativa es "la ausencia de regulación por parte del Derecho de una situación o caso determinado que requiere imperiosamente una respuesta concreta que no se halla especificada o explicitada en dicho ordenamiento jurídico y que es necesario buscar en el proceso de aplicación a través de la actividad integradora del juez" y añade que esta falta de regulación debe ser jurídicamente relevante y que de hallarse debe ser llenada por quien debe aplicar el derecho, o sea el juez.

3. ¿Los jueces crean Derecho?

Es una pregunta que ha ocupado a muchos doctrinarios desde hace mucho tiempo, como menciona Buligyn¹⁰ hay dos tesis entre los estudiosos: que las sentencias crean derecho porque son normas individuales y que al dictar normas jurídicas individuales crean derecho, las que define como "peligrosamente engañosas" y la tercera que es la que defiende y que se refiere a lo siguiente: que las sentencias son entidades complejas que contienen normas individuales como generales, que lo que

⁵ Buligyn (2009) p. 11

⁶ Buligyn (2003) p. 20

⁷ Atria (2001) p.474, p. 465 y p. 463

⁸ Nino (2003) p.281 y p. 288

⁹ Segura Ortega (1989) p. 286

¹⁰ BULIGYN (1991) p.355

se entiende en forma relevante como "crear" normas individuales, el juez no lo realiza, que en cuanto a normas generales sí lo hace en determinados casos, que estas "creaciones" no son obligatorias, pero pueden llegar a serlo, que los jueces han contribuido a esta actividad cuando ha formulado definiciones de los conceptos jurídicos y que, la jurisprudencia es una creación de los jueces.

Buligyn llama la "teoría tradicional" niega que los jueces creen derecho, tiene su fundamento en la división marcada de las funciones de un Estado.

Realiza una crítica a los filósofos del Derecho que a menudo difuminan y confunden los ámbitos de los legisladores y los jueces, influidos por Kelsen para quien los conceptos de aplicación y creación del derecho, son equivalentes; Buligyn señala que hay una gran diferencia, pues todas las decisiones judiciales deberán motivarse, lo cual no sucede con la ley, la que en ocasiones puede contener los motivos por los que se ha expedido, éstos no forman parte del cuerpo legal, en cambio la motivación judicial es un requisito indispensable para el juez, resulta sustancial al fallo y cumple una importante "función realizativa".

Aclara que debe entenderse por "crear normas" su contenido no debe ser idéntico a ninguna, ni debe ser una consecuencia lógica de otras normas; explica lo primero en los siguientes términos: que, si bien Kelsen sostuvo que al aplicar una norma general se crea una individual, porque el juez elige de las posibilidades que encierra la norma general y por ello nace la individual como creación.

Que el razonamiento no es correcto porque si bien el fallo judicial nace de la voluntad del juez, no es un criterio que reconoce que la diferencia entre el legislador y el juez es cuantitativa porque ambos crean derecho, el legislador al dictar leyes y el juez en sus sentencias, además recuerda que un fallo judicial no nace por la voluntad soberana del juez sino por el ejercicio de sus funciones ante un conflicto ajeno sometido a su decisión¹¹.

Anota Buligyn que la resolución es una consecuencia lógica de los considerandos, que el juez no puede crear normas individuales porque debe realizar el ejercicio de inferencia de las normas generales las que deben ser preexistentes.

En la posición opuesta encontramos a Jeremy Waldron¹², doctrinario neozelandés, quien se opone radicalmente a que los jueces puedan alterar el contenido de normas que han sido producto de la voluntad popular, o peor aún crearlas, pues sostiene que los jueces al no tener legitimación electoral no son representantes del pueblo, que es quien debe dictar las leyes.

Se manifiesta contrario a lo que llama la "supremacía judicial" que distingue del control judicial, se opone a que el llamado "gobierno de los jueces" interfiera en el poder de la soberanía del pueblo, que puedan invalidar o negarse a aplicar una ley que ha sido legítimamente dictada por los legisladores quienes si gozan de representación pues han sido elegidos; es verdad que refiere al control constitucional de las leyes, pero en nuestra opinión esta es una de las formas en que los jueces al invalidar una norma por contraria a la Constitución, en vista del vacío formado puede crear otra, esto es la superación del papel pasivo de legislador negativo de las Cortes Constitucionales, y del de los jueces ordinarios cuando se les permite el control difuso de las normas.

¹¹ Buligyn (2003) p. 10

¹² Waldron (2018) p.126 y p.55

Por razones de extensión no estamos refiriéndonos al tema del llamado “activismo judicial” que es un tema mucho más complejo, sino específicamente al quehacer del juez contemporáneo y a las vicisitudes que surgen al aplicar la ley al caso concreto.

Sin embargo, hace unos cinco años, Waldron fue invitado por la Corte Constitucional de Colombia¹³, en la que hizo una distinción entre el control constitucional fuerte y uno débil, y reconoció que hay varias formas de legitimación.

Por último, Gargarella en la obra que recoge varias ponencias¹⁴ apuesta por un control judicial diferente, de naturaleza dialógica que no se afine en la estricta división de las competencias exclusivas y excluyentes de poderes; en una de las colaboraciones se expresa lo siguiente: “En rigor es difícil afirmar que un tribunal no elegido está frustrando los deseos del pueblo. En cada caso, el proceso democrático ha sido influenciado por el tribunal de revisión, pero no ha sido atrofiado.”

3.1 El Juez ecuatoriano y la creación de normas

En Ecuador hemos promulgado 20 textos constitucionales, la última tuvo lugar el 28 de septiembre de 2008, para este trabajo hemos de citar las dos últimas, siendo la anterior la del 10 de agosto de 1998.

¿Cuál es la utilidad de esta distinción? La razón reside en el modelo de control constitucional que hasta antes de 2008 fue difuso y a partir de éste es concentrado y corresponde a la Corte Constitucional del Ecuador.

De otro lado, también es necesario distinguir dos etapas en la vida procesal ecuatoriana: la primera hasta antes del 1 de enero de 2003 y la segunda a partir de esa fecha.

Esto indica el tiempo en el que estuvo vigente la tercera instancia que correspondía resolver a la Corte Suprema de Justicia en última y definitiva instancia, y la segunda pertenece a la época en la que, derogadas las tres instancias para sustituirla por el modelo de dos, se instauró los Tribunales de Casación, los que se asignaron a la Corte Suprema de Justicia, a partir del 2009, se le pasó a denominar Corte Nacional de Justicia.

El porqué de esta separación de etapas, reside en la facultad que el legislador concedió a los Tribunales de Casación, y esta fue la de dictar jurisprudencia obligatoria ante la reiteración de tres fallos sobre un punto de derecho.

Antes de eso, la Corte Suprema de Justicia resolvía el conflicto en forma definitiva pero sus pronunciamientos no constituían precedente obligatorio.

A partir del 2003, el Pleno de la ex Corte Suprema de Justicia y ahora la Corte Nacional, dictan jurisprudencia obligatoria para los jueces de las dos instancias.

Finalmente, hay que referirse a la facultad concedida por la Dictadura a la Corte Suprema de Justicia en vista del cierre del Congreso Nacional, para llenar vacíos y oscuridades de la ley mediante Resoluciones Generalmente Obligatorias, hasta que la Legislatura dicte la norma correspondiente.

Esta se mantuvo en la Ley Orgánica de la Función Judicial y fue incorporada también en el Código Orgánico de la Función Judicial, que desde el 2009 rige el desempeño

¹³ Tomado de https://www.youtube.com/watch?v=8l_WGqY3qMA&t=1650s fecha de obtención: 10 de noviembre de 2022.

¹⁴ Hogg y Bushell (2014) p. 21

de la Función Judicial, esto implica que cuando hay alguna duda sobre la aplicación de una ley porque no es clara o no es suficiente, el Pleno de la Corte Nacional puede dictar una norma de aplicación obligatoria hasta que el órgano legislativo dicte una ley sobre ese asunto.

Este antecedente es necesario para entender las actuaciones judiciales que han propiciado la creación de normas en las distintas etapas y cuál ha sido el margen de actuación de un juez.

3.2 Control difuso de constitucionalidad de las leyes

En esta etapa se distinguen dos casos interesantes:

En temas procedimentales, ante lo no previsto, el Código Procesal Civil, es el llamado a llenar este vacío, sucedía en aquella época cuando estuvo vigente el Código Penal y se aplicaba subsidiariamente el Código de Procedimiento Civil CPC y sucede ahora entre el Código Integral Penal COIP y el Código Orgánico General de Procesos COGEP.

Fue el caso, que las testigos de un asesinato eran dos mujeres que trabajaban en un prostíbulo, quienes por disposición del entonces vigente CPC incluía entre quienes no podían ser testigos a las "meretrices", esta tacha respondía al requisito de probidad, se entendía entonces que quienes desempeñaban ese oficio, carecían de ella.

Un juez, entonces vigente el sistema inquisitivo penal, inaplicó esta norma por considerarla contraria a la Constitución, tomó el testimonio a las mujeres y envió el informe al entonces Tribunal Constitucional, el que mediante Resolución confirmó la objeción y se expulsó la norma (Res. 002-2004-DI; R.O. 463, 17-XI-2004).

A partir de ese momento, si bien la decisión del juez no fue vinculante cuando inaplicó la norma, desde la decisión del Tribunal Constitucional si lo fue.

¿Qué significó esto? Una nueva regla respecto de la admisibilidad en esa época en la prueba testimonial.

El segundo caso refiere a uno de investigación de paternidad, el presunto padre había fallecido y por lo tanto en la normativa vigente a la época en el Código Civil, era causa de extinción de la acción, daba igual si hubiera fallecido antes o iniciado el proceso.

Una jueza de lo civil, ante ese caso, decidió inaplicar esta norma por contraria a la Constitución y ordenar la exhumación del cadáver con la finalidad de que se realice el examen genético de ADN.

Si bien el Tribunal Constitucional no llegó a pronunciarse sobre esta inaplicación y en consecuencia dicha norma no fue declarada inconstitucional, en adelante, muchos jueces acogieron esta inaplicación y la muerte del presunto progenitor no fue causa que pudiera enervar la acción, criterio que posteriormente fue recogido por la legislatura quien derogó en forma expresa la norma.

Aquí se recoge la afirmación de Buligyn que si los jueces aplican esa norma eventualmente se hará obligatoria.

3.3 Control Concentrado de Constitucionalidad

A partir del 2008, la Corte Constitucional del Ecuador fue instituida por la Constitución del Ecuador como el último intérprete de la Constitución, se sustituyó el control difuso por el control concentrado y hoy, la Corte Constitucional ha creado derecho.

Resoluciones como el matrimonio igualitario, que da la oportunidad a las parejas homosexuales para casarse, pues la ley permitía la unión de hecho, pero no el matrimonio civil, la sentencia que permite la inscripción de un menor de edad como hijo de dos mujeres como en el caso Satya, abrió una gran discusión, pues hay quienes estiman que es la creación de una norma que permite evadir la que sólo permite la adopción a parejas heterosexuales, en este caso no se ha expulsado una norma, según los críticos se ha añadido una, es decir pueden adoptar las parejas heterosexuales y también las homosexuales; la opinión de quienes están a favor es que se ha cumplido con el respeto a la diversidad de familias que permite la Constitución fundamentalmente.

La inclusión de una nueva norma para los procesos judiciales COGEP que obliga a documentar búsquedas para el caso que no se pueda determinar el domicilio de la persona demandada, es un buen ejemplo que introduce requisitos que no contemplaba la ley, tampoco se trató de la expulsión de una norma sino de la introducción de un requisito para citar al demandado, cuyo domicilio no se ha podido determinar.

La sentencia que estableció que los animales son sujetos de derechos, superando la concepción del Código Civil que les ha clasificado como bienes.

Hoy, si un juez estima que una norma es inconstitucional, debe suspender el proceso y remitir la consulta a la Corte Constitucional, quien deberá resolver, pero si pasados 45 días no lo hace, el juez retoma la competencia para decidir sobre el asunto.

3.4 Resoluciones Generalmente Obligatorias de la Corte Suprema o Nacional de Justicia

A pesar de que el legislador facultó a la Alta Corte a llenar los vacíos y a aclarar el sentido de las normas, en algunas ocasiones, la Corte dictó Resoluciones de ese tipo en contra de ley expresa, creando otras de aplicación obligatoria para los jueces de las dos instancias, algunas parecerían llenar lagunas axiológicas como la del perito liquidador en procesos laborales y otras tienen que ver con la introducción de normas procesales que permiten un despacho más ágil.

Una de ellas, fue la del año 1999 que obligaba al juez laboral a realizar el cálculo de las indemnizaciones del trabajador en sentencia y en el periodo de ejecución sin permitirle nombrar perito liquidador, lo cual constaba en el Código del Trabajo de ese tiempo, posteriormente esa norma fue recogida en el COGEP; las razones estaban claras: la necesidad de tutela de los derechos del demandante, a quien la ley debía especial protección y lo oneroso que resultaba designar un liquidador.

Otra reciente tuvo lugar en el 2016 (Resolución No.5-2016, cuando introdujo una causa de inadmisión en los juicios laborales por despido ineficaz por haber transcurrido más de treinta días del hecho, la razón fue que la institución de la caducidad (que también es una de las excepciones de resolución previa y por lo tanto parte del despacho saneador) puede ser aplicada de oficio por los jueces.

La Resolución No. 15-2017 ante la obligación de apelar en audiencia en los procesos COGEP, se introdujo una nueva regla para el caso de la inasistencia por caso fortuito o fuerza mayor, lo que fue corregido finalmente en las reformas del año 2019, permitiendo fundamentar después de la notificación de la decisión por escrito.

Y en el 2018, cuando mediante Resolución No.7-2018, se dispuso que los demandados que hubieran salido del país de los que no se conociera su domicilio y no estuvieran registrados en ningún consulado del Ecuador en ese lugar, debían ser citados por publicaciones en el lugar del juicio.

Por supuesto que la Corte Nacional de Justicia ha dictado muchas otras, éstas son unas en las que ha creado reglas que son de aplicación obligatoria, como se ha visto algunas han sido objeto de reforma legal con posterioridad por la legislatura, pero otras han permanecido aplicándose a los procesos.

3.5 La Triple Reiteración o Jurisprudencia Obligatoria

A partir de la Ley de Casación del 2003, y después reiterada como facultad en el Código Orgánico de la Función Judicial en el 2009, la Corte Nacional de Justicia, ante tres o más sentencias reiteradas sobre un punto de derecho, puede expedir precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Ejemplos de creaciones de reglas han sido la dictada en el año 2014, la No. 5-2014, en la que se afirma que el reconocimiento voluntario de los hijos es irrevocable, pese a que la norma vigente a la época establecía una serie de causales para que prospere la impugnación al reconocimiento voluntario, como que el hijo no pudiera ser del reconociente y que no se hubiera hecho el reconocimiento conforme la ley.

En esta jurisprudencia, introduce la regla de la "irrevocabilidad" es decir que, pese a que el reconocido no haya podido tener por padre al reconociente, éste al realizar dicho acto, está obligado a probar que se hizo bajo vicios del consentimiento.

En el año 2011, 27 de julio de ese año, la Corte Nacional de Justicia, dispuso que, en los casos de reivindicación de inmuebles, la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, no era eficaz al proponerse como excepción, sino que debía hacérselo como acción, es decir por la vía reconvencional, de igual forma si la acción propuesta era de prescripción extraordinaria, la reivindicación que permitía devolver el inmueble a su titular sólo se podría hacer reconviniendo.

Esto llenó un vacío legal, pues ante la excepción no había posibilidad de contestarla y ejercer el derecho de defensa.

Un asunto aparte es la actividad de las Cortes Provinciales de Justicia, las que son tribunales de cierre de instancia, pues el recurso de casación no es grado ni instancia, sino un recurso extraordinario, al cual sólo acceden los procesos de conocimiento o cuando están en fase de ejecución.

En estos casos, las Cortes de segunda instancia, han definido conceptos, como en el caso, de la carga de prueba en los juicios de alimentos para menores de edad, adultos hasta los 21 años y discapacitados con incapacidad para el trabajo, pues el COGEP ordena que en estos procesos la carga de la prueba de los ingresos pertenece al demandado, sin embargo, ante la falta de regulación de los incidentes de aumento o de rebaja, la mayoría de las Cortes Provinciales en sus sentencias han aclarado que la prueba de las variaciones del monto de la pensión alimenticia, son de cargo del

demandante y no del demandado, con lo que la norma de reversión de carga probatoria no es aplicable al caso.

Estos son procesos que, por no entrar al estado de cosa juzgada, pues se discute el monto de la prestación, no son susceptibles del recurso de casación y por tanto son las Cortes de segunda instancia, quienes deben llenar el contenido de los conceptos.

Es verdad que en segunda instancia no existe la posibilidad de dictar jurisprudencia obligatoria, pero son decisiones que poco a poco se van imponiendo, y de cierto modo legitimando, es verdad que en último término podría recurrirse a la Corte Constitucional del Ecuador en el evento de una vulneración a un derecho.

Por la limitada extensión del trabajo, no es posible extenderme en otras que también han introducido normas que no existían y que, en muchos casos, fueron objeto de legislación posterior.

4. Conclusión

Es un hecho que el Derecho rige a la vida social, que ésta es esencialmente mutable, que desde la última parte del siglo anterior se han suscitado cambios profundos en la sociedad, la migración, los cambios en las relaciones laborales y familiares han provocado nuevas instituciones que han escapado a la regulación ordinaria.

Que los jueces están obligados a resolver los casos sometidos a su conocimiento, que, a la luz de la tutela judicial efectiva de derechos, no puede limitarse a negar una demanda por falta de ley, más aún que el diseño constitucional establece como deber fundamental del Estado, la protección de los derechos.

Por lo tanto, la posibilidad de crear normas ante lagunas legales es una actividad necesaria para la atención del deber judicial, es evidente que esta facultad no puede ser arbitraria sino regulada por un órgano de control, sean la Corte Constitucional o la Corte Nacional.

En suma, existe la creación de norma, el juez ha trascendido el papel de aplicador de leyes, su deber esencial es resolver los litigios de la ciudadanía mediante la efectiva realización de sus derechos, esto no implica la falta de regulación, sino que admite un margen de actividad necesario para atender la complejidad de los conflictos sociales.

BIBLIOGRAFÍA:

ATRIA FERNANDO: Creación y formación del Derecho, entre formalismo y escepticismo; Anuario de Filosofía Jurídica y Social, 2001 Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.

BULIGYN EUGENIO: Sentencia judicial y creación de Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

BULIGYN EUGENIO: ¿Los jueces crean Derecho? Revista Isonomía 18, abril 2003

BOBBIO NORBERTO Teoría general del derecho, Editorial Temis, Colombia, 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA: Seminario sobre Control de Constitucionalidad y Política, conferencia del profesor Jeremy Waldron, 2017.

GARGARELLA ROBERTO: Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática (Derecho y Política) (Spanish Edition) 2014. Siglo XXI Editores. Edición de Kindle.

HOGG PETER Y ALLISON BUSHELL: El diálogo de la Carta entre Tribunales y Legislaturas en Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática (Derecho y Política) (Spanish Edition) 2014. Siglo XXI Editores. Edición de Kindle

LABORDE SALVADOR: El problema de las lagunas de la ley y el principio de plenitud hermenéutica. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Universidad Autónoma de México, Tomo IX, Números 35-36, 1947.

NINO CARLOS SANTIAGO: Introducción al análisis del Derecho. Ariel Derecho, Barcelona, 1983

SEGURA ORTEGA, MANUEL, "El problema de las lagunas del derecho", *Anuario de filosofía del derecho VI*, Madrid, 1989

REICHEL HANS: La ley y la sentencia, orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último. Editorial Reus, Madrid, 1921.

WALDRON JEREMY: Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales (Derecho y Política) (Spanish Edition). Siglo XXI Editores. Edición de Kindle.