

HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

Dr. Nicolás Castro Patiño*

RESUMEN:

El Estado Constitucional de Derecho se asienta sobre una base normativa, que es la Constitución, la cual contiene aquellos derechos y garantías fundamentales del ser humano. La estructura constitucional se ha visto inmersa en una transformación que ha vivido desde dictaduras y totalitarismos, siempre vanamente apuntalados en la legalidad formal resultante de esa concepción deliberante y positivista del Estado, hasta llegar a aquel garantismo de derechos que ofrece el verdadero Estado Constitucional de Derechos.

La jurisprudencia constitucional es considerada como una fuente *secundaria o auxiliar* del derecho, que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria.

Es así que, a través de estos fallos reiterativos se unifica las decisiones de los jueces, la cual es manifestada a través de la Corte Constitucional, siendo el único organismo capaz de interpretar la Constitución, a pesar de los tropiezos que ha tenido el Ecuador para finalmente independizar la Justicia Constitucional.

PALABRAS CLAVES:

Estado Constitucional de Derecho.- Neoconstitucionalismo.- Garantismo.- Bloque de Constitucionalidad.- Justicia Constitucional.- Nomenclatura.- Interpretación.- Jurisprudencia Constitucional.-

* Es Doctor en Jurisprudencia y Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Profesor Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Guayaquil. Profesor Principal de Derecho Procesal Orgánico de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

SUMARIO:

I.- El Estado Constitucional de Derecho.- II.- Identidad del sistema jurídico ecuatoriano y rol de la jurisprudencia.- III.- Precedente obligatorio en casación.- IV.- El precedente constitucional vinculante.- V.- Diferencia entre el concepto de precedente constitucional vinculante y el de jurisprudencia constitucional vinculante.- VI.- Necesidad de reformar la Constitución para establecer un verdadero precedente constitucional vinculante.-

I.- El Estado Constitucional de Derecho.

En la reforma constitucional de 1996 se incorporó a nuestra Constitución el principio de respeto a los derechos humanos que actualmente es el texto del artículo 11.9 de la Constitución vigente, por el que se proclama que *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”*, tal como lo hizo también el Art. 16 de la Constitución anterior. Además, se estableció el Tribunal Constitucional, como magistratura especializada para realizar la justicia constitucional. En cambio, en la Constitución de 1897, se proclamó plenamente por primera vez en nuestra historia constitucional el principio de la supremacía de la Constitución, en el artículo 132 que decía *“La Constitución es la suprema ley de la República...”*.

Estos antecedentes fueron hitos para que la Constitución de 1998 sellara la irrupción de nuestra organización republicana en los lares del *neoconstitucionalismo*, término que alude a un modelo de organización política denominado **Estado Constitucional de Derecho**, que se asienta sobre un sólido pilar cual es el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales del ser humano.

El paradigma tiene algunas características esenciales de entre las que destaco: revalorización de la persona, de su dignidad y derechos inalienables; legitimidad del gobierno que se basa en el ejercicio de atribuciones conforme a lo dispuesto en la Constitución; la supremacía de la Constitución, para cuyo efecto es indispensable un control que lo ejerza la Corte Constitucional; y, el *garantismo*, que es clave en el paradigma y para cuya concreción deviene en fundamental el rol protagónico y

HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

dinámico de los jueces, quienes deben comenzar a pensar y actuar desde la Constitución y no sólo desde la Ley, aunque esto generalmente no ocurre en nuestro medio, como lo demuestra el hecho reciente de los llamados “*presos de conciencia*”, ampliamente comentado en la academia, el foro, organizaciones gremiales y de base, como lo informaron algunos medios de comunicación social.

La supremacía de la Constitución irradia la fuerza normativa propia y directa de sus valores, principios, normas y del llamado *bloque de constitucionalidad*, como consta en el el Art. 11.3 de la Constitución que dice: “*los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*”.

En consecuencia ya no se requiere de ley previa o posterior para que la disposición constitucional pase del libro a la vida. Es lo que en términos magistrales Herbert Krügger dijo: “*Si por siglos el ejercicio de los derechos fundamentales fue posible en la medida en que lo permitía la ley, hoy la ley vale en la medida en que respeta los derechos esenciales*”¹.

Para que las líneas maestras del paradigma sean posibles es indispensable tener una Corte Constitucional como órgano único y máximo intérprete de la Constitución y que esta competencia no la ejerza el Congreso, como era en el pasado. Pero, además, debe establecerse la idea de que la Corte Constitucional no es simplemente un *legislador negativo* sino, especialmente, un **órgano activo** que colabora con el Legislativo y el Ejecutivo en la labor de producción de normas de derecho, elevándolo al órgano especializado de la justicia constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y estableciendo la sumisión de los jueces ordinarios, cortes y tribunales, a la jurisprudencia constitucional del mismo.

II.- Identidad del sistema jurídico ecuatoriano y rol de la jurisprudencia

Tenemos una raíz y orientación *legista* o *legislativa* en cuanto a las fuentes del derecho positivo, porque hay un predominio indiscutido de

¹ Citado por BACHOF, OTTO. *Jueces y Constitución*. Madrid, Civitas. 1994, p. 43

la ley y se toma en cuenta de modo subordinado tanto a la costumbre como a la jurisprudencia. Nuestro sistema jurídico es *neo romanista* y *positivista* y esta forma tradicional de entender las fuentes del derecho implica que los jueces aplican la ley, sin crearla; los pronunciamientos judiciales ilustran las normas positivas sólo cuando éstas son oscuras o ambiguas; la obligación de fallar se cumple preferente o exclusivamente por la obediencia a las reglas establecidas, bien por el constituyente, bien por el legislador; los jueces están *atados* a la ley pero son *independientes* frente a las sentencias judiciales con las que se fallaron casos anteriores, porque la jurisprudencia es considerada como una fuente *secundaria* o *auxiliar* del derecho, que sólo opera en casos de silencio de la fuente primaria; y, finalmente, el derecho se concibe como un complejo de reglas primordialmente establecidas en normas jurídicas positivas de origen legislativo y codificadas.

En toda esta visión impera el concepto de que el derecho es predominantemente un conjunto de normas establecidas legislativamente, como lo advirtiera el decano Pound de la Universidad de Harvard, quien señaló acertadamente que las definiciones más comunes de derecho empiezan invariablemente catalogándolo como *conjunto de normas*.

El principio fundamental del derecho y sus fuentes que establecen los textos legales inspirados en el Código Civil de Bello y en el Código de Napoleón, como el nuestro, es el de la prohibición de que los jueces por medio de sus sentencias *pudieran pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometiesen*, como lo señala el Art. 5 del Código Civil francés y los Arts. 1, 2 y 3 de nuestro Código Civil.

De esta manera, el único que podía crear derecho a través de la generación e interpretación de la ley, es el legislador y no el juez, como constaba en el Art. 130.5 de la Constitución anterior y en el Art. 120.6 de la Constitución vigente.

En la concepción que plasman estos artículos la ley predomina totalmente sobre la costumbre y la jurisprudencia; y esta circunstancia, tiene como explicación histórica la de que en Francia aquéllas eran formas de creación del derecho propias del *ancien régime*, por lo que los códigos pos-revolucionarios prohibían utilizar la costumbre y la jurisprudencia.

HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

dencia como fuentes del derecho, para impedir que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad general soberana que sólo se puede expresar por medio de la ley.

La posición antijurisprudencial del legalismo francés fue modificándose con el tiempo en Europa continental, y desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a hablar de la *jurisprudencia constante*, mientras los españoles lo hicieron de la *doctrina legal*, expresiones que tradujeron un cambio en la concepción del derecho.

El resultado fue que comenzó a rehabilitarse el valor normativo de la jurisprudencia, que tuvo en Francia autoridad persuasiva y en España, obligó a los jueces inferiores, hasta el punto de que la violación de la doctrina legal era causal suficiente para casar el fallo.

III.- Precedente obligatorio en casación.

Ecuador no fue ajeno a la historia y en la reforma constitucional de 1992 transformó a la Corte Suprema de Justicia en Tribunal de Casación e introdujo en 1993 la Ley de Casación, en mérito de la cual le correspondía la defensa del derecho objetivo contra cualquier abuso de poder desde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, llamada *nomofilaquia*; la de unificar la jurisprudencia, como se desprende del texto del Art. 19 de la Ley de Casación; y, en determinados casos, cumplir la función *dikelógica*, o sea, la de hacer la justicia del caso concreto.

La Corte Suprema de Justicia dejó de ser fundamentalmente órgano de administración de justicia. Sólo lo fue cuando actuó como *Tribunal de Instancia*, es decir, cuando al ejercer el control de la legalidad estableció que en el fallo impugnado hay transgresión del derecho objetivo, de manera que, casándolo, resolvió sobre la materia de la controversia; y además, en los casos de fuero y en otros de excepción, en los cuales la Corte Suprema administró justicia *stricto sensu*.

La Corte Suprema tuvo atribuciones co-legisladoras al disponer la ley que los precedentes jurisprudenciales sean obligatorios en casos de fallos de triple reiteración. Esta facultad conserva la Corte Nacional de Justicia que por lo dispuesto en el Art. 184.2 de la Constitución tiene la función de "*desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales funda-*

mentado en los fallos de triple reiteración”, para constituir así lo que la Constitución y el novísimo Código Orgánico de la Función Judicial denominan “jurisprudencia obligatoria”, que publicada en el Registro Oficial, tiene efecto generalmente obligatorio, o sea, el mismo que tiene la ley.

Me pareció que algo similar había necesidad de introducir en materia constitucional, no obstante que en relación a la acción de amparo prevista en el Art.95 de la Constitución de 1998, para satisfacer la exigencia del requisito sobre el daño inminente y grave, el Art. 2 de la Ley Orgánica de Control Constitucional y el Art.3, inciso 2do., de la Resolución de la Corte Suprema de Justicia de 27 de Julio del 2001, establecieron eficacia creadora en materia de derechos fundamentales a las resoluciones del antiguo Tribunal Constitucional, a base del carácter *ius naturalista* que consagraba el Art. 19 de la Constitución de 1998, que tiene su correlato en el Art. 11.7 de la Constitución vigente.

IV.- El precedente constitucional vinculante

Para tal fin, precisamente, surge la idea del precedente constitucional vinculante, que en clave anglosajona determina que un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por los tribunales superiores, correspondiéndole a aquél determinar que hay identidad sustancial entre los casos, en virtud de que esta circunstancia es la que da lugar a la obligación de aplicar el precedente.

El sustantivo “*precedente*” se refiere a una fase de creación del derecho distinta y posterior a la de su configuración dispositiva.

La producción normativa no se agota en la configuración dispositiva. Posteriormente, el órgano de aplicación debe asignarle un significado a la disposición, para resolver el caso, utilizando para el efecto la interpretación o la integración del derecho.

KELSEN, sostuvo que la interpretación: “*Es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior*”, y que en el caso de la interpretación de una ley “*se trata de saber cómo aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano*

HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer"².

GARCÍA MAYNES, al referirse al proceso de integración dice: "Cuando el juez llamado a resolver una controversia descubre que las reglas interpretativas son impotentes para ofrecerle la pauta de solución que busca, tiene, para cumplir su misión específica, que formular la norma aplicable al caso o, lo que es lo mismo, debe dejar de ser intérprete para asumir un papel muy semejante al del legislador"³.

Es decir, el juez tiene siempre el deber de resolver las controversias y la insuficiencia o falta de ley, no lo releva del cumplimiento de tal obligación. Fue por esto que COSSIO afirmó que "el juez debe juzgar siempre porque es juez, es decir, por que así es su ontología"⁴.

De ahí que cuando se habla de precedente se alude a la norma que crea el juez para resolver el caso planteado, la misma que debe servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo, siempre que se trate de un precedente vinculante.

De manera que los órganos competentes para culminar la producción normativa, son los órganos jurisdiccionales, en cuanto que todo acto de aplicación de la norma jurídica implica dotar de significado a sus disposiciones, y esa interpretación o integración es, irremediablemente, una fase de creación del derecho que corresponde al juez.

El adjetivo "vinculante" entraña la fuerza con que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros, sustancialmente idénticos a aquél en el que fuera establecido.

La noción de lo vinculante guarda relación con el concepto de fuente del derecho, entendida ésta como "aquellos hechos o actos de los cuales el

² KELSEN, HANS *Teoría Pura del Derecho*. UNAM. México D.F. 1983.

³ GARCÍA MAYNES, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 7ª Edición, p. 366.

⁴ COSSIO, CARLOS. *La Plenitud del Ordenamiento Jurídico y la Interpretación Judicial de la Ley*. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1947, 2ª edición, p.59.

ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”, según la apreciación de BOBBIO⁵.

En consecuencia, estamos frente a un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional se incorpora al derecho objetivo, con carácter general, obligando a los operadores jurídicos a aplicarla, siempre que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo.

En general, esto no ocurría en nuestro país antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución: el fenecido Tribunal Constitucional no era el máximo ni tampoco el único intérprete de la Constitución y esta esencial atribución le correspondía sólo al Congreso Nacional.

En la Constitución vigente, no consta que la Asamblea Nacional pueda interpretar la Constitución, aunque tiene atribución para hacerlo con la ley, como puede consultarse en el Art. 120.6. Así mismo, en los Arts. 429 y 436 numerales 1 y 6, las normas establecen que la Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia y que genera jurisprudencia vinculante en materia constitucional, lo que en parte satisface nuestra aspiración que realmente va más allá, pues se trata de que se incluya en nuestro sistema jurídico el instituto del precedente constitucional vinculante como fuente del derecho, advirtiendo que no es lo mismo el concepto de precedente constitucional vinculante y el de jurisprudencia constitucional vinculante, que es el concepto a que se refiere la Constitución.

V.- Diferencia entre el concepto de precedente constitucional vinculante y el de jurisprudencia constitucional vinculante.

En la tradición del “*civil law*” la jurisprudencia no se asocia con la capacidad de incorporar normas en el derecho positivo, sino a algo más débil y difícilmente configurable. La eventual incorporación de la jurisprudencia al derecho objetivo sólo se produce por la reiteración de decisiones, en cuyo caso se habla de *línea o doctrina jurisprudencial en lugar de precedente*.

⁵ BOBBIO, NORBERTO. *Teoría General del Derecho*. Themis, Bogotá, 1987, p.158.

HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

En la tradición del “*common law*”, el término jurisprudencia no se asocia a los tribunales sino sólo el de precedente, por la sencilla razón de que en aquélla no hay dificultad en reconocer que los Tribunales de mayor rango crean Derecho con los mismos alcances que puede hacerlo el propio legislador.

Mientras el precedente vinculante está expresado en términos precisos y como regla puntual que coincide con el núcleo de la decisión, la doctrina jurisprudencial, queda sujeta a la distinción entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* y, en consecuencia, requiere ser identificada en cada caso por el Tribunal que la debe aplicar en los casos futuros.

De ahí que la idea de jurisprudencia constitucional vinculante no se refiere al dictado de una sentencia por parte del órgano de control constitucional, sino más bien a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República.

Sin embargo, la vinculación de jueces y tribunales a la jurisprudencia constitucional está relativizada, por el hecho de que su inobservancia no se identifica con una violación del derecho vigente, aunque si se trata de supuestos de hecho sustancialmente idénticos, tal conducta implica una violación del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

VI.- Necesidad de reformar la Constitución para establecer un verdadero precedente constitucional vinculante

Todo lo anterior cobra sentido si leemos atentamente el texto del Art. 172 de la Constitución vigente, en el mismo que se consagra el principio de que “*las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley*”, a base del cual pudiera admitirse la idea de que los jueces no están obligados a observar la jurisprudencia vinculante en los casos referidos en el Art. 436.6 de la Constitución, en particular si este texto lo contrastamos con el principio constitucional de la independencia del juez. Me parece que para enmendar esta omisión del Art. 172 de la

Constitución, los Arts. 2.3 y 187 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescriben la obligatoriedad del precedente constitucional⁶.

Esta ley cambia la terminología y cambia el concepto. En efecto, la Constitución habla de jurisprudencia vinculante pero la Ley habla de precedente constitucional y resulta que ambos conceptos son distintos. Lo técnico y apropiado desde la doctrina es utilizar en ambos textos normativos el vocablo "*precedente constitucional vinculante*", para evitar la confusión y distorsión que apunto.

Acoger mi reflexión y otras que constan en mi libro⁷ implica al menos reformar los Arts. 436.6 y 172 de la Constitución, para establecer en el primero el concepto de que las sentencias que expida la Corte Constitucional constituyen precedente constitucional vinculante y que éste sea únicamente el determinado por la propia Corte Constitucional, en sustitución del concepto de jurisprudencia vinculante; y, en el segundo, para agregar que los jueces al administrar justicia están sujetos también al precedente constitucional vinculante generado por la Corte Constitucional y no sólo a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, como preconiza su texto actual.

No es posible asumir una concepción del derecho que tenga como único referente a la Constitución y a la Ley, porque en ese escenario no se tendría en cuenta la textura abierta y muchas veces indeterminada de la Constitución y entrañaría renunciar a que ésta sea expresión del pluralismo que se concreta en la vida diaria por la vía de la interpretación.

⁶ **Art. 2.3.-** "*Obligatoriedad del Precedente Constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijado por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante*".... **Art. 187.-** "*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 en los términos previstos en la Constitución y en la presente Ley*".

⁷ CASTRO PATIÑO, NICOLÁS *El Precedente Constitucional Vinculante para el Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.

HAY QUE ESTABLECER UN VERDADERO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE.

No olvidemos que el Estado Constitucional es en esencia Estado de la Jurisdicción, en cuanto en la jurisdicción reside el resguardo último de los derechos fundamentales, como lo proclamó el profesor HÄBERLE. Tampoco olvidemos que cuando la jurisdicción constitucional resuelve casos en los que debe hacer frente a las decisiones del Estado, puede ser un *poder contramayoritario*, que lejos de representar amenaza para la democracia, le confiere su razón de ser.

Éste es el motivo por el que las dictaduras no soportan vivir con Cortes, Tribunales o Jueces constitucionales *independientes*, porque ante los embates del dictador, o frente al ejercicio de un poder concentrado y autocrático, los derechos fundamentales hablan a través de los jueces, por lo que conviene mejor silenciarlos.

En consecuencia, hay que hacer una apuesta a firme por los jueces y su labor creadora en la jurisprudencia.

Sólo así habremos dado un paso mayor en la reestructuración profunda de nuestras fuentes del derecho. De ello me sentiré profundamente satisfecho.

El precedente constitucional vinculante constituirá en ese escenario medio idóneo para conseguir la realización plena del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, a la predictibilidad y a la seguridad jurídica.