

## LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008 Y EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

*THE CONSTITUTION OF 2008 AND THE CONSTITUTIONAL  
PRECEDENT*

Juan Javier Zalamea Suarez<sup>1</sup>  
Luis Alberto Buñay Sacoto<sup>2</sup>  
luisabs94@gmail.com  
jjzalamea@hotmail.com  
**Recibido:** 28/08/2017  
**Aprobado:** 23/04/2018

### **Resumen:**

El presente artículo analiza documental y críticamente el precedente constitucional en el Ecuador y su configuración en la nueva Constitución de 2008, evidenciando ciertos inconvenientes de interpretación y resaltando la importancia y relevancia de la jurisprudencia como motor del cambio social y la construcción dialéctica de la historia. Sin dejar de lado al juez como sujeto del cambio, para lo cual los autores del trabajo se proponen discusiones constantes en este tema, sin dejar de criticar el *status quo* de la doctrina vigente.

### **Palabras clave:**

Ecuador, Constitución 2008, precedente, teoría constitucional, legitimidad.

### **Abstract:**

The present paper accomplishes a documentary and critical analysis of the constitutional precedent in Ecuador and its configuration in the new Constitution of 2008; Evidencing certain inconveniences of interpretation and highlighting importance and degree of importance of the present as the amendment to the articles of incorporation's motor and the dialectic construction of history, without brushing aside the judge like subject of her same, for which will be able to come across constant arguments that the authors in this theme, without stopping to criticize the status sell off quo in use.

### **Keywords:**

Ecuador, Constitution 2008, precedent, constitutional theory, legitimacy.

---

1 Estudiante de grado de la carrera de Derecho de la Universidad de Cuenca.

2 Estudiante de grado de la carrera de Derecho de la Universidad de Cuenca.



## 1. Introducción

Un juez que sólo vive apegado al texto legal, divorciado de los valores o sin contacto de la realidad social, es un mal juez. Un abogado que, al contrario, se convenza repentinamente de la justicia de una causa y sin consultar la legislación positiva, plantea una acción, es un abogado fracasado. Por otro lado, el jurista que sólo quiere ver el hecho social en su entorno histórico, describiéndolo, sin cuidar los problemas del valor y de la norma es apenas un sociólogo, perdido en el campo de la jurisprudencia. (Reale, 1996, p.8)

El presente trabajo es una análisis documental, legal y crítico de la teoría constitucional, así como de su aplicación, utilizando para tal efecto textos legales, jurisprudencia y doctrina. Es preciso recalcar que este análisis se hace desde los enunciados de la teoría constitucional, la sociología jurídica, la economía política y la teoría crítica.

Esta investigación pretende analizar las posibilidades objetivas de que un operador de justicia actué interpretando y argumentado con razonabilidad, así como dilucidar el valor del precedente, desde una visión tridimensional.

Es por eso que estudiaremos el precedente como un conjunto de argumentos determinados por diferentes factores y que sirve como fuente para una futura resolución, sin dejar de lado la actividad de un juez, especialmente su actividad constitucional, tanto de las autoridades jurisdiccionales de la Corte Constitucional<sup>3</sup> como los jueces comunes que actúan como garantes del orden jurisdiccional y que, en cualquier procedimiento y materia, son garantes de la Constitución; por lo tanto, tienen el deber de garantizar la aplicación de las normas legales, en estricto apego a los principios constitucionales y en la búsqueda de la justicia. Estas dos actuaciones se denominan: a) control difuso de la constitucionalidad y b) control concentrado; los que nos apoyarán para demostrar el funcionamiento del precedente como motor de la dinámica jurídica.

---

3 Desde ahora CC

## 2. Algunas consideraciones previas.

Históricamente, el positivismo jurídico ha concebido el derecho como un conjunto de normas, la sociología jurídica lo ha entendido como un hecho social y el ius naturalismo como un valor, perdiendo de vista que estos tres enfoques se conjugan, dando lugar a una tridimensionalidad del derecho. Como se lo planteó Miguel Reale al hablar de los valores en el derecho, de lo cual ha surgido un amplio debate, no siempre conocido por quienes litigan en derecho día a día (1996, p. 8).

En este sentido, es importante conocer que esta tridimensionalidad es una “vuelta de tuerca” dentro de la teoría jurídica. A partir de aquí, el derecho deber ser entendido como un proceso continuo de avance, determinado por valores, hechos sociales y normas jurídicas, no entendidos aisladamente sino como interdependientes. Esta afirmación conlleva una gran complejidad pues los hechos sociales, a su vez, están configurados por factores y fenómenos económicos, políticos, sociales y culturales. Por su parte, las normas jurídicas están configuradas por reglas y condiciones que se crean y se estudian dentro de la misma “ciencia jurídica”. Por último, los valores que son producto de una realidad histórico cultural “que se realizan en el mundo de la cultura y tienen una dimensión histórica determinante” (Ramos, 2011, p. 104); pero no debemos olvidar que también están conformados por una dimensión abstracta que liga la Moral y el Derecho.

Así también, las consecuencias que provienen de concebir el derecho y la moral como territorios interdependientes son mayúsculas. Algunos autores piensan que “No es la conciencia la que determina la realidad, sino que es la realidad la que determina la conciencia.” (Martínez, 1994, p. 55).

Nosotros pensamos que la determinación es mutua. El derecho es una evidencia histórica, cultural, valorativa y antropológica del pensamiento de una sociedad, lo que define al derecho como hecho social, norma y valor. Esto quiere decir que los factores sociales, económicos, políticos, culturales y sociales se determinan entre sí, el derecho es parte constitutiva de este sistema de determinaciones múltiples y mutuas, eso no significa que uno se imponga sobre otro, sino que se influyen mutuamente entre todos los elementos del conjunto.

Esto nos conduce a expresar que cada sociedad produce su derecho y sus procesos de construcción y reconstrucción del precedente desde una visión tridimensional. El derecho, al ser un producto social, obliga al juez constitucional a tomar sus decisiones basadas y guiadas en rea-



lidades, valores y un determinado ordenamiento jurídico. Esta visión de los precedentes implica ejercer una teoría crítica del derecho, que permite visibilizar factores y fenómenos sociales que históricamente se han olvidado. El paradigma post positivista implica diferencias formales y materiales respecto de los precedentes.

Por lo tanto, hacer y aplicar derecho debemos ver que estos elementos no son estáticos ni uniformes. Lo que implica una postura respecto del sentido de las mismas, acorde a realidades históricas y culturales; desde este punto de vista se realiza el presente análisis.

### **3. La nueva plataforma constitucional: asuntos generales**

Debemos darle importancia al nuevo contexto social que ha acompañado al desarrollo doctrinario, fundado en las teorías de Kelsen y en acontecimientos históricos como la Constitución de Weimar, los juicios de Núremberg, el abuso del poder por las dictaduras latinoamericanas y poderes hegemónicos mundiales, la inestabilidad política, la lucha a favor de los derechos de grupos como LGBTIQ, los planteamientos de colectivos marxistas, anarquistas, ecologistas, los pueblos indígenas y otros sucesos que han propiciado innovaciones de la teoría constitucional y que hoy nos separan del paleo positivismo.

La actual Constitución del Ecuador tiene grandes innovaciones que son efecto de estos sucesos, como por ejemplo: la ampliación del catálogo de derechos, la profundización del ejercicio de los derechos, las garantías mediante *action popularis*, la inclusiva recepción de la jurisprudencia y las recomendaciones de los altos tribunales internacionales de derechos humanos, la informalidad de la justiciabilidad de los derechos, el fortalecimiento de los principios de aplicación de los derechos; aplicación más favorable (interpretación conforme), la optimización de los derechos y principios, la garantía del contenido esencial, igualdad jerárquica, interdependencia, indivisibilidad, inalienabilidad e irrenunciabilidad de los mismos, la cláusula abierta, la responsabilidad del Estado, etc. (Constituyente, 2008).

Así mismo la inclusión dentro del constitucionalismo andino del Estado constitucional de derechos<sup>4</sup>, la interculturalidad, la plurinacionalidad, el reconocimiento de la justicia indígena (Yupangui, 2015), el

---

4 Desde ahora será tratado en este trabajo como ECDs.

concepto holístico del *sumak kawsay*, son algunos de los fundamentos que intentan superar las teorías hegemónicas del derecho tradicional.

En este sentido, en nuestro modelo, existe una gran responsabilidad y oportunidad para los jueces, al generar el precedente como motor jurídico y cultural. Dentro de la arquitectura constitucional, se ha otorgado este poder general a los jueces constitucionales y a la Corte Constitucional en especial, para crear derecho y, por ende, cambiar realidades sociales, sin que puedan argumentar falta de norma jurídica, pues, los precedentes constitucionales serán, justamente, la fuente que fortalezca la aplicación de los derechos.

Con estas consideraciones, varios autores como Israel Celi sostienen que la Constitución ecuatoriana de 2008 tiene un carácter eminentemente neo constitucionalista; otros como Ramiro Ávila (2011) expresan que las características del modelo ecuatoriano pertenecen a una nueva especie de constitucionalismo; desde la perspectiva del *NCL*<sup>5</sup>, incluso hay quienes definen nuestra Constitución como parte del “constitucionalismo andino”.

### 3.1 La legitimidad de la justicia constitucional

La teoría actual del Constitucionalismo sostiene que la ley no es la única fuente de derecho<sup>6</sup>. Por ello, hay que ver como la vanguardia constitucional trastocó el sistema de fuentes, la validez y la vigencia de las normas que ahora poseen una mayor complejidad. Desde esta perspectiva es el juez quien marca la diferencia entre un simple Estado de derecho y un Estado de derechos y justicia. En este sentido, cabe pensar ¿Cuál es la amplitud en la potestad de juzgar en la materia constitucional?

La legitimidad de la justicia constitucional, que tiene como eje fundamental al control e interpretación, está directamente ligada con la dimensión sustancial de la democracia: “referida principalmente a lo que puede y a que no puede no ser decidido y la dimensión formal al cómo y al quién, de las decisiones” (Ferrajoli, 2008, pág. 103). Es decir, el control constitucional actúa como contrapoder (lo que se llama poder contra mayoritario); lo que representa una “cruz” para la parte viva del poder del Estado, pero quien y en base a qué, son asuntos todavía problemáticos.

---

5 Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

6 Lo derechos, los principios y los valores del bloque de constitucionalidad y la justicia, son fuente directa, así lo ratifica el artículo 11 de la Constitución.



Por otro lado, las prestaciones como educación, salud, vivienda o el derecho al medio ambiente, etc., dependen de las políticas económicas por las inversiones que demandan, lo que genera derechos privilegiados y otros abandonados. Habría que revisar bajo que sostén se privilegia a ciertos derechos y por qué, así como que intereses o prioridades intervienen en estas decisiones.

El juez está llamado no solo a subsumir, sino a actuar en un proceso donde intervienen diversos procedimientos lógicos<sup>7</sup> e ilógicos, y el camino a la justicia muchas veces no visualiza estos procesos. Según estos conceptos queda un espacio para la discrecionalidad del juez. Cuando este enfrenta “casos difíciles” es cuando se pone a prueba su capacidad argumentativa como actor social. Por ello se debate si es más adecuada la ponderación o la teoría esencialista de los derechos.

En este sentido debemos preguntarnos si los jueces pueden realmente sobreponer un interés colectivo sobre cualquiera de los derechos humanos, operación que se ha vuelto frecuente con la ponderación, pues se supone que dos derechos son más que uno, una lógica utilitarista que vuelve en realidad al derecho ilógico y empieza a reproducirse sistemáticamente con un motor que, en este trabajo, hemos denominado precedente.

La legitimidad material de un precedente es reveladora, ya que los derechos fundamentales pueden ser “tratados”<sup>8</sup> desde las más variadas filosofías y visiones<sup>9</sup>, como lo han hecho históricamente las posiciones que oscilan entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Habría que preguntarse si ¿Se puede construir un ordenamiento jurídico que “trate” la complejidad de las realidades y filosofías? O si ¿Es necesario volver a un constitucionalismo mínimo para defender de mejor manera las libertades de los ciudadanos y así reivindicar la diversidad de pensamientos?

Creemos fundamental que la legitimidad tanto material como formal debe tener un proceso continuo de revalorización, derrumbar las instituciones obsoletas de ser necesario y refundarlas para satisfacer al mayor número de intereses sociales. Lo que puede darse a través del precedente.

El precedente tiene valor deontológico; reafirma la importancia del juez y de la necesidad del derecho. Por esta razón, las personas que hacen

---

7 Proporcionalidad, ponderación, fuerza normativa de los derechos, la interpretación conforme, por ejemplo.

8 Interpretados o argumentados

9 Si bien en los derechos fundamentales por su indeterminación no puede haber verdades absolutas si creemos que debería haber una deliberación amplia de su “verdadero” contenido.

justicia constitucional deberían comprender el valor transversal que tiene esta función para la interconectividad de los derechos y su vigencia.

No debemos olvidar la función ideal o crítica del derecho. La legitimidad formal<sup>10</sup> dada por la organización de la designación y conformación, que debe ser construida acorde a los derechos humanos, debe pasar transversalmente por los siete capítulos de derechos que consagra nuestra Constitución. Se debe garantizar la interculturalidad y la plurinacionalidad, no solo en las personas sino también en sus conocimientos y filosofías, con la separación e independencia de las demás funciones del estado y poderes.

Por otro lado, si la carta magna es vinculante, porque nace del poder constituyente, habría que examinar profundamente qué tan legítimo es el poder constituyente, pero este ya es tema de otro trabajo.

### **3.2 El problema de la interpretación**

Uno de los fenómenos sociales más complicados para el derecho es la imposibilidad de que dos personas interpreten un mismo enunciado de similar manera. No debería ser igual la interpretación del Tribunal Constitucional alemán que la que realiza el Tribunal Plurinacional Constitucional de Bolivia; cada sociedad ha de construir sus propios hechos sociales y, por ende, las interpretaciones no serán las mismas en sociedades tan diferentes, aunque ha de decirse que el fenómeno de la globalización disminuye las brechas y de cierta manera ha homogenizado las ideas.

Conceptos como Buen vivir, *Pacha mama*, *ECDs* Justicia, entre otros, que provienen de diferentes tradiciones y que abrazan un amplio recorrido de construcción social y una especial cosmovisión, merecen tener el mismo trato al ser interpretados e introducidos en una sentencia. Pedro Salazar (2013) manifiesta que este intento genera un desacuerdo jurídico, pues, se crean constituciones imposibles, sus prerrogativas no tienen un sustento práctico. Diversidad que a la hora de elaborar una sentencia es difícil de conciliar.

Por lo tanto, el papel de la justicia constitucional también sería determinar “que cosa es lícito o ilícito decidir o no decidir” (Ferrajoli, 2008, p.

---

10 Para nuestra realidad jurídica es idóneo que conformen la corte constitucional personas que sean de culturas y nacionalidades variadas.



102). Los cotos vedados o esferas de lo indecible deben ser analizados a la luz de nuestra Constitución. Un claro ejemplo de ello es el ejercicio del derecho a la resistencia que podría actuar como un vínculo negativo hacia el juzgador (no sancionar) o al legislador (abstenerse de legislar). Por todo esto, es preciso que exista una cultura de exigibilidad de los precedentes a los jueces, pues, de no serlo así, la eficacia de la norma suprema y todo lo que contiene quedaría como letra muerta.

Si al Buen Vivir o a los derechos de la naturaleza les asignamos conceptos utilitaristas desde el ejercicio gubernamental, como lo que sucedió con la explotación del Yasuní, los principios y normas pierden eficacia con lo que se desvaloriza la Constitución y se genera un desapego al sistema de un Estado de derechos; por último, estamos destruyendo la legitimidad del sentido de justicia para un grupo de la población.

La discrecionalidad del juez está dejada en manos de métodos interpretativos y sus resultados afectará los precedentes constitucionales, los que a su vez tienen poca fiabilidad. Tal vez, es un problema sin fin, ya que si generamos mecanismos de control al precedente ¿Quién controla a quien controla el precedente? Pero si no lo hacemos, ¿Puede la ciudadanía confiar en los arbitrios de unos pocos?, para esto, abordaremos el siguiente tema.

#### **4. Importancia del precedente**

Cuando hablamos de la importancia del precedente como argumento, cabe observar que el mismo goza de la presunción de constitucionalidad y, de esa manera, se lo considera justo. La doctrina dice que los precedentes pueden llegar a ser “sub reglas” para la tarea argumentativa, que propiamente son vinculantes; pero el juez constitucional no tiene la obligación insalvable de allanarse al argumento anterior, pero si tiene la obligación de observar el precedente, porque uno de las tareas más importante de los jueces es mantener la coherencia, plenitud y unidad del ordenamiento jurídico y eso significa que la aplicación del derecho tiene que ser uniforme a menos que se tenga razones para separarse del mismo<sup>11</sup>.

---

11 Según Juan Montana Pinto y Patricio Pazmiño Freire en cuanto a la obligatoriedad del precedente, este consiste en que los criterios hermenéuticos establecidos por la Corte Constitucional en sus dictámenes y sentencias son fuente directa del derecho y tienen fuerza vinculante, de tal suerte que una vez establecido, la Corte solo podrá alejarse de él argumentando de manera fuerte las razones del alejamiento teniendo como único límite la garantía de la progresividad de los derechos y la del modelo del estado. (Benavides, 2013, pág. 44)



Hay que dejar en claro que para la teoría constitucional no existe ningún principio ni valor que, en abstracto, sea superior al otro. Por tanto, cada caso está determinado por las circunstancias, y merece una interpretación y una conclusión especial. Esto hace que cada caso tenga su nivel de argumentación y dificultad. En un futuro aquella resolución puede servir para argumentar una decisión; sin embargo, esto no quiere decir que el juez en un ejercicio intelectual no pueda resolver de diferente manera, si su sentencia está debidamente motivada.

Actualmente, los precedentes constitucionales, generados por las más altas y lúcidas cortes del mundo, han cobrado fuerza en la cultura jurídica a la hora de las resoluciones. Es así que la *CC* italiana ha sido citada muchas veces, por la alta motivación en sus resoluciones, en problemas filosóficos-jurídicos tan complejos como el aborto, el honor de la mujer o la presunción de conocimiento de la Ley penal, aquí se ve más bien el valor filosófico del precedente.

Hoy, en Latinoamérica, la *CC* Colombiana también se ha convertido en un referente de decisiones, gracias a la alta motivación de sus resoluciones; un ejemplo son las citas que ha realizado la *CC* ecuatoriana, en su dictamen N 001-14-DRC-*CC* (Dictamen, 2014), sobre las Enmiendas Constitucionales del 2014, que además fue utilizado para diferenciar entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y colombiano.

#### **4.1 Grado de obligatoriedad del precedente.**

El precedente tiene relevancia como argumento utilizado por los jueces en la justificación de sus decisiones. El recurrir al precedente encuentra su justificación en la autoridad del tribunal, en el principio de igualdad en la aplicación de los derechos, en la certeza del derecho. (Iturralde, 2012, pág. 197)

Dentro de la estructura de la Constitución ecuatoriana de 2008, existe un elemento fundamental, el “control de constitucionalidad” (Pérez Royo, 1996), que es la base para que existan jueces constitucionales en un sistema jurídico, por lo tanto, el fundamento del sistema de precedentes.



De la misma manera debemos revisar cuáles son los niveles de los precedentes y saber en qué nivel de obligatoriedad se ubican nuestros precedentes, según el ordenamiento jurídico interno:

- a) Vinculatoriedad fuerte (o absoluta) y sin excepciones (precedente absolutamente obligatorio);
- b) Vinculación fuerte, pero sujeta a excepciones y limitaciones determinadas por el propio ordenamiento (precedente condicionalmente obligatorio);
- c) Vinculación fuerte-débil, con la posibilidad de apartarse del mismo, cuando el juez tenga razones relevantes para hacerlo (precedente condicionalmente obligatorio);
- d) Vinculación débil, cuando es normal que se siga el precedente sin que haya obligatoriedad de hacerlo y el juez no tiene que justificar el apartamiento del mismo (precedente persuasivo);
- e) No vinculatoriedad, si el juez tiene plena discrecionalidad respecto a seguir o no el precedente (este último no constituye precedente) (Iturralde, 2013, p. 195).

Desde el punto de vista restringido, existen dos tipos de control en la contemporaneidad constitucional: el control concentrado, realizado por las Cortes especializadas, y el llamado control difuso realizado por los jueces comunes<sup>12</sup>. Así también, se habla de dos controles diferentes; el control concreto se destina al examen de la constitucionalidad de un caso determinado y, por ende, la decisión se formulará en relación con las normas específicas al caso, mientras que el control abstracto, hace referencia a un control de la constitucionalidad de las normas del ordenamiento jurídico.

Existen discrepancias doctrinarias sobre cuál es el modelo que hemos tomado en el Ecuador referente al control constitucional, ya que esto determina quién es apto de crear precedentes constitucionales, a nuestro parecer es acertado expresar que hemos tomado un modelo mixto. Existe tanto control concreto como control difuso; por eso, decíamos que todos los jueces son competentes para hacer justicia constitucional, pero de especial manera lo hace la CC. Cabe señalar sin embargo que, según nuestro punto de vista, el control abstracto puro en Ecuador es inexistente, ya que el ordenamiento jurídico solo facul-

---

<sup>12</sup> Hans Kelsen los llama control por vía de excepción y por vía de acción, respectivamente.

ta al Juez hacer un control abstracto parcial, siempre derivándose de un caso en concreto<sup>13</sup>. Pero el grado de obligatoriedad del precedente abstracto realizado por la CC es de obligatorio cumplimiento, al menos así lo manda la norma.

En cuanto al control difuso, nuestro ordenamiento jurídico manda que todo juez debe administrar justicia desde una visión constitucional, hacer un control difuso por el órgano, pero concreto por el caso. Como sabemos, en caso de duda sobre la vigencia y validez de las normas, el juez tiene como obligación elevar su consulta a la CC. Esto hace que se cumpla el artículo 84 de la Constitución: “obligación de adecuar, formal y materialmente todo acto” o lo que se denomina garantía normativa. El modelo mixto es uno de los elementos arriesgados de la Constitución de 2008, pues, significa poner una responsabilidad significativa sobre todos nuestros jueces.

Siguiendo lo planteado por Iturralde, existen dos maneras para analizar el precedente: lo institucional y lo estructural; nos apoyaremos enfáticamente en sus argumentos:

Están implicadas las siguientes dimensiones: la dimensión objetiva: qué es lo que tiene eficacia de precedente, y que lleva a distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*; la dimensión estructural: qué sentencias constituyen precedentes respecto de una decisión ulterior; la dimensión institucional: esto es, la organización de los tribunales y las relaciones de autoridad entre los mismos, y que lleva a distinguir entre precedente horizontal, precedente vertical y auto precedente, y la dimensión de la eficacia, relativa a la intensidad con que los precedentes ejercen su eficacia y que distingue entre precedentes persuasivos y obligatorios. (Iturralde, 2013, p.194)

Esto quiere decir que las sentencias emanadas por estas autoridades tienen fuerza vinculante (que no es igual a fuerza obligatoria) para casos concretos futuros similares<sup>14</sup>. El control difuso es vinculante pero no obligatorio, por su particularismo. Esto implica que deberá hacerse un esfuerzo mayor para ganar legitimidad y fuerza.

---

13 Pérez Royo manifiesta que el control concreto se actúa a instancia de parte y cuando un Juez tiene duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso y cuya validez va a depender de la resolución del Tribunal Constitucional. Este autor explica bien el tema del control de constitucionalidad, revisar su obra.

14 El precedente tiene un papel de previsibilidad y de seguridad jurídica .



Sin querer agotar el tema, nos preguntamos si es oportuno el control difuso. Si todo juez está preparado para dicha responsabilidad. El constitucionalismo tradicional comprende que este control es fruto de un supuesto análisis racional del ordenamiento jurídico. Nosotros ponemos bajo sospecha la idea de que todo juez sea constitucional, por sus problemas prácticos.

Sin embargo, la virtud del precedente es que no deviene de una mera imaginación abstracta, sino que es consecuencia de un realismo práctico, a partir de circunstancias fácticas y valorativas. (Benavides, 2013, p.31)

La doctrina del precedente, surgida en el sistema jurídico del “common law”, tiene en la actualidad una relevancia destacada en todos los sistemas jurídicos dada la importancia de las decisiones judiciales no sólo en la vertiente que le es propia (aplicación del derecho), sino en la medida en que han adquirido relevancia como fuente formal de derecho (Iturralde, 2013, p. 194)

En este sentido, la *LOGJYCC* (Asamblea Nacional, 2010) establece entre sus principios la obligatoriedad del precedente constitucional, relacionándolas con los artículos 95 y 96 de la misma; nos comunica que los precedentes de la *CC* tienen vinculación fuerte pero sujeta a excepciones. Nuestra opinión es que, en la realidad,<sup>15</sup> por la cultura política y jurídica del país, en la actualidad, el sistema y la justicia constitucional ecuatorianos se enmarcan en los tres últimos niveles del grado de vinculación del precedente, y no en los primeros.

La doctrina del derecho entiende que, al darle este rol al juez, tiene una doble labor; elaborar sus fallos con respeto de los principios constitucionales, lo que tiene efecto únicamente para las partes; y que todas las actuaciones de un juez tienen la función de “institucionalizar” los valores en la sociedad. Pero la metodología de subsumir las normas en los hechos es, como ya dijimos, insuficiente.

Se entiende que los precedentes formarán la estructura estatal y de la convivencia social, por ende, el precedente constitucional genera criterios hermenéuticos para interpretar la norma jurídica, en especial, cuando son casos difíciles<sup>16</sup> pero ello no es lo único que crea la cultura jurídica.

---

15 Se debe tomar al precedente como una forma de transportar a la realidad la fuerza normativa de la Constitución. Es entonces, una producción del razonamiento práctico que incorpora una norma al derecho objetivo, para que sea seguido sucesivamente Y será vinculante por la jerarquía de los Tribunales Constitucionales. (Benavides & Solís, 2013)

16 En Ecuador el caso “Cervecería Nacional” es una referencia que se debe tener cuenta como precedente para futuro.

## 4.2 El valor de la motivación del precedente en Ecuador.

Es deber de todo juez motivar sus resoluciones, una obviedad que se complejiza cuando es necesario hacerlo en relación a la nueva teoría constitucional. Es una tarea que demanda mucho trabajo, más aún cuando, el artículo 5 de la *LOGJYCC*<sup>17</sup>, manda a los jueces constitucionales modular sus fallos en razón del tiempo, materia y espacio. Dicha norma regula la discrecionalidad de los jueces y dispone que cumplan una función de orden social; por tanto, lo harán mediante la argumentación jurídica (Atienza, 2006).

La nueva Teoría Constitucional en la Constitución ecuatoriana de 2008 obliga al juez y toda autoridad a motivar sus decisiones; también el bloque de constitucionalidad tiene una función garantista que exige del juez una tarea preponderantemente intelectual para resolver el caso. Por ende, sus propias resoluciones guiarán sus futuras resoluciones, con la finalidad de perfeccionar en la práctica los principios constitucionales.

En esta teoría constitucional se entienden implícitos los valores, como parte de la aplicación principios constitucionales, esto implica que los mismos se difunden a todo el sistema normativo; añadimos que esto incluye a los precedentes, por lo que se crea un espiral dialéctico en el devenir del derecho.

La argumentación, ha tomado gran relevancia dentro de la filosofía del derecho, pues se ha debatido mucho sobre el modo en que la subjetividad humana interviene en el derecho.

Es también importante dentro de la filosofía del derecho, la teoría de la interpretación; sobre la que debemos tomar en cuenta un aspecto: la diferencia entre norma y disposición normativa; existe una multiplicidad de disposiciones normativas en cada norma; cada sentencia sería un producto de la razón del juez; por ello, la razón del juez y la tarea argumentativa resulta un “tamiz” que va fortaleciendo argumentos o también degenerando, creando y depurando otros.

En el caso ecuatoriano, es notable que existan principios de interpretación como la aplicación más favorable de los derechos, la interpretación sistemática, la teleológica, etc., que se encuentran en disposiciones de la Constitución de 2008 y la *LOGJYCC*. Estas normas exigen

---

17 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.



al juez no solo un determinado criterio de interpretación sino el deber de argumentar, esto es, motivar todo asunto de su interpretación; por ejemplo: ¿Qué tipo de interpretación usó? ¿Por qué considera que esa es la interpretación adecuada para el caso? Y, si es posible, ¿Cómo esa interpretación les condujo a esas conclusiones? lo cual es una tarea que da vida futura al sistema jurídico.

El sistema jurídico, con el desarrollo de la sociedad, empieza a girar en torno al valor de los precedentes, a su valor jerárquico y valor argumentativo<sup>18</sup>. Esto nos da un avance dialéctico del derecho, gracias a la actividad del juez, sin olvidar que conforma una gran enciclopedia de pareceres jurídicos y adquiere incluso un valor cultural. Es por eso que se debe enfocar la importancia del argumento como precedente.

### **4.3 La comprensión efectiva de los precedentes en la nueva teoría constitucional.**

La argumentación jurídica de un juez en sus resoluciones debe ser válida y suficiente para la comprensión de operadores jurídicos y para la ciudadanía. Creando así una democracia sustancial y deliberativa, por tal, la *LOGJYCC* reconoce el principio de la comprensión efectiva; que obliga al juez exponer sus sentencias de manera lógica y coherente.

Para una comprensión efectiva, la justicia constitucional llega generar subreglas (derecho) y estas decisiones de órganos especializados ayudarán al ordenamiento jurídico a perfeccionarse y, en ciertos casos, hasta superar vacíos o resolver una antinomia, problemas a los que el paleo positivismo jamás pudo responder de manera efectiva. El garantismo y los derechos fundamentales juegan un papel preponderante sobre la nueva Teoría Constitucional; ya no se habla del perfeccionamiento de la ley sino del perfeccionamiento de todo un ordenamiento jurídico, centrado en ejes fundamentales como valores, principios, teorías de la democracia y un guardián de este garantismo, un Estado vivo, tema que será foco de nuestro estudio más adelante.

Al momento de tomar las resoluciones desde una comprensión efectiva, los juzgadores entran en el dinamismo social. Esta es la razón por la que el juez constitucional puede modificar los hechos sociales y

---

18 Cabe señalar que lógicamente es más "fácil" cumplir el deber legal y social de motivar mientras más avance el número de argumentos y la variedad de los mismos, es decir, si existen precedentes ya realizados.

ejercer una cierta influencia sobre el futuro social, económico, político y cultural. El ejercicio del control difuso y concentrado de las cortes debe ser “de comprensión efectiva”, más allá de ser formalmente válidas, la justicia constitucional depende de la garantía de los derechos<sup>19</sup>, por ende, el desarrollo material de la libertad, igualdad, formal y material, etc. De modo que se convierte en un derecho de la colectividad. En este sentido, defendemos que el desarrollo argumentativo o “el argumento” es prácticamente un derecho humano.

Como hemos mencionado, la comprensión efectiva recoge la importancia de la argumentación. A más de tener un valor pedagógico sobre los demás órganos jurisdiccionales, también «enseña» al ciudadano como debe ser entendido el contenido del derecho, por ello, es peligrosa la cualidad pedagógica del precedente.

Es necesario que los jueces vean la tridimensionalidad de derecho para juzgar en el campo del derecho constitucional, para reinterpretar -con todos los factores y fenómenos sociales- y, así, desentrañar los precedentes y construir su sentencia que, en su debido momento, se transformará también en otro precedente, a sabiendas que esto seguirá ocurriendo, tal vez interminablemente. Configurando así, nuevas realidades temporales y axiológicas.

## 5. El precedente como democracia

En la democracia de nuestros días, los actores sociales intentan “hablar”<sup>20</sup> con el juez para persuadir (el diálogo será más o menos directo, dependiendo el caso). A su vez, el juez se comunica a través de sus sentencias, en principio, con todo ciudadano. Esto incluye la forma de ver la democracia de la justicia ecuatoriana.

Desde una visión práctica y crítica, esta idea de democracia es limitada y empíricamente imposible, pues, no todo ciudadano puede acceder a esta comunicación, por diversos factores. Por otro lado, el actor social es solo un pequeño grupo de la sociedad, por lo que, como lo sostiene Boaventura de Souza Santos (2004), se está quedando fuera

---

19 Alexy manifiesta que la jurisprudencia y los precedentes de la justicia constitucional han ido restando a los derechos fundamentales su ilimitada indeterminación, pero sin desvirtuar su vivacidad.

20 Mediante el ejercicio al derecho a la resistencia, silla vacía, proyectos normativos, control social, etc.



de la construcción política del Estado la mayor parte de ciudadanos, lo que representa la paradoja del Estado moderno y quizás del Estado a lo largo de toda su historia.

En torno al derecho hay que notar que el legislador a veces no enfrenta el problema de llenar estos espacios vacíos en la Constitución, pues prevé que la ley debe ser abstracta y general, por lo que es conveniente dejar que se resuelva en el conflicto concreto por el juez. Es necesario que la Constitución sea adecuada de forma precisa a la situación. Lo que no se prevé es que el precedente, como solución particular, formará pronto parte del engranaje del pensamiento jurídico, para el juez que lo dicta, para otros jueces y para los ciudadanos en general. Estos precedentes llenos de particularidades empezarán a regir en la realidad jurídica, de manera abstracta y general, es decir, elementos en el mismo conflicto de la ley.

Debemos crear una cultura que se base en una visión crítica de la teoría de la acción comunicativa. Si pensamos que el derecho es un hecho social, debemos afrontar la tesis con democracia, no parecería correcto analizar lo mismos con una visión dogmática, menos aún dejarlo solo a una minoría que lo haga por todos.

Es una herejía constitucional reproducir solamente los conceptos dados; debemos vedar la reproducción de las ideas hegemónicas. La constitución ecuatoriana exige propuestas nuevas e innovadoras de organización del poder y de aplicación de los derechos. Creemos que, para ello, debemos incluir una visión profunda de la democracia.

¿Puede este problema solucionarse ejerciendo el poder de forma participativa y deliberativa? ¿Puede la argumentación exigirle un proceso de reflexión que vaya más allá del fuero interno del juez? Si la respuesta es negativa tenderemos como conclusión la presencia de los “dueños de la verdad” que darán sentido a los conceptos jurídicos, sin poder desentrañar las realidades en las que quiere aplicarse.

La forma de tomar las decisiones, la manera en que se motivan y argumentan las decisiones, son vitales para la justicia constitucional. Estamos hablando de las partes formales de una sentencia, pero que son la base del sistema. La justicia constitucional, al ser un poder de cognición con una función de garantía, está obligada a “dialogar” con los fenómenos sociales.

A nuestro criterio, una de las reivindicaciones relevantes del constitucionalismo latinoamericano es el constitucionalismo popular (Ávila, 2011) que sienta bases para cambiar la manera de tomar decisiones o ejercer democracia. Se han creado en el NCL diferentes democracias



que pretenden generar empoderamiento de los ciudadanos y que estos incluyan su cosmovisión en la toma de decisiones.

Es, por eso, que el máximo órgano de interpretación constitucional deberá conocer, utilizar y dialogar con los sectores y habitantes en general, para no solo dar un sentido de “acuerdo” sino desde un sentir colectivo. Hay que tomarse los derechos en serio, hay que ver, por ejemplo, a la naturaleza como sujeto de derechos, pues, son parte de un cuerpo de normas y hay que dotarle de contenido popular, pero también de máximos axiológicos, donde va a confrontarse con el interés hegemónico, pero el criterio que manda debe ser el sistema de necesidades y capacidades en torno a la vida (Dussel, 2014), con un enfoque bio centrista.

## **6. La propuesta ética ante el contexto social.**

El constitucionalismo ecuatoriano entendió que era necesario crear constituciones rígidas, una especie de “camisa de fuerza” al poder público y formular una abundante parte dogmática, para que los derechos y garantías de los ciudadanos puedan prevalecer sobre ese poder, pero el órgano competente se ha vuelto incapaz de dar respuestas dotadas de seguridad jurídica. No existe la relevancia que debería tener el precedente, lo abandona como un acto formal más. Al ciudadano común no le interesa el control de este suceso.

Uno de los instrumentos que se creía que puede funcionar dentro de la organización de un poder es la creación de entes autónomos. Con esto el “concurso de argumentaciones” debía enriquecerse. Los órganos piensan por sí solos, con menos conflictos de intereses, se pensaba; pero en realidad no existen los presupuestos básicos que puedan detener a los poderes.

La cualidad que el derecho como norma tiene sobre los ciudadanos y sobre los poderes están tomando otra forma en neoconstitucionalismo; se puede notar, por ejemplo, un menor apego al cumplimiento de la norma, desde las dos partes de la relación jurídica, de manera especial se ve que los órganos públicos dejan sin efecto normas importantes o las contradicen con total arbitrariedad<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Revisar debate sobre reformas constitucionales, donde se rompió el candado constitucional en el Ecuador. Como también lo que ha pasado con el uso de figuras excepcionales como los estado de excepción o los decretos ley, o proyectos de ley de urgencia económica.



Existe lo que podríamos nombrar como un “realismo mágico jurídico” en la parte dogmática de la constitución y un hambriento Leviatán, a quien olvidamos apretarle las cadenas en la parte orgánica de la constitución.

En la actualidad está quedando fuera de la construcción política del Estado la mayor parte de ciudadanos, lo que representa la paradoja del Estado moderno y quizás del Estado en toda su historia. La propuesta ética parece ser asumir este contexto social de suerte de simbiosis entre diferentes tradiciones que nos han influenciado: el derecho germano-romano, el constitucionalismo italiano, el mencionado “common law” de tradición anglosajona y la cosmovisión andina. Sin que ello signifique ratificar la idea del juez creador del derecho, sino emprender un camino seguro en aras de poner a buen resguardo este lugar privilegiado que tiene el juez en la sociedad.

El acceso a la justicia debe ser observada con diferente perspectiva, la política y el derecho deben estar vinculados, entendiendo la política no solo construida por partidos políticos; por lo que el acceso a la justicia constitucional y el ejercicio debe ser una forma de emancipación. La moral nos permite avanzar de una justicia “formal” a una justicia defensora de valores y principios, pero no debemos dejar de pensar en el derecho como una metodología objetiva de pensar la justicia. Para ello, hace falta profundizar también en asuntos políticos como la democracia. En este sentido, creemos que el precedente también juega un valor importante dentro de la teoría de la democracia.

## **7. A modo de conclusiones.**

Hay que dejar en claro que la estricta legalidad establecida en el garantismo no le permite al juez ejercer su poder de manera discrecional. El problema radica en la práctica jurídica que encontramos después del tiempo transcurrido de las constituciones vanguardistas. Estas le apostaron a un mundo diferente, a una utopía, pero parece ser que esta apuesta tiene dos cálculos: por un lado, pensar en la utopía supone ser metódicos con las condiciones objetivas de la sociedad y la cultura; como también ser realistas y creativos de forma objetiva. El otro cálculo es que, si no hacemos lo señalado en el primer punto, la cura (utopía) puede resultar peor que la enfermedad.

Lamentablemente, la discrecionalidad es una práctica jurídica cotidiana que se ha salido de las manos en los sistemas latinoamericanos. No vemos una clara forma de controlar esta responsabilidad. En el *NCL*, el rol del juez es construir una sociedad más justa, igualitaria, democrática y eso eleva su discrecionalidad, pero si miramos hacia otro lado, dejamos que el libre albedrío de unos pocos nos gobierne. El guardián de la Constitución debe estar limitado por sus finalidades, sino es una corte absolutista, sin legitimación.

Hoy las fuentes del derecho son difusas; esto genera una crisis en el modelo del Estado constitucional de derecho, pues este se basaba en la legalidad, en lo positivo. La teoría de la argumentación puede parecer una teoría de las razones válidas; se puede disfrazar de racionalidad y de legitimidad con argumentación, por lo que hace falta tomarse la cultura jurídico-política con criterios que afronten de manera justa la argumentación.

En Ecuador se da importancia a las sentencias emanadas de la Justicia Constitucional desde la argumentación, se generan una especie de sub reglas para casos semejantes futuros. Está en juego la progresividad de los derechos y la defensa del modelo de Estado. Los Precedentes crean nuestro futuro; no hace falta reformar una Constitución ni producir una nueva; es el poder de los jueces el que tiene que contribuir a concretar la intención de un pueblo por construir una sociedad del *Sumak Kawsay* para todos.



**Bibliografía:**

- Asamblea Nacional . (2010). *Ley Organica de Garantias Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito, Ecuador: Asanblea Nacional.
- Atienza, M. (2006). *El derecho como argumentación*. (Ariel, Ed.) Barcelona: Ariel derecho.
- Avila Santamaria, R. (2011). *El Neoconstitucionalismo transformador, el estado y el derecho en la constitución del 2008*. Quito: Abya Yala.
- Benavides, J. &. (2013). *Manual de Justicia Constitucional*. (Primera ed.). Quito: Corte Constitucional.
- Cabanellas, G. (2000). *Diccionario Juridico Elemental* (Cuarta edición ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Constituyente, A. N. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador, Ecuador: Registro Oficial 449, 20 de Octubre del 2008.
- Dictamen, 001-14-DRC-CC (Corte Constitucional Ecuador 31 de Octubre de 2014).
- Dussel, E. (2014). *16 Tesis de Economía Política*. México D.F, México: Siglo XXI.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. (Trotta, Ed.) Madrid, España: Trotta.
- Ferreya, R. (2013). *Sobre la Constitución*. (T. Sanchez, Ed.) Cuenca, Ecuador: Univerisidad de Cuenca.
- Iturralde, V. (2012). Precedente Judicial. *Eunomia*(4), 194-201.
- Martinez, R. &. (1994). *Curso de Teoría del derecho y metodologia jurídica*. (Ariel, Ed.) Barcelona, España: Ariel.
- Pérez Royo, J. (1996). *Curso de derecho constitucional* (Octava Edición ed.). Barcelona, España, España: Marcial Pons.
- Ramos, N. (2011). *Filosofía de Miguel Reale*. (U. Fasta, Ed.) Mar del plata, Argentina: Universidad FASTA Ediciones.

- Reale, M. (1996). *El termino tridimensional y su contenido*. (P. U. Perú, Ed.) Lima, Perú, Peru: Derecho PUCP.
- Salazar Ugarte, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En L. P. González Pérez, *El constitucionalismo contemporaneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (págs. 345-386). México D.F., México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>
- Santos, B. d. (2004). *Democratizar la democracia: Los caminos de la democracia participativa*. Mexico D.F., España: Fondo de Cultura Economica.
- Yupangui, V. Y. (2015). *La Justicia Runa*. Quito: Comunicacion Inredh.

