

Juan Montaña Pinto

NUEVO
DERECHO
ECUATORIANO | **2**

Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano

Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano

Perspectiva comparada



NUEVO DERECHO ECUATORIANO, 2

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano

Perspectiva comparada

Juan Montaña Pinto

Quito-Ecuador



Montaña Pinto, Juan

Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: perspectiva comparada / Juan Montaña Pinto. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. (Nuevo derecho ecuatoriano, 2)

228 p.: 15x21 cm + CD-Rom

ISBN: 978-9942-07-300-6

Derechos de Autor: 039652

1. Derecho constitucional – Ecuador 2. Fuentes del derecho I. Título II. Serie

CDD: 342.866 CDU: 342(866) LC: KHK2919.M66 2012 Cutter-Sanborn: M765

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

Corte Constitucional para el Período de Transición

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
*Presidente de la Corte Constitucional
para el Período de Transición*

Juan Montaña Pinto
Director ejecutivo del CEDEC

Juan Montaña Pinto
Autor

Miguel Romero Flores
Corrector de estilo

Juan Francisco Salazar
Diseño de portadas

Imprenta: VyM Gráficas
Quito, Ecuador, octubre 2012

Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Av. 12 de Octubre N16-114
y Pasaje Nicolás Jiménez, Edif. Nader, piso 3.
Tels.: (593-2) 2565-177 / 2565-170
www.corteconstitucional.gob.ec
publicaciones@cce.gob.ec

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces de la Corte Constitucional. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.

Índice

Introducción	9
--------------------	---

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES ACERCA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

CAPÍTULO I

Las fuentes del derecho en los diferentes modelos constitucionales

1.0.	Introducción	15
1.1.	Las fuentes del derecho en el modelo constitucional continental clásico	16
1.2.	Las fuentes del derecho en el paradigma constitucional del Estado social	21
1.3.	Las fuentes del derecho en la crisis del Estado social	29
1.3.1.	Mínima caracterización de la crisis del modelo	29
1.3.2.	Los cambios más significativos en el sistema de fuentes a raíz de la crisis del Estado social.....	32

CAPÍTULO II

La teoría constitucional latinoamericana

2.0.	Introducción	39
2.1.	Sociología jurídica crítica	40
2.2.	Los postulados básicos del neoconstitucionalismo.....	44
2.3.	Los rasgos básicos del nuevo constitucionalismo latinoamericano	51
2.3.1.	La democracia participativa	52
2.3.2.	La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos	55

2.3.3.	El sistema latinoamericano de control constitucional	61
2.3.4.	El nuevo rol del juez en la arquitectura constitucional	63
2.3.5.	El reconocimiento de carácter pluricultural de los Estados latinoamericanos	66

SEGUNDA PARTE

EL CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO QUE ACOGE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA DE 2008

CAPÍTULO III

La Constitución como fuente directa del derecho

3.0.	Introducción	75
3.1.	La transformación radical de la hermenéutica jurídica	79
3.2.	La constitucionalización del sistema de fuentes.....	82
3.3.	La asunción de la concepción material de la Constitución	82
3.4.	La naturaleza abierta del catálogo de derechos	85
3.5.	La aplicación directa de las reglas y principios constitucionales	86

CAPÍTULO IV

La ley como fuente del derecho

4.1.	La imagen mítica de la ley	93
4.2.	La permanencia de la ley como norma fundamental del ordenamiento constitucional ecuatoriano y su difícil articulación con el carácter normativo de la Constitución	96
4.3.	El modelo de ley que en realidad adopta la nueva Constitución	100
4.4.	El mantenimiento de la distinción entre fuentes principales y subsidiarias	105
4.4.1.	La perspectiva normativista tradicional	106
4.4.2.	El problema de las fuentes subsidiarias desde la perspectiva antiformalista y realista del derecho	110

CAPÍTULO V

La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho

5.1.	Algunas consideraciones preliminares sobre la noción de derecho jurisprudencial	117
5.2.	La jurisprudencia en la tradición jurídica ecuatoriana	122
5.3.	Las luces y las sombras del derecho jurisprudencial en el nuevo modelo constitucional	124

CAPÍTULO VI

El nuevo rol del derecho internacional en el sistema de fuentes

6.1.	Algunas consideraciones sobre el estado de la cuestión en América Latina	129
6.2.	La posición del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento constitucional ecuatoriano	132
6.3.	¿Y qué sucede con el sistema de fuentes?	135

CAPÍTULO VII

Los mecanismos de participación ciudadana como fuentes del derecho: las razones de una decepción

7.1.	La crisis del modelo representativo y la opción de la democracia participativa	139
7.2.	La democracia participativa en Ecuador	143
7.3.	Las consecuencias de la constitucionalización del principio de participación en la teoría de las fuentes: el debate sobre la capacidad de los mecanismos de participación ciudadana como fuentes directas del derecho en Ecuador	149
7.4.	Consideraciones finales	155

CAPÍTULO VIII

Los sistemas jurídicos propios como fuente del derecho en los territorios indígenas

8.1.	Aproximación jurídica formal al “derecho indígena”	157
8.2.	El derecho indígena de origen estatal: la llamada legislación indígena	160
8.2.1.	El componente constitucional de la legislación indígena.....	161
8.2.2.	El componente “legal” y reglamentario de la legislación indígena	166
8.2.3.	El componente propiamente indígena del derecho indígena: los sistemas jurídicos propios de las nacionalidades y pueblos indígenas.....	170

CAPÍTULO IX

La gestión de los conflictos entre las diferentes fuentes: la teoría de la interpretación presente en la Constitución de 2008

9.0.	Introducción	193
9.1.	Los criterios clásicos de resolución de los conflictos entre fuentes	195
9.1.1.	El principio de jerarquía	195
9.1.2.	El principio competencial	196
9.1.3.	El principio de temporalidad	198
9.1.4.	El principio de especialidad	198
9.2.	La ponderación como criterio de resolución de conflictos entre fuentes	198
9.3.	La difícil posición de la “ponderación” en un contexto multicultural y pluriétnico	201
Conclusiones		207
Bibliografía		213

Introducción

En la doctrina constitucional tradicional, aquella que nutre la teoría trasnacional del derecho, el tema de las fuentes del derecho no suele ocupar demasiadas páginas, ni suscitar mayor debate. Es más, el de “las fuentes” es uno de los pocos asuntos que hacen parte del derecho constitucional donde la discusión parece estar definitivamente zanjada; por eso, en la inmensa mayoría de los textos de uso en aulas y facultades de derecho, el capítulo relativo a las fuentes es de los más cortos y de los que menos tiempo y esfuerzo implica a profesores y alumnos. En ellos se suele explicar, palabras más, palabras menos, que mientras en el Estado de derecho la única fuente es la ley, en el Estado constitucional la fuente es la Constitución, sin que esto inquiete en lo más mínimo a los protagonistas del proceso pedagógico.

Por tal motivo, la aparición de un libro, cuyo tema central sea las fuentes del derecho, en principio, no concita entre los lectores de obras jurídicas particular interés, más allá de aquellos manuales que se utilizan para la descripción pedagógica del ordenamiento jurídico concreto, que puede realizarse sin acudir al más mínimo espíritu o expediente crítico; por lo que llevar la contraria y publicar un libro sobre el tema requiere, tal vez, una justificación.

En contextos jurídicos como los del sur global, particularmente en América Latina, donde en los últimos 25 años se vienen impulsando transformaciones importantes de la teoría del derecho, la cuestión no parece ser tan cerrada como a primera vista se cree si solo se analiza la realidad del mundo jurídico y académico del

occidente desarrollado. Al igual que ocurre con conceptos como el de poder constituyente o representación, que en Europa y Estados Unidos prácticamente han desaparecido de las discusiones académicas, o apenas si ameritan algunos renglones en los manuales de derecho político, pero que en América latina son el centro del debate jurídico e institucional contemporáneos. El nuevo constitucionalismo de estas tierras también ha propiciado transformaciones importantes en la concepción teórica y metodológica de las fuentes del derecho, que a pesar de su profundidad y trascendencia no han sido estudiadas con el cuidado que ameritan.

En ese sentido, la pertinencia de un texto como este, y el renovado interés por cuestiones como el del manejo de las fuentes en contextos complejos y problemáticos, como el ecuatoriano, está relacionado con el hecho de que en Ecuador el desencanto con el modelo clásico del Estado y del derecho, si bien no es exclusivo de nuestro país, si es mucho más profundo que en otros lugares del planeta, incluyendo países y territorios muy cercanos como Colombia. Así, cuestiones como la ruptura con los presupuestos teóricos de la codificación; la crisis del monismo jurídico positivista y la irrupción del pluralismo jurídico; o la puesta en cuestión de la clásica distinción entre *common law* y derecho continental a partir del nuevo rol que cumplen el juez y la jurisprudencia en la definición de lo que es el derecho vigente; así como las novedosas relaciones de implicación entre derecho internacional y derecho constitucional que se han desarrollado en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, son cuestiones que trascienden lo estrictamente dogmático jurídico y se relacionan con la praxis política y social concreta. En el caso ecuatoriano este tipo de asuntos merecen un espacio amplio de reflexión, que va mucho más allá del tradicional tratamiento de los temas constitucionales en la bibliografía jurídica nacional.

Concretamente, la “teoría utópica de las fuentes del derecho” asume con entusiasmo este reto, aunque —por supuesto, como es de esperar— sin llegar a conclusiones definitivas. Pasa revista, desde una posición crítica, a la teoría tradicional de las fuentes

del derecho, sometiéndola a diálogo y un debate vivo con la teoría del Estado y particularmente con los presupuestos básicos de la democracia constitucional. Este libro también contiene un examen “arqueológico” del discurso jurídico constitucional latinoamericano, en el que se indagan e identifican las diversas subestructuras del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” para diferenciarlas de los fundamentos del denominado “garantismo” europeo. Finalmente, todo este discurso teórico se aterriza en un examen pragmático de las fuentes formales y materiales del derecho, reconocidas por el ordenamiento jurídico del Ecuador. Para ello se examinan la Constitución, la ley, la jurisprudencia, los mecanismos de democracia directa y de participación, y por supuesto el derecho o los derechos y sistemas jurídicos indígenas, no solo desde sus enunciados normativos cuanto desde su realidad social y política.

La principal ventaja de una “teoría de las fuentes” planteada, como se ha explicado en estas líneas, es quetrasciende el entendimiento normativo tradicional típico de una visión positivista del derecho y se adentra en un análisis complejo transdisciplinario de las normas y los discursos existentes. Esta metodología es particularmente clara en el caso de la ley, el derecho internacional y derecho indígena donde no solo se describen los contenidos del derecho vigente, sino que se explican las agendas políticas que hay detrás de esos enunciados normativos y las luchas de poder que están presentes detrás de una determinada norma o modelo normativo; dejando planteados los elementos utópicos que luchan por emerger en medio de las dificultades del modelo constitucional que bosqueja la Constitución ecuatoriana de 2008.

En definitiva, el texto busca mostrar las contradicciones y aporías de una teoría constitucional emancipadora como la que se está desarrollando en Ecuador, a la hora de su aplicación y puesta en marcha en el contexto pragmático concreto que vivimos en el país, donde lo político anula lo jurídico y lo social. Esta contradicción es particularmente clara cuando se examinan los desarrollos teóricos y los productos jurídicos y jurisprudenciales que se están produciendo en nuestro territorio sobre las fuentes que, o bien

no están totalmente desarrolladas, o lo están de una manera que refleja dramáticamente el colonialismo que todavía sufrimos en muchos ámbitos de nuestra realidad.

Finalmente, una advertencia metodológica final y necesaria: ante los vacíos y la insuficiencia la teoría jurídica nacional, y ante la escases de información relevante sobre algunas de las materias de que trata el texto, se recurrió a lo que pudiera ser llamado anti-técnicamente como una metodología comparada,¹ pues se toman como referencia desarrollos dogmáticos y ejemplos prácticos de otras realidades nacionales, particularmente la colombiana, para ilustrar y demostrar la ausencia, incompletud o insuficiencia del discurso jurídico nacional en relación con algunos temas relacionados con las fuentes de nuestro derecho.

Juan Montaña Pinto

- 1 Como es conocido, en la dogmática jurídica general se han construido por lo menos cuatro grandes enfoques sobre el concepto de fuentes del derecho: el enfoque social o sociológico, el enfoque justificativo o valorativo; el enfoque formalista y por último el enfoque histórico-institucional. En este trabajo consideraremos una concepción de fuentes del derecho construida a partir de un modelo que mezcla el enfoque histórico institucional y el sociológico y en consecuencia, negamos de plano la posibilidad de que el problema de las fuentes del derecho sea un problema exclusivamente interno al orden jurídico como piensan los juristas formados en el normativismo positivista. Un estudio del origen de las normas jurídicas desde la perspectiva interna o sistemática se puede encontrar en Aguiló, J. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

Primera parte

Aspectos generales
acerca de las fuentes del derecho

Capítulo I

Las fuentes del derecho en los diferentes modelos constitucionales

1.0. Introducción

Desde una perspectiva histórico-institucional de las fuentes del derecho¹ encontramos que en Occidente existen dos sistemas jurídicos principales: el del *common law* y el europeo continental, también conocido como romano germánico. La consecuencia práctica de esa dicotomía respecto del sistema de fuentes es que, dependiendo del modelo constitucional en el que se inscriba un determinado territorio, las formas de producción del derecho serán distintas; los procedimientos normativos serán diversos; y sobre todo, la forma externa de las normas jurídicas será diferente.

El ordenamiento constitucional ecuatoriano desde su origen a comienzos del siglo XIX fue influenciado fundamentalmente por el paradigma constitucional europeo continental, y por ello, a pesar de la gran cantidad de cambios constitucionales, el sistema de

1 Como es conocido, en la dogmática jurídica general se han construido por lo menos cuatro grandes enfoques sobre el concepto de fuentes del derecho: el enfoque social o sociológico, el enfoque justificativo o valorativo; el enfoque formalista y por último el enfoque histórico-institucional. En este trabajo consideraremos una concepción de fuentes del derecho construida a partir de un modelo que mezcla el enfoque histórico institucional y el sociológico y en consecuencia, negamos de plano la posibilidad de que el problema de las fuentes del derecho sea un problema exclusivamente interno al orden jurídico como piensan los juristas formados en el normativismo positivista. Un estudio del origen de las normas jurídicas desde la perspectiva interna o sistemática se puede encontrar en Aguiló, J. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.

fuentes que ha regido en este territorio es sustancialmente uno solo: el legicéntrico de inspiración francesa. Antes de comenzar el estudio de las fuentes en Ecuador, conviene revisar las características de este modelo constitucional en relación con las fuentes, para así tener claro el punto del cual partimos cuando tratemos las transformaciones de las maneras de crear derecho.

1.1. Las fuentes del derecho en el modelo constitucional continental clásico

El modelo constitucional francés, también conocido como modelo constitucional continental, está indisolublemente asociado y remite a dos conceptos jurídicos muy conocidos en el derecho liberal: Estado de derecho y a la primacía de la ley frente a la administración, la jurisdicción y los propios ciudadanos.² Si nos detenemos en el sistema de fuentes del Estado de derecho tenemos que todo él gira alrededor de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que no le es oponible un derecho más fuerte cualquiera sea su forma o fundamento.

En este sistema la *fente* principal de producción del derecho será el Parlamento; el procedimiento de producción del derecho será, fundamentalmente, el procedimiento legislativo parlamentario; y la “ley” como encarnación paradigmática de la voluntad general será la manifestación normativa por antonomasia.

La conversión de la ley en fundamento y límite del ordenamiento supone la reducción del derecho a la ley y la sumisión a ella de todas las demás fuentes, lo que significa que en este modelo esta no está sujeta a ninguna norma superior. Todas las materias son susceptibles de regulación legal, es decir que la ley puede tener cualquier contenido, puesto que es omnipotente. El Parlamento en ejercicio de su potestad legislativa puede abordar cualquier asunto, de tal suerte que no existen límites derivados de instituciones superiores.

2 Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 24.

La expresión de voluntad del poder soberano es la ley lo cual significa que todos los asuntos son susceptibles de desarrollo legal, pues el principio de legalidad es entendido formalmente.³

Cuando se habla de la “ley”, originalmente se hace referencia a la ley en sentido formal, es decir, se alude a la ley como expresión de la voluntad del Parlamento. Esta forma de entender la ley implicaba la primacía de la función legislativa sobre el resto de la estructura estatal. En este modelo se parte de llamado “principio parlamentario”, es decir, el Parlamento tiene el poder de expresar en forma de leyes las normas a las que se deben someter los titulares de los demás poderes públicos.

Sin embargo, en la práctica, las cosas son distintas por una serie de razones histórico-políticas relacionadas con el triunfo y la expansión durante todo el siglo XIX del proyecto de la codificación, en el mundo entero cuando se habla de ley se termina aludiendo no a la ley parlamentaria sino a la ley que se incorpora en los códigos, hasta el punto que al final del siglo XIX cuando se habla de ley en realidad se está aludiendo al Código. No se debe olvidar que la estructuración del llamado “sistema de fuentes” en los países tributarios del sistema jurídico romano germánico, se hizo mediante el derecho privado, particularmente del Código Civil por ser este el “texto” y el “lugar” donde se establecían los criterios de interpretación, armonización y ordenación de las distintas normas que integraban el ordenamiento jurídico. En definitiva, el término código no designa cualquier libro que recoja reglas jurídicas, indica exactamente al “libro” moderno por definición, aquel libro que hace posible la identificación de derecho con ley. Un libro que en su modernidad aspira a la *plenitud* entendida como la aspiración y el deseo de imponerse, de dominar y de considerarse, por naturaleza y por vocación, el epicentro del ordenamiento jurídico, y que por consiguiente pretende agotar todo el universo jurídico en sí mismo, y resolver, preventivamente, todas y cada una de las divergencias jurídicas.

3 Sierra, H. *Concepto y tipos de ley en la Constitución*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 93 a 96.

Por esa razón se le ha considerado, y aún se le considera, la fuente jurídica prevalente, aquella que rige domina y explica a todas las demás, que las tolera en vía subsidiaria, pero que al mismo tiempo las supera, que les da la luz necesaria, obligándoles a compartir la propia lógica.

Es en ese contexto, como se ha entendido que el *ordenamiento jurídico* se identifica con la ley para los defensores del arquetipo constitucional liberal clásico, no existe otra fuente distinta a aquella que expresa la *voluntad general*, de tal suerte que la Constitución tiene un carácter meramente programático. La Constitución, en la versión del liberalismo europeo continental, es lo mismo que un programa político porque, tal cual fue concebida, solo es un *escrito* donde se plasma el designio político del Estado en su relación con la sociedad, vinculado por tanto al sistema de valores de la burguesía liberal. No olvidemos que la historia social del siglo XIX y de la primera parte del siglo XX ha sido literalmente determinada por el proyecto de aquella sociedad que surge y se consolida en función de su liberación de la tutela estatal, y que por consiguiente necesita autorregularse, fiándose ciegamente en las virtudes de la mano invisible. Este proyecto social burgués y sus opciones (sobre todo las económicas) terminaron dominando, al punto que toda manifestación jurídica fue diseñada para sancionar y garantizar la autonomía privada, esa que encarna el derecho del Código Civil.

Por esa razón, en el modelo constitucional francés la Constitución queda reducida a una mera declaración política de principios y por ende se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía absoluta de ley como manifestación exclusiva de la voluntad general. La Constitución es en realidad un elemento accesorio y dependiente de los designios del derecho privado, y ello sucede así porque la economía prevalece sobre la política y la sociedad sobre el Estado. Lo contrario habría constituido, como señala Pío Caroni,⁴ “un atentado contra las bases de la producción capitalista y con ella de toda la sociedad burguesa”. No desdeñemos que

4 Véase P. Caroni, *op. cit.*, pp. 59 a 64.

el esfuerzo central de toda la historia del constitucionalismo francés no ha sido, a pesar de lo que su nombre puede sugerir, someter los poderes del Estado a la Constitución, sino doblegarlos a la voluntad general expresada en la supremacía de la ley.

Este argumento explica el porqué históricamente el tema de las “fuentes del derecho” fue desarrollado durante tanto tiempo casi de manera exclusiva en el Código Civil. Recuérdese que a pesar de no ser jerárquicamente superior a las demás leyes, el *CODE* era la ley por definición ya que contenía el conjunto ordenado y sistemático del derecho civil, que en la época del primer liberalismo era la encarnación del nuevo *ius commune*.⁵

En síntesis, la función de las fuentes en el modelo constitucional continental clásico tiene que ver con los rasgos que le son propios: desde el punto de vista subjetivo, es decir, en relación con las fuentes de producción del derecho, el sistema se caracteriza por la exclusión de cualquier fuente de derecho que no sea manifestación del poder central del Estado, debido a que este no admite la existencia de competidores en el campo de la emisión de normas jurídicas. Desde la perspectiva material, se caracteriza por su articulación en torno a una fuente principal y algunas subsidiarias: la ley como expresión material de la voluntad general es la fuente principal y las fuentes subsidiarias o secundarias son la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho. Finalmente, desde el punto de vista procesal, es decir, según la posición que ocupa en la estructura del Estado el órgano emisor de la norma. En el modelo clásico, el sistema de fuentes se configura en torno al principio de jerarquía, debido a la posición dominante que ocupa el Parlamento en el sistema político.

De las tres perspectivas que acabamos de mencionar, dos, la subjetiva y la procedimental no necesitan mayor comentario. Cosa distinta ocurre con la perspectiva material, puesto que para

5 No se debe olvidar que la codificación se había transformado, en palabras de Pizzorosso, “en el núcleo esencial y casi exclusivo de la experiencia jurídica moderna”. Sobre el particular véase Pizzorosso, A. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

comprenderla debemos hacer referencia a los caracteres internos que diferencian la ley de otras manifestaciones normativas anteriores y posteriores. Estas son: la estatalidad de las normas, su generalidad y permanencia, la unidad formal del ordenamiento, la unilateralidad de las normas, su condición imperativa y su carácter eminentemente prescriptivo.

La estatalidad de la norma hace referencia a que solo son normas jurídicas aquellas adoptadas por el Estado, no las producidas por los sujetos privados. No se debe olvidar que antes de culminar el proceso moderno de estatalización del derecho, los distintos estamentos de la sociedad tenían capacidad normativa.

La generalidad y permanencia que el modelo clásico predica como característica esencial de las normas es un atributo directamente relacionado con la obsesión moderna por la razón. En este contexto, las normas están diseñadas para proporcionar reglas abstractas y permanentes de comportamiento, es decir, se parte de la posibilidad de subsumir en la generalidad de una norma prevista todas las singularidades que la vida pueda presentar.

La unidad formal del ordenamiento se refiere a que el ordenamiento como construcción racional destinada a regular la vida social es perfecto, es decir, es único y no existen vacíos en él.

La unilateralidad de las normas está relacionada con el hecho de que estas provienen de la única voluntad normativa del Parlamento, única admisible en el Estado liberal europeo, y por consiguiente se imponen independientemente de la adhesión que puedan concitar.

La imperatividad significa que las normas vinculan a sus destinatarios imponiéndoles directamente conductas consideradas como deseables en la sociedad. El carácter prescriptivo o proporcional hace referencia a que las normas jurídicas en el modelo constitucional clásico francés solo pueden ser expresadas en la forma de proposiciones lingüísticas prescriptivas.

Y es precisamente la concepción de la ley y la existencia del principio de legalidad, aquí esbozados, los que marcan la distancia entre el modelo europeo continental de fuentes del derecho y

el sistema del *common law* anglosajón, basados en el principio del *rule of law*.⁶

Recuérdese que la expresión *rule of law and not of men* no solo invoca el punto de vista aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha concreta que el Parlamento inglés sostuvo contra los intentos de absolutismo real. Mientras en la tradición europeo continental la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir el rey por otro poder absoluto encarnado en la Asamblea Nacional, en Inglaterra la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los privilegios y libertades tradicionales de los ingleses representados en el Parlamento.⁷

Además, en el derecho anglosajón por lo menos en su origen, no se produce una diferenciación clara entre creación y aplicación del derecho como ocurre en el modelo europeo continental, sino que se mantienen los criterios medievales donde el Parlamento es en esencia un Tribunal de Justicia⁸ y donde la “extracción” del derecho se hace a partir de casos, por tanto, los progresos del derecho no dependen de un complejo proceso deductivo a partir de principios generales conocibles por la razón, sino de la inducción de reglas a partir de la experiencia empírica ilustrada por casos concretos.

1.2. Las fuentes del derecho en el paradigma constitucional del Estado social

Antes de hablar de las fuentes del derecho en tiempos del Estado social es preciso estudiar antes sobre el concepto mismo de Estado social. Recordemos que —como dice Carlos de Cabo— el

6 Para un resumen de la distinción entre Principio de Legalidad y Rule of Law, véase Clavero, B. “Imperio de la Ley y Rule of Law: Topica y Léxico Constitucionales”. *Happy Constitution: Cultura y Lengua Constitucionales*. Madrid, Editorial Trotta, 1997, pp. 181 a 236. También G. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 24 a 27.

7 *Ibid.*, p. 25.

8 Sobre el carácter jurisdiccional de la institución parlamentaria en Inglaterra, véase Mattei U. *Common Law Il Diritto Angloamericano*. Torino, Utet Edizioni, 1992, pp. 77 ss.

rasgo que define al capitalismo con respecto a los anteriores modos de producción es que la obtención del excedente se independiza de los elementos ideológicos que soportan el orden social, de tal suerte que a partir de su consolidación el orden social se reproduce autónomamente a través del mercado de trabajo separándose lo ideológico de lo político.⁹ Como consecuencia se produce una absoluta separación entre sociedad y Estado puesto que ya no es necesaria la intervención del poder político en lo económico, sino que al contrario su tarea principal es garantizar la independencia del mercado, de tal manera que el nivel jurídico político se mantiene aislado del estrictamente económico.

Sin embargo, las circunstancias van a modificarse radicalmente a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial. En ese momento las posibilidades de la acumulación capitalista, las exigencias de esa misma acumulación, y sobre todo las demandas sociales crecientes provenientes de una clase obrera movilizadora obligan a un cambio institucional radical: la aparición del Estado social de derecho, un Estado que en adelante va a intervenir para satisfacer tanto las necesidades económicas de acumulación de los agentes del capital como las pretensiones de mejoramiento social de las clases trabajadoras. Por eso se hablará del Estado social como de aquel Estado en que se produce un verdadero pacto político entre capital y trabajo.

Por lo que atañe a la intervención del Estado en el ámbito económico, tiene como propósito esencial favorecer el aumento de la productividad de la economía nacional mediante inmensas inversiones en transportes e infraestructura, y cumple la función de *Cruz Roja del capitalismo* que no es otra cosa que la salvación del capital en caso de necesidad, por medio de la adquisición de empresas en crisis.¹⁰ En lo referente a la intervención del Estado en el plano social, tiene como propósitos la reproducción de la fuerza de trabajo como factor de producción¹¹ y, simultáneamente, generar

9 Véase De Cabo, C. *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, t. II. Barcelona, Ediciones PPU, 1993, pp. 333 a 354.

10 C. De Cabo, *op. cit.*, p. 335.

11 Este objetivo se cumple mediante la cualificación de la fuerza de trabajo para adaptarla a las necesidades tecnológicas del aparato productivo.

un aumento significativo de la demanda agregada de la economía a través del mejoramiento de las condiciones de vida y consumo de las clases trabajadoras.

El Estado social supone pues la quiebra del principio básico del Estado liberal burgués, aquel de la defensa de la armonía social espontánea a través de la mano invisible, y se construye sobre la admisión de que el orden social no es algo naturalmente dado, sino que tiene que perfeccionarse por medio de la actuación del Estado. Así aparece el Estado social como un Estado que interviene en el orden económico (dirigiendo y ordenando el desarrollo y la actividad productiva), y en lo social (prestando servicios y desarrollando políticas sociales), para corregir las deficiencias del mercado convirtiéndose en el lugar donde se produce la mediación entre el ámbito social y el económico, que se expresa en el conflicto básico entre capital y trabajo.

Esta metamorfosis del Estado transforma también la Constitución. Es el momento de la ampliación del contenido de la Constitución, en la medida en que aparece el denominado derecho constitucional económico y cuando se generaliza la configuración constitucional de los llamados derechos sociales. Transformación que tuvo también importantes consecuencias, tanto en el plano de las fuentes como en el plano de la teoría de la Constitución.

Como se dijo anteriormente, para el modelo constitucional clásico además de su carácter de programa político, la Constitución tenía una función jurídica restringida a la configuración de la estructura del Estado. Se limitaba a atribuir competencias a los órganos constitucionales para regular aquellas materias que por su carácter programático ella no podía normalizar. Constituye opinión prácticamente unánime en la doctrina que la tarea esencial de la Constitución en este modelo consiste en regular las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes como las categorías básicas mediante las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o competencia. El nuevo paradigma constitucional, el del Estado social, dota de una nueva naturaleza a

ciertas partes de la Constitución como norma jurídica y ello tiene importantes consecuencias en el funcionamiento del sistema de fuentes.

Recuérdese que para tradición anglosajona del *common law*, la fuente principal de producción del derecho (quien crea el derecho) es el juez, el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico, el procedimiento judicial, particularmente el control constitucional,¹² y la expresión normativa del sistema tiene una naturaleza dual: en primer lugar la Constitución tiene un papel dirigente en tanto por sí misma es considerada una norma directamente aplicable y fuente de fuentes; y en segundo término, la decisión judicial se convierte en la expresión normativa por antonomasia del ordenamiento, en tanto que estructura gramatical de las reglas constitucionales (excesivamente abstracta), hace necesaria su vinculación con los hechos para asegurar la primacía de sus dictados y su aplicación práctica.

Ahora bien, a raíz de los desarrollos del constitucionalismo del Estado social, y a causa de la recuperación del concepto racional normativo de Constitución en el ámbito del derecho continental, según el cual ciertas partes de la Constitución dejan de ser un programa político y se convierten en “un complejo normativo” que establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”,¹³ parecería que el escenario de la creación del derecho habría cambiado radicalmente, pues el derecho continental habría basculado hacia un sistema afín al *common law*, y por tanto la decisión judicial considerada como precedente habría desplazado —o por lo menos igualado— al derecho “escrito en sede parlamentaria” en la jerarquía de las normas.

Sin embargo, la realidad es bien distinta. Aun cuando el sistema constitucional del *common law* y el del Estado social compartan

12 Esta circunstancia se explica debido a la obsesión contramayoritaria propia de la Revolución americana.

13 Sobre el concepto racional normativo de Constitución, véase García Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Alianza Editorial, 1987, pp. 34 a 41. Véase también F. Rubio Llorente, *op. cit.*, p. 3172.

algunas características, en especial la consideración de ciertas partes de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable. La distinción entre las dos tradiciones constitucionales sigue siendo radical debido a que en su versión romano germánico, el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución y la consiguiente modificación formal del sistema de fuentes no va acompañada de la transformación real de la cultura jurídica europea, pues como se verá, el procedimiento para la determinación y especialmente la aplicación del derecho vigente sigue siendo prácticamente el mismo. El derecho continental continúa siendo un derecho basado en la aplicación silogística de normas generales preexistentes; no es nunca un derecho hecho a partir del discernimiento de reglas de solución de conflictos aplicables a cada caso en particular, como sucede con el derecho práctico de los jueces típico de la tradición anglosajona.¹⁴

En Europa y en los países que se acogen a la tradición jurídica del Estado social, la Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento pero no muta su naturaleza metafísica. La Constitución, igual que ocurría con el Código-Ley en el siglo XIX, aspira a la *plenitudo*, y se tiene a sí misma como la “causa incausada” del ordenamiento jurídico, transformándose en la fuente jurídica por definición, aquella regla que rige, domina y explica a todas las demás. Su texto no solo es la expresión de un orden, sino que además —en palabras de García Pelayo— la Constitución por sí misma “es la creadora de ese orden”,¹⁵ pues se trata de una transposición de los rasgos esenciales que los teóricos de la codificación predicaban de la ley a la Constitución.

En ese sentido, dotar de carácter normativo a la Constitución, no resuelve uno de los problemas más significativos de toda la dogmática de las fuentes del derecho en el derecho continental: el de si el ordenamiento jurídico resulta o no directamente aplicable por

14 Para una revisión magistral del método de interpretación europeo continental basado en la interpretación silogística de la ley y de las dificultades de establecer un método autónomo de interpretación de la Constitución. Véase Wroblewski, J. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

15 Véase M. García Pelayo, *op. cit.*, p. 35.

los operadores jurídicos (eficacia directa), o si debido al alto grado de indeterminación de las reglas constitucionales, las disposiciones que contiene la Constitución son mandatos normativos dirigidos al legislador, por tanto, solo afectará a los demás órganos del Estado y a los particulares en la medida en que sus preceptos se hayan desarrollado mediante una ley (eficacia indirecta).

El problema no tiene que ver con el carácter normativo de la Constitución. La opción por un sistema u otro de eficacia tiene influencia sobre la operatividad de la Constitución, sobre la adecuación del ordenamiento y especialmente sobre la configuración de los procedimientos de control de constitucionalidad. Si la Carta constitucional solo obliga directamente al legislador, la acomodación del contenido de las prescripciones constitucionales dependerá del control de constitucionalidad de la ley, de tal suerte que la Constitución solo estará presente en la vida jurídica por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad, mientras que el sistema de eficacia directa implica que los jueces y los demás operadores jurídicos, incluyendo los particulares habrán de tomar a la Constitución como una regla de decisión, igual que cualquier otra norma con las siguientes consecuencias: a) habrá de examinarse y compararse todas las normas con las disposiciones constitucionales, para determinar de forma legítima si hacen parte o no del ordenamiento jurídico; b) en la solución concreta de conflictos jurídicos habrá de aplicarse directamente la constitución; y, c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la constitución. En otras palabras, como diría Ignacio de Otto, “si la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma de normas, sino además, norma aplicable y no será solo fuente sobre la producción sino fuente del derecho sin más”.¹⁶

En el plano teórico el reconocimiento de la eficacia directa de la Constitución, significa que los jueces podrán y deberán servirse de la Constitución para aplicar e interpretar la ley, o lo que es lo mismo que la Constitución se aplica, en lugar de, frente a, o por

16 I. De Otto, *op. cit.*, p. 76.

lo menos, junto al resto del ordenamiento. Ahora bien, entendido en su verdadero sentido el principio de eficacia directa implica que cualquier operador jurídico habrá de aplicar por sí mismo la carta constitucional, aun cuando el legislador no haya dado cumplimiento a sus prescripciones, incluso cuando no haya funcionado correctamente el control de constitucionalidad.

La consecuencia práctica de que la Constitución sea “fuente del derecho sin más” es que aquellos “temas fundamentales” del ordenamiento jurídico, que en el esquema de la codificación eran materia de la ley ahora son regulados directamente por la Constitución. Si bien aún hay quien considera peligrosa la atribución de eficacia directa de la Constitución,¹⁷ no cabe duda de que es a esta a la que corresponde la regulación de la ley y no al revés como ocurría en el sistema hermenéutico de la codificación civil; y por tanto aquellas famosas disposiciones del Código Civil sobre las fuentes del derecho y la interpretación de las mismas que constituían el núcleo duro del proyecto político-jurídico de la codificación dejan su lugar de privilegio al sistema de fuentes definido en la Constitución. En esa medida el valor que tienen en relación con la tarea hermenéutica de los operadores jurídicos ya no deriva de su especial jerarquía, sino que se desprende de la utilidad práctica que posean.

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que a pesar del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, la función de las fuentes en el modelo constitucional del Estado social no es la misma que tienen las fuentes en el sistema del *common law*. El sistema se caracteriza por la importación del concepto de Constitución

17 Aún hoy la atribución de eficacia y aplicación directa a las normas constitucionales por todos los operadores jurídicos causa gran inquietud en todos los seguidores de la concepción tradicional y legalista de las fuentes del derecho pues insisten en que su aplicación entraña importantes riesgos que amenazan destruir el sacrosanto principio de “seguridad jurídica” y, en consecuencia, propenden por una “buena dosis de escepticismo y una tendencia restrictiva a la aplicación directa de la Constitución”. Sin embargo, para tranquilidad de todos, la práctica totalidad de los ordenamientos constitucionales que obedecen a la tradición jurídica continental, prevén rigurosos sistemas de unificación de la jurisprudencia, normalmente en cabeza de los tribunales constitucionales, que eliminan cualquier riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica. Sobre el particular, véase Díez Picazo, L. *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1. Madrid, Editorial Técno, 1993.

normativa, pero que tiene algunas diferencias con el modelo original en tanto este reconocimiento va acompañado de un sistema de garantías constitucionales encabezadas por la justicia constitucional concentrada que nada tiene que ver con la imperante en el mundo anglosajón. Esta justicia constitucional en cabeza de un órgano único supone un trastrocamiento radical del sistema de fuentes y obedece a los siguientes rasgos:

Desde el punto de vista subjetivo, es decir en relación con las fuentes de producción del derecho, el reconocimiento del carácter normativo y preeminente de la Constitución abre el camino para el reconocimiento de otros sujetos con capacidad normativa suficiente, eliminando el monopolio normativo del Parlamento. Ello es importante porque incorpora al modelo constitucional continental la posibilidad de reconocer autonomía a otros sujetos jurídicos como ocurre en España con las nacionalidades y regiones que en una organización territorial centralista clásica habían visto sojuzgados sus legítimos derechos a existir y desarrollarse.

Desde la perspectiva material, el reconocimiento del papel sustancial de los tribunales constitucionales en la determinación de lo que es el derecho supone la mutación de la posición de la ley en el ordenamiento jurídico. Además de que al interior de la categoría de ley surgen nuevas fuentes que tienen por objeto reservar el desarrollo de determinadas materias constitucionales de singular importancia a un procedimiento legislativo especial, la ley transforma su situación al interior del sistema. De una posición monopólica pasa a tener una situación de preeminencia relativa, puesto que queda subordinada a la Constitución, en particular a la configuración normativa que de ella haga la justicia constitucional.

No se debe olvidar que en vigencia del Estado social se registró una profunda crisis del principio de generalidad de la ley, a tal punto que esta dejó de servir como factor de integración social y se convirtió en mero instrumento para la actuación del Estado en situaciones concretas mediante tres vías principales: la delegación de la función normativa del Parlamento al Ejecutivo en sus distintas formas, la potenciación de la potestad reglamentaria del Ejecutivo y los avanzados procesos de deslegalización.

Finalmente, desde el punto de vista procesal, es decir, según la posición que ocupa en la estructura del Estado el órgano emisor de la norma, en el modelo jurídico romano germánico, el sistema de fuentes se configura ya no exclusivamente en torno al principio de jerarquía, sino que además intervienen el principio de competencia y el sistema de reservas.

1.3. Las fuentes del derecho en la crisis del Estado social

La cuestión de las mutaciones en las fuentes del derecho como consecuencia de la crisis del modelo social y político del Estado social no puede escindirse de la explicación global de la crisis del modelo. Por ello, antes de abordar de forma concreta la cuestión de las fuentes, es necesario hacer una breve explicación de los rasgos fundamentales de la crisis.

1.3.1. Mínima caracterización de la crisis del modelo

Como se sabe, a comienzos de la década de los años setenta del siglo pasado el relativo consenso social y político logrado en torno a los modelos dirigistas, que se expresó en la conversión del Estado en el lugar privilegiado de la lucha de clases, entró en una profunda crisis causada por la imposibilidad de seguir manteniendo el nivel de crecimiento del gasto público necesario para financiar la cada vez más amplia demanda de servicios sociales, que, de acuerdo con el modelo, debían ser ofrecidos por el Estado.

La creciente escasez de recursos obligó a la gran mayoría de los Estados que obedecían al esquema constitucional de la posguerra, a implementar programas encaminados a mejorar la eficiencia y eficacia en el gasto público y a establecer criterios de productividad económica y social de corte liberal en la oferta de los servicios públicos más importantes. La relevancia asignada en la nueva concepción del Estado a la mayor competitividad de las empresas en los

mercados internacionales, implicaba un serio ajuste de los costes laborales.¹⁸

Por su parte, las políticas antiinflacionistas requerían la reducción del déficit y la contención del crecimiento del gasto público, lo cual hacía necesario limitar al máximo la ampliación de los servicios sociales a los grupos de población más vulnerable. Sin embargo, esto contradecía los postulados ideológicos y políticos de los partidos que durante más de cincuenta años habían gobernado en los países occidentales, con la consecuencia de la ruptura del pacto social interclasista que había permitido evitar las revoluciones violentas en Europa a cambio de seguridad y estabilidad laboral y social.¹⁹

Esta situación, además de tener significativas repercusiones en el ámbito socioeconómico, causó importantes transformaciones en el esquema institucional del Estado, particularmente en el orden normativo. Se produjo, como se mencionó, un movimiento general de liberalización y privatización del Estado que tiene como manifestaciones más significativas las siguientes:

La transformación del Estado de “escenario de resolución de conflictos” a “parte interesada” en el conflicto social; la privatización progresiva de lo público o por lo menos la eliminación de la identidad público-estatal; y la sustitución definitiva de la ley, manifestación por excelencia de la esfera de lo público, por el contrato, expresión paradigmática de la esfera privada.

Igualmente han ocurrido importantes mutaciones que tienen que ver con el trámite parlamentario y la eficacia de la ley. En el primer sentido, porque en aquellos asuntos anteriormente considerados como de “interés general”, los acuerdos previos y los *lobbys* corporativos eliminan la discusión parlamentaria. En lo

18 Para realizar ese “ajuste” se requería convencer a los trabajadores para que aceptasen límites en los incrementos salariales y la flexibilización de los mercados del trabajo a través de la disminución de los costes prestacionales. Ante la imposibilidad de hacerlo sin perjudicar derechos adquiridos se optó por la privatización de la mayoría de los servicios.

19 Véase C. De Cabo, *op. cit.*, pp. 61 a 65.

que atañe a la eficacia de la ley, la crisis del Estado social permite la inaplicación selectiva de la ley en casos concretos.²⁰

En el orden de los derechos y libertades, también se han producido cambios importantes que se manifiestan, fundamentalmente, en la incapacidad del Estado a darle a los derechos sociales la cobertura institucional como derechos subjetivos directamente exigibles, tal cual lo hizo el primer Estado liberal con los derechos civiles y políticos.

Otra de las importantes transformaciones institucionales que se han dado en los últimos años tiene que ver con el desplazamiento definitivo de la política del ámbito parlamentario a las instancias judiciales, de tal suerte que los tribunales han adquirido un peso específico sin precedentes dentro de la estructura del Estado contemporáneo, al convertirse en sede privilegiada de resolución de los conflictos políticos.

A pesar de que hoy en día nadie discute el carácter normativo de los preceptos constitucionales, la canalización judicial de los conflictos políticos a la que acabamos de aludir, entraña la utilización del derecho y concretamente de la Constitución como instrumentos de decisión política, esto no es más que una redefinición del concepto de *derecho*, por ende de las fuentes de producción jurídica que en cada espacio se producen.

A nuestro juicio es así dado que la ruptura del consenso en los que se sustentaba el modelo del Estado social implica de hecho la invalidez de la ecuación nación-Estado-derecho sobre la que se ha montado toda la teoría política liberal. No olvidemos que las sociedades contemporáneas y el sistema mundial como un todo son un paisaje mucho más rico y complejo de lo que la teoría liberal está dispuesta a reconocer, pues están constituidas por una “constelación de normatividades” que operan, tanto en los espacios y

20 Uno de los ejemplos más significativos de estas prácticas de inaplicación de la ley es el de la economía sumergida y el trabajo negro, los cuales a pesar de infringir el ordenamiento constitucional y legal, son consentidos por el Estado, que los acepta como “mal menor” que permite solventar la crisis económica permanente en que vive la sociedad. Sobre el particular, véase C. De Cabo, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

tiempos tradicionales del Estado-nación, como en espacios y tiempos locales y transnacionales.

1.3.2. Los cambios más significativos en el sistema de fuentes a raíz de la crisis del Estado social

Esta concepción amplia del campo jurídico ha significado, como es fácil de comprender, una auténtica “revolución” en el sistema de fuentes. Lo más significativo de esa “revolución” es el retorno del pluralismo jurídico como categoría dogmática plenamente explicativa de la realidad jurídica contemporánea, y en consecuencia la desaparición del paradigma monista del derecho.

Es importante recordar que el pluralismo jurídico es una categoría dogmática bastante antigua, reivindicada desde principios del siglo XX por algunos juristas antipositivistas como Ehrlich,²¹ Gurvich²² o Santí Romano,²³ que hicieron visible la tensión existente entre la doctrina jurídica liberal que reducía el concepto de derecho al derecho de producción estatal, y la realidad social que decía otra cosa.²⁴ Desde estas últimas, se ha acuñado el término “pluralismo jurídico” para designar formas de regulación social paralelas que no solo compiten, sino en muchos casos inhiben las aspiraciones monopólicas del derecho estatal.²⁵

Por eso, a raíz del incumplimiento de las promesas básicas del Estado social, especialmente en aquellas áreas donde solo ha tenido una influencia meramente periférica como es el caso de América Latina en los últimos años la política y las prácticas constitucionales han considerado como alternativa replantear la relación entre el Estado y el derecho, sobre la base de los postulados teóricos provenientes del pluralismo jurídico.

21 Ehrlich, E. *Grundlegum der Soziologie des Rechts*. Leipzig, 1913.

22 Gurvich, G. *L'idée del Droit Social*. Paris, 1932.

23 Romano, S. *Il Ordine Giuridico*. Paris, 1946.

24 A. Arnaud y Fariñas M. J., *op. cit.*, pp. 87 y 88.

25 Como lo muestran los estudios de sociología jurídica contemporánea, esta presunción pierde particularmente fuerza en los ámbitos infra y supraestatales.

En ese sentido, el proyecto moderno del monismo jurídico que se expresa claramente en la conocida frase de Hobbes, según la cual “el legislador no es el que decide la aplicación de una ley sino quien la permite”, no es más que un mito. Se trata de un proyecto que marca los últimos cuatro siglos de la historia de Occidente como una fuerte y prolongada dinámica de construcción de un único sujeto de imputación normativa, a partir de un “nefasto” pluralismo preexistente.²⁶

Una vez lograda esa supuesta homogenización del derecho, este conflicto entre monismo jurídico dominante y pluralismo jurídico latente se manifiesta de manera diversa en las diferentes etapas de desarrollo de la modernidad capitalista: en un primer momento que corresponde temporalmente a la época del liberalismo clásico y que se prolonga hasta principios del siglo XX, el Estado dejaba las manos libres a los demás actores y se ocupaba exclusivamente de un reducido grupo de servicios relacionados con su función de Policía: guarda de fronteras, garantía del orden público interno y administración de justicia. A esta última se le veía como una función propia y exclusiva del Estado, pero su campo de acción era ciertamente muy restringido, si se considera que tenía injerencia sobre áreas muy limitadas de las relaciones sociales, fundamentalmente la defensa de la propiedad privada.

El segundo momento corresponde a la época del Estado social y va desde el período de entreguerras hasta mediados de la década de los años setenta. Aquí el concepto de lo público se va ampliando y,

26 La unidad de derecho es, entonces, el resultado final de la interacción prolongada de una doble tendencia de inclusión y exclusión. De inclusión porque implicó selección y articulación de normas y estructuras producidas en la sociedad, atrayendo al centro a parte de las estructuras jurídicas preexistentes que se van incorporando al derecho estatal centralizador mediante la asignación de competencias y posiciones dentro de la jerarquía normativa. De exclusión porque esa selección implicó también el rechazo de cualquier construcción normativa externa que pudiera “competir”, deslegitimar o dispersar el derecho estatal. Una selección que comienza por demarcar las relaciones sociales que están dentro y cuales están fuera del derecho. A las primeras se les llama relaciones jurídicas, y entre ellas se pueden producir conflictos jurídicos: las demás al quedar fuera no se consideran jurídicas y sus conflictos no tienen estatus juridificable y, por ende, se les niega cualquier relevancia frente al derecho.

por tanto, la injerencia del derecho estatal va colonizando otros espacios de la vida social que antes pertenecían al ámbito de lo privado, de tal suerte que al derecho civil se unieron el derecho administrativo, el derecho laboral, el derecho de familia y el derecho ambiental. Durante este tiempo se exagera la tendencia monopólica del monismo jurídico y se considera que por fin se han desterrado las últimas manifestaciones de pluralismo que quedaban en la sociedad.

En el actual momento, el de la crisis del Estado social, adquieren enorme importancia los escenarios local y mundial de regulación y, consecuentemente, en el ámbito jurídico el Estado se aparta, retracción que en relación con las fuentes del derecho se manifiesta en el reconocimiento de capacidad normativa a múltiples actores de la vida social. Ahora bien, no se piense que el Estado no renuncia gratuitamente a su posición monopólica en relación con la administración de justicia; lo hace con la esperanza de recuperar y mantener el control sobre el proceso de creación del derecho, pero en ese proceso de cambio el propio paradigma monista del derecho se quiebra, pues la ley como expresión material del mismo se hace insuficiente para entender la nueva realidad que pretende regular.

Lo que en realidad ocurre es que se hace visible un hecho que estaba allí desde siempre, pero que nadie se atrevía registrar debido a la fuerza prescriptiva del modelo monista: la circunstancia de que el derecho estatal nunca llegó a tener el monopolio de la orientación de las relaciones sociales, ni a resolver la mayoría de los conflictos que se presentan en la sociedad. En ese sentido, el cambio del tercer momento no es significativo en relación con la función de Estado propiamente dicha, cuanto con su eficacia simbólica. El cambio simbólico fundamental de la época actual es que el Estado se ha visto forzado a abandonar su arrogancia, aquella que le permitía aducir que era el único ente capaz de regular y controlar las relaciones jurídicas como único creador de derecho.

Mediante el concepto de pluralismo jurídico se abarca una serie amplia y disímil de fenómenos sociales de control y regulación social, entre las que se destacan las que se dan al interior de las

comunidades tradicionales, o en nuevas comunidades excluidas o marginadas, las cuales han tomado visibilidad en virtud de la acción de múltiples movimientos sociales, por la crisis institucional que afronta el Estado-nación, e incluso por obra y como resultado de los procesos de globalización del capital que se han desarrollado en los últimos 30 años.

La relación de los sistemas de derecho propios de las comunidades tradicionales y el derecho estatal imperante en un determinado territorio, es quizá el primer caso, y más significativo, donde se llega a aceptar el concepto de pluralismo jurídico. Se trata de una situación que comienza a ser analizada alrededor del fenómeno colonial, al ocuparse de los conflictos derivados de la continuidad de las formas propias de regulación social en las sociedades colonizadas, frente al sistema jurídico impuesto por las metrópolis coloniales. El caso más conocido es el de la India. Allí convivió el derecho inglés con las estructuras jurídicas de los pueblos que se integraron en ese país asiático. Tras la independencia de las metrópolis la situación no cambia para los pueblos y comunidades indígenas. El derecho nacional asume el lugar del derecho colonial frente a las comunidades tradicionales.

La aparición de sistemas autónomos de control y regulación social en comunidades marginadas de la dinámica económica capitalista también ha puesto de manifiesto la realidad del pluralismo jurídico. En este contexto es muy conocido el trabajo de Boaventura de Sousa Santos sobre una comunidad marginal urbana en Río de Janeiro (Pasagarda), en la que se identifican y articulan formas jurídicas claramente contradictorias con el orden jurídico estatal brasileiro.²⁷ Tal caso es solo una muestra de las formas jurídicas que se desarrollan en los cinturones de miseria de las principales ciudades y áreas rurales del tercer mundo, particularmente de América Latina. Las formas normativas extraestatales desarrolladas en el campo jurídico por las prácticas emancipadoras de los nuevos movimientos sociales y, significativamente, los movimientos de

27 Véase Santos, B. *Derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA, 1995.

perspectiva étnica y de género, o de carácter ambiental, producen con su accionar nuevas fuentes del derecho mediante las cuales se autorregulan los movimientos, se estabilizan los logros conseguidos en la lucha por el reconocimiento de derechos constituyéndose sistemas de regulación propios que conviven con las fuentes del derecho estatal vigente.

En el ámbito internacional también se habla de pluralismo jurídico desde distintas perspectivas. La *Lex Mercatoria* retoma su lugar como derecho cosmopolita que trasciende fronteras y en muchos casos inhibe el derecho estatal, estableciendo sistemas de regulación que entran a regir independientemente de la actitud que tomen los Estados. En este campo entran desde luego las disposiciones de la OMC, los estatutos internos de control de las relaciones comerciales establecidos por los países capitalistas del primer mundo, las reglas de las organizaciones internacionales sectoriales.²⁸ Por el contrario, el pluralismo jurídico formal implica un paso adelante en el reconocimiento del valor jurídico de la multitud de sistemas de control y regulación social que coexisten al lado del derecho oficial. Cuando el derecho oficial y particularmente el derecho constitucional reconocen la existencia de órdenes normativos alternativos al propio derecho oficial, estamos en presencia de un pluralismo jurídico formal.

Pese a su heterogeneidad todas las manifestaciones posibles del pluralismo jurídico aquí esbozadas se pueden clasificar para efectos pedagógicos según su grado de formalización. Se puede hablar de pluralismo jurídico social²⁹ y de pluralismo jurídico formal. El primero estaría constituido por todo el conjunto de criterios de

28 Véase Santos, B. *La Globalización del Derecho*. Bogotá, Ediciones Universidad Nacional, 1998, pp. 17 ss.

29 El pluralismo jurídico social como su nombre indica está estrechamente ligado al concepto social del derecho. Podemos concebir el derecho es su sentido social como aquel conjunto de normas que regulan la vida social de una comunidad determinada, aplicadas, modificadas y mantenidas vigentes por aquellos sujetos que dentro de la estructura social por simple que sean están encargados de tal función, normas que por otra parte deben ser eficaces en el sentido de que son aplicadas por una autoridad estable y reconocida socialmente.

control y regulación social y normas de conducta que configuran verdaderos sistemas jurídicos alternativos, que sin estar reconocidos por el derecho oficial, sin embargo, son utilizados por los jueces y demás operadores jurídicos en su labor argumentativa.³⁰

El reconocimiento formal de la coexistencia de dos o más sistemas de derecho es una situación hoy día común en los ordenamientos jurídicos occidentales más modernos, pero dependiendo del rol que cumplan al interior del ordenamiento jurídico los distintos sistemas de derecho se pueden a su vez distinguir dos formas de pluralismo jurídico formal: a) el pluralismo jurídico formal unitario, y b) el pluralismo jurídico formal igualitario.³¹

Estamos en presencia de una manifestación de *pluralismo formal unitario* cuando el derecho oficial se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas jurídicos reconocidos. Y normalmente se hace como consecuencia de una política de discriminación positiva a favor de comunidades culturales o étnicas marginadas. Bajo esta categoría se agrupan todas aquellas situaciones en donde se reconoce un papel complementario a los sistemas jurídicos no oficiales. Un claro ejemplo de este tipo de pluralismo jurídico lo encontramos en las disposiciones del convenio 169 de la OIT sobre pueblos tribales y semitribales en países independientes. Otra manifestación de este tipo de pluralismo jurídico es la posibilidad de aplicación por parte de autoridades no estatales de ciertas normas y costumbres sociales en conflictos jurídicos sencillos, tales como disputas patrimoniales de poca entidad, conflictos familiares o el juzgamiento de delitos menores.

30 Como se puede ver este concepto de pluralismo jurídico social se acerca bastante a lo que los autores de la escuela histórica del derecho y los seguidores del *realismo jurídico* denominan conciencia jurídica popular, es decir, aquellos cánones éticos y de justicia que sin estar positivados determinan en gran medida las decisiones de los operadores jurídicos. Sobre el particular, véase Ross, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Eudeba, p. 139.

31 Para una conceptualización más amplia y completa de las distintas formas en que se expresa el pluralismo jurídico formal, véase Hoekema, A. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario". *Revista El Otro Derecho* (Bogotá), 26-27, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (2002): 63 a 98.

Por el contrario, estamos ante una manifestación de pluralismo jurídico formal igualitario, cuando el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos. El derecho oficial en esta perspectiva de pluralismo jurídico reconoce además la validez de otras fuentes del derecho provenientes de los distintos sistemas jurídicos reconocidos, reinando entonces una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho.

En definitiva, con la crisis del Estado social, las fuentes tradicionales del derecho se enriquecen con los distintos sistemas jurídicos alternativos que sustituyen al derecho nacional en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad es prevalente. Normalmente, cuando existen fenómenos de pluralismo jurídico los distintos sistemas jurídicos se superponen tanto en el tiempo como en el espacio, por lo que el problema se traslada del orden sustancial al procedimental; la cuestión ahora es establecer mecanismos de articulación entre los distintos sistemas de control y regulación social. De hecho, en los países donde se ha reconocido normativamente la existencia de pluralismo jurídico pueden existir, y normalmente existen, reglas y procedimientos que clarifican el ámbito de aplicación de cada uno de los sistemas jurídicos, que no son reglas materiales, sino simplemente términos de referencia que indican por cual sistema pueden optar los operadores jurídicos.

Capítulo II

La teoría constitucional latinoamericana

2.0. Introducción

Si se comparan los paradigmas clásicos del constitucionalismo, que acabamos de revisar, con los ordenamientos constitucionales surgidos en América Latina a partir de la segunda mitad de la década de los años ochenta, y se deja a un lado por un momento el hecho evidente de que los problemas de adecuación entre la norma y la realidad social en los países latinoamericanos aún no han sido satisfactoriamente resueltos,³² es claro que la cultura constitucional que lucha por consolidarse aquí, ofrece interesantes peculiaridades, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar la aparición de una “vía latinoamericana” de constitucionalismo, e incluso el nacimiento de un nuevo modelo constitucional propio de América Latina.

Los rasgos esenciales que caracterizarían este nuevo “paradigma constitucional” están marcados por tres influencias recíprocas socio-culturales, teóricas y políticas: en lo sociológico resaltan las críticas radicales a la teoría del Estado y del derecho, enunciados desde la sociología jurídica crítica; en lo teórico y metodológico son importantes las aportaciones a una nueva teoría de las fuentes del derecho y a una novedosa teoría de la interpretación construidas desde el neoconstitucionalismo, que, como se sabe, han servido como marco

32 Siguiendo la conocida tipología acuñada por Lowenstein, se puede decir que en Latinoamérica sigue en buena medida vigente aquella brecha existente entre las Constituciones Nominales y las Normativas, es decir, que aún existe en estos países una clara disfunción entre la realidad formal anunciada por los textos constitucionales y la realidad material que viven los pueblos. Véase Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1982, pp. 209 a 222.

de referencia a las discusiones constitucionales latinoamericanas en las últimas dos décadas; y en lo político y acotando nuestro interés al caso latinoamericano son relevantes, como ejemplo de nacimiento y los retos que plantea esa nueva cultura jurídica que lucha por consolidarse en nuestro continente, las soluciones concretas que plasmadas en las distintas constituciones latinoamericanas de los últimos 20 años.³³

2.1. Sociología jurídica crítica

En el ámbito de la teoría social, la influencia más evidente del paradigma constitucional latinoamericano es aquel ejercido por la sociología jurídica crítica que ha planteado desde hace años la obsolescencia de la teoría social liberal y la necesidad de construir una nueva cultura jurídica que responda a las verdaderas realidades del mundo social contemporáneo. No se puede juzgar el futuro de la humanidad tomando como dato único las actuales condiciones de la economía y la política. Como bien señala Boaventura de Sousa Santos, uno de los principales responsables del descubrimiento de esta nueva visión de las sociedades contemporáneas,³⁴ el destino del paradigma cultural de la modernidad no es el mismo que el del capitalismo como modo de producción hegemónico. Mientras el capitalismo globalizado se ha consolidado y goza de una salud envidiable,³⁵ la modernidad como proyecto social y cultural está obsoleto.³⁶

33 Es preciso recordar que esta nueva ola constitucional latinoamericana comenzó con la promulgación de la Constitución de Brasil (1988), seguida por las cartas de Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Ecuador (1998) y Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia 2009, a las que se debe agregar las sustanciales reformas realizadas a las constituciones del Salvador (1991), Cuba (1992), Argentina y México.

34 Santos, B. *Sociología Jurídica Crítica para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

35 Fundamentalmente debido a los procesos de cambio derivados del incesante progreso científico y la innovación social y cultural.

36 Mientras la superación del proyecto de la modernidad se produce por el éxito que ha tenido en cumplir algunas de sus promesas, su obsolescencia es el resultado de su inca-

No hay que olvidar que desde el siglo XVIII, cuando triunfa definitivamente el modo de ser y vivir modernos, se ha dicho que la modernidad se sustenta en dos columnas o pilares fundamentales: la regulación y la emancipación.³⁷ La primera estaría conformada a su vez por tres instituciones interrelacionadas: el Estado, el mercado y la comunidad; mientras la posibilidad de emancipación se habría construido a partir del entrecruzamiento de tres discursos racionales: la racionalidad estética, la racionalidad cognitiva instrumental y la razón práctica ético-jurídica.³⁸

En ese sentido, la modernidad habría basado su capacidad de congregación en la suerte de control recíproco de sus dos componentes, de tal suerte que su crisis se habría producido cuando la armonía entre las dos variables del edificio resulta ser imposible debido al desarrollo desigual y excesivo de la óptica regulatoria frente a un retraimiento significativo y progresivo del pilar emancipatorio.

En lo que atañe al pilar regulatorio, sus tres componentes han entrado en una profunda disputa nunca antes vista por el espacio de influencia recíproca. El Estado, por ejemplo, que había tenido un rol protagónico en el cambio social a todo lo largo del siglo XX a partir de los años setenta comienza a ser contestado y denunciado a partir de una crítica al absolutismo estatalista. El mercado que había sido motor y protagonista al comienzo de la revolución industrial y luego desalojado por el Estado, una vez que retoma preeminencia en los años ochenta del siglo pasado, no fue capaz, especialmente en regiones del capitalismo periférico como Latinoamérica, de atender las exigencias de mejoramiento social a partir de sus propias reglas. Los vínculos comunitarios y la comunidad como tal, y ante la crisis del Estado nacional, recobró protagonismo a partir de los debates entre liberales y comentaristas, pero no

pacidad para garantizar el cumplimiento de las promesas históricas como la igualdad y la fraternidad entre todos los seres humanos.

37 La regulación estaría compuesta por aquel conjunto de normas y prácticas sociales que garantizan la estabilidad social, las cuales hacen posible tolerar y minimizar las diferencias entre expectativas y las experiencias presentes; por su parte la emancipación sería aquel conjunto de prácticas y aspiraciones que generan el horizonte de las expectativas sociales, crecientes y potencialmente indefinidas.

38 B. de Sousa Santos., *op. cit.*, p. 32.

fueron capaces de dar soluciones regulatorias que fueran más allá de lo local.

En cuanto al pilar emancipatorio, la incapacidad de las vanguardias estéticas de generar un discurso atractivo y movilizador, abarcador de toda la realidad social; unida a la crisis de la ciencia, cuyas promesas se hicieron imposibles ante su incapacidad de seguir siendo la instancia generadora de progreso ilimitado en las últimas décadas dejaron a la humanidad sin el horizonte de progreso indispensable para poder transitar con alguna esperanza por el mundo de las inequidades sociales propias del capitalismo.³⁹

En lo que atañe a la crisis del derecho ocurre también, y de manera dramática, una crisis del orden racionalizado de la vida social representada en el derecho liberal. El Estado y el derecho como orden normativo estatal, ya no pueden formular ninguna alternativa de solución a esta crisis a partir de las recetas clásicas del liberalismo moderno. Se requiere resolver los conflictos sociales actuales con nuevos métodos y fórmulas de entendimiento del orden social y de los procesos de cambio.

Sin embargo, a diferencia de la práctica unanimidad existente sobre la crisis y superación del proyecto moderno, no hay una certeza sobre los procedimientos idóneos para enfrentar esa crisis. En los últimos 20 años han aparecido múltiples alternativas a la superación y a la obsolescencia de la modernidad. Algunos, como Habermas, consideran que la obsolescencia no es tal, sino que tan solo existe un incumplimiento sistemático de sus promesas, por tanto, predicán como método de solución allá actual crisis, la intensidad

39 No en vano pasado el siglo XX, la promesa de alcanzar una sociedad más igualitaria y justa mediante el progreso científico y al desarrollo de las fuerzas productivas se ha convertido en una mala broma que se puede desenmascarar con la simple revisión de las cifras de pobreza y desigualdad mundiales; la promesa de libertad está totalmente impugnada a partir de la situación dramática de los derechos humanos; lo mismo ocurre con la promesa de paz perpetua planteada por Kant que es contradicha de forma contundente con solo verificar el número de guerras cada vez más sangrientas e inhumanizadas que se han producido entre finales del siglo XIX y los comienzos del XXI, a partir de la aplicación del método científico a la producción de armas. Sobre el particular, véase Giddens, A. *Las Consecuencias de la Modernidad*. Madrid, Alianza Editorial, 1997.

y profundización de los proyectos de realización de la modernidad.⁴⁰ Otros, como Frederic Jamenson, coinciden en que no hay superación de la modernidad ni existencia de un nuevo paradigma, y consideran por tanto que el posmodernismo es solo una teoría social anclada en la modernidad con una función específica, servir de parapeto ideológico al capitalismo tardío. Existen otros, que se pueden llamar posmodernos entusiastas, que consideran que la modernidad ha fenecido como proyecto social y cultural, al tiempo que promueven la existencia de una teoría social posmoderna perfectamente autónoma y diferenciada. Finalmente existe una tercera vía, que podemos llamarla posmodernismo escéptico o crítico, que aceptando la existencia de una crisis de obsolescencia de la modernidad, niega la existencia actual de un modelo social alternativo a la modernidad.

En el ámbito de la teoría jurídica, la sociología jurídica crítica, sustentada en un posmodernismo escéptico, realiza una crítica radical a la concepción moderna del derecho, particularmente al postulado que defiende el monopolio estatal de lo jurídico, la división entre Estado y sociedad civil y la visión del derecho como instrumento del mantenimiento del statu quo social. En contra del primer postulado, estos autores proponen una visión fuerte del pluralismo jurídico, y formulan una concepción retórica del derecho que reemplace la lógica jurídica tradicional que ha sustentado el proceso de aplicación del derecho desde hace más de 200 años; en contra del segundo postulado, los teóricos posmodernos escépticos propugnan superar la dicotomía Estado-sociedad civil, debido a la despolitización que ha generado en la sociedad, y proponen a cambio, el empoderamiento de la sociedad a través del fortalecimiento de distintos espacios políticos que incluyan lo doméstico, lo comunitario, lo local, lo nacional y lo global; y en tal sentido, en contra del postulado moderno que restringe el rol del derecho al ámbito regulatorio y estabilizador se reivindica su función transformadora y como tal impulsora del cambio social.

40 B. Sousa Santos, *op. cit.*, p. 44.

2.2. Los postulados básicos del neoconstitucionalismo

Desde el punto de vista teórico, la “teoría trasnacional del derecho”⁴¹ que ha influido más profunda y permanentemente en los desarrollos y las prácticas jurídicas que se expresan en el nuevo derecho constitucional latinoamericano, concretamente en la última experiencia constitucional ecuatoriana, es el neoconstitucionalismo.

Con tal nombre, de uso muy difundido en los últimos años, se alude a los distintos aspectos relevantes de una nueva cultura jurídica que se ha desarrollado en Occidente después de la Segunda Guerra Mundial, particularmente a las teorías jurídicas derivadas de la aplicación y expansión del constitucionalismo material surgido en Alemania con ocasión de la vigencia de la Ley fundamental de Bonn y seguido con sus retos particulares por países como Italia, Portugal o España.

En ese sentido, con este concepto polivalente se intenta dar significado tanto a la ideología política, al modelo de organización del Estado contemporáneo, como también a los contenidos principales de la teoría del derecho necesaria para expresar tal modelo.⁴²

Sin dejar de recordar que el neoconstitucionalismo como ideología promueve una filosofía política que considera que el Estado constitucional es la mejor y más justa de las formas de Estado posibles, donde cabe sostener una vinculación necesaria entre derecho y moral que permite explicar la obligación y condiciones de obediencia al derecho. Y sin entrar en detalles sobre el modelo institucional defendido por el neoconstitucionalismo basado en la confluencia crítica de las dos tradiciones clásicas del constitucionalismo, el norteamericano y el francés,⁴³ y que se caracteriza por

41 Sobre los conceptos equivalentes de TTD o Teoría Jurídica Prestigiosa, véase López, D. *Teoría Impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá, Editorial Legis, 2004.

42 Sobre el particular, véase Prieto Sanchís, L. “Neoconstitucionalismo”. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Coord. M. Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005, pp. 420 a 423.

43 Sobre este asunto, véase Fioravanti, M. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

reunir en uno solo los mejores elementos de estas dos tradiciones dejando de lado sus defectos,⁴⁴ aquí nos importa y nos ocuparemos fundamentalmente de examinar el neoconstitucionalismo como teoría del derecho, pues esta es la versión que más ha influido en América Latina, particularmente en Ecuador en los últimos 20 años.

Sobre el particular, es necesario comenzar recordando que el neoconstitucionalismo como teoría y el Estado constitucional como realidad institucional implican la necesaria formulación de una nueva explicación teórica del derecho que discuta y reemplace los postulados y axiomas, tanto del positivismo teórico en particular como de la teoría jurídica liberal clásica en general.

Los fundamentos de la nueva teoría jurídica que se impulsa desde el neoconstitucionalismo sostienen tanto en la crisis de la ley, de la que se hablará extensamente en otros capítulos de este texto, pero que se pueden sintetizar en la crisis de la estatalidad y legalidad del derecho y que se manifiestan en los rasgos que ha tomado el nuevo derecho en los últimos 30 o 40 años: a) la omnipresencia de la Constitución en todas las esferas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes; b) más principios que reglas; c) coexistencia de valores tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad ideológica; d) más ponderación que subsunción; y e) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador.

En cuanto a la omnipresencia de la Constitución, en los últimos 20 años se ha producido un proceso de progresiva e intensiva rematerialización de la Constitución o constitucionalización de lo jurídico que se produce a partir de la progresiva materialización y normativización de los principios y valores de la Constitución. No hay que olvidar que hoy día todo conflicto social puede y debe

44 Frente a la realidad norteamericana de una constitución garantizada sin contenido normativo o constituciones con denso contenido material pero carentes de justiciabilidad como ocurre en los modelos constitucionales legicéntricos de inspiración francesa, el neoconstitucionalismo propugna por una constitución con fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. Sobre el particular, véase Prieto Sanchís, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". *Neoconstitucionalismo(s)*. M. Carbonell. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 126 a 128.

resolverse utilizando la Constitución. En palabras de Zagrebelsky, ocurre una transformación radical de lo jurídico, donde “la ley, que en un tiempo era la medida de todas las cosas, cede el paso a la constitución, y se convierte ella misma en objeto de mediación”.⁴⁵

Esta hiperconstitucionalización de lo jurídico trae consecuencias importantes en el plano de la dogmática del derecho pues revoluciona el concepto de validez. No hay que olvidar que en el lenguaje de los juristas la expresión validez alude a aquella cierta propiedad de los actos y de las normas que les permite existir y que alude fundamentalmente al procedimiento de adopción o exteriorización de esa voluntad normativa, que debe estar previamente definido por el ordenamiento jurídico.⁴⁶

La constitucionalización total de lo jurídico transforma este concepto formal y procesal de validez normativa, ya que a partir del momento en que se constitucionaliza el orden jurídico la validez no solo hace referencia al respeto estricto por un procedimiento que indica quién creó la norma (competencia), o como lo hizo (procedimiento), sino que la norma será válida si y solo si es coherente y ha sido desarrollada en función de los criterios, principios y valores establecidos en la Constitución, lo que significa en definitiva la prueba palmaria de la reconciliación entre el derecho y la moral.⁴⁷

La segunda característica del neoconstitucionalismo tiene una naturaleza estructural. Los ordenamientos jurídicos que obedecen a los postulados del neoconstitucionalismo se caracterizan por estar conformados por más principios que reglas.

Sobre el particular hay que recordar que siempre se ha dicho que las constituciones tienen una característica especial que las diferencia de las demás normas, en tanto están constituidas por preceptos jurídicos indeterminados, por principios y postulados

45 Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 40.

46 Prieto Sanchís, L. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 73 a 75.

47 Prieto Sanchís, L. “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”. *Teoría de la Constitución: Ensayos Escogidos*. M. Carbonell. México, Editorial Porrúa, 2005.

generales que a diferencia del resto de las normas jurídicas no mandan, permiten o prohíben directamente nada. En una concepción tradicional del derecho, estos principios requieren de un proceso de concreción que normalmente se realiza mediante la ley y los reglamentos.

La diferencia entre el constitucionalismo anterior y el contemporáneo es entonces el reconocimiento del carácter normativo directo de esos principios que se caracteriza, entonces, porque las constituciones actuales están construidas a partir de principios y valores.

Esto, por supuesto, tiene importantes consecuencias respecto de la estructura de las fuentes del derecho porque implican un cercenamiento importante de la discrecionalidad del legislador en la creación del derecho. En la concepción constitucional kelseniana, la Constitución simplemente era el continente de una serie de reglas formales de naturaleza abierta que en muchos casos resultaban irrelevantes por su falta de contenido material, por tanto, el papel del legislador era esencial para la eficacia del orden jurídico; en el constitucionalismo contemporáneo, por el contrario, el sistema encuentra respuestas en la interpretación y aplicación de los principios, hasta el punto de que hoy día no existe ningún problema jurídico, más o menos serio, donde no se pueda encontrar la respuesta en la aplicación de un principio constitucional.

En definitiva, a partir de la normativización de los principios y valores, la Constitución es el instrumento privilegiado de modelación del orden social y la norma que se proyecta y configura en su conjunto a la sociedad, y no tan solo el límite al poder.⁴⁸

En lo que atañe a los caracteres axiológicos que gobiernan las constituciones garantistas, en el constitucionalismo occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial no existe, como ocurría en el primer constitucionalismo liberal, homogeneidad ideológica, sino que se presenta una coexistencia de valores tendencialmente contradictorios.

48 Guastini, R. *Estudios de Interpretación Jurídica*. México, Editorial Porrúa, 2000.

Recuérdese que con independencia de la existencia de las distintas fundamentaciones teóricas de los derechos que se pueden identificar,⁴⁹ existe un rasgo común que hermana a los diferentes modelos constitucionales occidentales clásicos: todos de una u otra manera manifiestan un proyecto ideológico común: la búsqueda de la maximización de la esfera de libertad individual, mediante la limitación efectiva del poder del Estado y el aseguramiento de la igualdad ante la ley.⁵⁰

De acuerdo con el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,⁵¹ el aseguramiento de la libertad y la limitación efectiva de los poderes estatales se da a través de dos mecanismos jurídicos ampliamente conocidos: a) la existencia dentro de la Constitución de las declaraciones de derechos de titularidad individual; y, b) la división de poderes, mecanismo general de garantía que se traduce en la división de poderes que no es otra cosa que una forma racional de organización que permite garantizar plenamente la libertad a través de la estructuración de pesos, contrapesos, controles y obstáculos al ejercicio arbitrario del poder estatal.⁵²

La misión del Estado en este contexto, nos dice García Pelayo, es velar por la seguridad jurídica en el despliegue de los derechos individuales situados más allá del Estado mismo, al considerar al hombre como principio y fin de la organización estatal y a la libertad, como condición de la vida.⁵³

En cuanto a la igualdad los modelos constitucionales clásicos, la garantizan por medio de dos instrumentos: el concepto de Estado de derecho y su correlato o consecuencia: el principio de igualdad formal ante la ley.

49 Sobre el particular, véase Fioravanti, M. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Editorial Trotta, 1996.

50 García Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Alianza Editorial, 1987, pp. 141 a 143.

51 Dice el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda comunidad en la que no esté estipulada la separación de poderes ni la garantía de los derechos carece de una Constitución”.

52 M. García Pelayo, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

53 *Ibid.*, p. 159.

Como se recordará, el Estado de derecho es aquella organización estatal donde, según Laband, el ejercicio del poder está determinado y constreñido por los preceptos de la ley, de tal manera que la organización estatal solo puede requerir de las personas aquella acción, o imponer aquella omisión, que esté expresamente determinada en una ley vigente, es decir que el Estado no puede mandar, prohibir o permitir nada que no esté contemplado en una ley.

La consecuencia de la sujeción de las personas a esta forma de Estado es, por supuesto, el principio de igualdad ante la ley, según el cual todos los hombres y mujeres somos formalmente iguales frente a las determinaciones del legislador, sin que puedan existir privilegios ni prerrogativas provenientes de la raza, sexo o condición social que puedan argumentarse.

Y por esa misma razón, constitucionalmente hablando, en este esquema la igualdad no es, no puede ser jamás una igualdad material, sino tan solo una igualdad restringida a la posibilidad de ejercer los derechos establecidos en la Constitución.

A diferencia de este paradigma, el constitucionalismo garantista de la posguerra propugna por el pluralismo axiológico, de tal manera que en el texto de la Constitución, entendida como aquella norma jurídica que refleja el proceso pacífico de conciliación social, no cabe un único desiderátum valorativo, sino que en ella caben y se reflejan principios potencialmente contradictorios que no son más que el reflejo de las diversas posiciones políticas, sociales y culturales de quienes intervienen en el proceso político.

Así, por ejemplo, en una misma Constitución garantista aparecen tutelados principios y derechos potencialmente contradictorios como la intangibilidad de la vida con el derecho de las mujeres al libre desarrollo de la personalidad, y su derecho a decidir responsable y libremente sobre su sexualidad y sobre el número de hijos que quieren y pueden tener; el principio de intangibilidad de la propiedad privada y la protección constitucional a la libertad de empresa frente a la intangibilidad e imprescriptibilidad del territorio y de la propiedad colectiva de ciertas personas, comunidades y pueblos; la consideración del derecho a la igualdad como un derecho material

que incluye la no discriminación y que por tanto va mas allá de la igualdad jurídica liberal;⁵⁴ la consagración del principio de unidad jurisdiccional al tiempo que se protege y se potencia la existencia de las distintas formas de pluralismo jurídico; a o la muy conocida contradicción contingente entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

En ese sentido, el constitucionalismo garantista reformula uno de los rasgos y principios básicos del derecho liberal: el principio de coherencia del sistema jurídico, en virtud del cual cada situación de hecho recibe un único tratamiento normativo dentro del sistema en cuestión. Recordemos que el constitucionalismo liberal asumía como una falla en el sistema la existencia de antinomias normativas; el constitucionalismo garantista no solo no asume el principio de coherencia con la rigidez original, sino que reconoce el carácter normalizado y natural de las contradicciones entre reglas y principios constitucionales, de tal forma que cuando aparecen antinomias ya no desaparece la coherencia del sistema, sino que el usuario del derecho debe buscar alternativas para salvar la situación potencialmente conflictiva. Tradicionalmente estos mecanismos de solución de antinomias son cuatro: el principio de competencia en virtud del cual se debe aplicar la norma proferida por la autoridad competente; el principio jerárquico, según el cual la norma superior deroga a la inferior; el principio cronológico o de temporalidad en cuya virtud la norma posterior deroga a la anterior; y el principio de especialidad, según el cual la norma especial debe preferirse a la norma general.⁵⁵

Pero, ocasionalmente, estos métodos o mecanismos de solución de antinomias son ineficaces en ciertas condiciones. Esto sucede generalmente en el derecho constitucional contemporáneo, cuando la contradicción se produce en la aplicación ya no de reglas, sino de principios. En este caso, la teoría constitucional ha desarrollado instrumentos hermenéuticos especiales estrictamente

54 Igualdad ante la ley.

55 Prieto Sanchís, L. *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid, Editorial Trotta, 2005, pp. 135 a139.

constitucionales como el juicio de ponderación o la proporcionalidad que, como se verá en su momento con mayor profundidad, resuelven las contradicciones entre principios contradictorios en el caso concreto mediante la creación de una jerarquía axiológica relativa, móvil y contingente.⁵⁶

Los últimos rasgos del constitucionalismo garantista contemporáneo son aquellos que se enuncian como: “más ponderación que subsunción” y el reemplazo de la autonomía del legislador por la omnipotencia del juez. El primero estrechamente relacionado con la forma de argumentación jurídica y, el segundo, con la aceptación por parte de la teoría jurídica vigente de la eliminación del absolutismo legislativo y su reemplazo por la capacidad efectiva de los jueces de crear derecho vigente a través de sus sentencias y resoluciones. De los dos temas nos ocuparemos extensamente en otros apartados de este libro.

2.3. Los rasgos básicos del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Finalmente, si se hace un examen comparado de las experiencias constitucionales ocurridas en América Latina en los últimos 20 años, se pueden encontrar algunas características comunes que demuestran la influencia clara, tanto de la sociología crítica como del neoconstitucionalismo, pero muestran igualmente y de manera más consistente algunos hallazgos propios de la realidad latinoamericana que permiten configurar prescriptivamente lo que algunos autores contemporáneos han dado en llamar el “paradigma constitucional” latinoamericano.

Los rasgos más significativos serían: a) la adopción de un modelo de democracia participativa; b) la constitucionalización de las modernas tendencias del derecho internacional de los derechos humanos; c) la transformación del tradicional paradigma difuso de

56 *Ibid.*, pp. 146 a 150.

control constitucional latinoamericano por un modelo mixto más cercano al arquetipo europeo de inspiración kelseniana; d) el fortalecimiento del papel de los jueces y la función judicial dentro de la arquitectura constitucional; y, finalmente, e) el reconocimiento al carácter multiétnico y pluricultural de las naciones latinoamericanas.

2.3.1. La democracia participativa

El primer rasgo relevante del nuevo paradigma constitucional latinoamericano es el reemplazo del esquema de democracia inorgánica propia de la tradición clásica liberal, por un modelo de democracia participativa que sin renunciar a los instrumentos de participación propios de la democracia representativa, los complementa y los profundiza con mecanismos de democracia directa; entendiendo por democracia directa aquel sistema político donde el ciudadano contribuye directamente en la adopción de las decisiones políticas que se toman en la sociedad, sin que exista la mediación de ningún otro agente.

Como es sabido, la crisis de la concepción clásica del Estado social en los países centrales del capitalismo, no solo trajo importantes consecuencias económicas,⁵⁷ sino que además implicó una modificación sustantiva del aparato institucional de los Estados contemporáneos, incluidos los latinoamericanos, cuyo funcionamiento a pesar del presidencialismo imperante, giraba formalmente en torno

57 Desde el punto de vista económico, la transformación del Estado dirigista de la posguerra en el Estado neoliberal contemporáneo fue un proceso complejo de duración bastante corta (el período 1973-1979), que comenzó a raíz de la crisis financiera mundial, impulsada por la forma en que los Estados Unidos financiaron la Guerra del Vietnam; se precipitó con la fuerte elevación del precio de los combustibles, derivada de la crisis del petróleo; y, se agravó, por la incorporación de nuevos agentes al concierto económico internacional y por la revolución tecnológica acaecida a finales de los años setenta, que dejó inservible toda la estructura industrial fordista basada en la utilización intensiva de Recursos Naturales, Trabajo y Capital y su reemplazo por una producción cimentada en la utilización intensiva del conocimiento convertido en mercancía y en la búsqueda constante de innovación.

al Parlamento y a los partidos políticos. Mientras el primero ha dejado de ser una institución apta para encauzar eficazmente los procesos sociales y los intereses que en ellos se manifiestan, los partidos han ido perdiendo su hegemonía y su protagonismo como intermediarios en las relaciones de los particulares con el Estado, no por las razones a las que apelaba la crítica elitista a los partidos, sino porque se advierte su radical inadaptación a las nuevas condiciones de la democracia latinoamericana. La cultura política basada en la militancia partidista tiende a convertirse en una cultura cívica organizada en pautas y jerarquizada en valores pluralistas, transformando el concepto mismo de democracia, que ha pasado de ser una frágil democracia de partidos, a ser una democracia que podríamos denominar, siguiendo a Giner, como multidimensional.⁵⁸

Ahora bien, del lado de la *sociedad civil* el cambio no ha sido menos traumático: los sindicatos (símbolo por antonomasia del asociacionismo estatalista) han perdido paulatinamente su función como agentes necesarios del consenso y del cambio social, en la medida en que, con todas las imperfecciones y vacíos que se quieran, el crecimiento del Estado en los países de América Latina, de manera análoga a lo ocurrido en los países del Occidente desarrollado, disolvió en buena medida el *clivage* de clase, que les daba su razón de ser. No se debe olvidar que a raíz de las políticas sociales expansivas, la clase obrera en su versión clásica paulatinamente ha ido desapareciendo a medida que la minoría obrera industrial fue acercándose a las condiciones sociales y a las expectativas de consumo, que tradicionalmente ha tenido la pequeña clase media latinoamericana compuesta por funcionarios y maestros.

Todo este conjunto de transformaciones sociales e institucionales han producido la redefinición del papel de la ciudadanía en una nueva teoría democrática que aporta elementos importantes para

58 Para Salvador Giner, la democracia multidimensional “es aquella cuyos procesos de representación y participación no se agotan en las instituciones definidas en la Constitución, (elecciones, partidos, asambleas, grupos de interés), sino que se plasman también en asociaciones cívicas, es decir, voluntarias y altruistas”. Véase Giner, S. “Lo privado público: altruismo y politeia democrática”. *Revista Doxa* (Madrid), 16. 1 (1994): 266.

sacar a la democracia del estado de agotamiento teórico en que se encuentra, redefinición que ha llevado a algunos a hablar del fin de la equivalencia entre función pública y función estatal. Ciertamente en Latinoamérica países como Brasil, Colombia, México y últimamente Bolivia, Venezuela y Ecuador han incorporado a través de mutaciones constitucionales, con mayor o menor profundidad, una colección de instrumentos y mecanismos que buscan satisfacer las necesidades básicas de la población mediante la participación directa de los ciudadanos en la toma de decisiones, en relación con los asuntos públicos que les afectan.

En ese sentido, todas las reformas constitucionales encaminadas a instaurar en América Latina una nueva teoría democrática que complemente los antiguos canales de participación propios de estatismo liberal con aquellos novedosos provenientes de la democracia directa, se basan en la toma de conciencia de que el ciudadano latinoamericano parece no estar dispuesto a seguir ejerciendo sus derechos políticos a través de los canales tradicionales, esto es, limitándose a votar, o delegando en sus supuestos representantes el poder para que lo ejerzan en su nombre. Por el contrario, el pueblo hoy en día exige una mayor participación en la toma de decisiones.

En el proceso de institucionalización de la democracia participativa que se ha vivido en los últimos años en Latinoamérica, el principal problema ha sido y sigue siendo, su delimitación, esto es, establecer claramente cómo y cuándo se debe participar, debido a que la intervención de “todos en todo”, no solo resulta utópica, sino que puede llegar a ser contraproducente para la gestión eficaz y eficiente de los asuntos públicos. La solución encontrada por los teóricos y defensores de la opción participativa de la democracia, basándose en el hecho comprobado de que la gente generalmente se interesa, por tanto, solo participa en aquellos asuntos que le afectan más directamente, ha sido privilegiar la participación democrática en aquellas cuestiones públicas más cercanas al ciudadano, que generalmente coinciden con las decisiones que se toman en los ámbitos regionales y locales, donde, según la teoría, la

potencialidad de los mecanismos de democracia directa despliegan toda su fuerza.

De allí que, como formas de expresión de la democracia participativa, las diversas constituciones latinoamericanas hayan establecido mecanismos como el voto programático, el referéndum, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa popular, la demanda popular de rendición de cuentas, incluso la revocatoria del mandato de autoridades elegidas democráticamente; mecanismos que si bien, de acuerdo con las disposiciones constitucionales podrían tener virtualidad en casi todos las esferas del gobierno y la administración, en la mayoría de los casos han sido desarrollados legal y reglamentariamente, de tal manera que se privilegia su uso en los ámbitos local y regional.

En definitiva, la implementación de los mecanismos de democracia directa en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos ha implicado de hecho la formulación de una nueva teoría de la democracia cercana a los planteamientos republicanos que ha producido la redefinición del concepto de ciudadanía que ahora no solo depende de la noción de pertenencia, sino que fundamentalmente se estructura sobre la base del concepto de participación, lo cual no implica únicamente la recuperación de una conciencia cívica y de una cultura política deliberante y comprometida, sino que además ha transformado radicalmente las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, puesto que de acuerdo con el esquema propuesto, ya no existe una distinción nítida entre estos dos conceptos.

2.3.2. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos

El segundo elemento que permite diferenciar el modelo constitucional que está desarrollándose en América Latina, respecto de los paradigmas clásicos y actuales del constitucionalismo europeo, es la constitucionalización de los desarrollos contemporáneos del derecho internacional de los derechos humanos; proceso que ha

conllevado importantes cambios tanto en la parte orgánica como, sobre todo, en la sección dogmática de las constituciones.

En el plano de las transformaciones teóricas, en las últimas constituciones de América Latina encontramos dos importantes avances respecto del constitucionalismo europeo del Estado social: en primer lugar, el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas; en segundo término, la ampliación de la carta de derechos, independientemente de su consagración formal.

En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos más recientes se observa una vigorosa tendencia hacia la incorporación automática y el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales no referidas a derechos. Hasta tal punto llega esta transformación en la jerarquía de las fuentes del derecho, que en muchas constituciones las normas internacionales sobre derechos humanos —establecidas convencionalmente y ratificadas por cada uno de los Estados— poseen una jerarquía superior al resto del ordenamiento, mediante su inclusión en lo que la doctrina local denomina *bloque de constitucionalidad*.

Como todas las innovaciones sociales importantes, esta nueva forma de entender las relaciones entre el derecho internacional y el derecho constitucional no se ha producido por arte de magia. En un primer momento, la cuestión de las relaciones entre los tratados internacionales y los ordenamientos constitucionales se resolvió con las tradicionales reglas de la revisión judicial de carácter nacional, en razón de que casi todos los ordenamientos de la región habían adoptado, en mayor o menor medida, la teoría clásica de la primacía del derecho constitucional frente al derecho internacional que tiene su origen en la Constitución americana de 1787, y que es aplicada por casi todos los países europeos,⁵⁹ de tal suerte que la única forma en que las disposiciones del derecho internacional pudieran tener validez y eficacia era mediante su incorporación en el ordenamiento interno de cada país como leyes ordinarias. Este es

59 De Otto, I. *Derecho Constitucional*. Barcelona, Editorial Ariel, 1997, pp. 224 a 227.

el criterio predominante en la jurisprudencia mexicana, argentina o colombiana anterior a 1991, en virtud de la cual los tratados internacionales, una vez suscritos y ratificados, adquieren el carácter de leyes ordinarias, las que no podían por tanto contradecir los preceptos superiores de la Constitución.

La segunda etapa se caracteriza por un cambio jurisprudencial, a partir del cual las disposiciones constitucionales mencionadas comenzaron a ser interpretadas relativizando el principio de la supremacía del derecho constitucional frente a determinadas normas del derecho internacional de los derechos humanos. Así las cosas, a partir de ese momento las normas y convenios internacionales, una vez incorporadas a los ordenamientos nacionales seguían equiparándose a las leyes ordinarias, salvo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), los cuales, según esta interpretación, son directamente aplicables y prevalecen frente al derecho ordinario *infraconstitucional*,⁶⁰ lo que quiere decir que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos adquieren, según esta interpretación jurisprudencial, una posición *sui generis* dentro de la pirámide normativa, intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria.

La fase siguiente de la evolución consiste en la superación de la desconfianza hacia los instrumentos internacionales, introduciendo en los textos constitucionales, de manera paulatina pero continuada, la preeminencia de las normas de carácter internacional frente al conjunto del ordenamiento interno *infraconstitucional*. En este sentido, podemos mencionar como una norma pionera el párrafo primero del artículo 7 de la Constitución de Costa Rica que preceptúa que: “Los tratados públicos y acuerdos internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la asamblea legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”. Con un criterio parecido, los artículos 137 y 141 de la Constitución de Paraguay establecen que los

60 Buergenthal, Th. *La protection internationale des droits de l'homme*. Paris, 1991.

tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados poseen una jerarquía superior a las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones inferiores ya que solo se encuentran subordinadas a la Constitución como ley suprema de la República.⁶¹

Finalmente, la última etapa de la metamorfosis puede ser caracterizada como la del triunfo definitivo de la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre los ordenamientos constitucionales nacionales, y está vinculada con la necesidad de proteger más eficazmente los derechos humanos en todos los países latinoamericanos, en especial en aquellos que sufrieron regímenes militares autoritarios. Ciertamente, en los últimos años se observa en las constituciones latinoamericanas más modernas una evolución tendiente a reconocer el carácter fundamental de los derechos establecidos en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. En esta dirección encontramos, por ejemplo, el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, que instituye el principio de que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos —aceptados y ratificados por ese país— tienen preeminencia absoluta sobre el derecho interno; o el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991,⁶² al igual que la disposición final cuarta de la Constitución peruana de 1993,⁶³ o el artículo 163 de la Constitución ecuatoriana de 1998, o los

- 61 El primer apartado del artículo 37 de la Constitución paraguaya dispone: “La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.” Por su parte, el artículo 141 establece: “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137.”
- 62 El artículo 93 de la Constitución de Colombia determina: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los deberes y derechos consagrados en esta Carta se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”
- 63 La disposición final cuarta de la Constitución peruana dispone: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

artículos 3 (numeral 1), 10,⁶⁴ 11, 171, 172 y 417 de la Constitución de Montecristi, que establecen la prevalencia absoluta de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, y la obligatoriedad de la interpretación sistemática de la parte dogmática de la Constitución, de conformidad con los instrumentos del derecho internacional ratificados por cada uno de esos países.⁶⁵

Uno de los rasgos más interesantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que afecta tanto a la teoría general de los derechos fundamentales como la interpretación constitucional, es la ampliación de la carta de derechos con la inclusión de “nuevos derechos”, entre los que podemos citar, con un propósito exclusivamente enunciativo, aquellos que resguardan al ciudadano frente a los abusos de poder causados por el mal uso de la tecnología (hábeas data);⁶⁶ las garantías que protegen a las personas de las consecuencias del ejercicio de la posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones por parte de los oligopolios mediáticos (los nuevos contornos del derecho a la información o los derechos a la rectificación y replica);⁶⁷ los derechos de titularidad colectiva

64 El artículo 11, numeral 3 de la Constitución ecuatoriana de 2008 determina que: “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 servidor o servidora pública, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.

65 Sobre el particular, véase Pérez Losse, H. “Tratados y Constitución”. *La Constitución Ciudadana*. Quito, Editorial Taurus, 2009.

66 El artículo 15 de la Constitución colombiana de 1991 establece: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”

67 El artículo 20 de la Constitución colombiana dispone: “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho de rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

o difusa, entre los que debemos destacar el derecho al medioambiente sano, que incluye el derecho al equilibrio ecológico, la protección a la diversidad biológica y disposiciones regulatorias del uso del genoma de los seres vivos,⁶⁸ y el novedoso derecho a la paz;⁶⁹ o finalmente los derechos colectivos que protegen las particularidades étnicas y culturales diferenciadas de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas.⁷⁰

No obstante, la innovación más significativa de este modelo constitucional en el plano dogmático es el carácter no taxativo ni jerárquico de las declaraciones de derechos incorporadas en las constituciones, a las cuales se incorpora una cláusula abierta que permite dar una protección reforzada a situaciones jurídicamente relevantes, presentes o futuras que, no obstante de haber sido excluidas de la enumeración constitucional de los derechos fundamentales, debido a su conexidad con la dignidad de la persona, merecen ser garantizadas mediante su reconocimiento como derechos, disposición que, además de facilitar la adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos, otorga a los jueces una inmensa capacidad de transformación de la sociedad a través de la creación de nuevo derecho, función que a pesar de la reticencia de algunos juristas —excesivamente tradicionales— aleja a los jueces constitucionales de esa imagen de legisladores negativos que la doctrina liberal clásica les ha impuesto. Así, por ejemplo, el artículo 11, numeral 7 de la Constitución ecuatoriana de 2008 preceptúa que la enunciación de los derechos contenidos en dicha norma fundamental, o en los instrumentos internacionales vigentes en Ecuador: “No excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de

68 En el caso de la Constitución ecuatoriana de 2008, estos avances dogmáticos llegan al paroxismo con el reconocimiento que se hace de los derechos autónomos de la naturaleza, establecidos en los artículos 71 a 74 de la Constitución y que significan una ruptura definitiva con la concepción antropocéntrica de la teoría clásica de los derechos como derechos subjetivos.

69 El artículo 22 de la Constitución de Colombia dispone: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.”

70 Véase el capítulo VIII, artículos 119 a 126 de la Constitución de Venezuela.

las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, necesarios para su pleno desenvolvimiento”.⁷¹

2.3.3. El sistema latinoamericano de control constitucional

Los estudiosos del derecho público comparado han resaltado también como un elemento novedoso de la nueva ola constitucional latinoamericana, la tendencia a la transformación del tradicional sistema difuso de control constitucional por un modelo mixto más cercano al paradigma europeo de control constitucional concentrado, pero introduciéndole sustanciales y significativas modificaciones.

Como es sabido, a partir de su independencia de la metrópoli española, los países latinoamericanos recién formados tomaron como su modelo en muchos aspectos la Constitución Americana de 1787. En particular, a través de la profunda influencia que tuvieron *La Democracia en América* de Tocqueville, y el *Federalista* de Madison entre la elites latinoamericanas. Se introdujo en los ordenamientos constitucionales de los nuevos países independientes, el modelo difuso de control judicial de constitucionalidad de las leyes, en virtud del cual, los jueces ordinarios, de oficio o a petición de parte, son quienes están llamados a decidir sobre la conformidad o no de la ley aplicable al caso concreto con la Constitución, caso en el cual, al momento de resolver el conflicto paralelamente decretarán la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas para ese caso concreto (desaplicación).

Sin embargo, a partir de 1945 cuando se establece en Ecuador el Tribunal de Garantías Constitucionales, primer intento de justicia constitucional autónoma en toda América Latina, y especialmente a partir de la década de los años setenta, cuando el gobierno de Salvador Allende instauró el primer Tribunal Constitucional Chileno,⁷² tomó fuerza el debate sobre la necesidad de reemplazar

71 Véase artículo 94 de la Constitución colombiana.

72 El Tribunal Constitucional chileno fue creado mediante una reforma a la Constitución de 1925, promulgada el 21 de enero de 1970, y funcionó desde el 10 de septiembre de 1971, fecha en que tomaron posesión sus miembros, hasta el 11 de septiembre de 1973, cuando a raíz del golpe militar fue suprimido.

el sistema de control difuso, por uno de control concentrado de inspiración kelseniana,⁷³ discusión que solo ha encontrado reflejo normativo en los últimos 15 años, cuando se produjo un particular proceso de recepción del sistema continental europeo de control concentrado de constitucionalidad, como resultado del cual podemos señalar la creación de tribunales o cortes constitucionales en Guatemala (1985), Colombia (1991), Perú (1993), México (1994), Bolivia (1994) y Ecuador (1996), además de la creación de salas constitucionales autónomas en las cortes supremas del Salvador (1983 y 1991), Costa Rica (1989), Paraguay (1992) y Venezuela (1999).

De forma paradójica, la adopción del paradigma concentrado de control constitucional no ha implicado, en la mayoría de los casos, abandonar el sistema de revisión judicial de constitucionalidad originario de Norteamérica, con lo cual el modelo latinoamericano de control constitucional ha terminado siendo un modelo “singular” en el que, por una parte, existen tribunales constitucionales encargados de guardar la supremacía e integridad de la Constitución,⁷⁴ mientras que los jueces ordinarios mantienen la competencia para inaplicar en casos concretos las leyes

73 Como se sabe, el modelo kelseniano de control constitucional establecido por primera vez en las constituciones checa de 1919 y austriaca de 1920, y extendido después de la Segunda Guerra Mundial, por la mayoría de los países de Europa Occidental, se basa en la creación de un Tribunal (Corte Constitucional) especializado en la resolución de los conflictos derivados de la aplicación de la Constitución, ante el cual, y a través de una vía directa, se plantea la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas y reglamentarias de carácter general que contraríen las disposiciones constitucionales. Véase Fix Zamudio, H. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. México, Editorial Porrúa, 1985, pp. 43 a 84.

74 Aunque existen diferencias en la redacción de las disposiciones constitucionales de los diferentes países, los tribunales constitucionales latinoamericanos tienen competencia exclusiva para decidir sobre la inconstitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento interno de los países, de resolver los conflictos de competencia entre los diferentes órganos del Estado, y de revisar en última instancia las decisiones judiciales relacionadas con el amparo de los derechos constitucionales fundamentales. Sobre este particular, véase el artículo 241 de la Constitución colombiana que ha servido de modelo a muchas de las constituciones de la región que han sido promulgadas con posterioridad a 1991.

y reglamentos inconstitucionales, y además se les ha otorgado la función de conocer de los recursos de amparo, lo que en definitiva significa que no obstante la existencia de tribunales constitucionales en América Latina, la jurisdicción constitucional no es concentrada, pues no existe un titular exclusivo del control constitucional, que es el elemento básico del modelo kelseniano al que hemos hecho referencia.

A la hora de hacer un juicio crítico sobre el modelo aquí presentado, tenemos que el sincretismo que le es propio, lejos de constituir una desventaja, ha resultado beneficioso puesto que ha permitido garantizar el carácter normativo de la Constitución y su supremacía en el orden jurídico, mediante la creación de un órgano encargado de salvaguardar la integridad y la unidad del ordenamiento constitucional por medio del control abstracto de constitucionalidad (tal como ocurre en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad), al tiempo que se ha conservado en cabeza de los jueces ordinarios la tutela básica y primaria de los derechos, lográndose el difícil equilibrio que debe existir entre la garantía básica del fácil acceso a la justicia constitucional a los ciudadanos, a través de la labor cotidiana y permanente de todos los jueces, y la necesaria especialización y tecnificación de la justicia constitucional que se produce mediante el trabajo de creación de nuevo derecho y unificación de la jurisprudencia que realizan los tribunales constitucionales.

2.3.4. El nuevo rol del juez en la arquitectura constitucional

Otro elemento que permite considerar al paradigma constitucional latinoamericano, como un aporte novedoso a la cultura constitucional contemporánea, es el reequilibrio entre los distintos poderes públicos a través del fortalecimiento del papel de la función judicial dentro de la arquitectura constitucional.

En efecto, el rechazo formal al presidencialismo hipertrofiado que ha caracterizado los sistemas políticos latinoamericanos, a causa de su incapacidad de resolver adecuadamente las demandas

ciudadanas, unido a la profunda crisis que sufre el modelo parlamentario racionalizado imperante producida por la instrumentalización de la vida parlamentaria por parte del Ejecutivo, mediante una aplicación patológica del principio mayoritario, en virtud de la cual los grupos parlamentarios virtualmente dependen de las directrices del Gobierno, impidiéndoles tanto la iniciativa legislativa como ejercer el control político necesario para que funcione el sistema de frenos y contrapesos que caracteriza la democracia moderna,⁷⁵ ha producido un redimensionamiento de la función jurisdiccional dentro de la estructura del Estado, la cual tiene en América Latina un papel protagónico hasta ahora desconocido en la impulsión y efectivización del conjunto de las tareas estatales.

En ese sentido, la asunción por parte de los ordenamientos constitucionales del carácter normativo de la totalidad de las normas constitucionales y la centralidad que ha asumido la parte dogmática de las constituciones, ha llevado a la aplicación directa (sin mediación del legislador) de la mayoría de los preceptos constitucionales, incluidos muchos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales, con lo cual la jurisdicción ya no puede entenderse como la simple sujeción del juez a la ley, sino que es fundamentalmente el análisis crítico de su significado, es decir, el mecanismo de control de la legitimidad constitucional de la ley, y en ese sentido la ciencia jurídica ha dejado de ser mera descripción normativa para convertirse en análisis crítico del derecho vigente, en otras palabras, interpretación del sistema normativo a la luz de los principios y valores constitucionales.⁷⁶

Lo anterior quiere decir que los jueces han comenzado a participar en la definición de la política pública, lo que ha implicado que estos, en cumplimiento de sus funciones de tutela de los derechos, hayan terminado interviniendo en la elaboración y proyección de garantías inexistentes, en la solución de las antinomias y lagunas normativas, incluso en la creación del derecho vigente que

75 Véase Peces-Barba, G. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madrid, Editorial Dikinson, 1999, pp. 147 ss.

76 Véase Ferrajoli, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 68.

tradicionalmente, dentro del esquema del Estado de legalidad, ha correspondido a la función legislativa.

Sin duda, la asunción de esas novísimas responsabilidades y competencias ha sido posible gracias a que los ordenamientos constitucionales de los países de América Latina, en lugar de regresar al modelo clásico de división de poderes, que otorgaba la preponderancia al poder legislativo a través de su papel central en la creación del derecho positivo, han flexibilizado de forma significativa su interpretación, de tal suerte que en el nuevo constitucionalismo latinoamericano existe la tendencia a que sean los jueces, y no el Parlamento o el Gobierno, los que asumen el rol fundamental en la creación del derecho mediante su función de intérpretes de la Constitución.

El desarrollo de estas nuevas competencias implica el diseño de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer realidad el principio de autonomía judicial, comenzando por el establecimiento de mecanismos adecuados para el gobierno y la administración de los organismos jurisdiccionales, ya que los tradicionales han demostrado su insuficiencia ante las exigencias contemporáneas. Como es sabido, la doctrina reconoce dos grandes sistemas de gobierno y administración de los tribunales: el primero, de origen angloamericano, encomienda dichas funciones a los organismos judiciales de mayor jerarquía, buscando garantizar la independencia de los jueces y tribunales; y el europeo, en el cual la administración de los órganos jurisdiccionales era tarea de los ministerios de justicia, es decir, del Gobierno.

En los países latinoamericanos, centralistas por tradición, históricamente ha prevalecido el sistema europeo, pero en los últimos años, acogiendo la tendencia internacional,⁷⁷ han surgido en la

77 Efectivamente, el constitucionalismo europeo posterior a la Segunda Guerra Mundial, y particularmente las constituciones de Italia, Francia, Portugal y España han acogido el sistema angloamericano, surgiendo los Consejos Superiores de la Magistratura, como organismos a los que se les ha atribuido la facultad de administrar los tribunales, conformándose lo que se ha dado en llamar el Autogobierno de los Jueces. Ver artículos 65 de la Constitución francesa de 1958, los artículos 222 y 223 de la Constitución portuguesa de 1976 y el artículo 122 de la Constitución española de 1978.

gran mayoría de las cartas fundamentales iberoamericanas, instituciones de autogobierno de los jueces que tienen como esencial tarea garantizar la autonomía interna y externa del poder judicial mediante la selección, nombramiento y la fiscalización autónoma de la carrera judicial.

Sin embargo, esta mutación en la concepción y en el ejercicio de la judicatura no ha sido un proceso pacífico. Los poderes públicos afectados por esta nueva cultura jurídica, especialmente el Ejecutivo, ven con profunda desconfianza el nuevo rol de los jueces y han comenzado a plantear la necesidad de realizar reformas constitucionales que limiten la autonomía del poder judicial y restauren el antiguo equilibrio entre poderes, propio del liberalismo decimonónico, que circunscribía la acción institucional de los jueces a la simple función de declarar el derecho, mientras el Ejecutivo y el Legislativo se disputaban la función legislativa, especialmente en aquellas materias relacionadas con la efectivización de los mandatos programáticos establecidos constitucionalmente a través del ejercicio de las potestades reglamentarias.

2.3.5. El reconocimiento de carácter pluricultural de los Estados latinoamericanos

La última característica relevante del nuevo modelo constitucional latinoamericano es el reconocimiento del carácter pluricultural de los Estados latinoamericanos, reconocimiento que en el caso de la nueva Constitución ecuatoriana llega a la aceptación de la plurinacionalidad, con el consecuente reconocimiento de mecanismos jurídicos para preservar y potenciar las diferencias culturales, sociales y políticas de los pueblos indígenas descendientes de los pobladores originarios de América, como mecanismo para alcanzar la igualdad real entre personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Justamente a partir de 1988, cuando por obra de los múltiples movimientos y luchas indígenas y de las recomendaciones hechas

por Naciones Unidas, Brasil introdujo por primera vez en su ordenamiento constitucional el reconocimiento de las formas de organización social, costumbres, lenguas, creencias y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas. En toda América Latina⁷⁸ han sobrevenido profundas transformaciones constitucionales relativas a la garantía de derechos especiales para los pueblos indígenas, lo que ha implicado un importante esfuerzo de adecuación, no solo en el plano institucional, sino especialmente en relación con la propia teoría de la Constitución que ha debido centrar sus esfuerzos en el diseño e implementación de una nueva teoría de la interpretación constitucional que, sin perder su propia naturaleza, dé respuestas adecuadas a los retos que el reconocimiento del pluralismo étnico y cultural presenta frente a la concepción tradicional del derecho a la igualdad que han propugnado los defensores de la noción clásica de Estado social de derecho, especialmente aquellos juristas positivistas que creen de manera radical en la concepción monista del derecho, y que por tanto identifican y reducen la noción de ordenamiento jurídico al derecho positivo estatal.

Como todo ejercicio de complejidad, el reconocimiento del pluralismo ha implicado la coexistencia de principios y valores no solo contradictorios, sino incluso abiertamente contrarios a los fundamentos básicos del Estado constitucional, entendido este en su sentido más lato. Una de las manifestaciones más claras de este conflicto de valores se ha dado con ocasión del reconocimiento y aplicación de los llamados “derechos colectivos” que los más modernos ordenamientos constitucionales latinoamericanos “reconocen” a los pueblos indígenas y demás minorías étnicas que habitan estos países, especialmente en lo que hace relación con los derechos

78 Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), México (1994), Ecuador (1996 y 1999) y Venezuela (1999) han incorporado en sus textos constitucionales capítulos enteros que regulan, tanto nuevas formas de articulación de la relación institucional entre el Estado y los pueblos indígenas, como especialmente el reconocimiento de derechos constitucionales fundamentales no solo a los indígenas individualmente considerados, sino, lo que es más importante, a los pueblos indígenas en su condición de sujetos colectivos de derechos.

especiales de que son titulares estas colectividades infraestatales en su condición de “sujetos colectivos de derecho” dotados de personería sustantiva, es decir, en relación con aquellos derechos dirigidos a la salvaguardia de su integridad étnica y cultural, que han sido agrupados en cinco categorías: 1) los derechos a la identidad; 2) el derecho al territorio; 3) el derecho al desarrollo propio; 4) el derecho a la autonomía y, finalmente, 5) el derecho a la participación cuya manifestación más importante se traduce en la obligación jurídica de consultar previamente, y con carácter vinculante, a las autoridades indígenas acerca de cualquier iniciativa pública o privada susceptible de afectar —directa o indirectamente— a un determinado pueblo indígena.

La principal consecuencia de este reconocimiento lo encontramos en la modificación sustancial del sistema de fuentes a raíz del reconocimiento del pluralismo jurídico característico de esas sociedades, transformación que ha implicado hacer visibles y dotar de pleno valor jurídico a los distintos sistemas de derecho que coexisten y se yuxtaponen al interior de estos ordenamientos jurídicos.

Así, por ejemplo, en el caso ecuatoriano el pluralismo jurídico reconocido en beneficio de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas por la Constitución, implica la vigencia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho que tienen como característica el ser diferentes y complementarios: 1) la legislación general, aplicable a todos los ecuatorianos, y en tal virtud a las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, que en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales, es decir estamos hablando de la aplicación del derecho general con un relativo grado de adecuación cultural;⁷⁹ 2) la legislación especial indígena, que se ha desarrollado como una acción afirmativa favorecedora del principio de igualdad, y que está compuesta por los convenios y tratados internacionales que versan sobre derechos de los pueblos

79 En muchas materias se hace ejercicio de tales derechos, tal es el caso del acceso a la educación superior, el régimen laboral de trabajadores indígenas fuera de sus territorios, el ejercicio de cargos y funciones públicas.

indígenas y demás grupos étnicos y por normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen un conjunto de derechos y garantías jurídicas especiales en beneficio de los pueblos indígenas, apelando a la realidad de las diferencias culturales existentes entre la cultura mayoritaria y las culturas originarias; finalmente, 3) los sistemas jurídicos propios, que constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente y en esa medida válidamente aplicables en los territorios indígenas, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos, costumbres, procedimientos y métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de cada uno de los pueblos indígenas que, como se sabe están implícitos en su historia cultural, concepción espiritual, mitología y cosmovisión particulares, así como en sus sistemas de parentesco, formas de propiedad, uso aprovechamiento y conservación de sus territorios.

Estos sistemas jurídicos se caracterizan por poseer concepciones particulares del derecho, la justicia, la autoridad, el poder y la representación, mediadas por instituciones culturales propias y determinadas por los principios de armonía social y espiritual con la naturaleza, cuya principal fuente es la historia cultural propia contenida en las palabras y en la memoria de sus ancianos, de tal manera que en la mayoría de las tradiciones indígenas todos los instrumentos jurídicos tienen origen, madres, padres, dueños, espíritu, función y utilidad independiente y autónoma del ser humano individualmente considerado.

En otras palabras, a partir del reconocimiento de la diversidad cultural de las distintas naciones latinoamericanas cuya composición es multiétnica, en estos países habría cobrado un nuevo significado aquella antigua teoría del *equivalente jurisdiccional*, construida originariamente por los procesalistas italianos,⁸⁰ para resolver los problemas que generaba la aplicación de mandatos jurídicos provenientes de otros ordenamientos fundados sobre principios e intereses distintos al Estado en que debían cumplirse,

80 Véase F. Carnelutti. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. 1. Buenos Aires, Editorial Utetha, 1994.

y que condicionaba la eficacia de la decisión extranjera a su homologación por los jueces nacionales; puesto que en el caso del pluralismo jurídico derivado del reconocimiento de ciertos “derechos colectivos” a los pueblos indígenas, no se produce, en estricto sentido, una homologación de decisiones al interior de un único orden jurídico válido a través de la cual se determina su posición en el ordenamiento, sino que estamos en presencia de una yuxtaposición de diferentes órdenes normativos independientes, con lo cual la discusión pasa del plano de la jerarquía normativa, al plano de la complementariedad y colaboración horizontal entre órdenes e instituciones jurídicas teóricamente iguales.⁸¹

En ese sentido, la existencia de ese nuevo modo de entender el sistema de fuentes demuestra, no sin importantes tensiones, que el derecho nacional oficial, proveniente de la tradición filosófica occidental no monopoliza la realidad jurídica latinoamericana actual, de tal suerte que no existe un monopolio estatal de las fuentes del derecho, ya que los distintos grupos sociales tienen facultades normativas autónomas en las esferas que les son propias, es decir, tienen la capacidad de generar sus propios ordenamientos jurídicos.⁸²

La pregunta que inmediatamente surge es si ¿existe o no la posibilidad de establecer principios y prácticas de coexistencia y de convivencia entre estas diferentes concepciones de justicia y de derecho? La lectura de los ordenamientos constitucionales parece indicar que constitucionalismo y multiculturalismo no son términos necesariamente excluyentes, como piensan algunos representantes de la derecha europea,⁸³ y que, por consiguiente, es

81 Como han resaltado los defensores del pluralismo jurídico, este se caracteriza por la tendencia a sustituir las clásicas relaciones de subordinación normativa, por relaciones basadas en la cooperación y en la coordinación, reemplazando la coerción vertical, por la reciprocidad y el entendimiento horizontal, con la importante consecuencia de que el ordenamiento jurídico deja de privilegiar el elemento de la coerción y la fuerza para ser sustituido por el ámbito de la persuasión.

82 Santos, Boaventura de Sousa. “El Estado Heterogéneo y el Pluralismo Jurídico en Mozambique”. *Sociología Jurídica Crítica*. Madrid, Editorial Trotta, 2009, pp. 254 a 289.

83 Este es el caso de Giovanni Sartori, quien en una de sus últimas obras plantea de manera provocadora la profunda contradicción y que existe entre el valor del Pluralismo, sobre el cual se estructura el desarrollo de la cultura constitucional, y el multiculturalismo

posible establecer mecanismos de articulación entre las distintas tradiciones jurídicas que se yuxtaponen en la realidad geográfica latinoamericana. Ahora bien, la propia experiencia constitucional que estamos analizando nos demuestra que dicha convivencia no depende exclusivamente de una expresión normativa que reconozca y potencie tal pluralismo, sino que requiere además, la eliminación de las diferencias de poder entre los grupos de los que provienen los diferentes sistemas jurídicos, puesto que en la distinta potencia de poder y posibilidades de desarrollo de los distintos ordenamientos normativos es donde encontramos más claramente la trampa que actualmente enfrenta el diálogo intercultural referido al pluralismo jurídico.

Cuando las culturas ostentan poderes muy desiguales y si además existe, como en el caso de la relación entre los pueblos indígenas y las sociedades nacionales latinoamericanas, una secular historia de desigualdad, el diálogo eficaz se hace imposible siendo reemplazado por la imposición de nuevas formas de aculturación. En definitiva, la potencialidad emancipadora y progresista del multiculturalismo y del pluralismo jurídico imperante en las constituciones de América Latina, no depende tanto de la literalidad de los reconocimientos constitucionales, un primer paso importante que ya está dado, cuanto de la eliminación de las desigualdades materiales existentes en cada una de las culturas, y esto en América latina está lejos de ser una realidad.⁸⁴

entendido como un valor. Véase G. Sartori. *La sociedad multiétnica: pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, Editorial Taurus, 2001.

84 Santos, Boaventura de Sousa. "Pluralismo jurídico y jurisdicción especial indígena". *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas (la Jurisdicción Especial Indígena)*. AA. VV. Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997, pp. 206 ss.

Segunda parte

El concepto de fuentes del derecho
que acoge la Constitución ecuatoriana
de 2008

Capítulo III

La Constitución como fuente directa del derecho

3.0. Introducción

Tanto el enunciado normativo del artículo 1 de la Constitución que establece: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”. Una lectura sistemática de la Carta nos permite sostener que en realidad el sistema de fuentes actualmente vigente en Ecuador obedece, sin dudarlo, al sistema de fuentes del nuevo movimiento constitucional latinoamericano que, tal como aquí se ha expuesto, se acerca mucho al modelo de fuentes propio de la crisis del Estado social.

Como veremos a continuación, en el caso ecuatoriano estamos en presencia de un sistema de fuentes *sui generis* que contiene, de una manera más o menos caótica y desordenada, los elementos esenciales del sistema de fuentes del neoconstitucionalismo latinoamericano (fundamentalmente el reconocimiento del carácter normativo de la Constitución, el papel del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento y el reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico); combinado con el mantenimiento de algunos elementos esenciales del clásico sistema de fuentes de inspiración francesa cuya manifestación más explícita es el lugar que mantiene la ley en el sistema; y con algunos rasgos del sistema de fuentes anglosajón (el rol central de la justicia constitucional en la creación del derecho).

Ciertamente la actual Constitución ecuatoriana de 2008, que algunos critican por su endeble técnica constitucional, establece un sistema de fuentes bastante novedoso, reflejo tanto de orientaciones

e influencias internacionales, como de las singulares condiciones en que se desarrolló internamente el proceso constituyente en Montecristi, y por tanto, participa en diverso grado de las múltiples influencias y sensibilidades constitucionales que allí se dieron cita; desde la más tradicional que propugnaba por el mantenimiento sustancial de las instituciones jurídicas que habían estructurado el modelo constitucional en nuestro país por 180 años, una más progresista que insistió en la necesidad de promover una verdadera revolución constitucional incorporando al Ecuador en la cultura constitucional proveniente del “constitucionalismo garantista” y una minoritaria, pero no por ello menos radical, que no solo buscaba construir un proyecto constitucional acorde con las necesidades de justicia e igualdad material de todos los componentes del pueblo ecuatoriano, sino que además intentaba cambiar de paradigma constitucional por uno cercano al socialista revolucionario.

Desde este punto de vista, la Constitución de 2008 es la imagen fiel de un difícil consenso entre posiciones teórico-ideológicas muy disímiles e incluso contradictorias, que si bien representa adecuadamente el espectro de la sensibilidad teórica del momento constituyente, desde el punto de vista técnico, impidió la construcción de una teoría constitucional uniforme, por tanto, hizo prácticamente imposible una redacción de la carta acorde con la técnica constitucional más ortodoxa.

Finalmente, también existe un motivo de índole temporal que da pistas sobre el porqué de la deslucida técnica constitucional de la nueva Constitución que se relaciona con la importante presión que significó para la Asamblea realizar su labor constituyente en un plazo tan breve de tiempo. En efecto, los constituyentes tuvieron apenas ocho meses para crear un escenario jurídico institucional nuevo que hiciera posible la consecución de un futuro político estable y pacífico para todos los ecuatorianos.

El rasgo más significativo del sistema de fuentes inaugurado por la Constitución ecuatoriana de 2008, se relaciona con la posición que la propia Carta se ha dado dentro del ordenamiento. Esta es al mismo tiempo “fuente de las fuentes”, por cuanto establece

íntegramente el catálogo de las fuentes del derecho en Ecuador y “derecho vivo”, en virtud de su naturaleza normativa.

Tomado en consideración el problema de la Constitución de 2008 como sistema normativo, sus aspectos más relevantes serían los siguientes: el reconocimiento del carácter normativo y prevalente de la Constitución; el mantenimiento de la ley como forma principal de expresión normativa; el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente directa del derecho; la modificación de la posición y del valor del derecho internacional en el sistema de fuentes; y la superación de la tradicional identidad derecho-derecho estatal mediante el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas como fuentes del derecho en los “territorios indígenas”.

Traducidos estos rasgos característicos en un catálogo específico, las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano serían las siguientes: la Constitución, la ley, la jurisprudencia constitucional, los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, y el derecho propio de las nacionalidades y pueblos indígenas en sus respectivos territorios.

La Constitución de 2008 consolida definitivamente el reconocimiento de la condición de norma jurídica de la Constitución, por tanto, la superación de la concepción de la Constitución como ley ordinaria o mero “documento político” que imperaba el Constitucionalismo histórico ecuatoriano. Ello significa que la posición que antaño ocupaba la ley en el sistema es ahora asumida por la Constitución, convirtiéndose en norma suprema de todo el ordenamiento. A partir del 20 de octubre de 2008, se ha buscado definir y resolver todo conflicto jurídico como una cuestión constitucional, llevando la Constitución a todos los recodos del orden jurídico, dando como resultado eso que algún autor ha denominado *hiperconstitucionalización*, fenómeno que puede conducir a una especie de “congelación” del ordenamiento, pues todo parece estar ya decidido constitucionalmente.⁸⁵

85 Sobre los riesgos de la hiperconstitucionalización de la vida social, véase C. De Cabo. *Sobre el concepto de Ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 12 y 13.

A pesar de los riesgos que entraña tal concepción material de la Constitución,⁸⁶ desde la perspectiva de la cotidianidad, el constituyente quiso convertir a la Constitución en un ícono, mediante el cual los ciudadanos puedan resolver todos sus asuntos. En el plano técnico, la influencia de la Constitución se materializará en la frecuencia con que los trabajos doctrinales posteriores a su promulgación definan la estructura de la explicación, donde el examen de una institución se encabece con la exposición de normas constitucionales correspondientes, pues estas han pasado a contener el núcleo de la disciplina legal que se examina.

Independientemente de los riesgos que entraña esta especie de “fetichismo constitucional”, lo importante de este constitucionalismo materializado, asumido por la nueva Constitución, es que en un país como Ecuador formalmente civilista, pero traspasado por una contumaz desintitucionalización, que hace a las instituciones objeto de permanente crítica, ha encontrado la manera de vincular a todo juez, funcionario público y a cada persona a la Constitución, convirtiéndolos en promotores naturales y valedores de los valores y de su eficacia.

La Carta constitucional se ha transformado, pues, por primera vez en el país en un verdadero código de conducta, dejando de ser una “ley más”, y se ha convertido en sí misma en un mandato expreso de construir y mantener una realidad política, en este caso el de una democracia efectivamente actuante y viva.

Esa posición de superioridad y el nuevo papel que cumple la Constitución en el ordenamiento tiene importantes consecuencias, entre las que podemos destacar: a) la transformación de teoría de la interpretación debido a la constitucionalización del principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución; b) la constitucionalización de la totalidad de las fuentes del derecho, de

86 El principal riesgo que tiene excesiva constitucionalización de la vida social es evidentemente la degradación del principio democrático, pues la discusión política de los asuntos públicos se ve reemplazada por las decisiones ultraspecializadas de la jurisdicción constitucional.

tal suerte que la Constitución establece el procedimiento para la producción de la totalidad del ordenamiento jurídico; c) la asunción de una visión material de la Constitución a través de la constitucionalización de muchas materias que a juicio del constituyente tienen relevancia constitucional; y, finalmente, d) la declaración de que las reglas constitucionales más importantes son de aplicación directa, sin necesidad de desarrollo legal o reglamentario alguno.

3.1. La transformación radical de la hermenéutica jurídica

La primera consecuencia de la asunción del carácter normativo de la Constitución es la transformación de la hermenéutica jurídica. Hay que recordar que en la literatura jurídica se dan varios métodos para interpretar el derecho. Existen fórmulas hermenéuticas tradicionales que fueron desarrolladas, en primera instancia, por Savigny, y que en el caso ecuatoriano fueron recogidos por el Código Civil, pero existen métodos especiales de interpretación constitucional y de la Constitución.

Hay que recordar que la Constitución no es una norma común y corriente. Está conformada en su mayor parte por conceptos jurídicos y principios indeterminados que requieren para su cabal aplicación de la elaboración de reglas subconstitucionales que los concreten. Necesitan concreción y esa operación en los Estados constitucionales la hacen los jueces constitucionales —particularmente la Corte Constitucional— y para realizar dicha concreción se utilizan, tanto los instrumentos tradicionales de interpretación, como métodos especiales, según se trate de casos fáciles o de casos difíciles.

Sobre los casos fáciles, cuando se trate de interpelar normas constitucionales con la forma de regla se aplican los métodos clásicos de interpretación de Savigny, incluida la aplicación de las reglas de solución de antinomias, es decir que en caso de contradicción entre dos normas se aplicará en primer lugar la dictada por la autoridad competente en el caso (regla de competencia), y si no es

suficiente el principio de jerarquía, el de especialidad y en último caso la norma posterior en el tiempo.⁸⁷

Si estas reglas no resuelven adecuadamente el conflicto por no tratarse de una contradicción entre reglas, estamos en presencia de un caso difícil donde se aplican los instrumentos especiales de interpretación constitucional. El más importante de estos métodos especiales es a través de la constitucionalización del principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución. En efecto, en Ecuador, a partir del 20 de octubre de 2008, se ha asumido plenamente aquel conocido principio según el cual para evitar vacíos normativos la ley y todas las normas jurídicas se interpretan conforme a la Constitución, es decir que en caso de existir varias posibilidades de interpretación de la norma, se debe escoger aquella que sea más adecuada desde el punto de vista de la Constitución y se rechaza la que sea contraria a esta. Si este método no funciona o no es suficiente se aplican, en su orden, el test de proporcionalidad, la técnica de la ponderación, y el principio de interpelación dinámica de la Constitución.

El test de proporcionalidad es un instrumento de fundamentación racional de las decisiones constitucionales, que parte de la idea general de que para que una norma o medida concreta sea constitucional debe ser racional y la racionalidad se mide a través del sometimiento de la norma o medida concernida a un test de proporcionalidad. Tanto los teóricos como los juristas y especialistas prácticos del derecho constitucional están de acuerdo en que existen cuatro pasos básicos para verificar la proporcionalidad de una medida, los cuales configuran lo que se conoce como test de proporcionalidad. El primer paso del test es la definición de la idoneidad de la medida que no es otra cosa que definir si la norma o medida proteja un fin constitucionalmente legítimo, es decir, establecer el valor constitucional de la misma, definir si la medida está o no prohibida por la Constitución.

87 En el ordenamiento ecuatoriano estas reglas están reguladas en el artículo 3 de la recientemente expedida Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Si la norma o medida pasa este primer examen, se debe analizar la necesidad de la norma o medida, lo cual pasa por establecer que no exista otra medida que obteniendo similares resultados tenga consecuencias menos graves para la estabilidad y estructura del sistema jurídico constitucional. En tercer lugar, hay que definir si la norma o medida es adecuada para conseguir el fin perseguido. Finalmente, si se ha obtenido una respuesta positiva a cada uno de estos interrogantes, hay que preguntarse si la medida es proporcional en estricto sentido, lo cual quiere decir establecer, más allá de toda duda razonable, que la importancia relativa de una medida o derecho frente a otro es suficientemente grande para justificar la limitación del segundo derecho.

Esta medición de la proporcionalidad en sentido estricto se consigue a través de la aplicación de la técnica de la ponderación y, particularmente, a partir de la medición del peso específico de los derechos en los casos concretos, medición que se puede hacer de muchas formas, la más conocida de las cuales es la aplicación de la fórmula del peso desarrollada por Alexi,⁸⁸ la cual ante la inexistencia (como en el caso ecuatoriano) o imposibilidad de contar con una tabla jerárquica de derechos, permite determinar el peso relativo de un principio frente a otro, a través de la medición matemática de la relevancia de las intervenciones que se dan para cada derecho en su aplicación pragmática.

Finalmente, y en casos excepcionales, si estos mecanismos no permiten solucionar el conflicto constitucional planteado, se aplica el principio de interpretación dinámica de la Constitución cuyo fundamento es el carácter mutable del derecho. Según este principio, el derecho y la Constitución no están anclados ni anquilosados a su origen, sino que cambian y deben ser leídos y aplicados según las circunstancias de su tiempo, por tanto, para que la Constitución y su interpretación sean eficaces deben estar vinculados a los cambios en los valores que ellos regulan.

88 La ley de la ponderación se expresa en los siguientes términos: cuanto mayor sea el grado de restricción de un principio o valor constitucional, tanto mayor deberá ser el nivel de satisfacción del otro principio en juego. Sobre el particular véase Alexi, R. *Teoría de la Argumentación Jurídica, Adenda (la fórmula del peso)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, pp. 349 a 374.

3.2. La constitucionalización estricta del sistema de fuentes

El segundo rasgo que evidencia el carácter normativo de la Constitución de 2008 es la constitucionalización estricta del sistema de fuentes. En efecto, la nueva Constitución ecuatoriana cumple una importante función que antes correspondía a la legislación civil, en particular al título preliminar del Código Civil. Hasta el año de su promulgación estas normas legales y el Código Civil contenían con exclusividad las reglas de producción de normas de todo el sistema jurídico ecuatoriano, determinando cuáles eran los órganos, el procedimiento y la manifestación material del orden normativo del Estado. Con la aprobación y promulgación de la Constitución todo este conjunto de reglas hermenéuticas se constitucionaliza, construyéndose un complejo sistema de normas que determinan quién, qué y cómo se hacen las normas.

En apariencia, la Constitución de 2008 otorga en exclusiva esta facultad al Parlamento a través del procedimiento legislativo establecido en los artículos 132 a 140 de la Constitución de la República de Ecuador. Sin embargo, si se observan las cosas con más cuidado y, en particular, si se tiene en cuenta que en las diferentes fases del procedimiento legislativo intervienen diferentes sujetos y órganos constitucionales, parece lógico que se relativice esta primera conclusión. En realidad, además de los asambleístas elegidos democráticamente, tienen iniciativa legislativa los miembros del Gobierno, los particulares a través de la iniciativa legislativa popular y las entidades y órganos constitucionales establecidos en la Constitución, es decir, la Corte Constitucional, el Consejo de la Judicatura y la Corte Nacional de Justicia, el Consejo Nacional Electoral, el Contralor y la Fiscalía General del Estado, entre otros.

3.3. La asunción de la concepción material de la Constitución

El tercer elemento que permite sostener el carácter normativo de la Constitución de 2008 es la asunción de una concepción material

de la Carta fundamental.⁸⁹ Este cambio ha producido en el derecho no solo una transformación cuantitativa debida al aumento del número de artículos que componen la Constitución, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal, entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material.

Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y principios. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el modelo constitucional garantista.⁹⁰ El

89 Decir que los constituyentes de Montecristi asumieron una visión material de la Constitución es tanto como asegurar que en Ecuador se ha abandonado la concepción formal de la democracia, que ha imperado el país desde su independencia de España, estructurada a partir del entendimiento débil y formal del Estado de derecho, mediante la incorporación en el ordenamiento constitucional de un modelo constitucional material, también llamado garantista. Para una explicación general de lo que es el modelo constitucional garantista, véase Ferrajoli, L. *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 851 a 903.

90 El garantismo constitucional es un modelo normativo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Este modelo se puede caracterizar de distinta manera: en el plano epistemológico es un sistema de poder mínimo, en el plano político se puede definir como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y maximizar la libertad, y en el plano técnico jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ese sentido, el modelo abandona la visión del Estado liberal protector de los derechos de libertad y propiedad, en busca la construcción de un Estado fundado en la eficacia real y plena de la totalidad de los derechos fundamentales, de cuya protección eficaz y concreta de los que extrae su legitimidad, su capacidad de renovarse. No se olvide que en la tradición liberal clásica se concibió al Estado como un instrumento necesario para garantizar las libertades inherentes al ser humano, particularmente los derechos a la libertad y a la propiedad, para lo cual se estructuraron una serie de garantías negativas o deberes de abstención configuradas como derechos subjetivos (dejar vivir y dejar hacer), que simplemente buscan garantizar el espacio de autonomía de los individuos frente a la acción arbitraria del Estado. Como se sabe, junto a los tradicionales derechos de libertad las constituciones de la posguerra reconocieron otros derechos vitales tales como los derechos sociales a la subsistencia, al trabajo, a la salud, a la educación, a la vivienda; derechos que ya no se configuran técnicamente como prohibiciones a la actuación del Estado, sino que son derechos que entrañan obligaciones positivas de actuación por parte de los poderes públicos. Véase L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 863.

proyecto de democracia sustancial o material consiste en la maximización de la justiciabilidad de los derechos y en la institucionalización de los poderes, que se puede reflejar sumariamente en la siguiente fórmula retórica: *Estado Liberal Mínimo y Estado Constitucional Máximo*.

Eso significa que la Constitución de Montecristi asume como suyo un proyecto político encaminado a realizar materialmente las promesas del discurso constitucional garantista,⁹¹ imponiéndose a sí misma aquella filosofía política que ordena al Estado y al derecho la obligación de justificar su existencia cotidianamente conforme a la realización efectiva de los derechos constitucionales.⁹² Resulta claro que semejante proyecto reclama del sistema político ecuatoriano un aumento de la complejidad institucional, y no por cierto una simplificación y menos una extinción del Estado como piden algunos corifeos del neoliberalismo criollo, y al mismo tiempo exige de la ciencia del derecho un esfuerzo de imaginación jurídica muy significativa aunque solo sea porque la garantía de los derechos requiere de la elaboración, de mecanismos positivos de exigibilidad directa de las prestaciones dirigidas a satisfacerlos.⁹³

En ese sentido, para el ordenamiento constitucional vigente, ya no basta con la configuración de una democracia y de un Estado que se limite a cumplir estrictamente los términos del artículo 16 de la declaración francesa de los derechos del hombre de 1789 (separación de poderes y reconocimiento de derechos de autonomía). No es suficiente constituir un Estado sometido formalmente a las leyes, sino que es indispensable construir un Estado constitucional de derechos, entendido el término en su sentido fuerte o material,

91 Las promesas del discurso constitucional en sentido fuerte se pueden resumir en la garantía del carácter vinculado del poder público, en la distinción clara entre vigencia y validez de las normas que componen el ordenamiento jurídico con la consecuencia de la preeminencia de este último, y en la distinción entre teoría de la justicia como doctrina metafísica y ciencia del derecho como disciplina científica y social emanada de la realidad.

92 Véase L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 853.

93 *Ibid.*, p. 866.

esto es, un Estado sustancialmente democrático,⁹⁴ donde todos los poderes estén vinculados materialmente al proyecto constitucional, materializado en la búsqueda de la eficacia plena de los derechos y en particular de la consecución de la igualdad real y efectiva entre todos los ecuatorianos, y se elimine la tendencia a la aplicación pragmática⁹⁵ de la Constitución, que ha permitido desde comienzos de los años noventa el desarrollo de políticas neoliberales que contradicen el espíritu de la Carta fundamental.

3.4. La naturaleza abierta del catálogo de derechos

El cuarto elemento que permite hablar del carácter normativo de la Constitución de 2008 es la naturaleza no taxativa del catálogo de derechos. En ese sentido, el constituyente de Montecristi consideró que *lo más conveniente* era adoptar una posición flexible y abierta, sin comprometerse en una definición cerrada y excluyente de los derechos, para dejar al dominio de la interpretación constitucional, frente a cada situación o caso; determinar si se incorporan los valores inherentes a la persona humana en un derecho cuya defensa o salvaguardia se discute, con motivo de su ejercicio, lo que permitiría atribuirle, fuera de los casos ya clasificados y conocidos, el carácter fundamental. Es una solución que tiene en cuenta el carácter evolutivo y dinámico que tiene de suyo la interpretación constitucional.

En este orden de ideas, la Asamblea Constituyente consideró necesario eliminar la mención a *los derechos fundamentales en la*

94 La distinción entre democracia formal y democracia sustancial es observable porque la primera es simplemente un Estado político representativo, es decir, basado en la separación de poderes y en la aplicación estricta del principio mayoritario como fuente de legitimidad; mientras que la segunda es un Estado de derechos articulado en función del cumplimiento efectivo y de la ampliación permanente de los derechos fundamentales y, por tanto, dotado de garantías efectivas de justiciabilidad de los mismos. Sobre la distinción entre democracia forma y sustancial, véase L. Ferrajoli, *op. cit.*, 864 a 866.

95 Una defensa teórica del pragmatismo constitucional se encuentra en Habermas, J. *Pluralismo y Constitución*. Madrid, Editorial Técno, 2002, pp. 59 a 84.

Carta constitucional y, por consiguiente, asumió una posición flexible, en donde tienen protección constitucional todos los derechos inherentes a la persona humana, con independencia de que se encuentran o no consagrados en la Constitución.

Es decir, en último término, el problema de la determinación de cuáles son los derechos constitucionales queda a cargo de la justicia constitucional, mediante los diferentes mecanismos de interpretación constitucional.

En otras palabras, para el constituyente de Montecristi ni la naturaleza prestacional de los derechos, ni su falta de universalidad constituyen argumentos suficientes para negar el carácter de derechos constitucionales garantizados. La determinación del carácter fundamental de un derecho, entonces, es una tarea tópica, que se hace en cada caso concreto acudiendo a uno de los postulados generales del Estado constitucional de derechos.

3.5. La aplicación directa de las reglas y principios constitucionales

El quinto elemento que permite considerar a la Constitución de 2008 como un texto normativo es la declaración de que las reglas constitucionales son de aplicación directa, especialmente cuando se trata de derechos, según lo dispone el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución. Ciertamente, cuando se habla de aplicación directa de las normas constitucionales se lo hace, en primer lugar, de aplicación directa de los derechos. No se debe olvidar que, como nos recuerda Zagrebelsky, la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.

El principio de aplicación directa de los derechos está íntimamente relacionado con la función que cumplen estas normas dentro del entramado constitucional, particularmente con su papel

como valores objetivos del ordenamiento. No olvidemos que los derechos tienen en la normativa constitucional, posterior a la Segunda Guerra Mundial, dos tipos de funciones distintas: en primer lugar, *como marco de protección frente al Estado de situaciones jurídicas subjetivas* y al propio tiempo se presentan como un conjunto de valores objetivos básicos (*Grundwelt* en su acepción alemana).⁹⁶

En su dimensión objetiva, a los derechos fundamentales les compete un importante cometido legitimador, pues ellos son en sí mismos la sistematización y exteriorización de los valores esenciales del ordenamiento democrático.⁹⁷

En efecto, la caracterización de la Constitución como norma suprema, particularmente el carácter normativo de los derechos implica que estos no son ya solo meros derechos de defensa frente al Estado, sino la expresión de su positividad material,⁹⁸ es decir, un orden objetivo de valores que irradia a todos los ámbitos del derecho.

En el ordenamiento constitucional ecuatoriano de 2008, la dimensión objetiva de los derechos y, en consecuencia, el principio

96 Véase A. Pérez Luño, *op. cit.*, p. 20.

97 La discusión sobre la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales como valores fundadores de todo el sistema constitucional tiene su manifestación jurídica más importante en el famosísimo caso LUTH. En esta jurisprudencia el Tribunal Constitucional Federal alemán establece los presupuestos de la aplicación de la teoría de los valores a la interpretación constitucional. Una explicación sintética del caso Luth puede encontrarse en: Larenz, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 1994. Para una revisión crítica del caso Luth, véase U. Diederichsen. *Die Rangverhältnisse Zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, citado por Julio, A. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 171 a 174. Sobre la recepción de la misma teoría en la Jurisprudencia Constitucional española, véase la STC 55/83 en donde el Tribunal Constitucional aceptaba el amparo a un trabajador sindicalizado que había demandado a la empresa alegando que esta lo discriminaba salarialmente debido a su actividad sindical. En la sentencia que ponía fin al proceso ordinario el juez se limitaba a declarar infundada la pretensión del trabajador, sin pronunciarse sobre las discriminaciones alegadas. El Tribunal Constitucional otorgó el amparo por violación de los artículos 14, 24 y 28 de la Constitución.

98 Sobre los distintos significados histórico-constitucionales de los derechos fundamentales, véase G. Zagrebelsky, *La separación de los derechos respecto de la Ley*, *op. cit.*, pp. 47 a 73. También en Fioravanti, M. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

de aplicación directa de la Constitución, se encuentran consagrados en el artículo 11, numeral 3 del Estatuto Supremo, que dispone:

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. Para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Eso significa que en Ecuador los derechos constitucionales son de aplicación inmediata, por tanto, son exigibles en forma directa sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo o reglamentario.

Por otra parte, si no existe un listado preciso de derechos resulta un contrasentido lógico considerar que estos derechos reconocidos en vía judicial requieren para su ejercicio ciudadano de un desarrollo previo por parte del legislador, de tal suerte que en Ecuador todos los derechos son de aplicación directa sin importar si se trata de aquellos que están en la Constitución o si son de los que provienen de *creación judicial*.

Lo anterior no significa que el juez constitucional tenga absoluta libertad y goce de discrecionalidad para decidir qué derechos tienen esas especiales coberturas constitucionales y cuáles no. La propia Corte Constitucional deberá establecer en su momento el protocolo y los lineamientos para que los jueces puedan cumplir debidamente con esa importante función. Para ello los jueces constitucionales, además de acudir a los clásicos métodos de interpretación sistemática, finalista o axiológica de la Constitución, deben utilizar los métodos especiales de interpretación constitucional, y en especial aplicar el principio de proporcionalidad.

Pero además, jurisprudencial y doctrinariamente se han establecido varios criterios para el reconocimiento de derechos fundamentales por vía judicial. Los principales son dos: la concordancia

con la dignidad persona humana y el reconocimiento expreso. El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales por parte del juez constitucional consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho inherente a la dignidad de la persona humana. Los derechos constitucionales no pueden entonces ser analizados aisladamente, sino que su configuración debe hacerse teniendo en cuenta todo el sistema de valores y derechos que tiene la persona, con independencia de si están o no positivizados en la Constitución. Es pues a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo, que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, así como la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos.

Como los valores y principios inherentes a la persona humana están fundamentalmente inspirados en el primer inciso del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, el ejercicio de la justicia, y con mayor razón de la justicia constitucional, tiene por base “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Disposición que es recogida por la actual Constitución cuando determina que:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.⁹⁹

Pero si aún quedara alguna duda sobre la aplicabilidad inmediata y directa de los derechos en Ecuador, esta se disiparía con solo tomar en consideración que el concepto de dignidad humana ha sido desarrollado por distintos pactos internacionales, entre los cuales se destacan: la Declaración de los Niños de la Asamblea

99 Véase el artículo 11, numeral 7 de la Constitución de la República de Ecuador.

General de las Naciones Unidas, del 20 de diciembre de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de Derechos Civiles y Políticos; los Convenios de la OIT números 52, 29, 62; los Convenios de Ginebra números 1 y 2; y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

Todo lo dicho hasta aquí nos permite concluir que la Constitución le otorga a los jueces una especial capacidad de configuración de la parte dogmática de la Constitución que, por consiguiente, debe ser ejercido de forma racional y razonada, pero totalmente flexible y abierta, lo que significa que el juez al hacer su labor hermenéutica no puede *comprometerse* con definiciones cerradas y excluyentes de los derechos.

Finalmente, es pertinente anotar que la aplicación inmediata de los derechos no contradice ni coarta la potestad normativa atribuida al legislador. Esta solución no es sin embargo autóctona, sino que es plenamente coherente con la respuesta que al mismo problema se ha dado en el derecho comparado. El Tribunal Constitucional español, en la sentencia n.º 21 de junio 15 de 1981 al resolver sobre la aplicación de la Constitución de 1978 al interior de los regímenes disciplinarios propios de la justicia militar, desarrolló por primera vez el concepto de aplicación directa de los derechos fundamentales. El citado tribunal determinó que a pesar de que la Constitución española hubiese reconocido la existencia de regímenes de especial sujeción y, en particular, la singularidad del régimen disciplinario militar (F.J.8) no cabía desconocer que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo el ordenamiento jurídico. Por ello, una vez aprobada la Constitución, en opinión del Tribunal Constitucional, el régimen disciplinario militar incorpora este

sistema de valores y, en consecuencia, el procedimiento disciplinario legalmente establecido debería responder íntegramente a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión (FJ.10).¹⁰⁰

100 Véase STC 21 /81 de 15 de junio de 1981.

Capítulo IV

La ley como fuente del derecho

4.1. La imagen mítica de la ley

Como ya se anotó en su momento, al tratar del modelo clásico de fuentes del derecho, la historia jurídica moderna está signada por la constante búsqueda de un ideal racional que al igual que las leyes de la naturaleza fuera un modelo general y abstracto y, por tanto, absoluto y perfecto. Ese ideal se concretó en la época de las revoluciones liberales en el concepto de ley entendida como única expresión válida de la “voluntad general de la nación” representada en el Parlamento.¹⁰¹ Como consecuencia de ello la ley ocupa en el paradigma liberal clásico una posición de superioridad absoluta en todo el ordenamiento, y en virtud de ello todas las materias eran susceptibles de regulación legal, de tal forma que podía tener, y de hecho tenía, cualquier contenido. La ley es entonces, en este contexto, fundamento último de todo el sistema jurídico, y como tal no tiene restricciones de ningún tipo.¹⁰²

101 En este modelo clásico de la ley se parte de la afirmación axiomática del principio parlamentario, según el cual el Parlamento como institución representativa de la nación y titular de la soberanía nacional tiene el poder de expresar en forma de leyes, las normas a las que deben someterse tanto los ciudadanos como los demás poderes públicos.

102 Estas características de la ley en el modelo liberal clásico han permitido hablar de omnipotencia de la ley, entendida como la ausencia de límites que vinculen al legislador, lo que es claramente diferente a la mera supremacía de la ley respecto a las demás fuentes del derecho que significa simplemente que todas las fuentes jurídicas se encuentran jerárquicamente supeditadas a las disposiciones de la ley. Una explicación detallada de la diferencia entre primacía y omnipotencia se puede encontrar en: Díez Picazo, L. “Concepto de Ley y tipos de Ley”. *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. Madrid, Editorial Ténos, 1990, p. 145.

Si bien, como es lógico, el modelo aquí enunciado es ciertamente un ideal, y por ello nunca desarrollado completamente como tal en la realidad, aún así los *elementos de realidad* que aportaron las experiencias jurídicas en los principales Estados constitucionales a lo largo de todo el siglo XIX, han permitido la construcción de una matriz con vocación de generalidad que tiene las siguientes características: a) estatalidad, b) generalidad y permanencia, c) unidad formal, d) unilateralidad, e) imperatividad y, por último, f) carácter proposicional.

Por estatalidad de la ley se entiende que solo son normas jurídicas aquellas adoptadas por el Estado, es decir que el Estado mediante leyes y reglamentos es el único sujeto facultado para producir derecho, entendido este en el sentido técnico de la palabra. La generalidad y permanencia de las normas hace referencia a que las normas son la expresión de la voluntad de la sociedad y como tal no están, no pueden resolver asuntos concretos, sino para proporcionar pautas abstractas o permanentes de conducta a la totalidad de los ciudadanos.

El principio de unidad formal se refiere a que cada tipo de norma en función de su origen es idéntico a todas las de su misma naturaleza, de tal suerte que no existe jerarquización ni preferencia alguna entre los distintos tipos de ley. La unilateralidad tiene que ver con el hecho de que la ley no tiene de ningún modo un origen convencional, sino que proviene de manera exclusiva de la voluntad unilateral de los órganos estatales con capacidad normativa. La imperatividad se refiere a que la ley vincula a sus destinatarios, imponiéndoles directamente conductas positivas o negativas. Y, finalmente, el carácter prescriptivo de la ley está relacionado con el hecho de que esta asume la forma de proposiciones lingüísticas de carácter prescriptivo.¹⁰³

Para el objeto de nuestro trabajo, ahora mismo no interesa demasiado si las promesas de ese modelo se cumplieron alguna vez o

103 Sobre el particular, véase H. Sierra, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

si fueron y siguen siendo mera retórica ideológica.¹⁰⁴ Lo único que debemos decir es que a pesar de los múltiples cambios que sufrió el modelo a lo largo de todo el siglo XX a raíz de la irrupción en la escena constitucional del Estado social y de su posterior crisis, lo único que ocurrió desde el punto de vista jurídico constitucional fue que el lugar que antes ocupaba la ley, la asumió la Constitución, sin que ninguna de las características básicas cambiara, pues a la Constitución parcialmente normativa del Estado de bienestar perfectamente se le pueden atribuir todos y cada uno de los rasgos que antes eran patrimonio exclusivo de la ley.

Es precisamente esa la razón que explica el porqué algunos juristas muy relevantes como Ernst Forsthoff¹⁰⁵ o Karl Larenz han podido considerar que la Constitución ha de ser interpretada conforme a los mismos métodos que una ley, y por ello como tal la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes, es decir, a las clásicas reglas de interpretación desarrolladas por Savigny; y en ese sentido, según estos autores, las evidentes particularidades de la Constitución¹⁰⁶ frente a otras leyes pueden ser consideradas como un elemento adicional de interpretación, pero esto no permite llegar a la supresión del resto de las reglas de interpretación y a la renuncia a la estricta sujeción de la interpretación a las normas.

104 Ya en otro lugar de este libro hemos estudiado detenidamente porque ya no es posible hablar de la ley en esos términos tan absolutos debido a que lejos del mundo ideal que se planteaba en el siglo XIX, el mundo normativo de hoy se caracteriza por la incoherencia y la “pulverización del derecho legislativo” y por la pluralidad de fuentes normativas,

105 E. Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, p. 131, citado por Bockenforde, E. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 15 a 19.

106 No se debe olvidar que como lo dice Bokcenforde por su propia naturaleza la Constitución es según su conformación material fragmentaria y fraccionada. Sus preceptos contienen en lo esencial principios que requieren previamente del rellenado y de la concretización para ser realizables en el sentido de una aplicación jurídica. Sobre el particular véase E. Bockenforde, *op. cit.*, p. 17.

4.2. La permanencia de la ley como norma fundamental del ordenamiento constitucional ecuatoriano y su difícil articulación con el carácter normativo de la Constitución

El hecho de que la nueva Constitución ecuatoriana sea, como hemos dicho, una carta típica y “ejemplo máximo” del nuevo constitucionalismo latinoamericano indicaría que su sistema de fuentes debería poner en entredicho el valor absoluto de la ley. Sin embargo, paradójicamente en el sistema de fuentes de la actual Carta constitucional de nuestro país la ley sigue manteniéndose como la norma fundamental del ordenamiento, al punto que se puede decir que objetivamente lo único que ha variado respecto del modelo constitucional anterior, el de la Constitución de 1998, es el alcance del principio de legalidad pero no su naturaleza.¹⁰⁷ Y ello es así, puesto que a pesar de la crisis universal de las promesas modernas basadas en la razón y en concreto del anacronismo del modelo legicéntrico, los operadores jurídicos, específicamente los jueces ecuatorianos,¹⁰⁸ formados casi todos en un rígido paleo-positivismo decimonónico, siguen negándose a asumir que exista derecho lejos del texto legal escrito, aprovechándose de una lectura interesada y demagógica de la clásica clasificación de la ley que distingue entre ley en sentido formal y ley en sentido material.¹⁰⁹

107 En su sentido más general, el principio de legalidad exige que la actuación de los órganos del Estado, en concreto de la administración y de los tribunales, se lleve cabo con sujeción al ordenamiento jurídico. La palabra legalidad no designa aquí exclusivamente a la ley, sino a todas las normas jurídicas del sistema, es decir al ordenamiento jurídico, transformándose en principio de juridicidad. El principio de legalidad también conocido como “imperio de la ley” constituye un elemento esencial del Estado de derecho, puesto que es su manifestación primaria y esencial, de tal forma que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Sobre el particular, véase Díaz, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, Editorial Edicusa, 1979.

108 No se debe olvidar que los jueces son, en últimas, los encargados de llevar y extender el derecho al interior de la sociedad, mediante la normalización de la conciencia jurídica de los ciudadanos.

109 Recordemos que en el lenguaje jurídico el término ley se emplea en dos sentidos radicalmente diversos. En sentido formal, se llama ley a cualquier acto o documento

En efecto, los defensores del lugar preeminente de la ley en el sistema de fuentes, negaron durante el proceso constituyente y aun niegan de plano el valor jurídico de los principios y valores constitucionales que la Constitución incorpora, de esa manera otorgan al legislador un papel configurador del mundo jurídico que de otra manera no tendría.

La ley es entonces el acto de la Asamblea Nacional emanado en forma típica y solemne, es decir, siguiendo el procedimiento legislativo, sancionado y publicitado con tal nombre.¹¹⁰ Pero al hacerlo olvidan el potencial normativo de los principios y valores constitucionales que configuran desde la óptica del derecho constitucional actual una concepción de la justicia que impone necesariamente sus contenidos a las normas que pretendan dirigir el devenir de la sociedad.

Pero los seguidores de esta concepción de la Constitución en su defensa ultramontana de la tradición jurídica del liberalismo clásico olvidan que la actual concepción de los derechos se sitúa muy cerca de la idea individualista y jurisdiccional propia de la tradición jurídica norteamericana, y en tal virtud se niegan a asumir el papel subordinado y relativo que tiene la ley respecto a la Constitución, específicamente acerca de los derechos fundamentales, los cuales, como se sabe, han adquirido un valor jurídico sin precedentes al ser concebidos como valores objetivos que definen todo el ordenamiento.

Los seguidores de esta tesis no pueden aceptar que hoy en día al interior del paradigma constitucional garantista exista una clara separación entre derechos y ley como resultado de un acercamiento

que, independientemente de su contenido, emane del órgano legislativo del Estado. En sentido material se llama ley a cualquier acto o documento normativo que independientemente del órgano del cual emana y del régimen jurídico que lo caracteriza contenga normas generales y abstractas. Sobre la concepción dualista de la ley y sobre el uso de la expresión Ley Material, véase: P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Leipzig 1911, citado por Guastini, R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México, Ediciones Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001, pp. 113 a 115.

110 Sobre el particular: H. Sierra, *op. cit.*, p. 126.

entre este modelo y el sistema jurídico anglosajón¹¹¹ y, por consiguiente, siguen considerando que justicia y ley son sinónimos, es decir, expresión del bien supremo y por ello defienden una interpretación de las fuentes totalmente dependiente de la voluntad del legislador.

Como se ve, estos juristas se niegan a reconocer que la Constitución ha dejado de ser simplemente una norma reguladora de la división de poderes y de la creación de normas, y se ha transformado en continente y contenido de todo el ordenamiento.¹¹² Desconocen aportaciones tan importantes como las de Haberle, Guastini, Ferrajoli o Zagrebelsky y de todos aquellos que han demostrado que los elementos que forman la definición jurídica de la justicia están constitucionalizados a través de la consagración jurídica de la democracia pluralista, y que por esa razón resulta insostenible desde el punto de vista técnico constitucional la mencionada reducción positivista entre justicia y ley puesto que ya no existe aquella sociedad política del primer liberalismo donde una clase hegemónica tenía la capacidad de positivizar su propia concepción de la justicia a través de la ley, y en esa medida, expulsar del ámbito de lo jurídico aquellas críticas a la visión liberal burguesa de la justicia.¹¹³

111 Recordemos que el derecho constitucional europeo contemporáneo reconoce a los individuos un patrimonio de derechos independiente y protegido frente a la ley y que, por tanto, se separa de la concepción revolucionaria francesa y se aproxima a la tradición constitucional norteamericana. Se produce así una auténtica “revolución copernicana”, un cambio de época en el modo tradicional de entender las relaciones entre el Estado y los individuos consistente en la fundamentación del primero sobre los segundos y no viceversa, como había ocurrido en la tradición jurídica del derecho público europeo. Sobre el particular, véase G. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 47 ss.

112 Es precisamente por ello que Ernst Forsthoff y Karl Larenz siguen teniendo tanta audiencia en las escuelas de derecho y en las bibliotecas de los tribunales ecuatorianos, puesto que los argumentos de estos dos juristas alemanes permiten dar una apariencia de contemporaneidad y novedad a concepciones jurídicas profundamente adocenadas.

113 No olvidemos que el positivismo jurídico al negar la existencia de niveles de derecho diferentes de la voluntad general recogida en la ley, se cerraba intencionalmente la posibilidad de una distinción jurídicamente relevante entre ley y justicia. Sobre el particular, véase G. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 96 y 97.

Dicho en otros términos, en su concepción tradicional del derecho, la mayoría de los operadores jurídicos ecuatorianos olvidan que todo el Estado, particularmente el legislador, es expresión de un orden axiológico encabezado por los derechos constitucionales como fundamento absoluto de la vida colectiva, y por ello han logrado mantener vigente hasta ahora una interpretación de la Constitución totalmente contraria a la propia Carta donde la ley y el Parlamento mantienen el lugar que tenían a fines del siglo XIX. Es más, esa interpretación originalista de la ley es la que permite comprender la conservación del dogma de la omnipotencia de la función legislativa y entender porque el llamado “activismo judicial” se considera la peor de las aberraciones.

Pero lo que es más grave, olvidan que el desarrollo histórico del Estado constitucional de los derechos ha hecho que en la sociedad de hoy toda persona participa de alguna manera en su interpretación, en lo que Haberle llama “la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”,¹¹⁴ de tal suerte que ni el legislador a través de la interpretación auténtica, ni los jueces y juristas profesionales tienen el monopolio definitivo del arte de la hermenéutica de la Constitución, sino que todas las fuerzas políticas y los grupos sociales realizan aportaciones creativas a la cultura constitucional entendida como suma de actitudes, ideas, valores y expectativas de los ciudadanos y de las instituciones, de tal suerte que no hay un *numerus clausus de intérpretes constitucionales*,¹¹⁵ y eso explica el porqué no es posible seguir sosteniendo la existencia de una verdad constitucional representada en la ley como expresión de la voluntad general de la nación.

114 Sobre el particular, véase Haberle, P. *Retos actuales del Estado Constitucional*. IVAP, Oñati, 1996, pp. 15 ss.

115 *Ibíd.*, p. 18

4.3. El modelo de ley que en realidad adopta la nueva Constitución

Recordemos que por tradición en el derecho constitucional europeo continental han existido diversas clasificaciones del concepto de ley, la más conocida de las cuales es aquella dualista popularizada por Carre de Malberg, que distingue entre el concepto formal de ley y el concepto material de ley.

Si revisamos el texto de la nueva Constitución, encontramos que en relación con el concepto de ley, el constituyente además de otorgar a la Asamblea Nacional la potestad de hacer las leyes,¹¹⁶ y determinar constitucionalmente las materias que deben ser reguladas por los distintos tipos de ley que recoge la Constitución,¹¹⁷ los asambleístas definieron explícitamente el concepto de ley que rige en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. De acuerdo con el artículo 132 constitucional son leyes “las normas generales de interés común”. Pero además, existe reserva de ley para la regulación de algunas materias a saber: 1) la regulación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; 2) la tipificación de infracciones y sanciones; 3) la creación, modificación o supresión de tributos; 4) la atribución de competencias a los gobiernos autónomos; 5) la modificación de la división político administrativa del país; y 6) el otorgamiento a otros entes estatales facultad normativa en los asuntos de su competencia.

Esto significa que en Ecuador no solo rige el concepto formal de ley antes citado, sino que existe un concepto material de ley plenamente operativo. Ahora bien, una vez superadas las razones históricas del dualismo germánico,¹¹⁸ el concepto material de ley

116 Véase el artículo 120, numeral 6 de la Constitución de 2008.

117 Véase el artículo 133 de la Constitución.

118 Recordemos que la principal crítica que se hace a esta concepción material de la ley es que una vez superado el conflicto entre principio monárquico y principio representativo, y consolidada la democracia constitucional, ha dejado de tener virtualidad jurídica práctica. Otra de las críticas importantes que en su momento se le hicieron al concepto dualista de ley era que distinguía arbitrariamente y de manera excesiva los ámbitos estatal e individual, olvidando que a partir del advenimiento del Estado social, el Estado está al servicio de los particulares. Una enunciacón completa de las críticas al dualismo germánico se puede encontrar en De Cabo, C. *Sobre el concepto de Ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2000, pp. 42 a 47.

hoy día vigente en nuestro país no es no puede ser el mismo que el desarrollado por Laband en la Alemania del siglo XIX, sino que está vinculado al principio constitucional de distribución de las competencias entre los distintos sujetos con capacidad para “crear derecho” en el contexto estatal. En virtud de ese nuevo entendimiento material de la ley ya no se considera que esta es sinónimo de “norma general y abstracta elaborada por el Parlamento siguiendo el procedimiento establecido”, sino que al diferenciar entre las competencias normativas de los distintos sujetos con iniciativa legislativa la Carta asume un concepto de ley vinculado a la regulación de ciertas materias trascendentales para la vida del Estado, que se expresa en la extensión y profundidad de las reservas de ley que incorpora la propia Constitución.

En el caso ecuatoriano, si bien en alguna ocasión la Constitución de Montecristi habla en términos decimonónicos de ley como aquella norma general y abstracta emanada de la Asamblea Nacional, en realidad el concepto de ley que acoge es el “material” de distribución de competencias. Téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución, existen algunas materias que solo se pueden regular mediante leyes especiales.

En relación con las leyes orgánicas, tenemos que son un tipo de ley especial tanto por su ámbito material como por su jerarquía cuasi constitucional. Entre tanto, con relación al ámbito material especial tenemos que las leyes orgánicas en Ecuador tienen como finalidad regular algunos asuntos de especial trascendencia constitucional y democrática como la organización y funcionamiento de las instituciones, la regulación infraconstitucional de los derechos, la organización de los gobiernos autónomos descentralizados o el régimen de partidos.

Respecto a su posición jerárquica superior dentro del ordenamiento, este ha sido uno de los temas más debatidos por los teóricos de la Constitución. Al respecto han existido por lo menos dos posiciones claramente identificables: una primera que afirma que la ley orgánica al igual que el resto de leyes especiales ocupa un lugar superior al de las leyes ordinarias en la jerarquía normativa, lo cual

significa considerar las leyes orgánicas como una categoría normativa intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias,¹¹⁹ de tal manera que las materias que sean reguladas mediante este tipo de normas sufren una especie de “congelación de rango”, en virtud de la cual solo mediante otra ley de igual naturaleza jurídica pueden ser modificadas o derogadas.

La segunda posición rechaza el principio jerárquico para articular las relaciones entre la ley orgánica y los demás tipos de ley, y propone que estos se articulen exclusivamente a través del principio competencial. Los seguidores de esta posición entienden que en función del principio de unidad del ordenamiento, la ley orgánica es una ley más, en el sentido de que se ubica dentro del concepto genérico de ley, y por tanto tiene un mismo rango jerárquico.

Aunque el debate desde el punto de vista teórico es interesante, lo cierto es que en Ecuador, la Constitución le otorga un rango jerárquico superior frente a las leyes ordinarias, por lo menos en lo que atañe a las materias especiales que esta les ha atribuido. Dice expresamente los dos últimos incisos del artículo 133: “la expedición, reforma, derogación e interpretación de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional (...) las demás serán leyes ordinarias que no podrán modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica”.

Se trata de leyes fundamentales para la regulación de asuntos medulares, expresamente señalados por el constituyente, en la construcción del modelo político y jurídico que promueve la Carta constitucional, en este sentido, el principio de reserva material que la Carta política ha definido para estas leyes es inmodificable, de tal suerte que ninguna autoridad estatal está habilitada para interferir con la competencia privativa del legislador orgánico.¹²⁰

119 En España esta posición, aunque minoritaria, es defendida por autores como Oscar Alzaga, Eduardo Garrido Falla y Luis Sánchez Agesta.

120 Según la Corte esta regla se extiende no solo a los eventos en que se pretenda expedir normas acerca de los temas señalados en el artículo 133 de la Constitución sin acatar los lineamientos constitucionales, sino además, a las reproducciones parciales o totales de los textos que sin ningún propósito autónomo (por ejemplo, las compilaciones normativas) duplican indebida e innecesariamente en leyes ordinarias o en decretos, disposiciones que están sometidas a restricciones en su proceso de formación y promulgación.

Esta regla busca preservar la coordinación y coherencia del sistema constitucional de fuentes, y defiende las competencias delineadas por la Carta política en materia legislativa y su fundamento se encuentra, supuestamente, en la necesidad de preservar la integridad de ciertos asuntos esenciales dentro de la comunidad política que se han sometido a un procedimiento de creación calificado, para asegurar un proceso de deliberación y participación más intenso, una estabilidad normativa y un control oportuno sobre su contenido, pero ello no implica —no puede implicar— la inmovilidad del ordenamiento.

Esa evidente tensión entre la necesidad de garantizar la estabilidad de determinados asuntos medulares para la realización del modelo político y jurídico garantista que promueve la Constitución, y la necesidad de evitar el adocenamiento normativo obligará a la jurisprudencia constitucional a la formulación de una línea jurisprudencial que establezca reglas claras que permiten determinar en qué casos una regulación concreta debe hacerse o no por vía orgánica.

Ahora bien, la Corte Constitucional ecuatoriana no partirá de cero en este particular. Al respecto la Corte colombiana, fuente permanente de inspiración de nuestro derecho, sentenció que no era posible interpretar la norma en un sentido absoluto pues:

[S]e llegaría a la situación absurda de configurar un ordenamiento integrado en su mayor parte por esta clase de leyes que, al expandir en forma inconveniente su ámbito, petrificarían una enorme proporción de la normatividad, y de paso vaciarían a la ley ordinaria de su contenido, dejándole un escaso margen de operatividad, a punto tal que lo excepcional devendría en lo corriente y a la inversa.¹²¹

En ese sentido, la jurisprudencia colombiana ha formulado algunas reglas que pueden servir al juez ecuatoriano para concretar los rasgos que diferencian los distintos tipos de ley de manera

121 Véase Corte Constitucional colombiana, sentencia C-313 de 1994.

general: a) Que se trate de uno de los asuntos expresa y taxativamente establecidos como parte de cada tipo de ley; b) Que se trate de un derecho constitucional o que desarrolle o complemente directamente derechos constitucionales; c) Que la regulación que se haga de las materias sometidas a reserva de ley sea integral; d) Que regule de manera integral un mecanismo de protección de derechos; y, e) Que se trate de un mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección de un derecho.¹²²

Dada la influencia del constitucionalismo neogranadino en el actual desarrollo constitucional ecuatoriano y la cercanía normativa y cultural que existe entre las dos sociedades hermanas, pero, sobre todo, debido al hecho que el legislador constituyente definió como deber primordial y finalidad última del Estado la garantía del goce efectivo de los derechos, de tal suerte que los criterios establecidos por la jurisprudencia colombiana son útiles para examinar críticamente el concepto y tipos de ley que establece el artículo 133 y el resto del ordenamiento constitucional de Montecristi. La vinculación del papel del Estado y, dentro de él, del legislador secundario a los mandatos materiales determinados a partir de los derechos y las garantías demostraría que en Ecuador, al igual que en España o en Colombia, existe una definición material de ley paralela a la definición formal ordinaria, concepto material relativo y vinculado a los valores y principios contenidos en toda la Constitución y, particularmente, en relación con el contenido esencial de los derechos.

Esto no significa que la Constitución al asumir este concepto material de ley¹²³ legitime o asuma una concepción holista y

122 Este criterio fue empleado para declarar la constitucionalidad de la regulación del derecho al trabajo consagrada en los artículos 38 y 232 de la Ley 222 de 1995. En esa ocasión esta Corporación afirmó que la acción de reintegro era un instrumento judicial dirigido a resarcir al trabajador injustamente despedido que no alcanzaba “la categoría de mecanismo constitucional necesario e indispensable para la defensa y protección del derecho al trabajo en su núcleo esencial, ya que se trata de uno entre varios sistemas posibles para el expresado fin, no impuesto por la Constitución sino creado por la ley dentro de la discrecionalidad propia de la función legislativa”. Véase Corte Constitucional, sentencia C-434 de 1996.

123 Entendido en el sentido moderno aquí explicado, por tanto, totalmente ajeno al concepto clásico propio del Estado germánico del siglo XIX.

metafísica del bien común. Lo que ocurre en realidad es que en las constituciones actuales las tentaciones totalitarias del Estado no se combaten eliminando la dimensión de la justicia material que todas ellas incorporan, sino legitimando una tensión y un libre enfrentamiento entre las diversas concepciones de justicia, pluralmente admitidas en el texto constitucional.

4.4. El mantenimiento de la distinción entre fuentes principales y subsidiarias

Además de referirse a la ley y a los reglamentos como fuentes principales del derecho, la Carta constitucional de 2008 define otras fuentes del derecho. El artículo 425 determina que tanto la Constitución, como los tratados internacionales y las normas regionales, las ordenanzas y acuerdos son fuente directa del derecho, lo que indicaría que apenas si ha cambiado el sistema de fuentes del derecho en nuestro país. Nada dice de la jurisprudencia, ni de los principios generales del derecho, ni tampoco de la costumbre o la equidad.

Sin embargo, si hacemos una lectura sistemática de esa norma constitucional con otras normas de igual jerarquía como el artículo 426 que nos habla de la sujeción de todos a la Constitución y de la obligación de los jueces de aplicar en sus fallos directamente la Constitución; el artículo 428 que nos determina la obligación de consulta de constitucionalidad en caso de duda, así como el carácter de precedente vinculante de las decisiones de los jueces constitucionales nos indicaría que esa primera visión de la ley, como única y privilegiada fuente del derecho, no es tan cierta.

La doctrina ecuatoriana, y en alguna medida la jurisprudencia, ha reconocido la intención del constituyente de Montecristi de abrir el panorama de las fuentes formales del derecho. Lo que no está tan claro es cómo hacerlo y cuál es la imagen del nuevo sistema jurídico.

Una de las propuestas, tal vez la que ha tenido mejor predicamento entre los juristas ecuatorianos, es el mantenimiento de la distinción entre fuentes formales y criterios auxiliares de interpretación que venía funcionando en Ecuador hasta la Constitución de 1998,

y que funciona hoy en día en países como España, México o Colombia donde solo la Constitución y la ley son formalmente fuentes del derecho. El problema, entonces, es determinar qué significa realmente la expresión “criterios auxiliares de la actividad judicial”. Veamos:

4.4.1. La perspectiva normativista tradicional

Para alguna parte de la doctrina —la doctrina formalista-positivista (por desgracia aún mayoritaria en Ecuador)—, nuestro ordenamiento jurídico es un todo completo, compuesto en esencia por reglas y subreglas. Reglas en este caso son las normas jurídicas estipuladas en la Constitución y en los diferentes tipos de ley en sentido amplio, incluyendo los actos administrativos de carácter general,¹²⁴ mientras que son subreglas (llamados criterios auxiliares de interpretación) según esta perspectiva formalista: la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina. Para la doctrina ecuatoriana tradicional estas subreglas no llegan a constituirse en fuentes porque no están configuradas en forma deóntica o normativa.¹²⁵

124 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a diferencia de otros como el español, en el que se distingue claramente entre reglamento y actos administrativos, la expresión jurídica “acto administrativo” es omnicomprendiva de los actos realizados en desarrollo o en ejecución de la ley. En tal sentido, “actos administrativos” son todas aquellas normas que expide la administración en desarrollo de su potestad reglamentaria general y también los actos concretos. En Ecuador, como en Colombia, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al definir acto administrativo como “las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir a producir efectos jurídicos”. Sobre la cuestión del uso del término “acto administrativo” como un vocablo genérico denotativo de todas las manifestaciones normativas de carácter general que generan un cambio en la situación jurídica de la administración y los administrados.

125 Recuérdese que para el normativismo positivista, el derecho positivo es un conjunto de normas, la ciencia jurídica es una ciencia normativa, las normas son una cosa totalmente distinta a los hechos y, por tanto, no pueden expresarse a través de un lenguaje factual, sino que requiere de un lenguaje estrictamente normativo, esto es en términos del deber ser. Sobre el particular, véase Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. México, Fondo de cultura económica, 1985, pp. 19 ss.

La consecuencia inmediata de que las subreglas no sean consideradas normas en estricto sentido es que el juez al fundamentar sus decisiones, debe acudir prioritariamente a las normas jurídicas reconocidas como tales por la Constitución o en la ley, y solo en ausencia de estas puede basar su decisión en las subreglas denominadas “criterios auxiliares”.

Otro de los argumentos favoritos de los juristas normativistas a efectos de mantener a los mal llamados “criterios auxiliares” fuera de la categoría de fuentes formales del derecho, es que estos no son de aplicación general por todos los operadores jurídicos. Para los seguidores del normativismo legicéntrico, dichos criterios auxiliares de la interpretación no son normas (en el sentido estricto de la palabra), porque solo son de obligatorio acatamiento para los jueces y tribunales,¹²⁶ mientras que los demás operadores jurídicos solo se encuentran vinculados a la Constitución y la ley.

Esto por cuanto, como hemos dicho tantas veces, la mayoría de los juristas ecuatorianos siguen identificando derecho con la ley, y esta generalmente con la voluntad del legislador, en una concepción instrumental del derecho donde valen más la supuesta “unidad lógica del ordenamiento”, la seguridad jurídica y la previsibilidad de las resoluciones, que el criterio de justicia material, con lo cual se consigue reducir la facultad del juez respecto a la interpretación de las leyes y negar el desarrollo abierto del derecho, restringiendo esa libertad exclusivamente al llenado de lagunas.¹²⁷

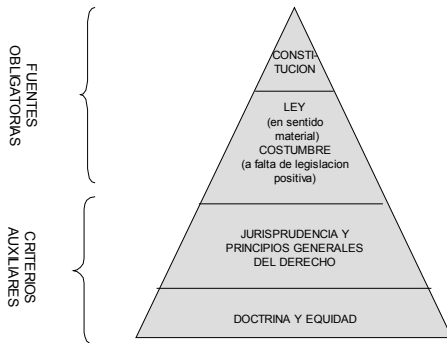
Lo que resulta realmente paradójico es que esta concepción que, como se puede ver, limita la libertad del juez y lo condena a tener una posición de convidado de piedra dentro del funcionamiento del ordenamiento, ha sido avalada y sostenida por la propia

126 En el ordenamiento jurídico ecuatoriano los jueces y los tribunales tienen la carga constitucional de garantizar el derecho al acceso a la justicia, y en virtud de ese imperativo deben subsanar los vacíos legales mediante la aplicación de fuentes auxiliares. Así se desprende de la lectura del artículo 426, inciso 1 de la Constitución, en concordancia con el artículo 75 de la norma que consagra el derecho fundamental de acceso a la justicia, según el cual toda persona tiene derecho a acceder gratuitamente a la justicia.

127 Este es, por ejemplo, el criterio que tiene Karl Larenz sobre el papel que cumple el juez en el desarrollo del derecho. Sobre el particular, véase K. Larenz, *op. cit.*, p. 361.

jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional ecuatoriana, siguiendo muy de cerca de la jurisprudencia colombiana ha dicho que las fuentes están constitucionalmente clasificadas en dos grupos que tienen diferente jerarquía: fuentes obligatorias: la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la ley y los reglamentos en sus diversas manifestaciones recogidas en el artículo 425 constitucional; y fuentes auxiliares: la jurisprudencia, la equidad, los principios generales del derecho y la doctrina.¹²⁸

Este pronunciamiento ha dejado ilusoriamente zanjada la discusión en el plano normativo, de tal suerte que en Ecuador existiría una “pirámide” en cuya cúspide se encuentra la Constitución, inmediatamente después encontramos los tratados internacionales, luego vendrían las leyes (vistas en sentido formal), por último están los actos administrativos, mientras que lo demás —en opinión de un sector importante de la doctrina, apoyado de alguna manera por el citado pronunciamiento de la Corte ecuatoriana— ya no es derecho. A partir de esa imagen geométrica se ha elaborado una dogmática jurídica, en donde las fuentes del derecho —normativamente hablando— siguen siendo las mismas que se reconocían en el país hasta antes de 1998, tal como queda reflejado en el esquema que reproducimos a continuación y que no es otra cosa que la graficación de la teoría tradicional de las fuentes:



128 Véase Corte Constitucional, sentencia 003- 09- SIN–CC.

Así, pues, queda claro que de acuerdo con esta lectura formalista y normativista de la Constitución, en nuestro país supuestamente habría una estricta jerarquía normativa que se expresa en la existencia del artículo 425 constitucional que se puede representar a partir de una pirámide (falsamente atribuida a Kelsen) y según la cual solo son obligatorias a la hora de decidir, la Constitución, los tratados internacionales, la ley, los reglamentos (ley en sentido material) y, excepcionalmente, la costumbre en materia mercantil. También queda claro que el resto de las fuentes (los llamados criterios auxiliares) solo tienen una función adjetiva: la de ayudar a la configuración del mejor argumento posible para justificar la solución previamente adoptada.¹²⁹

Es decir que, bajo la concepción del formalismo positivista el ordenamiento jurídico es uno y perfecto, y las fuentes del derecho son la Constitución y la ley, y solo en casos extraordinarios el ordenamiento jurídico contempla algunos mecanismos para asegurar la perfección del sistema: nos referimos a la obligación de los jueces de acudir a la analogía y a los llamados criterios o fuentes auxiliares para llenar esos vacíos y lagunas que inevitablemente tiene todo ordenamiento.

En definitiva, mientras la Constitución, la ley (en sentido amplio) y la costumbre, en ciertos casos, son vistas como reglas, y en tanto tales son obligatorias para el juez en su trabajo, la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho son solo instrumentos accesorios que sirven para completar el silogismo jurídico que constituye la sentencia, bajo esta concepción formalista del derecho.

129 Recordemos que este modelo de argumentación jurídica se conoce con el nombre de *análisis normativo o deontológico*, en contraposición con el análisis pragmático el cual aunque también parte de la decisión, pero esta es revisada tomando en cuenta sus efectos, tanto desde el punto de vista individual (de las partes del proceso) como de sus efectos sociales, una vez se generalice su aplicación. Sobre estos dos modelos de análisis de la sentencia, véase R. Guastini, *op. cit.*, pp. 181 a 190.

4.4.2. El problema de las fuentes subsidiarias desde la perspectiva antiformalista y realista del derecho

Hemos visto como para los seguidores del tradicionalismo jurídico, los llamados “criterios auxiliares de la actividad judicial” no son bajo ningún concepto fuentes del derecho, por no ser normas vinculantes y como tales de obligatorio acatamiento por todos los operadores jurídicos. Sin embargo, en el panorama jurídico criollo también existe un importante sector doctrinal y jurisprudencial que acoge la opinión contraria. Para algunos juristas vinculados al nuevo constitucionalismo, los mal llamados “criterios auxiliares” son verdaderas fuentes formales del derecho en nuestro país. Para estos juristas, influenciados tal vez por la visión realista de lo jurídico se puede reconstruir la imagen de las fuentes del derecho, subrayando el papel social dinamizador de la jurisprudencia, que en nuestro país es verdadera fuente del derecho, como ha dicho la Corte Constitucional en varias ocasiones.¹³⁰

Para esos autores, a pesar de que sería un error sostener como regla general que la jurisprudencia haya actuado sistemáticamente como medio del antiformalismo,¹³¹ en el caso ecuatoriano la quiebra del modelo político y jurídico positivista de inspiración francesa —en los últimos 10 años—, ha sido determinante en la configuración del nuevo sistema de fuentes del derecho, influido por la visión angloamericana del derecho.

Es importante tener en cuenta que la crítica antiformalista no se dirigió siempre al ámbito constitucional, sino que inicialmente se manifestó en una crítica contra la lectura hiperliteral y textualista del derecho privado, ya que era en este sector del derecho donde se manifestaban claramente los defectos del modelo legicéntrico de inspiración francesa. Crítica que incluía necesariamente la rehabilitación del derecho jurisprudencial. Para ello, los partidarios de

130 Véase Corte Constitucional, sentencia 003-09-SIN-CC.

131 Todo lo contrario, si se hiciera un balance de los estilos jurisprudenciales se tendría que concluir que la gran mayoría de las sentencias provenientes de todos los niveles jerárquicos de la administración de justicia están redactadas en el más tradicional estilo normativista legicéntrico. La judicatura ha sido, y por desgracia sigue siendo, el nicho donde se ha escondido y reinado el positivismo más rancio.

esas teorías defienden el uso de fuentes vivas que se mantengan en contacto con las necesidades y dinámicas de la vida económica y social, para lo cual era necesario y básico rehabilitar a la jurisprudencia.

Si quisiéramos resumir los elementos esenciales de este anti-formalismo iusprivatista, que se manifestó hace algunos años en Ecuador de la mano de la crítica al neoliberalismo, en nuestro país podemos manifestar:

- La crítica sustancial a la filosofía individualista, que orientaba el derecho privado en general y el código civil en particular, mediante el reconocimiento de la subordinación y la limitación del carácter absoluto del derecho a la propiedad mediante la adopción de conceptos, tales como la función social de la misma.
- La profunda crítica a la separación que hace el positivismo entre moral y derecho, que se traduce en una estrecha conexión entre razón práctica y derecho.
- La nueva retórica de la jurisprudencia, que en alusión a las circunstancias sociales, económicas e ideológicas del Ecuador, insiste en la ruptura con el pasado y da paso al advenimiento de la modernidad en el país.
- Crítica el paralelo entre ley y contrato y recoge la relevancia de la realidad frente a la ley misma, a través de la flexibilización de los conceptos esenciales del derecho privado mediante la adopción de la teoría de la imprevisión y del abuso del derecho.

El segundo momento antiformalista de la jurisprudencia ecuatoriana ha tenido influencia es, como se dijo, durante el proceso constituyente y los primeros tiempos de la implantación de la Constitución de 2008. La diferencia con el anterior momento es que esta vez la crítica antiformalista se dirigió, y se concentró en el derecho público, mediante el planteamiento de la necesidad de crear y recrear una justicia constitucional fuerte y autónoma, con

amplios poderes, que incluyen el reconocimiento del carácter normativo y vinculante de la jurisprudencia constitucional.

Ciertamente es un hecho que desde 2008 la tranquilidad de la que gozaba el tradicionalismo jurídico positivista ecuatoriano volvió a verse perturbada con ocasión de la aparición de un movimiento intelectual y jurídico garantista, que busca transformar la función del derecho en la sociedad y su propia definición que implica una variación importante del sistema tradicional de las fuentes, mediante la ampliación del valor del precedente constitucional dentro del derecho nacional.

En ese sentido, mediante las garantías constitucionales reconocidas en la norma superior, y particularmente a raíz del reforzamiento y ampliación del sistema de garantías jurisdiccionales y de la jurisdicción constitucional se busca transformar la cultura y la experiencia judicial legalista en el espacio de un nuevo derecho constitucional emancipatorio y profundamente antiformalista. Ahora bien, el renacimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho constitucional permitió trasladar al plano institucional un debate jurídico —ya antiguo— sobre el papel de la ley en el ordenamiento jurídico, el cual se venía produciendo en el país desde unos años antes, y evitó que esas discusiones se convirtieran en estériles elucubraciones que solo tienen importancia para las elites intelectuales.

Como se puede observar este antiformalismo del derecho público es mucho más radical que aquel planteado para el derecho privado, puesto que a pesar de que este último criticaba el formalismo de la ley no ponía en entredicho la concepción misma de fuentes. Los neoconstitucionalistas que luchan por transformar las prácticas institucionales de la Corte Constitucional y de los jueces constitucionales, han ido mucho más lejos que los reformistas del derecho privado porque sí se atrevieron a abandonar la distinción entre fuentes principales y secundarias, y para hacerlo asumieron íntegramente las consideraciones sobre el derecho y la teoría de las fuentes del realismo jurídico. Rescataron concretamente el papel que cumplen

los prejuicios e intereses personales, las simpatías y las fobias del juez como parte integrante y legítima de la decisión judicial.¹³²

Por esa razón, conviene en este punto hacer una revisión breve de los argumentos de los juristas realistas sobre el proceso de toma de decisión de los jueces en ejercicio de su función constitucional.

Según estos autores los jueces no están por encima de los asuntos humanos sino que deciden el caso como “hombres”, es decir, con su historia particular y con sus prejuicios e intereses precisos.¹³³ No hay que olvidar que desde una perspectiva realista la administración de justicia resulta ser la síntesis de fuerzas en que los vectores dominantes son derecho formal y la conciencia jurídica, material del juez. De tal suerte que la decisión final está condicionada por el efecto combinado del conocimiento de las normas y de la conciencia jurídica que tenga el juez, aunque esta síntesis no se realiza como un ejercicio racional y consciente, sino que se produce de manera subconsciente.

Por ello, para los realistas la conciencia jurídica¹³⁴ está presente en todas las decisiones. Si en la mayoría de las ocasiones el juez falla dentro de los parámetros formales de la legislación, ello es signo de que su formación y su conciencia jurídicas le dan la certeza de que es posible aprobar su decisión en esos términos, o en todo caso no la ha hallado incompatible con lo que considera socialmente deseable, pero los postulados ético-político-jurídico que configuran su conciencia jurídica lo hubiesen llevado a la conclusión de que la decisión era inaceptable. El juez normalmente hubiese acudido a una argumentación adecuada que le permitiera encontrar una mejor solución al caso más acorde con su acervo de valores.

Además, desde una perspectiva realista, resulta claro que la administración de justicia no se reduce a una mera actividad de la

132 Sobre el papel de los prejuicios y los intereses personales en la conformación de la decisión judicial, véase Ross, A. *Hacia una ciencia realista del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1961, p. 160.

133 Sobre el particular, véase Jerome, F. “Are Judges Human?” *80 anniversary Pennsylvania Law Review*, (1930), citado por D. López, *op. cit.*, p 183.

134 Para los defensores del realismo jurídico, la Conciencia Jurídica material está constituida por el conjunto de creencias políticas, sociales y éticas que configuran su personalidad.

razón, sino que en la determinación del derecho interviene la personalidad total del juez. Cuando se habla de interpretación, se habla entonces de un ejercicio creativo, que es a la vez conocimiento y valoración, pasividad y actividad.¹³⁵

En definitiva, para llegar a un verdadero entendimiento de la función del juez es fundamental resaltar que la distinción entre función descriptiva y puramente racional y la función valorativa es falsa y artificial, puesto que para el propio juez resulta imposible deslindar dónde comienza su valoración personal y dónde comienza la manifestación de las preferencias de la ley. De aquí que exista un muy borroso límite entre los casos en que el juez cree que hay ciertos elementos que prueban que existen conexiones ciertas entre su interpretación y la intención del legislador: aquellos casos en los que sin tener plena conciencia de ello, el juez identifica sus propias actitudes pragmáticas con las del legislador y aquellos en los que el juez se da cuenta de que está interpretando la ley, de acuerdo con ideas que no pueden ser atribuidas al legislador y que incluso pueden llegar a estar en oposición directa con las “intenciones” de este último.

Desde este punto de vista, la ciencia jurídica es una ciencia esencialmente empírica. En ese sentido, el derecho no estará formado por reglas específicas de conducta, sino por principios generales que permitan su adecuación concreta a través de un juicio del intérprete que, por tanto, no depende exclusivamente de la capacidad de previsión del legislador.

En esta lógica, el derecho se sustenta en la adopción de principios que mediante la enunciación de reglas generalísimas (en lugar de normas específicas), dejan su adecuación concreta al juicio prudencial del juez y no a la capacidad de previsión del legislador.

Pero además, esta teoría del derecho facilita la intervención del Estado en la tarea de redistribución de la riqueza como elemento necesario para una sociedad democrática. En ese sentido, el juez tiene un papel *proactivo* en la realización de los derechos sociales.

135 A. Ross, *op. cit.*, p. 176.

El juez que acoge estos postulados actúa como “realizador” de visiones de justicia material, con lo cual se pone en contacto con funciones antes excluidas de la labor propia del juez como la ordenación y administración de gasto público. La ejecución de los fallos en este contexto es más importante que la mera adjudicación de derechos en cabeza de individuos o comunidades.

Capítulo V

La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho

5.1. Algunas consideraciones preliminares sobre la noción de derecho jurisprudencial

Desde hace ya bastantes años, la teoría jurídica ha venido debatiendo la cuestión de si los jueces crean o no derecho.¹³⁶ La polémica se refiere a dos cuestiones: en primer lugar, a la discusión sobre el rol que cumplen los jueces frente al modelo de juez ideal construido por la dogmática liberal del derecho; y, en segundo lugar, al proceso de creación del derecho propiamente dicho.

En relación con lo primero, es importante recordar que la discusión sobre el juez ideal tiene que ver, por un lado, con la clásica tensión existente entre derecho y justicia que ya planteaba Sófocles en *Antígona* y, por otra parte, con el problema de la distribución de poder entre legislativo y judicial, cuestión de naturaleza política que, transcurridos más de doscientos años del comienzo de las primeras revoluciones burguesas, aún no se ha resuelto adecuadamente.

Respecto de la posibilidad de creación judicial de derecho es importante partir del hecho de que existe una cierta unanimidad sobre el hecho de que el papel del juez en el sistema jurídico liberal es la aplicación del derecho. Ahora bien, el problema surge, y aquí se rompe el consenso, cuando es necesario determinar qué significa la expresión “aplicar el derecho”.

136 Una síntesis magistral de la polémica sobre la creación judicial de las normas jurídicas se encuentra en Carrió, G. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1979.

A propósito de esta cuestión existen numerosas posturas doctrinales que van desde el deductivismo, extremo propio del modelo liberal ideal clásico,¹³⁷ hasta el judicialismo absoluto que, partiendo de un escepticismo total en relación con la capacidad del ordenamiento jurídico positivo como guía de conducta, considera que las decisiones judiciales son meros actos de voluntad, pasando por puntos de vista intermedios, más estrictamente jurídicos. La consecuencia de estas distintas tendencias en relación con la acción de aplicar el derecho a través de sentencias judiciales resulta reveladora: mientras para las posiciones extremas la argumentación judicial destinada a justificar un fallo o una sentencia es inútil o superflua,¹³⁸ las posiciones intermedias por el contrario consideran que la argumentación es la manera que tiene el sistema jurídico, particularmente los jueces, de “crear derecho” mediante las sentencias.

Desde una óptica estrictamente jurídica, encontramos que la expresión “los jueces crean derecho” puede tener a su vez por lo menos cuatro significados distintos:¹³⁹

Para los juristas formados dentro de la más estricta tradición jurídica francesa,¹⁴⁰ la expresión “los jueces crean derecho” es un atentado en contra el principio de legalidad y, por lo tanto, solo

137 Para los seguidores del modelo judicial deductivo extremo, a partir de la consideración de que el derecho es un todo cerrado y completo, aplicar el derecho simplemente consiste en hacer un ejercicio de deducción, por tanto, la aplicación de normas no aporta, no puede aportar nada al conjunto del derecho.

138 Mientras para los seguidores del judicialismo extremo la justificación de las sentencias es imposible, porque se trata de una mera cuestión de voluntad y, en consecuencia, las justificaciones incorporadas en la motivación de la sentencia son meras racionalizaciones de un acto de poder; para los deductivistas la argumentación resulta inútil, porque el derecho positivo está constituido por un conjunto de axiomas, y los axiomas no requieren ser probados.

139 Sobre los diferentes significados del término crear derecho, véase Guastini, R. *Dalle Fonti alle Norme*. Torino, Giapichelli Editore, 1992.

140 A pesar de no ser francés, el ejemplo contemporáneo más claro de este tipo de juristas legicentristas en el ámbito del derecho público lo encontramos en la obra de Karl Larenz. Para una exposición clara y contundente de la perspectiva clásica en relación con la creación judicial del derecho, véase K. Larenz, *op. cit.*, pp. 359 a 436.

excepcionalmente es posible hablar de que los jueces “crean” derecho cuando al interior del ordenamiento existan lagunas y antinomias que no puedan resolverse de ningún otro modo. En ese contexto, para los defensores de esta perspectiva, es necesario distinguir dos circunstancias: generalmente el juez se encuentra con una controversia sobre la cual la ley, adecuadamente interpretada, ofrece una solución. Otras veces, o bien la ley no regula el hecho objeto de controversia (lagunas legales), o bien, lo hace pero de una manera contradictoria y oscura (antinomias legales). De acuerdo con esta teoría clásica de la interpretación, en circunstancias normales el juez se limita a “aplicar normas”, es decir, a construir un silogismo a partir de normas previamente conocidas;¹⁴¹ pero en otros casos no existe norma preconstituida susceptible de aplicación silogística, o no es suficiente para regular íntegramente el conflicto, y por ello el juez además de “aplicar el derecho”, en estos casos y solo en estos, debe crearlo.¹⁴²

En segundo lugar, quienes acogen la conocida teoría kelseniana, respecto de que la creación y aplicación del derecho no son categorías nítidamente distinguibles,¹⁴³ consideran correcto decir que los jueces crean derecho como un modo de explicar que el sistema jurídico está constituido por dos tipos de normas: las normas

141 De acuerdo con la teoría ideal del derecho, en la aplicación normal del derecho el juez se limita a construir un silogismo donde la premisa mayor es la norma, la premisa menor son los hechos objeto de controversia jurídica y la conclusión es la decisión judicial concreta.

142 Para los defensores de esta teoría de la interpretación, en presencia de una laguna el juez sustituye al legislador, creando una norma nueva idónea para resolver la controversia.

143 Recordemos que para Kelsen el sistema jurídico puede ser mirado desde un punto de vista estático, o desde una óptica dinámica. Desde la perspectiva estática el sistema jurídico se presenta como un conjunto jerárquicamente ordenado de normas generales y particulares. Para el autor austriaco, ejemplo de las normas generales son las normas legislativas, y de normas particulares o singulares la parte dispositiva de las sentencias. Desde el punto de vista dinámico, para Kelsen, el sistema jurídico está constituido por una infinidad de actos normativos, de tal suerte que cada acto normativo es a la vez aplicación de una norma jerárquicamente superior y como creación de una norma jerárquicamente inferior. Desde esta óptica la legislación es a la vez aplicación y desarrollo de una norma superior (la Constitución), pero también es generadora de otras normas jurídicas, concretamente de los reglamentos. Sobre el particular, véase Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

generales producidas mediante el procedimiento legislativo y las normas particulares o concretas de creación judicial. Desde este punto de vista, queda claro que la labor cotidiana de los jueces es crear derecho, pero derecho particular y concreto.¹⁴⁴

En tercer lugar, para los juristas realistas se entiende que la interpretación de los textos normativos propia de los jueces es una actividad creativa de nuevo derecho y no meramente cognoscitiva y aplicativa. Para los defensores de esta tesis, el significado de un enunciado normativo no es nunca antes de la actividad interpretativa, en ese sentido las leyes no tienen otro significado que aquel que le atribuyen sus intérpretes y concretamente los jueces. Ahora bien, esa atribución de significado no es totalmente libre, sino que está limitada tanto por los usos lingüísticos de la comunidad, como por las costumbres jurídicas y las formulaciones doctrinales más acreditadas.¹⁴⁵

En definitiva, desde una óptica realista la actividad jurisdiccional seguiría siendo en lo fundamental una actividad aplicativa de normas generales a casos concretos, solo que en este caso las normas aplicadas lejos de estar predeterminadas, son normas que los propios jueces producen o por lo menos contribuyen a producir a

144 Recordemos que la noción kelseniana de derecho jurisprudencial está constituida por el conjunto de normas individuales creadas por los jueces en sus sentencias, concretamente en la parte dispositiva de la sentencia. Algunos críticos de Kelsen han criticado esta noción, en tanto consideran equivocado pensar que los jueces crean derecho solo porque se limitan a formular normas particulares. Para estos autores, solo es posible hablar de creación de derecho en el caso de que la formulación de una cierta regla no fuese producto de una inferencia lógica respecto de otra norma preexistente. Sobre el particular véase E. Bulygin, *Setenza Giudiziaria e Creazione di Diritto*, citado por R. Guastini, *op. cit.*, p. 167.

145 Estas costumbres interpretativas y la doctrina consolidada forman lo que se ha dado en llamar por los juristas realistas “conciencia jurídica de los jueces” o también “ideología normativa de los jueces”, esto es el conjunto de normas y de principios a los cuales los jueces se consideran vinculados. Es importante observar que desde esta perspectiva las fuentes del derecho no son (al menos no siempre) las fuentes oficiales, sino que son cualquier cosa que ejerza una influencia relevante en la decisión judicial. Para una explicación completa de la teoría realista de las fuentes del derecho, A. Ross. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Ediciones Eudeba, 1997, pp. 105 a 139.

través de la interpretación.¹⁴⁶ Si llevamos este argumento hasta sus últimas consecuencias nos encontramos con que no solo los jueces crean derecho siempre que interpretan una norma, sino que todo el derecho es creado por los jueces.¹⁴⁷

Finalmente, en el contexto teórico de los sistemas jurídicos anglosajones se habla de que los jueces crean derecho para significar que sus decisiones (al igual que ocurre con los órganos legislativos y de los demás sujetos con capacidad normativa) tienen una eficacia general o *erga omnes*. Es importante recordar que la noción de derecho jurisprudencial en el ámbito del *common law* no es un concepto extraño o polémico, pues, en este contexto, la jurisprudencia hace parte por sí misma del derecho positivo a través del modelo del precedente.

La doctrina del *stare decisis* puede sintetizarse del siguiente modo: una decisión de un tribunal o un juez, planteada en un caso, se constituye en precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior jerarquía, en aquellos casos futuros en los que se plantee nuevamente la misma cuestión.¹⁴⁸

Esto significa que la razón, el criterio o la norma que resuelve el caso (también conocida como *ratio decidendi*) vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores, lo cual significa que el juez en los sistemas jurídicos que aceptan la doctrina del precedente está obligado, en principio, a declarar y aplicar el precedente ya existente, y para apartarse de él debe construir un razonamiento jurídico en donde demuestre nítidamente las razones de su desacuerdo con la solución aportada por el precedente, y una vez hecho esto puede apartarse del precedente en el caso concreto, e incluso derogararlo o anularlo (*overrule*) si el mismo no proviene de una autoridad superior.

146 Como se puede observar, esta teoría se funda en la deconstrucción de la contraposición clásica entre creación e interpretación del derecho. Este ejercicio de deconstrucción teórica se consigue a partir de la puesta en duda de la creencia en cierto sentido metafísica de que las palabras tienen por sí mismas un significado verdadero, independiente del uso que de ellas se haga y preconstituido a la interpretación.

147 Para una explicación completa de este razonamiento, véase R. Guastini, *op. cit.*, p. 170.

148 Sobre la definición de precedente que aquí se recoge, véase J. Aguiló, *op. cit.*, pp. 113 y 114.

5.2. La jurisprudencia en la tradición jurídica ecuatoriana

El modelo jurídico ecuatoriano es como hemos reiterado tantas veces heredero de la tradición jurídica europea. El derecho romano y el código de Napoleón en materia privada y el derecho francés en el ámbito administrativo han ejercido una influencia definitiva sobre el ordenamiento normativo nacional, por ello en nuestro país la jurisprudencia solo ha tenido una fuerza jurídica subsidiaria: orienta, auxilia, ayuda y apoya la decisión del juez, el cual se basa esencialmente en la ley, lo cual significa que esta, por sí sola, no puede servir de fundamento para justificar una decisión.

Como dijimos más atrás, cuando estudiamos la jerarquía de la ley dentro del sistema ecuatoriano de fuentes, para la mayoría de los operadores jurídicos ecuatorianos el ordenamiento jurídico nacional es un todo completo, conformado jerárquicamente por la Constitución y en los diferentes tipos de ley en sentido amplio, mientras la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la equidad y la doctrina son considerados por la mayoría de los juristas, como criterios auxiliares de interpretación.

La consecuencia inmediata de esta interpretación tradicional de las fuentes es que la jurisprudencia no es considerada derecho vigente en estricto sentido, por tanto, los distintos operadores jurídicos al “aplicar el derecho” deben acudir exclusivamente a las normas jurídicas reconocidas como tales¹⁴⁹ y solo en ausencia de

149 Ya hemos dicho que las visiones tradicionales y positivistas del derecho consideran que el derecho considerado en sentido estricto se diferencia del resto de sistemas de ordenación y control social porque está constituido por normas jurídicas, que a su vez se distinguen de otros tipos de norma (moral, social o religiosa), por su carácter, contenido, su condición de aplicación, el sujeto con capacidad normativa y el sujeto de la regulación, su forma de promulgación y la condición sancionatoria de toda norma jurídica. Para los positivistas, el núcleo del carácter “jurídico” de una norma es precisamente este último. En general, suele admitirse que la diferencia más clara existente entre los diversos tipos de normas mencionadas estriba en que solo una de ellas establece una sanción de carácter externo que puede consistir en la aplicación de la fuerza física y en que esa sanción está institucionalizada (existen ciertos órganos encargados de aplicarlas). Para una visión completa sobre esta visión positivista del derecho, véase M. Atienza, *op. cit.*, pp. 77 a 99.

estas pueden apoyarse en las reglas determinadas por los llamados criterios auxiliares. Esto por cuanto los juristas ecuatorianos, en su gran mayoría, siguen apegados a la clásica identidad entre derecho y ley que popularizaron los juristas franceses del siglo XIX en una concepción instrumental del derecho donde valen más la supuesta “unidad lógica del ordenamiento”, la seguridad jurídica y la previsibilidad de las resoluciones, que el criterio de justicia material.

Desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se caracterizaría formalmente, siguiendo a Kelsen, por su estructura jerárquica. Ya hemos dicho también que para los operadores jurídicos el ordenamiento jurídico del país se asemeja a una “pirámide”, en cuya cúspide se encuentra la Constitución, más abajo siguen las leyes y demás actos constitutivos del ordenamiento jurídico y solo al final, y como meros “mecanismos auxiliares de interpretación”, se encuentran la jurisprudencia, a la doctrina y a los principios generales del derecho.

Ya mencionamos igualmente que la Constitución, como norma fundamental, tiene una jerarquía cualitativamente superior, no ya porque consagre normativamente el conjunto de valores y principios materiales que deben dirigir el resto del ordenamiento jurídico y que, por tanto, vincula directamente a todos los operadores jurídicos y especialmente a los jueces,¹⁵⁰ que lo hace, sino porque en una perspectiva tradicional del derecho representa la unidad del sistema jurídico. En efecto, si una norma jerárquicamente inferior desconoce una norma superior, aquella debe desaparecer del mundo jurídico, mediante las acciones de inconstitucionalidad, o bien es susceptible de ser inaplicada por los diferentes operadores jurídicos, mediante el control difuso del que son titulares los jueces constitucionales ordinarios.

Evidentemente la atribución de esta facultad en cabeza de los jueces, conlleva un “grave riesgo” para el principio de unidad del ordenamiento, en tanto los jueces pueden no siempre coincidir en

150 García de Enterría, E. y T. R. Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Madrid, Editorial Civitas, 1988, p. 100.

sus apreciaciones, por consiguiente el derecho corre el riesgo de convertirse en un conjunto de opiniones. Pues bien, ¿cómo evitar que esa pluralidad de opiniones se transforme en caos? , o dicho de otra manera, ¿cómo se logra mantener en vigor el principio de unidad del ordenamiento? La respuesta es clara: mediante el mecanismo de consulta de constitucionalidad establecido en el artículo 428 de la Constitución y, lo que es más importante, mediante la unificación de la jurisprudencia atribuida a las altas cortes, particularmente a la Corte Constitucional.

En efecto, si cada juez al momento de interpretar la ley, pudiera conferirle a esta un sentido diferente necesariamente se generaría un caos puesto que las personas “no podrían saber”, en un momento dado, cuál es el derecho que rige en un país. Para evitar ese riesgo, el modelo jerárquico tradicional ha incorporado en la Constitución un sistema de unificación de la jurisprudencia en manos primero de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional.

En tal sentido, más allá de deseos y de declaraciones retóricas de la LOGJCC,¹⁵¹ la jurisprudencia —en la conservadora tradición jurídica ecuatoriana— no es otra cosa que una mero instrumento de interpretación de la ley que tiene como propósito fundamental garantizar la generalidad, unidad y completud del ordenamiento jurídico, es decir el imperio de la ley o, en el mejor de los casos, de la soberanía de la Constitución.

5.3. Las luces y las sombras del derecho jurisprudencial en el nuevo modelo constitucional

En lo que concierne al rol de la jurisprudencia en el nuevo modelo constitucional surgido en 2008, es necesario apuntar desde ya que el texto constitucional refleja una tensión entre el modelo continuista que otorga un papel puramente accesorio al juez y la jurisprudencia. Frente a un antiformalismo que predica dar un papel determinante al juez en la creación del derecho ecuatoriano.

151 Véanse los artículos 2 (numeral 3) y 25 de la LOGJCC.

Lo primero, por decir, es que con la expedición de la Constitución de 2008, el antiformalismo aparentemente dio un golpe certero y definitivo al positivismo formalista. Con ocasión de la promulgación de la Constitución de Montecristi, en Ecuador se produjo una reacción crítica al formalismo jurídico unido a un movimiento de renovación del derecho que propugnaba por una nueva forma de entender la función de los jueces y de la jurisprudencia constitucional. Los juristas que asumimos esta visión no tradicional del derecho considerábamos que el derecho está formado por estándares generales que requieren de adecuación concreta mediante la interpretación; asimismo se propugna por un acercamiento entre el derecho y la moral, de tal suerte que las reglas jurídicas y las políticas del Estado tienen una relación muy cercana con la responsabilidad moral que implica la garantía efectiva de los derechos. Para los juristas críticos del positivismo, la argumentación jurídica se basa en la aceptación de la existencia de conflictos de derecho que se resuelven argumentativamente sin acudir necesariamente a los textos legales.

Sin embargo, una cosa es el deseo y otra distinta la realidad. Vistas las cosas globalmente y en perspectiva, el aparente triunfo del antiformalismo jurídico pronto mutó en derrota, pues una vez promulgada la Constitución la Corte Constitucional, al dar contenido al modelo, lo ha hecho con un criterio fuertemente escorado hacia el positivismo formalista.

Evidentemente, la realización de ese proyecto jurídico-político antiformalista requiere del cumplimiento de condiciones externas al propio diseño constitucional. En este caso, es indispensable que la Corte Constitucional se empeñara realmente en dotar de valor normativo de la jurisprudencia constitucional, pues, esta es el instrumento primordial en la realización del nuevo modelo jurídico. Ahora bien, pasados tres años de vigencia de la nueva Constitución en Ecuador se ha comenzado a vivir una suerte de esquizofrenia institucional: por una parte, la Corte Constitucional afirma formalmente su alejamiento del modelo legicéntrico y su rechazo al formalismo jurídico; al tiempo que se niega sistemáticamente a

desarrollar en sus sentencias las bases del nuevo Estado con una visión antiformalista.

En ese sentido, a pesar de que retórica y normativamente nadie niega que en las democracias constitucionales el rol del juez constitucional ha cambiado radicalmente, pasando a ser un realizador directo de los derechos y del interés general, sin embargo a la hora de la verdad, los jueces en nuestro país siguen arrinconados por los fantasmas del positivismo y sus reglas. A pesar de las enormes facultades hermenéuticas que tanto la Constitución como la LOGJCC le dan a los jueces de la Corte Constitucional y demás jueces constitucionales, lo cierto es que en la práctica en estos tres años de vigencia del nuevo modelo, en Ecuador todavía no existe un sistema de precedentes constitucionales que ordene y sistematice las nuevas fuentes del derecho.

La principal muestra de la contrarrevolución positivista en materia de fuentes la encontramos en la pertinaz omisión de la Corte Constitucional de generar jurisprudencia vinculante en materia de garantías. Para los juristas como yo, que creemos que los fallos de garantías son el instrumento más poderoso y más eficaz de creación de un nuevo sistema de fuentes, la omisión de la Corte Constitucional de tomarse en serio la jurisprudencia vinculante en materia de garantías es un golpe en la línea de flotación de todo el modelo político y jurídico de la Constitución.

Sin embargo, para tener una perspectiva más objetiva de la confrontación por el control de las fuentes del derecho, concretamente por limitar-ampliar el papel de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes, parece conveniente que hagamos un recuento de las principales cuestiones del conflicto:

- Fuertemente influido por el programa reformista del *nuevo derecho*, el constituyente ecuatoriano de 2008 intentó cambiar sustancialmente el sistema de fuentes atribuyendo importantes poderes precedenciales a la Corte Constitucional.
- “Muerto el tigre” la Corte Constitucional “*se asustó con la piel*” y, en consecuencia, se negó a recibir aquel poder ampliado, negativa que ha venido expresando jurídicamente por medio de sus

sentencias, especialmente aquellas expedidas con posterioridad al año 2011.

- Adicionalmente, a medida que ha pasado el tiempo se ha comenzado a observar una creciente irritación del Ejecutivo y del Legislativo contra el hipergarantismo y el *activismo judicial*, presión ante la cual la Corte Constitucional ha reaccionado enroscándose en una posición de absoluta autorrestricción, más allá de lo imaginable.

Aun así no podemos decir que no ha cambiado nada en relación con el sistema de fuentes, y en particular con la situación de la jurisprudencia en Ecuador. La situación del precedente en el modelo de fuentes vigente en nuestro país es el siguiente:

Respecto de las sentencias de constitucionalidad abstracta, en estos tres años de trabajo de la Corte Constitucional para el Período de Transición se ha consolidado definitivamente la doctrina que propugna por los efectos ampliados de las sentencias, mediante el mecanismo de dictar sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada. En lo que atañe a los efectos jurídicos de este tipo de sentencias, tenemos que el efecto *erga omnes* se predica tradicionalmente de la parte resolutive de la sentencia, sin embargo, la Corte Constitucional ecuatoriana ha dicho que son obligatorios aquellos apartados de las sentencias que “guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia”.¹⁵²

En lo relativo al valor precedencial de las sentencias garantías tenemos que *las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de las garantías tienen, en principio, carácter obligatorio únicamente para las partes, esto sin perjuicio de los efectos generales que adquiera la jurisprudencia de la Corte en materia de garantías en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la LOGJCC, respecto de los efectos de la revisión.*

Sin embargo, la Corte Constitucional no ha quedado conforme con esa solución legal y asumió como propia la doctrina colombiana, según la cual la doctrina constitucional que define el

152 Véase Corte Constitucional, sentencia 009-10-SIN-CC.

contenido y alcance de los derechos constitucionales sentada por la Corte Constitucional con ocasión de la revisión, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. Lo que quiere decir que en Ecuador, siguiendo el ejemplo colombiano en la actualidad tratándose de derechos constitucionales, el juez está obligado a seguir el precedente marcado por la Corte a menos que pueda justificar suficientemente y de manera adecuada el tratamiento diferenciado. Si no lo hace, el juez estaría violando la Constitución y estaría incurso en una causal de destitución.

De lo dicho hasta aquí se puede aseverar que a pesar de las inmensas dificultades que supone la titánica resistencia de la anquilosada cultura jurídica tradicional ecuatoriana, es indudable que poco a poco la jurisprudencia —y cabalmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional— comienza a ser aceptada como precedente obligatorio, es decir, a tener capacidad vinculante respecto de la argumentación y las decisiones de los demás jueces y operadores jurídicos, lo cual significa que lenta pero inexorablemente se le ha roto el lomo a la identidad Ley-Derecho, en consecuencia, la cultura jurídica comienza a cambiar.

Esto nos lleva a concluir que la ausencia de transformación del sistema de fuentes en Ecuador, y en particular la aceptación del valor obligatorio y vinculante de la jurisprudencia tanto vertical como horizontalmente, no es un problema normativo, pues como se ha demostrado existen todos los argumentos para poder desarrollar desde la Constitución y la ley un sistema jurisprudencial fuerte; la cuestión es en realidad fáctica. No habrá jurisprudencia vinculante ni sistema de precedentes obligatorios que modifiquen en la práctica la primacía de la ley, mientras la Corte Constitucional no se tome en serio su papel como órgano de unificación de la jurisprudencia en materia de garantías.

Capítulo VI

El nuevo rol del derecho internacional en el sistema de fuentes

6.1. Algunas consideraciones sobre el estado de la cuestión en América Latina

Hemos dicho que, en el plano de las transformaciones teóricas producidas por la irrupción del modelo constitucional neoliberal, que ha imperado en los países latinoamericanos desde finales de la década de los ochenta, uno de los avances más trascendentes respecto de los modelos anteriores fue el reconocimiento de la primacía del derecho internacional de los derechos humanos frente a las normas internas de cada Estado.

Ciertamente en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos más recientes se puede observar claramente una línea de desarrollo que reconoce la supremacía del derecho internacional, respecto de las normas internas, incluidas las constitucionales no referidas a derechos fundamentales. Evidentemente este reconocimiento involucra una transformación radical del sistema de fuentes del derecho vigente puesto que a la Constitución y a la ley — como fuentes principales de los ordenamientos— se incorpora una nueva fuente de creación de normas: el derecho internacional de los derechos humanos. No en vano, en casi todas las constituciones vigentes de América Latina las normas de derecho internacional de los derechos humanos se incorporan directamente al orden constitucional, es decir, sin necesidad de ser convertidas en leyes nacionales, con una jerarquía superior al resto del ordenamiento.

Para comprender las consecuencias de esta declaración constitucional conviene profundizar en su sentido. Recordemos que tradicionalmente en el derecho internacional se había discutido sobre la naturaleza de las relaciones entre ordenamiento interno del Estado y ordenamiento internacional. Para ello, se habían construido dos modelos generales que permitían explicar las relaciones entre los dos tipos de ordenamiento: la teoría dualista y la teoría monista.

Para los defensores de la teoría dualista los ordenamientos estatales eran natural y radicalmente distintos del ordenamiento internacional, por tanto, recíprocamente independientes. Hasta hace muy poco la mayoría de los teóricos del derecho internacional creían que el derecho internacional y el nacional eran dos órdenes jurídicos separados, independientes entre sí, que regulan materias totalmente diversas y que tienen fuentes totalmente distintas. En efecto, según esta teoría el derecho internacional tiene como fuente principal el consenso o acuerdo de voluntades entre las personas jurídicas de derecho internacional, y los destinatarios de sus normas jurídicas son estas mismas personas jurídicas, mientras que el derecho estatal tiene como destinatarios los seres humanos individualmente considerados.¹⁵³

Por su parte, los seguidores de la teoría monista creen que el ordenamiento estatal y el derecho internacional constituyen un único sistema jurídico pues tienen un común fundamento de validez, es decir que a la base de ambos existe una única norma suprema.¹⁵⁴ Como se sabe, la solución monista tiene dos variantes: a) el llamado monismo internacionalista popularizado por Kelsen,¹⁵⁵ según el cual el derecho estatal es parte del derecho internacional, o en el mejor de los casos son dos subsistemas u ordenamientos jurídicos

153 Un ejemplo actual de justificación de la teoría dualista del derecho internacional se puede encontrar en Toro Jiménez, F. *Derecho Internacional Público*, t. 1. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2002, pp. 72 a 82.

154 Sobre el particular, véase Guastini, R. *Lezioni di Teoria Costituzionale*. Torino, Giapicchelli Editore, 2001, p. 56.

155 Entre las muchas obras en donde Kelsen desarrolla su teoría monista de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional, encontramos: Kelsen, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1995, pp. 431 a 462.

que forman parte de un sistema armónico;¹⁵⁶ y, b) el monismo estatalista, según el cual el derecho internacional es parte del derecho estatal en la medida en que no es más que la expresión externa del derecho del Estado, es decir, aquella parte del derecho que regula las relaciones de un Estado con los demás Estados.¹⁵⁷

Aunque no resulta pertinente estudiar los términos precisos del debate, sin embargo, hay que decir que la solución constitucional adoptada en América latina en términos generales parece corresponder a la tesis monista en su versión kelseniana. Sin embargo, las cosas no resultan tan sencillas en la medida en que la configuración del papel del derecho internacional en el sistema de fuentes en realidad se aleja significativamente de la concepción jurídica del jurista austriaco, puesto que en América Latina —a diferencia de lo que ocurre en el modelo ideal pensado por Kelsen— no existe ninguna norma— extrasistémica (*grundnorm*) que sirva de fundamento último de validez al ordenamiento jurídico aparte de la propia Constitución, con lo cual el principio de jerarquía pierde poder explicativo en relación con las distintas fuentes del derecho y, concretamente, no es útil para explicar el rol del derecho internacional al interior del sistema jurídico.

Por otra parte, y lo que es más importante, el reconocimiento del pluralismo jurídico, que hace la mayoría de las constituciones latinoamericanas, da un nuevo aire a la teoría dualista, puesto que permite entender cómo un ordenamiento jurídico externo puede influir y modificar el orden interno, sin que se produzcan necesariamente contradicciones insalvables. En este caso los dos sistemas jurídicos coexisten y colaboran para alcanzar el objetivo de la paz social, sin que necesariamente uno se tenga que subsumir en los otros y viceversa.

156 Es importante resaltar que para Kelsen dos conjuntos de normas pueden ser partes del mismo sistema normativo en dos circunstancias: a) o bien, uno de ellos siendo inferior deriva su validez del otro, considerado como superior; b) o bien, dos conjuntos de normas forman un sistema normativo porque hallándose los dos coordinados entre sí, derivan su validez de un tercer orden, el cual como superior no solo determina los ámbitos de estos, sino la razón de su validez, es decir, la creación de los órdenes inferiores. Véase H. Kelsen, *op. cit.*, p. 444.

157 Una definición clara de monismo estatalista se puede encontrar en Guastini, R. *Lezioni di Teoria Costituzionale*. Torino, Giapicchelli Editore, 2001, p. 57.

6.2. La posición del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento ecuatoriano

Ecuador, como casi todos los países del mundo, considera a la celebración y ratificación de tratados y convenios internacionales el medio más eficaz para conseguir el entendimiento, la comunicación y la paz con otros Estados y sociedades del orbe. Siguiendo esa idea a lo largo de su historia nuestro país ha suscrito y ratificado formalmente la mayoría de los convenios de mayor interés político y social adoptados a iniciativa de los organismos que en el pasado, y hoy día, hacen parte del sistema jurídico internacional.

Para ello, desde comienzos del siglo XIX los convenios internacionales, una vez ratificados, entraban a ser parte del ordenamiento jurídico interno con una jerarquía equivalente a la ley. Sin embargo, a partir de 1998, cuando se aprobó la Constitución de Sangolquí, la situación cambió. A partir de ese momento los tratados internacionales una vez ratificados se incorporan al derecho interno del país, solo que esta vez con una jerarquía preeminente que les otorga prelación de aplicabilidad frente a otras fuentes del ordenamiento.

Se debe recordar que los artículos 417 y 418 de la Constitución establecen la prevalencia en el orden interno de los tratados de derechos humanos ratificados por el ejecutivo. La Corte Constitucional ha precisado que para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”.¹⁵⁸

Además de que Ecuador ratificó la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 23 de mayo de 1969, esta posición jerárquica prevalente es reconocida en la jurisprudencia de los altos tribunales en una reiterada sucesión de fallos que han dirimido litigios sobre la materia en donde se ha clarificado meridianamente

158 Corte Constitucional, dictamen n.º 028-10-DTI-CC.

que el ordenamiento constitucional le asigna plena vigencia en el país a los convenios y tratados internacionales, y que algunos de ellos —concretamente los que versan sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario— tienen una jerarquía equivalente a las normas constitucionales y, por ende, superior a las leyes ordinarias. Así lo determina claramente la carta constitucional ecuatoriana en dictamen de constitucionalidad y el protocolo adicional al acuerdo de complementación económica n.º 59 entre el Mercosur y la Comunidad Andina¹⁵⁹ cuando ratifica que los instrumentos internacionales tienen una posición supralegal, aunque por regla general, infraconstitucional, a excepción de los tratados en materia de derechos humanos que tienen un rango idéntico a la Constitución.

Este es el mismo caso del derecho internacional humanitario, que hace parte del bloque de constitucionalidad, puesto que, aunque una lectura literal de la Constitución llevaría a concluir que solo hace parte del *bloque de constitucionalidad*. El derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, una identidad total entre los valores protegidos por la Constitución y los convenios de derecho internacional humanitario, ya que todos ellos se sustentan en el respeto de la dignidad de la persona humana.

Pero además, conviene recordar que aunque los dos convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 no hacen parte en sentido propio del *corpus* normativo de los derechos humanos,¹⁶⁰ si hacen parte del llamado *ius cogens* pues tienen como objetivo fundamental proteger la dignidad de la persona humana, por tanto, bajo esta idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género jurídico: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana.¹⁶¹ La argumentación anterior sirve para entender el porqué el

159 Corte Constitucional del Ecuador, dictamen n.º 028-10-DTI-CC.

160 Es decir, la así llamada Carta Internacional de los Derechos, formada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y los pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos (PIDCP) y sobre derechos económicos sociales y culturales (PIDESC) de 1966.

161 La diferencia entre los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos en sentido estricto, y aquellos del derecho internacional humanitario, es entonces de

derecho internacional de los derechos humanos tiene una posición jerárquica superior al resto de las fuentes que componen el ordenamiento. Falta dilucidar ¿cuál es el alcance de esta supremacía?

Algunos doctrinantes, valiéndose del artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados,¹⁶² entienden la superioridad mencionada como una verdadera *supraconstitucionalidad*, por ser estos convenios, como se dijo más arriba, normas del denominado *ius cogens*. Otros, integrantes de la llamada doctrina constitucionalista,¹⁶³ intentan matizar esta interpretación basándose en el principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 424 de la Constitución. ¿Cómo armonizar entonces los dos mandatos constitucionales?

La Corte resolvió esa aparente contradicción acudiendo a la noción de “bloque de constitucionalidad”. Recuérdese que según la doctrina constitucional francesa,¹⁶⁴ este lo componen aquellas normas y principios que, sin aparecer expresamente en el articulado del texto constitucional, son considerados parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por mandato de la

aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos.

162 Recuérdese que conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de *ius cogens*, como las del derecho internacional humanitario.

163 Véase Cabra, Marco Gerardo. *Derecho de los Tratados*. Bogotá, Editorial Leyer, 1995.

164 Como se sabe el concepto de “bloque de constitucionalidad” tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional francés, el cual considera que, como el preámbulo de la Constitución de ese país incorpora a la Constitución el preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Por tanto, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes actualmente vigentes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutable de la disposición legal controlada. Sobre el particular, véase Favoreu, L. “El bloque de constitucionalidad”. *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)* (Madrid) 5, Centro de Estudios Constitucionales (1983): 46 ss.

propia Constitución. Son pues normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

En tales circunstancias, se puede armonizar plenamente el principio de supremacía de la Constitución con la prevalencia de los tratados ratificados por Ecuador, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los Estados de excepción con la consecuencia sobrevenida de que la integración de las normas humanitarias en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

6.3. ¿Y qué sucede con el sistema de fuentes?

Regresando al eje central de la exposición, es necesario preguntarse cuál es el efecto de todas estas determinaciones constitucionales en el sistema de fuentes ecuatoriano. La respuesta es obvia, igual que ocurre con la Constitución, la ley y en menor medida con la jurisprudencia, la decisión constituyente de incorporar y refundir el derecho internacional de los derechos humanos en el orden constitucional implica importantes modificaciones en el modelo de las fuentes del derecho.

Al respecto, es claro que a la luz de la Constitución existe una prevalencia de la norma fundamental acerca del resto de las fuentes. En segundo lugar, manteniendo la postura de la Constitución de 1998, los tratados y convenios internacionales están en el segundo nivel jerárquico de las fuentes; para luego continuar con la ley orgánica y las leyes ordinarias; más abajo encontraríamos a todo el espectro reglamentario y normativo local. El problema es que la Constitución es contradictoria, en el tratamiento de las normas sobre derechos humanos: por una parte algunas normas constitucionales plantean que los derechos constitucionales y los

instrumentos internacionales de derechos humanos prevalecen sobre cualquier otra norma del ordenamiento y, por otra, el artículo 425 los olvida.

Para resolver este olvido se ha dicho que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) hace parte de la fuente del derecho, llamada derecho internacional, y que, en tanto tal, formaría parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano en segundo lugar. Otros creemos que no hay tal olvido del constituyente, sino que cuando el artículo 425 habla de Constitución lo está haciendo en un sentido material, que incorpora también al bloque de constitucionalidad y en particular a los instrumentos internacionales de derechos humanos, con independencia de si se encuentran ratificados o no por el Estado ecuatoriano.*

En cualquier caso lo que sí resulta indiscutible es que en el nivel práctico el derecho internacional de los derechos humanos forma parte y se constituye en fundamento axiológico de todo el orden constitucional, actualmente vigente en América Latina. De tal manera que las normas del derecho internacional son directamente aplicables por los tribunales y órganos del Estado, sin que sea necesaria su incorporación expresa en el ordenamiento nacional por intermedio de una ley.

Si los tribunales del Estado tienen la obligación de aplicar directamente el derecho internacional de los derechos humanos, surge el problema de determinar qué norma deberá aplicarse en la hipótesis de que el derecho nacional y el internacional se contradigan, siendo ambas normas vigentes y no existiendo una relación claramente jerárquica entre unas y otras. La solución encontrada por el nuevo constitucionalismo latinoamericano fue la consagración de una cláusula, según la cual las normas internacionales sobre derechos humanos se sitúan en el nivel jerárquico de los derechos constitucionales, por tanto, prevalecen en el orden interno. Si el derecho internacional de los derechos humanos está en el mismo nivel de los derechos constitucionales, es obvio que es

* Corte Constitucional. Dictámen n.º 025-10-CTE-CC, p. 13.

posible que en su aplicación práctica se contradigan. La solución a esta antinomia corresponde evidentemente a los jueces en el caso concreto y lo hacen a través del mecanismo de la ponderación de intereses contrapuestos.

Sin embargo, hay que decir que la claridad constitucional no ha resuelto el problema, pues aún subsisten posiciones divergentes al interior de la propia jurisprudencia constitucional. Así, mientras en el dictamen que declara la constitucionalidad del convenio de seguridad social entre España y Ecuador,* el pleno de la Corte determinó la supraconstitucionalidad de los tratados sobre derechos humanos; en un dictamen posterior, mantuvo la tesis de la soberanía de la Constitución según la cual es la Carta fundamental la que permite y autoriza la vigencia del Derecho Internacional.**

* Corte Constitucional. Dictamen de constitucionalidad n.º 025-10-DTI-CC, p. 23.

** Corte Constitucional. Dictamen de constitucionalidad n.º 028-10-DTI-CC, p. 14.

Capítulo VII

Los mecanismos de participación ciudadana como fuentes del derecho: las razones de una decepción

7.1. La crisis del modelo representativo y la opción de la democracia participativa

La teoría de la democracia en cualquiera de sus dos vertientes clásicas¹⁶⁵ se basa en la premisa de que los ciudadanos deben tener una participación activa dentro del sistema político, únicamente que en el caso de la democracia representativa esa participación se concreta a través de la elección de representantes.

El éxito del propio modelo representativo y su difusión y generalización a ámbitos poblacionales muy diversos hizo que la intervención de la ciudadanía fuese restringiéndose cada vez más hasta convertirse en una especie de liturgia vacía, lo cual produjo con el tiempo un grave descontento ciudadano respecto de la eficacia de los sistemas democráticos existentes; descontento que en muchos casos ha producido una verdadera crisis de legitimidad del modelo en su conjunto.¹⁶⁶

Esta creciente convicción de la falta de eficacia y legitimidad de los modelos democráticos representativos, coincide además con la

165 Nos referimos a la clásica clasificación entre democracia directa y democracia representativa que ha sido la base de la consolidación del modelo político liberal.

166 Siguiendo a Juan J. Linz, entendemos por legitimidad democrática la creencia de las personas de que las instituciones políticas existentes en un determinado lugar, a pesar de sus defectos, son mejores que otras que hubieran podido ser establecidas. Sobre el particular, véase Linz, J. "Legitimacy of Democracy and the Socioeconomic System". *Comparing Pluralist Democracy*. Mattei Dogan. Westview Press, 1988.

crisis del modelo del Estado social y ha generado una tendencia creciente hacia la desafección,¹⁶⁷ pues los ciudadanos no se sienten ni vinculados ni suficientemente representados mediante los mecanismos establecidos para garantizar esa participación y en consecuencia se ha generalizado una actitud de desinterés, desconfianza y hostilidad hacia las principales instituciones democráticas, esto es, hacia los parlamentos y los partidos políticos.

Ya se ha dicho, en otro lugar de este libro, que a comienzos de la década de los años setenta el relativo consenso social y político —que se había conseguido en torno a los modelos dirigistas, en sus dos versiones, tanto la del socialismo real como la del Estado de bienestar— entró en una profunda crisis derivada de la imposibilidad de seguir manteniendo el nivel de crecimiento del gasto público, necesario para financiar las cada vez más amplia demanda de servicios sociales, que de acuerdo con el modelo debían ser ofrecidos por el Estado. La crisis fue el resultado de la combinación, en un corto período, de varios factores que —conjugados— destruyeron la ilusión de permanencia del Estado social como paradigma estatal.

Esta situación, además de tener lógicas consecuencias en el ámbito socioeconómico,¹⁶⁸ causó importantes transformaciones

167 Por desafección entendemos tanto el creciente alejamiento de la mayoría de los ciudadanos en relación con la política, hasta la hostilidad abierta hacia el sistema político.

168 La transformación del Estado dirigista de la posguerra en el Estado neoliberal contemporáneo fue, como se sabe, un proceso complejo de duración bastante corta (el período 1973-1979), que comenzó a raíz de la crisis financiera mundial, impulsada por la forma en que los Estados Unidos financiaron la Guerra del Vietnam; se precipitó con la fuerte elevación del precio de los combustibles, derivada de la crisis del petróleo, y se agravó por la incorporación de nuevos agentes al concierto económico internacional y por la revolución tecnológica acaecida a finales de los años setenta. Ante el fracaso de las medidas de corte keynesiano en la solución de la crisis, los gobiernos occidentales, comenzando por EE.UU. y el Reino Unido, comenzaron a desarrollar programas de ajuste estructural de sus economías, que implicaban, en la práctica, desmontar paulatinamente la estructura institucional del Estado bienestar. La ejecución de políticas de ortodoxia monetaria y fiscal, acompañadas de liberalización de los mercados, puso en serias dificultades el consenso social y democrático conseguido en los años cincuenta y sesenta, particularmente en dos áreas muy sensibles de las políticas públicas del Estado bienestar: la política de salarios y la liberalización del mercado de trabajo y la ampliación de los servicios sociales.

en el aparato institucional del Estado mismo y concretamente en relación con el Parlamento y de los partidos políticos. Mientras el primero ha dejado de ser una institución apta para encauzar eficazmente los nuevos procesos sociales y los intereses que en ellos se manifiestan, los partidos han perdido su hegemonía y su protagonismo como intermediarios en las relaciones de los particulares con el Estado, no ya por las razones a las que apelaba la crítica elitista a los partidos, sino porque se advierte su radical inadaptación a las nuevas condiciones de la democracia. No en vano la cultura política, basada en la militancia partidista, se ha transformado para convertirse en cultura cívica organizada en pautas y jerarquizada en valores pluralistas, transformando el concepto mismo de democracia, que ha pasado de ser una democracia de partidos, a ser una democracia multidimensional en la que los procesos de representación y participación clásicos han venido siendo paulatinamente reemplazados por la organización de la ciudadanía en asociaciones cívicas de distinta naturaleza y objetivos.

Pero también del lado de la sociedad civil, se produjeron transformaciones traumáticas: los sindicatos fueron perdiendo paulatinamente su función como agentes necesarios del consenso y del cambio social, en la medida en que al desarrollarse el Estado de bienestar se disolvió el *clivage* de clase, que les daba su razón de ser. No se debe olvidar que a raíz de las políticas sociales expansivas originadas en el Estado social, la clase obrera, paulatinamente fue desapareciendo a medida que los obreros industriales fueron adquiriendo unas condiciones sociales y una capacidad de consumo cercanas a las que tenía la clase media tradicional.

Todos estos experimentos a pesar de sus evidentes costes sociales produjeron, sin embargo, una consecuencia positiva: permitieron eliminar de una vez por todas aquella idea estatalista, según la cual, entre los individuos y el Estado no existían otro espacio distinto a *la suprema comunidad política* o las entidades públicas reconocidas por ella, con la ventaja adicional de abrir la participación en la formulación y desarrollo de la política pública a sectores populares e instituciones no vinculadas al *establishment* estatalista, mediante esquemas basados en la autogestión y en el voluntariado.

Y en consecuencia la teoría de la democracia, ante la necesidad de recoger todo este conjunto de nuevas realidades, ha sufrido un giro copernicano. La respuesta dogmática a esta novedosa situación fue la proclamación y el desarrollo de un nuevo modelo democrático, mucho más cercano a aquel ideal radical roussoniano y jeffersoniano¹⁶⁹ de la participación directa del pueblo en el gobierno en donde a los clásicos sistemas de participación democrática del paradigma representativo se agregan algunos instrumentos que garantizan y promueven la participación directa de los ciudadanos en los asuntos que les incumben, y se intenta volver a la política de lo local y lo concreto. Este nuevo modelo democrático se denomina democracia participativa y pluralista, y consiste en una redefinición del concepto de soberanía y en una reasignación de los roles de los ciudadanos dentro del sistema.

En relación con el concepto de soberanía, su titular deja de ser el ente abstracto nación y se vuelve a la idea original de que la soberanía la ejerce el pueblo directamente. En cuanto a la transformación de los roles ciudadanos, en este modelo los individuos que conforman la comunidad política dejan su papel de receptores pasivos de derechos y se convierten en gestores directos de los asuntos públicos más cercanos a sus intereses cotidianos, de tal suerte que al sufragio y al clásico derecho de conformar y participar en partidos políticos, el modelo incorpora mecanismos de participación activa de las personas tales como las asambleas populares, las audiencias públicas, los comités de consulta ciudadana, los consejos metropolitanos, la redacción y enmienda de actas consultivas, los distintos tipos de referéndum y las iniciativas legislativas populares entre otras.

En definitiva, como lo afirma Bobbio, las sociedades contemporáneas están en la búsqueda de nuevos medios que les permitan

169 Ya Thomas Jefferson en 1782 caracterizaba bellamente el ideal participativo de la democracia de la siguiente manera: "Cualquier Gobierno degenerará cuando se le confía solamente a sus gobernantes. Por lo tanto, el pueblo mismo es su único depositario seguro", véase Ford, P., ed. *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 4. New York, 1894, citado por Zimmerman, J. *Democracia participativa, el resurgimiento del populismo*. México, Editorial Limusa, 1992, p. 29.

transitar hacia un modelo de organización política en el que la democracia formal se vuelva más real, la democracia política se extienda a la sociedad y la democracia representativa se complemente con mecanismos de democracia directa.¹⁷⁰

7.2. La democracia participativa en Ecuador

Cuando en otro apartado de este estudio se habló de los rasgos básicos del modelo constitucional, que lucha por consolidarse en América Latina desde mediados de los años ochenta, se mencionó que una de sus características más significativas era la introducción de la democracia participativa como modelo político predominante. Se dijo también que el ordenamiento constitucional inaugurado en 2008 no era ajeno a este talante. Uno de los cambios sustanciales que implicó la aprobación de la Constitución de 2008 fue la asunción del modelo democrático participativo y pluralista. Prueba de ello es que todo el texto constitucional está traspasado por disposiciones que tienen como objeto desarrollar las múltiples y complejas facetas del paradigma de la participación popular en los asuntos públicos. Veamos.

El principio de participación se esboza en el artículo 1 de la Constitución, que nos habla del carácter participativo y pluralista del Estado ecuatoriano. Como se puede observar con su sola lectura este enunciado normativo resalta la importancia dada a la participación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en cuanto introduce un elemento nuevo fundamental. Lejos de concebirla como una mera práctica deseable dentro del comportamiento político de quienes viven en Ecuador, la erigen en principio fundante del Estado y en fin esencial de su actividad, lo cual implica para sus autoridades el deber de facilitarla y promoverla en las distintas esferas de la vida y el de fomentar la participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisiones que conciernan al destino colectivo.

170 Véase Bobbio, N. *El futuro de la democracia*. México, 1986.

Por su parte, en el inciso 2 del mismo artículo constitucional que habla de la soberanía, se define qué es el principio participativo. Dice concretamente el enunciado:

La soberanía radica en el pueblo cuya voluntad es el fundamento de la autoridad y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. En vista de la importancia de su contenido detengámonos un momento a analizar el texto de la disposición transcrita: La primera característica de la norma que estamos estudiando es que no se limita a enunciar el principio, sino que esboza dos vías de realización del mismo una primera al señalar que la participación implica el ejercicio directo de la soberanía por parte del pueblo, y una segunda al reconocer su ejercicio indirecto a través de los representantes que ejercen el poder público. Se pretende pues, la complementación de los dos modelos -democracia representativa y directa-, aprovechando las virtudes del sistema representativo e incorporando las ventajas de la participación ciudadana, todo lo cual estructura la base del esquema de “democracia participativa” [el resaltado es nuestro].

En materia del ejercicio del poder político y social por parte de las personas, la Constitución de Montecristi representa la transferencia de extensas facultades a los individuos y grupos sociales. El derecho a la igualdad, la libertad de expresión, el derecho de petición, el derecho de reunión, el derecho de petición de información o el derecho de acceder a los documentos públicos, entre otros, permiten a los ciudadanos una mayor participación en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas. Los mecanismos de protección de los derechos fundamentales por su parte han obrado una redistribución del poder político en favor de toda la población con lo que se consolida y hace realidad la democracia participativa.

En el campo de la organización electoral se amplían los mecanismos existentes antes de la aprobación de la Carta constitucional. El artículo 61 consagra el derecho a participar en la conformación,

ejercicio y control de poder político no solo mediante la facultad de elegir y ser elegido, sino también pueden participar en los asuntos de interés público, así como reconoce el derecho de todos a ser consultados y el derecho deber de fiscalizar la acción pública. Por otra parte, se asegura la participación de partidos y movimientos minoritarios en las mesas directivas de los cuerpos colegiados y se permite la participación de los partidos o movimientos políticos que no hacen parte del Gobierno en los organismos electorales.

La Constitución, además, reconoce la posibilidad del voto programático e incluye los mecanismos de participación en el proceso de reforma constitucional, permitiendo que grupos representativos de ciudadanos presenten proyectos ley o soliciten someter a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso en materia de derechos y garantías fundamentales o de procedimientos de participación popular.

En cuanto al ejercicio de la función administrativa, la Constitución postula que se deberá dar participación *paritaria* a la mujer en los niveles decisorios de la administración y en los cargos meritocráticos y de elección. Por mandato constitucional, el legislador está llamado a organizar las formas y los sistemas de participación ciudadana, que permitan vigilar la gestión pública en los diferentes niveles administrativos y sus resultados:

Mención especial merece la proyección de la democracia participativa en el campo de los servicios públicos: al Estado, con la participación de los particulares y de la comunidad, le ha sido confiado el incremento progresivo de la cobertura de la seguridad social y la prestación del servicio público de la salud. La participación de la comunidad educativa en la dirección de las instituciones de educación, y el fomento de las prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación son signos distintivos del servicio público de la educación. En general, la gestión y fiscalización de las empresas estatales de servicios públicos deberá ser determinada por la ley, de manera que se haga realidad la participación de los miembros de la comunidad en las decisiones que más directamente los afectan.

En cuanto a la participación directa del pueblo en las funciones clásicas de la rama legislativa del poder público, se otorga a los grupos significativos de ciudadanos la posibilidad de presentar proyectos de ley o de reforma constitucional y de participar a través de organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernan en materia del control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad. Pero la democratización de la función pública también se extiende a la administración de justicia, de forma que los particulares pueden ser investidos transitoriamente de esta función en condición de conciliadores o árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad. Cabe resaltar la expansión de los mecanismos de participación ciudadana en los procesos de constitucionalidad. Estos no se limitan ya exclusivamente al ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, sino que se amplían permitiendo la intervención de cualquier ciudadano en los procesos promovidos por otros, o en aquellos adelantados por la Corte Constitucional en ejercicio de las funciones a ella confiadas.

En lo que respecta al régimen territorial, la Constitución hace extensivo el principio democrático a la órbita regional, provincial y municipal mediante la elección directa de alcaldes y prefectos, la realización de consultas populares por iniciativa de los respectivos jefes del ente territorial, la participación ciudadana en los asuntos públicos de carácter local, la participación de las juntas administradoras locales en los planes y programas municipales de desarrollo económico y social, y la participación de las autoridades de los pueblos indígenas en la conformación y el gobierno de los territorios indígenas, especialmente en lo que concierne a la explotación de los recursos naturales.

En materia económica, presupuestal y de planeación también ha operado un fenómeno de proliferación de espacios y mecanismos de participación democrática directa. Superando la antinomia entre capital y trabajo, la Constitución otorga al legislador la posibilidad de establecer estímulos y medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas.

Por otra parte, de manera deliberada, el constituyente ha buscado la democratización de la sociedad y la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva al acoger como criterio para la distribución del gasto público y la participación en los ingresos corrientes. Por su parte, el legislador es responsable de la determinación de los procedimientos conforme a los cuales se hará efectiva la participación ciudadana en la discusión de los planes de desarrollo.

Sin embargo, el principio de democracia participativa no solo penetra el ejercicio del poder público, sino que además permea ámbitos de la vida privada anteriormente excluidos de la regulación estatal. En efecto, la participación en la vida política, cívica y comunitaria del país es elevada al estatus de deber constitucional de la persona y del ciudadano, y el Estado y la sociedad deben garantizar la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud. Por otra parte, es deber del Estado contribuir a la constitución de mecanismos democráticos que operen dentro de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales de manera que se ejerza un control y vigilancia más efectivos de la gestión pública desarrollada por aquellas. Por último, el legislador es obligado por la Constitución a garantizar la participación de la comunidad en la toma de decisiones que puedan afectar el derecho de todas las personas a gozar de un medioambiente sano.

Esta breve relación de las normas constitucionales es suficiente para comprender que el principio participativo que la Carta prohija es transversal y expansivo. Decimos que es transversal puesto que compromete los más variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados, y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea, por tanto, susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social.

Por lo dicho hasta aquí, es evidente que el modelo democrático participativo trasciende la existencia de mecanismos para que los

ciudadanos tomen decisiones en referendos o en consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, pero implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. La participación ciudadana en escenarios distintos del electoral alimenta la preocupación y el interés de la ciudadanía por los problemas colectivos; contribuye a la formación de unos ciudadanos capaces de interesarse de manera sostenida en los procesos gubernamentales y, adicionalmente, hace más viable la realización del ideal de que cada ciudadano tenga iguales oportunidades para lograr el desarrollo personal al cual aspira y tiene derecho.

En definitiva, el modelo democrático participativo expresa claramente una nueva concepción en relación con la intervención de los ciudadanos en la definición del destino colectivo. De ahí que su dimensión dominante no se limite al campo de la participación política, pues se concibe como un principio de organización y de injerencia activa de los individuos, que irradia todos los procesos de toma de decisiones que tienen lugar en los distintos campos y esferas de la vida social.

En ese sentido, el principio de participación democrática expresa no solo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de valores y de comportamiento social fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades, así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo, lo cual implica una transformación sustancial de los objetivos constitucionalmente deseables de todo el ordenamiento.

7.3. Las consecuencias de la constitucionalización del principio de participación en la teoría de las fuentes: el debate sobre la capacidad de los mecanismos de participación ciudadana como fuentes directas del derecho en Ecuador

En el apartado anterior se pudo comprobar cómo el modelo democrático participativo no se limita a hacer una elaboración distinta de los derechos constitucionales a la participación política, sino que obedece a unos fines que, como hemos visto, abarcan todo el espectro constitucional. Es evidente, por tanto, que la democracia participativa contemporánea es mucho más vasta y compleja que la democracia directa que propendía el modelo clásico roussoniano pues este se limitaba a exigir que el pueblo ejercitara directamente la soberanía, es decir que en aquel tiempo participación era sinónimo de derechos políticos.

Si tenemos en consideración que este conjunto de objetivos constitucionales vinculados al principio de participación requieren de concreción normativa, nos aparece de repente un nuevo punto de vista a partir del cual se debe analizar la asunción del modelo democrático participativo en un ordenamiento jurídico dado, nos referimos a la estructura y funcionamiento de las fuentes del derecho en el marco de ese nuevo paradigma, lo cual hace necesario estudiar la virtualidad de los mecanismos institucionales que hacen posible la participación del pueblo en las decisiones que le afectan como fuentes directas del derecho, es decir, la capacidad que despliegan estos instrumentos de crear derecho nuevo.

En ese sentido, la realización plena y efectiva de los objetivos del modelo participativo implica algunas transformaciones internas importantes del ordenamiento, pues sin el reconocimiento de una serie de mecanismos positivos destinados a garantizar la efectiva y directa participación de la ciudadanía en los más diversos asuntos públicos, esa participación quedaría convertida en una declaración retórica hueca de contenido.

En cumplimiento de ese deber de garantía y concreción, el artículo 103 de la Carta definió cuáles eran las formas de participación democrática que aparte del voto se reconocían en el ordenamiento constitucional colombiano. El citado artículo dispuso lo siguiente:

Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la Consulta popular, el Cabildo abierto, la Iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concentración, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan [el resaltado es nuestro].

Es pues claro que el artículo 103 constitucional expresa positivamente dos propósitos diferenciados: en primer lugar definir las normas marco que rigen la participación de las organizaciones civiles no gubernamentales en la vida política, social y económica del país y, en segundo término, y más importante para nosotros, regular la manera cómo se van a desarrollar las nuevas competencias normativas que la Constitución reconoce al pueblo en ejercicio de su soberanía.

Si centramos nuestra atención en el segundo de los objetivos mencionados, y lo llevamos hasta sus últimas consecuencias, es evidente que una vez aceptado constitucionalmente el modelo de democracia participativa, uno de los asuntos trascendentales a los que deben enfrentarse los ciudadanos cuando asumen su condición de seres autónomos es participar activamente en el proceso de creación de las normas jurídicas.

Teniendo como telón de fondo la disputa sobre el agotamiento o persistencia del poder constituyente en el constitucionalismo

contemporáneo,¹⁷¹ en Ecuador se ha producido una importante discusión teórica entre quienes consideran que la adopción constitucional del modelo participativo y pluralista, y concretamente la participación activa del pueblo en el proceso de creación del derecho, implica una modificación sustancial del sistema de fuentes vigente, y quienes creen que la participación ciudadana reconocida en la Constitución solo configura una forma especial de iniciativa legislativa pero de ningún modo transforma el sistema de fuentes.

Un ejemplo de la primera postura la encontramos en la obra del constitucionalista Juan Manuel Charry,¹⁷² para quien, atendiendo a un concepto subjetivo y orgánico de fuentes, los mecanismos de participación ciudadana reconocidos en la Constitución dan lugar en su ejercicio a una categoría normativa nueva y diferente de la ley y de los reglamentos: las decisiones ciudadanas.

El mencionado autor traza el mapa jerárquico de los actos normativos constitucionalmente admisibles de la siguiente manera: en primer lugar estarían las normas constitucionales, en segundo

171 Como es bien conocido, en relación con la noción de poder constituyente existen dos posiciones contradictorias: la de aquellos que, fieles al primer constitucionalismo revolucionario francés, conciben que el poder constituyente es un concepto prejurídico exterior y anterior al derecho que se agota en el acto constituyente, por ende inessential e irrelevante para el derecho constitucional. La otra posición es la de quienes, partiendo de una concepción más moderna del derecho creen que el poder constituyente no solo no es un elemento externo al derecho constitucional, sino que además sin él no es posible entender el concepto de primacía y eficacia normativa de la Constitución, puesto que solo su acción continua da legitimidad (validez) y eficacia a la Constitución. Mientras para los seguidores de la primera opción el concepto de Poder Constituyente, está por definición agotado, y a partir de la consolidación de los distintos modelos constitucionales que hoy existen en el mundo generalmente ha sido reemplazado por el concepto más moderno y limitado de poder de revisión de la Constitución. Los autores que siguen el segundo criterio consideran que el ciclo constitucional de la posguerra implicó también la rehabilitación de la idea de la soberanía del pueblo, de tal suerte que, desde el punto de vista jurídico, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial el poder constituyente, lejos de ser extrasistémico se ha mantenido siempre en la categoría de las fuentes de producción del derecho positivo, en cuanto fuente de producción de las normas constitucionales. Sobre este particular, véase Palombella, G. *Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*. Granada, Editorial Pomares, 2000, pp. 13 a 49.

172 Charry, J. M. *Sistema Normativo de la Constitución de 1991*. Bogotá, Editorial Temis, 1993.

término le siguen las decisiones ciudadanas y, por último, encontramos a los distintos tipos de ley y a los actos administrativos, lo cual querría decir que las decisiones ciudadanas son expresiones normativas de la ciudadanía en ejercicio de la democracia directa, por tanto constituyen un nuevo tipo de norma.¹⁷³

A juicio de los autores que participan de esta opinión, la diferencia de las normas surgidas de la participación popular respecto del resto de las fuentes del derecho que les atribuye un rango superior al de las leyes se encuentra en el hecho de que las normas surgidas de la participación popular (decisiones ciudadanas) son una expresión concreta del poder constituyente que de acuerdo con la teoría democrática corresponde al pueblo.

Esto significa un cambio importante en la función y en la naturaleza del poder constituyente, pues, al contrario de lo que opinan quienes suscriben una concepción clásica del derecho, para los autores que defienden el carácter normativo autónomo de los mecanismos de participación ciudadana, la expresión normativa del poder constituyente no es única sino plural, de tal suerte que una vez sancionada la Constitución, el pueblo no se retiraría al supuesto estado de latencia que tradicionalmente se le otorga al llamado constituyente primario, sino que se mantendría activo a través del ejercicio de un poder normativo distinto y superior al del legislador, por ser un poder normativo permanente y originario cuyo fundamento no se encuentra en legalidad alguna, sino que viene dada por la propia legitimidad democrática.

Desde un punto de vista kelseniano las consecuencias son claras: si las normas producidas por el pueblo a través del ejercicio de los mecanismos de participación están por encima de la ley en sentido formal, significa que el Parlamento y los demás poderes normativos existentes en el país no tienen capacidad suficiente para controvertir la voluntad popular expresada en este tipo de normas y que, por tanto, estas tienen un límite en la propia Constitución que ampara las decisiones ciudadanas mientras esta mantenga su vigencia.

173 *Ibid.*, p. 9.

Sin embargo, la opinión mayoritaria es la contraria. La mayoría de los juristas que se han ocupado del problema de las fuentes entiende que el reconocimiento constitucional de los mecanismos de participación ciudadana no implica, de ninguna manera, una mutación en el sistema de fuentes, sino que se trataría de manifestaciones *sui generis* de la ley o de los reglamentos,¹⁷⁴ y por ende consideran un error entender a los mecanismos de participación ciudadana como fuentes directas de producción de derecho. Las principales razones en las que sustentan su argumento son las siguientes:

- En primera instancia, consideran equivocado e insuficiente el concepto de fuentes que manejan los autores que defienden que los mecanismos de participación ciudadana son fuentes del derecho, puesto que en su opinión ven el problema solamente desde el punto de vista orgánico y subjetivo y se olvidan del plano funcional. A su juicio, considerada la cuestión en toda su complejidad se llega a la conclusión contraria, esto es que los mecanismos de participación ciudadana tienen un contenido político claro: la ampliación de la democracia, pero en el plano jurídico apenas si tienen efectos.
- En segundo lugar, los juristas que defienden el modelo tradicional de fuentes consideran que quienes afirman que los mecanismos de participación son el origen de formas de derecho diversas de las tradicionales confunden dos conceptos básicos del derecho constitucional: poder constituyente e iniciativa legislativa. A juicio de los defensores de la teoría

174 Quienes asumen esta posición tradicional, en el fondo existe la convicción profunda de que la democracia directa es esencialmente incompatible con el concepto de Constitución, puesto que el constitucionalismo ha sido —desde sus orígenes— y es por definición representativo. Por ello, cuando se tienen que enfrentar al hecho de que las constituciones contemporáneas incluyen mecanismos de democracia directa, resuelven el problema a través de una regulación legal de los mismos que garantiza que estos mecanismos no interfieran con la posición prevalente de la ley y de los órganos representativos.

clásica de las fuentes, la Constitución crea a través de los mecanismos de participación ciudadana un caso especial de iniciativa legislativa, pero nunca un poder normativo autónomo y mucho menos un tipo normativo distinto a los ya conocidos, de tal suerte que las expresiones normativas derivadas de los mecanismos de participación ciudadana no son —no pueden ser— una expresión del poder constituyente, sino que hacen parte de una mera iniciativa legislativa sujeta como cualquier iniciativa a los límites establecidos en la Constitución y en la ley.

Esa confusión es la que lleva a considerar que las manifestaciones normativas originadas en la ciudadanía y expresadas a través de los mecanismos de participación tienen una naturaleza cuasiconstitucional, por tanto, están por encima de las leyes y de los actos administrativos. En opinión de estos juristas tradicionalistas, el concepto de soberanía técnicamente considerado debe reservarse exclusivamente a la posibilidad que tiene el pueblo de cambiar la Constitución, es decir que el concepto de soberanía es un concepto estrictamente político y por consiguiente pre y extrajurídico.

De las dos posiciones teóricas aquí esbozadas, la que a nuestro juicio mejor se ajusta al espíritu de la Constitución tanto en el plano político, como desde el punto de vista técnico jurídico es la primera. Ciertamente desde una óptica técnica esa tesis cuenta con un mejor sustento dogmático dado el artículo 103 de la Constitución, siendo una típica regla de producción del derecho, abre paso a la actuación de la ciudadanía, no ya en su rol tradicional de poder constituyente, sino, y aquí está la novedad, como órgano constitucional autónomo encargado de producir derecho, función normativa que por provenir directamente del titular de la soberanía, es de superior jerarquía a los demás órganos con competencias normativas.

Así mismo, en términos políticos la opción que defienden quienes creen en la autonomía del poder normativo de la ciudadanía

es también la mejor, pues se ajusta plenamente a la voluntad de la Asamblea Constituyente expresada en forma diáfana en el artículo 1 de la Carta política que transforma al Estado ecuatoriano en un estado participativo, pluralista y descentralizado. Ciertamente sería un contrasentido serio entender que en un Estado que se soporta en el principio participativo la contribución de la ciudadanía en la creación de las normas del Estado estuviera supeditada a la voluntad y a los procedimientos que disciplinan las atribuciones normativas de los poderes constituidos.

7.4. Consideraciones finales

Como se puede apreciar desde el punto de vista del derecho positivo, hay que reconocer que la virtualidad de los diferentes mecanismos de participación ciudadana como fuentes directas del derecho es, desgraciadamente, casi nula, pues la interpretación que se ha dado a los mecanismos de participación terminó transformando una capacidad normativa autónoma en una mera iniciativa legislativa popular totalmente restringida.

Así mismo, hay que decir que las posibilidades de un cambio en esta situación son por ahora prácticamente inexistentes, puesto que la Corte Constitucional, en uso de sus atribuciones como principal intérprete y garante de la Constitución, realizó una interpretación de la Carta tal que limita a tal punto la capacidad normativa popular que la transforma en una mera declaración más o menos retórica de intenciones carente de cualquier eficacia normativa.

Ahora bien, como la existencia o no de los derechos no depende de un reconocimiento constitucional o legal, sino que depende fundamentalmente de la capacidad política de exigirlos, en el caso de la capacidad normativa directa de la ciudadanía, independiente y autónoma de la competencia que tiene la Asamblea Nacional de dictar leyes generales y abstractas, es necesario recuperarla a través de la acción política y la reivindicación permanente de la devolución de esa competencia constitucional al pueblo como su legítimo titular.

Evidentemente este camino nos lleva del interior al exterior del ordenamiento y, por tanto, se trataría en últimas de movilización del constituyente primario en cuanto tal, solo que en este caso dicha movilización no tendría por objeto hacer una nueva Constitución, sino obligar a una interpretación que la purgue de las “adherencias antidemocráticas” que la vida institucional y la acción retardataria del Ejecutivo han impuesto al concepto de democracia participativa que recoge la Constitución como uno de sus pilares fundamentales.

Capítulo VIII

Los sistemas jurídicos propios como fuente del derecho en los territorios indígenas

Después de un largo recorrido por las distintas fuentes del derecho finalmente hemos llegado a la última de ellas. Nos referimos a los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas. La cuestión esencial al analizar esta particular fuente del derecho es dilucidar si de acuerdo con el principio de juridicidad vigente, esos sistemas jurídicos indígenas, distintos del derecho legislado, hacen parte o no de las fuentes del derecho entendidas en sentido estricto. En consecuencia, saber si los jueces nacionales están obligados a tenerlos en cuenta a la hora de dictar sus providencias, y si es así, estudiar la forma en que lo hacen.

8.1. Aproximación jurídico formal al “derecho indígena”

Como se sabe en el derecho constitucional ecuatoriano se desconocía la realidad multiétnica, pluricultural y plurinacional existente en el territorio, dejando en manos de la ley y particularmente de los reglamentos la definición de la política pública relacionada con las poblaciones indígenas. Con ocasión del proceso constituyente de 1998, esa Constitución acogió, desde una óptica normativa, el debate sobre los derechos étnicos y la posibilidad de construir una ciudadanía multicultural a partir del reconocimiento de ciertos derechos especiales, debate que ha dado como

resultado el reconocimiento, más o menos amplio, del pluralismo jurídico el cual se ha producido mediante el reconocimiento de que los sistemas jurídicos, de control y regulación social de estos pueblos son también Derecho, con mayúscula.

En relación con la discusión sobre el concepto de derecho, debemos recordar que tal como Giovanni Tarello ha dicho¹⁷⁵ en el lenguaje común de prácticamente todas las sociedades modernas la palabra “derecho” más o menos expresa siempre el mismo concepto, sin embargo, desde el punto de vista técnico cuando se habla del derecho, los usos de esta palabra revisten una notable dificultad.

Así pues, a pesar de que existen infinidad de definiciones de derecho, algunas muy conocidas como la kelseniana,¹⁷⁶ o aquella famosa proveniente de la teoría histórica del derecho,¹⁷⁷ o también la que proponen los defensores del realismo jurídico, para quienes el derecho es solo aquello que el juez dice que es derecho; vemos que la definición más aceptada de derecho es aquella proveniente del positivismo según la cual el derecho —en estricto sentido— solo es el conjunto de reglas que en una determinada sociedad regula tres aspectos fundamentales: a) la represión de los comportamientos considerados socialmente peligrosos; b) la atribución tanto individual como colectiva de bienes y servicios; y, c) la organización del poder público.¹⁷⁸

175 Para una explicación esquemática y clara sobre los términos del debate alrededor del concepto de derecho, véase Tarello, G. “Organizzazione Giurídica e Società Moderna”. *Manuale di Diritto Pubblico, Il Mulino*. Amato G. y Barbera A. (a cura di). Bologna, 1997, pp. 1-21.

176 Para Kelsen, las reglas jurídicas se diferencian de las otras reglas sociales en el hecho de que incluyen una sanción, la cual configura el espacio de lo jurídico, de tal suerte que el derecho coincide con el monopolio del uso regulado de la fuerza en una sociedad dada.

177 Para la teoría histórica del derecho, especialmente para aquella de origen marxista, el fenómeno derecho coincide con la formación social llamada Estado y es un producto de este.

178 La anterior definición nos lleva directamente a reconocer las tres funciones clásicas del derecho en las llamadas sociedades modernas: a) el control social sobre los comportamientos considerados peligrosos; b) la atribución de bienes y servicios; c) la organización del poder. No debemos olvidar que estas tres funciones corresponden perfectamente con los núcleos centrales de los sectores en los cuales tradicionalmente se divide el derecho. A la función represiva corresponde el núcleo del derecho sancionatorio (sea este penal o administrativo); a la función atributiva corresponde el núcleo del derecho privado (sea este civil o mercantil); a la función organizativa del poder corresponde el derecho constitucional y el derecho procesal.

Pero eso no significa que siempre haya sido así, concretamente las mal llamadas “sociedades primitivas” tienen al interior de su cultura mecanismos de aplicación de sanciones frente a las trasgresiones de las reglas sociales, lo cual indica que derecho siempre ha existido y no solo a partir de la aparición del Estado moderno,¹⁷⁹ pero ciertamente solo en las sociedades modernas existe un poder racionalizado —en la terminología de Max Weber—, y únicamente en este tipo de sociedades los mecanismos sociales de atribución y organización del poder están juridificados y son percibidos culturalmente como parte del derecho.¹⁸⁰ Por eso, las definiciones modernas de derecho incluyen la organización del poder a diferencia de aquellas históricas que se limitan bien a la función represiva, bien a la función atributiva o, en el mejor de los casos, a ambas, pero que excluyen la función de organización del poder propia del derecho contemporáneo.¹⁸¹

Las anteriores consideraciones son de capital importancia respecto de la delimitación del objeto de estudio para tres disciplinas relacionadas con el derecho: la jurisprudencia, la historia del derecho y la antropología jurídica. Mientras la jurisprudencia se ocupa —según sus cultores— del derecho como objeto en sí,¹⁸² la historia del derecho, tradicionalmente ha tenido problemas en relación con la determinación de su objeto de estudio;¹⁸³ entre tanto, la antropología jurídica tiene

179 De hecho todas las sociedades humanas, por “poco desarrolladas” que estén, poseen mecanismos de represión de comportamientos socialmente dañinos, mecanismos de atribución de bienes y mecanismos para organizar el ejercicio del poder.

180 Por eso, en la noción moderna de derecho tiene una especial relevancia la función institutiva del poder.

181 Por eso, cuando se habla de la parte del derecho que estudia la función organizativa e institutiva del poder se habla de un derecho nuevo, propio de la sociedad moderna y contemporánea, o más precisamente se trata de un derecho exclusivo del Estado moderno. Al respecto, véase G. Amato y A. Barbera, *op. cit.*, t. 1 caps. 2 y 3, pp. 23 a 116.

182 Sobre el particular, véase K. Larenz, *op. cit.*, caps. 2 y 3, pp. 25 a 28.

183 Los problemas de la historia del derecho con relación a su objeto de estudio se manifiestan especialmente en el debate sobre dos cuestiones fundamentales: a) determinar si al explicar las estructuras jurídicas del pasado se deben utilizar conceptos propios de la cultura del historiador, o por el contrario se debe acudir a los conceptos propios de la cultura estudiada, los cuales incorporan la percepción cultural de los operadores jurídicos de la época objeto de estudio; y, b) definir si es posible reconducir al lenguaje jurídico contemporáneo, nociones que en el pasado correspondían a mecanismos sociales distintos de los estrictamente jurídicos.

muchas dificultades para estudiar los fenómenos jurídicos actuales puesto que tradicionalmente se ha encargado de estudiar sociedades donde a pesar de que las funciones represivas, atributivas de derechos y obligaciones y ordenadoras del ejercicio del poder son fácilmente reconocibles, no lo son en términos específicamente jurídicos, esto es, en términos del sentido actual del vocablo derecho, porque hacen parte del conjunto indiferenciado de instituciones sociales.

La irrupción del derecho indígena en el interior mismo del derecho constitucional “pone de cabeza” toda esta visión tradicionalmente aceptada de los fenómenos jurídicos en las sociedades modernas, así sea en sociedades relativamente periféricas como la ecuatoriana. Como se dijo cuando tratamos el problema de la política indígena nacional posterior a la promulgación de la Constitución de 1991, la “legislación indígena” nacional está conformada por tres pilares fundamentales: las normas constitucionales, la legislación indígena *stricto sensu*; por último, y aquí la novedad, por los sistemas jurídicos propios de cada uno de los 82 pueblos indígenas que habitan el territorio colombiano.

En síntesis, el concepto de “derecho indígena” incorpora tanto al conjunto de reglas y subreglas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la relación entre la sociedad nacional y los pueblos indígenas, como también los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas. Veamos someramente cada una de ellas.

8.2. El derecho indígena de origen estatal: la llamada legislación indígena

Para hacer una lectura técnico jurídica de la legislación indígena ecuatoriana, lo primero que debemos precisar es qué entendemos por tal. En ese sentido, cuando hablamos de legislación indígena, nos estamos refiriendo al conjunto de normas y procedimientos de derecho interno, que regulan las relaciones y la articulación entre el Estado nacional y las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas. Después de la promulgación de la Constitución de

1998, este conjunto normativo está conformado por tres tipos de normas: preceptos constitucionales que definen los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros y regulan las obligaciones que tienen las autoridades públicas nacionales respecto a la población indígena; normas expedidas por el legislador ordinario y, por último, las normas reglamentarias, tanto nacionales, como departamentales y municipales.

Tomando en consideración el carácter general de este capítulo, solo haremos mención a las normas constitucionales y a algunas de las legales. Omitimos, por tanto, cualquier comentario en relación con los reglamentos que hacen parte sustancial de la legislación indígena estatal.

8.2.1. El componente constitucional de la legislación indígena

Respecto del primer extremo de la legislación indígena, tenemos que el constituyente de Montecristi estableció en el artículo 1 que: “Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

Al realizar un análisis separado de cada uno de los enunciados de la norma, encontramos, en primer lugar, que la definición del estado como “constitucional” significa que Ecuador acoge el modelo de democracia constitucional que se desarrolló en el mundo entero luego del fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando, como se sabe, la protección integral de los derechos humanos se convierte en el fundamento de todo el orden jurídico y político. Este primer enunciado es fundamental porque implica concluir, por fin, el difícil tránsito iniciado en 1929, del modelo clásico de Estado liberal, cuando la función esencial del Estado era la protección a la propiedad individual, a un Estado verdaderamente “republicano”, organizado para defender y garantizar la plena y efectiva realización de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Que sea un Estado de derechos, y no tan solo de derecho, implica un reconocimiento explícito de la validez en el territorio ecuatoriano del pluralismo jurídico que representa la existencia de las 14 nacionalidades y 18 pueblos distintos con sistemas de control y regulación social, y formas de derecho propio distinto, aparte del reconocimiento de la vigencia en Ecuador del derecho trasnacional y del *ius mercatorum*.

El siguiente elemento relevante que caracteriza al Estado ecuatoriano es su carácter unitario. Esta caracterización responde tanto a la pertinaz continuidad en el nuevo tiempo constitucional de un inacabado proyecto nacionalista decimonónico, defendido por las elites dominantes, como a la urgencia de reinstitucionalizar el Estado después de la quiebra que sufrió en los 25 años de predominio neoliberal donde el Estado ecuatoriano prácticamente desapareció del escenario.

Este modelo unitario del Estado no es el clásico francés formulado por Napoleón, sino que las necesarias transformaciones del Estado como resultado de su inserción en el mercado mundial globalizado, y la importancia creciente que han adquirido los problemas políticos locales, hicieron necesaria su atenuación a partir del otorgamiento de competencias propias del poder central a otros entes de decisión política, desarrollando un singular modelo de descentralización mixta, que va desde la simple desconcentración de funciones administrativas del poder central —pasando por una cierta descentralización territorial en el nivel “provincial” del Estado—, y que termina en una versión de autonomía política regional cercana al modelo español. Como una versión especial de ese último nivel de descentralización están las previsiones constitucionales respecto de la autonomía territorial de las nacionalidades y pueblos indígenas.

El hecho de que el Estado ecuatoriano sea descentralizado, permite hacer una diferenciación importante: una cosa es un Estado unitario, en donde las responsabilidades políticas están unificadas, y otra muy distinta es una administración centralista del Estado. La Constitución de 2008 estableció un modelo administrativo

sui generis, que combina descentralización con autonomía manteniendo intacto el proyecto cultural y político unitario del liberalismo decimonónico, que permitirá al Estado, según sus defensores, construir por fin la anhelada “nación” ecuatoriana.

Como se verá en su momento, para el caso de los territorios indígenas, la descentralización se *profundiza* llegando estos a tener un importante grado de autogobierno político y jurídico que debe servir para remediar y rectificar el *error histórico* cometido con los pueblos indígenas, consistente en haber mantenido durante 150 años uno de los colonialismos internos más excluyentes de América Latina.

Que el Estado en Ecuador sea democrático y participativo, implica que los ciudadanos por primera vez en la historia constitucional tienen derecho a tomar parte de las decisiones políticas relevantes, no solo a través de los sistemas clásicos de participación política como el voto, sino sobre todo mediante mecanismos que permiten rescatar la iniciativa de la sociedad civil en la gestión y formulación de la política pública.

Ecuador, de acuerdo con el enunciado constitucional que venimos analizando, es un país pluralista. Si tomamos en sentido fuerte tal declaración, implicaría aceptar que dentro del marco de la Constitución, cabe cualquier tipo de diversidad tanto política, ética, religiosa, étnica o cultural. Sin embargo, la profesión de fe democrática que hace la propia Constitución y su vinculación al modelo del Estado democrático constitucional, nos indica que el proyecto cultural constitucional se halla dentro de la órbita del liberalismo igualitario, cuya tolerancia a las realidades liberales existe siempre que no se cuestione la eficacia de los derechos humanos. Así lo dice por lo menos el texto constitucional. Sin embargo, sobre esta importante declaración, cabría hacer una pregunta: ¿Cuál es el contenido efectivo, el núcleo duro, del derecho a la diferencia que proclama la Constitución, cuando se enfrenta con sociedades y personas que no participan en absoluto, o, en el mejor de los casos, solo comparten parcialmente los presupuestos filosóficos y morales del liberalismo proclamado constitucionalmente?

Sobre la base del reconocimiento del pluralismo étnico, y teniendo en mente las particularidades de origen y forma de vida de los indígenas ecuatorianos, la Constitución —concretamente la jurisdicción constitucional— parece valorar positivamente estas diferencias. En ese contexto, la cuestión indígena obtuvo en la Constitución de 1998, y luego en 2008, un relieve que nunca tuvo en toda la historia constitucional del país, pues, todos los títulos tienen disposiciones relacionadas con los indígenas, a tal punto de que podríamos afirmar que existe una “Constitución plurinacional o indígena” incrustada dentro del texto constitucional, que incorpora a la Constitución los principales elementos de la agenda política de las organizaciones indígenas ecuatorianas.

Recordemos que el título I contiene los fundamentos filosóficos y políticos que inspiran el Estado. Dentro de ese marco general, uno de los principios más importantes es aquel que reconoce el Estado plurinacional (artículo 1); el artículo 2, por su parte, formula la cooficialidad de lenguas y dialectos indígenas; el artículo 10, numeral 2 incorpora el principio de igualdad. Igualdad entendida en su sentido material, no meramente formal o jurídico. El citado artículo 10 de la Constitución establece la titularidad y el ejercicio individual y colectivo de los derechos constitucionales; el artículo 66, numeral 5, establece el derecho individual y colectivo al libre desarrollo de la personalidad que, en el caso de los indígenas, implica el reconocimiento de sus propias cosmovisiones.

El artículo 76 reconoce el derecho al debido proceso, derecho que en el caso de los indígenas implica que los jueces y tribunales ordinarios, en las decisiones que tomen, deben tener en cuenta los sistemas normativos y de control y regulación social propios de las nacionalidades y pueblos indígenas. Como se observa, esta directriz interpretativa se explica como la traducción al plano constitucional, de las recomendaciones y lineamientos establecidos en el Convenio 169 de la OIT, y en especial de lo dispuesto en el párrafo 1 de su artículo 8.

El artículo 57 de la Constitución, por su parte, admite la existencia del pluralismo jurídico en el país; aunque limite su eficacia a la necesaria conformidad de estos sistemas jurídicos, con las normas constitucionales y los derechos humanos.

Respecto al derecho “colectivo” al territorio, tenemos que la Constitución establece un sistema dual de protección que en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, separa el concepto de *tierras indígenas*, del más amplio: *territorio indígena*. Al respecto, el artículo 57, numeral 4 de la Constitución formula una protección reforzada, al establecer una limitación especial del derecho a la propiedad privada consistente en la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras comunitarias. En relación con el concepto de “territorio indígena”, acuñado por el Convenio, entre las numerosas conquistas de la causa indígena, reflejadas en la Constitución, tal vez sean las disposiciones constitucionales que le otorgan a los pueblos indígenas un ámbito territorial propio, las más significativas. Este reconocimiento se encuentra regulado en los artículos 57, numeral 5, y 57, numeral 11, de la Constitución.

El artículo 257 define que una de las formas de organización político-administrativa, reconocida por la Constitución ecuatoriana, es la de circunscripciones territoriales indígenas. Proceso que se desarrollará con base en las disposiciones del COTAD; ley que tiene el objetivo fundamental de acomodar el nuevo modelo territorial al modelo de Estado plurinacional.

Finalmente, encontramos al artículo 171 de la Constitución que da reconocimiento constitucional a las distintas formas de justicia indígena que se desarrollan en el territorio ecuatoriano. Al respecto, nos dice que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial. Sin dejar de reconocer que el artículo 171 es una de las normas más importantes de la llamada constitución plurinacional, no es menos cierto que establece algunas importantes limitaciones al ejercicio de la justicia indígena tales como:

- Su constreñimiento a un supuesto ámbito territorial indígena, sin que previamente se hayan definido en forma clara cuáles son los territorios indígenas en los que se puede aplicar la jurisdicción;

- Limita la aplicación de la justicia indígena a lo que los antropólogos jurídicos llaman conflictos intraétnicos, desconociendo que en aquellos territorios de mayoría indígena viven también mestizos, que en la medida en que habitan en estos territorios deberían sujetarse a la autoridad indígena;
- Hacen depender esa autonomía jurisdiccional de su sujeción a las disposiciones constitucionales y a los derechos humanos, la mayoría de los cuales obedecen a una visión paleoliberal y eurocéntrica del mundo.¹⁸⁴

8.2.2. El componente “legal” y reglamentario de la legislación indígena

Respecto al llamado componente legal de la legislación indígena, tenemos que en desarrollo del pluralismo jurídico promovido por la Constitución, la normatividad legal sobre indígenas está constituida por aquel conjunto de leyes que con anterioridad a la vigencia de la Constitución conformaban el denominado, por algunos, *fuero indígena*. Actualmente, y a efectos de eliminar cualquier vestigio de la perspectiva teórica integracionista que ilustraba la política indigenista anterior a 1998, a esta compilación normativa se le ha cambiado el nombre: hoy en día tal conjunto normativo se conoce simplemente como *Legislación Indígena Nacional*.

En primera línea de importancia se ubica el Convenio 169 de la OIT, que se caracteriza por abandonar el paternalismo frente a las nacionalidades y pueblos indígenas, y abordar en la regulación de las relaciones entre el Estado-nación y los diferentes nacionalidades y pueblos, la perspectiva de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos.

184 Montaña, Juan. “La función judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana”. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pp. 211.

Una de las consideraciones más significativas de la Conferencia General de la OIT, para la adopción de esta normatividad, tuvo que ver con la evidencia de que:

[...] en muchas partes del mundo [...] los pueblos indígenas [...] no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los estados nacionales en que viven, y que sus leyes valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.¹⁸⁵

En segundo término, encontramos a la Ley de Comunas de 1936, que filosóficamente obedece a una concepción integracionista, colonialista y dogmática de la cultura, y tuvo como propósito central el fortalecimiento de la posición dominante de la religión católica y de la Iglesia, como pilares de la cultura ecuatoriana. Esa unión paradójica entre Iglesia y Estado, en lo que se refiere a los *indios*, tenía como finalidad asimilar paulatinamente a la población indígena a la civilización católica, aprovechar su mano de obra para la incipiente industria nacional y fortalecer la unidad nacional mediante una política estatal de mestizaje fomentada por la iglesia católica.

Los puntos principales de esta ley son los siguientes:

- a) Suspendió la ofensiva encaminada a la disolución de los resguardos, desarrollada a partir de 1830 por los distintos gobiernos republicanos.
- b) Reconoció a las autoridades internas de las comunidades y señaló facultades civiles y administrativas a los cabildos, así como funciones penales y de policía, conforme a los usos y costumbres de cada grupo.
- c) Dio personería a los cabildos para representar a los miembros de la comunidad en cuestiones judiciales y administrativas.

185 Véase considerando 5, Convenio 169 OIT.

- d) Estableció mecanismos protectores de la integridad territorial indígena, como la imprescriptibilidad, la inembargabilidad y nulidad de las ventas dolosas de las tierras comunales, hechas sin los requisitos establecidos en la misma ley.
- e) Declaró a los indígenas, menores de edad a fin de exigir la autorización judicial en los casos de venta de tierras.

Paradójicamente, y como una prueba más de la condición dinámica del derecho, esta ley ha sido considerada por los indígenas —especialmente a aquellas comunidades y pueblos andinos—, a acogerla como una tabla de salvación, como el estatuto y la herramienta fundamental en la lucha contra el latifundio, razón por la cual la han defendido, la han asimilado como cosa suya y ha sido el instrumento jurídico más relevante en la lucha de los pueblos indígenas por la consecución de su derecho a existir como tales.

En tercer lugar, por orden de relevancia, tenemos todo el conjunto de normas relacionadas con la reforma agraria, que además de regular las competencias ordinarias del INIAP y de los entes gubernamentales encargados de llevar a cabo la política pública de Reforma Agraria, y de establecer el procedimiento para llevar a cabo esta tarea, define los lineamientos generales la política pública de titulación de tierras y territorios indígenas. La importancia de este plexo normativo para los pueblos indígenas estriba en que los dota de instrumentos jurídicos eficaces para hacer realidad una de sus reivindicaciones históricas más importantes: el establecimiento de instrumentos y procedimientos jurídicos de protección de las tierras comunales indígenas, aunque avanza muy poco en dirección a la solución del problema político esencial de los indígenas el del reconocimiento legal de sus territorios, como circunscripciones territoriales.

En cuarto y último lugar, tenemos a la LOGJCC y al Código Orgánico de la Función Judicial, que desarrollan legalmente las previsiones constitucionales acerca de la estructura de la función judicial y constitucional. Efectivamente, en relación con el nuevo rol que la Constitución otorga a las autoridades de los pueblos

indígenas, estas leyes determinan cuál es la estructura de la función judicial, e incluye a las autoridades indígenas como titulares y órganos de la jurisdicción indígena en sus respectivos territorios.

Como se puede observar, con el propósito de articular las demandas y reivindicaciones históricas de los pueblos indígenas en el marco de un proyecto nacional y una cultura constitucional, típicamente liberales, a partir de 1998, pero especialmente a raíz de la expedición de la Constitución de Montecristi de 2008, la legislación indígena nacional acoge sin ninguna duda aquellas *medidas especiales* de los que habla Kymlicka, que van más allá de los derechos comunes de ciudadanía.¹⁸⁶

Sobre el particular debemos enfatizar que, al contrario de las interpretaciones que hasta ahora se han hecho, el carácter de derechos colectivos debe ser entendida como intrínseca a las prescripciones del Convenio, y que su consagración no depende de la denominación que se le dé a los mismos, sino de la realidad al que pretende ser marco. En este sentido, buscando construir un escenario político más consecuente con la composición étnica y cultural del pueblo colombiano, la Constitución colombiana de 1991 rompe con la tradición constitucional clásica de la “representación indeterminada” al establecer la existencia de derechos especiales de representación, personificados en el reconocimiento constitucional de una circunscripción electoral especial para los representantes de los pueblos indígenas; reconoce algunos derechos que pueden ser denominados en palabras de Kymlicka como “poliétnicos”, tales como el acceso de los indígenas a un sistema educativo diferenciado, la organización de un servicio de salud especial para las comunidades indígenas, que además de los criterios sanitarios occidentales, tiene en cuenta los saberes de la medicina tradicional indígena, o, la limitación del servicio militar obligatorio a la población no indígena; y fundamentalmente, otorga una forma, aún limitada, de “derechos de autogobierno” consistentes en primer lugar en el reconocimiento y protección de sus territorios y tierras ancestrales,

186 Sobre el particular, véase Kymlicka, W. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona, Editorial Paidós, 1996, pp. 46 a 55.

así como la adjudicación de algunas facultades políticas, administrativas y judiciales autónomas a las autoridades indígenas, o el otorgamiento de recursos financieros para hacer posible el cumplimiento de tales competencias.

8.2.3. El componente propiamente indígena del derecho indígena: los sistemas jurídicos propios de las nacionalidades y pueblos indígenas

Es claro que la promulgación de la actual Constitución implica una modificación sustancial del sistema de fuentes, por cuanto aparte de las disposiciones constitucionales y la ley, en sentido amplio, reconoce el papel de fundamento del derecho vigente al precedente constitucional, a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, en cierta medida, a los mecanismos de participación ciudadana. Queda pues por demostrar que el reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural hace que los diferentes sistemas de control y regulación social son fuentes del derecho en el sentido técnico de la expresión, lo cual sin duda alguna, constituiría la mayor revolución al interior de la cultura jurídica ecuatoriana desde sus comienzos.

Aunque no ha habido un pronunciamiento expreso sobre el particular por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana,¹⁸⁷ sí existen en Ecuador algunos lineamientos al respecto tomados del desarrollo jurisprudencial colombiano sobre el tema, y que a falta de jurisprudencia nacional o de ley están siendo aplicados por los jueces nacionales.

187 Esto a pesar de que al interior de la Corte Constitucional existen varias demandas en trámite que permitirían definir, de una vez por todas, el tema. En primer lugar, existe una solicitud de interpretación del artículo 171, presentada por el presidente de la república, y existen tres acciones extraordinarias de protección que cuestionan la constitucionalidad de ciertas decisiones jurisdiccionales de las autoridades indígenas; también existen algunas solicitudes de resolución de conflictos de competencia que no han sido resueltos.

En particular debemos retroceder a 1996, cuando la Corte Constitucional colombiana¹⁸⁸ interpretó definitivamente el contenido del artículo 246 de la Constitución neogranadina, definiendo el núcleo esencial de la autonomía otorgado a las comunidades indígenas. Para la Corte colombiana, ese núcleo esencial se derivaba del hecho de que uno de los cuatro elementos del reconocimiento de la jurisdicción indígena en el ordenamiento constitucional colombiano era la potestad de los pueblos indígenas de establecer normas y procedimientos propios. A partir de ese momento quedó claro que, aparte del sistema jurídico nacional, en Colombia existen una importante cantidad de sistemas de derecho propio, y que cada uno de ellos es un universo distinto, por lo que resulta muy difícil establecer reglas generales aplicables a todos.

En Ecuador ocurre algo similar: existen 14 nacionalidades y 18 pueblos con cosmovisiones, tradiciones y formas de control y regulación social diversas por lo que resulta totalmente inconveniente intentar estandarizar alguna regla al respecto. Aun así, a modo de ejemplo de un sistema de derecho propio, y sin que exista ninguna pretensión de generalización o estandarización, se puede describir a grandes rasgos el ejercicio de justicia del pueblo kichwa de la Sierra central, ejercicio que se puede rastrear a partir de múltiples trabajos de etnografía jurídica.

En todos estos trabajos se muestran algunos rasgos comunes de estos sistemas de derecho propio.¹⁸⁹ Uno de estos rasgos comunes aplicable a los indígenas serranos, que define la estructura y el funcionamiento de la justicia indígena es el acto de *ponerse de acuerdo*

188 Así lo dispone la Corte Constitucional en su famosa sentencia C 139 de 1996, cuando dice: “En una sociedad como la colombiana donde existen 81 pueblos indígenas, muchos de ellos solo conocidos por especialistas, cuyos sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos”.

189 Véase la entrevista personal realizada a Pedro Torres por el autor, en Riobamba el 7 de julio de 2012.

que dirige todo el sistema de justicia kichwa y que busca “estar igual” o “ser de la misma especie”, en el sentido en que quien “está de acuerdo” con alguna cosa es “igual”, “lo mismo” que esa cosa y, por ende, forma parte de la cosa y adquiere sus características. De este modo, el consenso y la armonía se convierten en la meta esencial de la existencia de todo indígena, como quiera que solo de ese modo pueda vivir de conformidad con la ley de sus mayores, evitando que la lucha entre opuestos destruya la tierra y el universo.

Según los etnógrafos de la nacionalidad kichwa, especialmente de los pueblos de la Sierra central, “ponerse de acuerdo”, según la tradición runa se lleva a cabo en una dimensión del pensamiento que trasciende el nivel de lo simbólico, y en este sentido el “acuerdo” con alguna cosa no se logra estando en equilibrio con el símbolo o con la representación material de esa cosa, sino con su ser, con aquello que se oculta tras el símbolo. Esta forma de concebir la existencia, en la cual el orden universal determina al hombre al paso que las acciones humanas pueden llegar a desquiciar la entera arquitectura del orden cósmico, establece que, a partir de ella, surja un particular concepto de persona alejado totalmente de la visión occidental de individuo.

La consecuencia obvia de esta concepción es que el sujeto que resulta de esta perspectiva de la existencia se encuentra determinado, en forma primaria, por lo colectivo antes que por lo individual. En efecto, la autonomía del individuo no surge de un proceso de autodefinición sino, más bien, de un proceso de determinación de la personalidad a partir de las relaciones de la persona con la comunidad y de los roles y funciones que allí le corresponde desempeñar.

En cuanto al procedimiento o los procedimientos que las autoridades comunitarias han establecido para asumir el ejercicio de la jurisdicción indígena, los estudios etnográficos de la vida kichwa¹⁹⁰ nos permiten aseverar que “la justicia” de los pueblos de la Sierra central está cimentada en el respeto pleno a la jerarquía de las propias autoridades sobre la base de procedimientos tradicionales y

190 *Ibid.*

comunitarios, pero que cada caso tiene su propio proceso, de tal suerte que resulta imposible definir algo así como el principio de precedibilidad de los procedimientos desarrollado por la jurisprudencia colombiana,¹⁹¹ que en el caso ecuatoriano no existe.

Esto no significa que los miembros de la comunidad no estén conscientes de lo que ocurre en el ejercicio comunitario de justicia. El proceso mediante el cual se determina si un comunero rompió el orden y la armonía y faltó a la ley comunitaria constituye un ejercicio de carácter público, toda vez que toda la comunidad podría resultar afectada por los actos del presunto infractor. En la medida en que lo que está en juego es el equilibrio social, la resolución de un *asunto de justicia* implica largos debates que pueden desarrollarse a lo largo de varios días, hasta que se logre un consenso en torno a las causas que determinaron al individuo a actuar como lo hizo y cuáles serán los mecanismos más apropiados para restablecer la armonía rota. Cuando no logre alcanzarse un consenso en torno a la naturaleza de la falta y las sanciones a imponer, el asunto permanecerá en lo que denominan un statu quo, todo el tiempo que sea necesario, hasta que se llegue a un acuerdo adecuado para todos.

En relación con la determinación de las faltas contra el orden social comunitario, tenemos que en la Sierra central del Ecuador existe una gradación de conductas contrarias al orden comunitario que van desde la brujería, profanación de sitios sagrados, la infidelidad, la muerte, el consumo de alcohol, los atentados contra la propiedad comunitaria, el robo, el irrespeto a la familia, el chisme y los malos tratos. En cada uno de estos casos, la ofensa se hará pública y el nombre del infractor quedará manchado de por vida, mientras no confiese y pida perdón por sus faltas, y no acepte someterse a los procedimientos jurídicos tradicionales.

Respecto a las penas, no existe una estandarización o regla general sino que estas serán analizadas y definidas por la comunidad en cada caso teniendo en cuenta la gravedad de cada uno.

Adicionalmente, y dejando a un lado el ejemplo concreto que acabamos de explicar, donde existe una clara diferencia con el

191 Sobre el principio de precedibilidad, como correlato del debido proceso en Colombia, véase Corte Constitucional colombiana, sentencia T-254 de 1994.

modelo de justicia nacional blanco mestizo, en el mundo jurídico indígena encontramos que entre pueblos más afectados por la aculturación existe también un proceso de reinvencción de su derecho propio, fenómeno que si bien se venía produciendo más o menos con regularidad desde hace más de 30 años, en la última década se ha profundizado extraordinariamente. Uno de los síntomas de este proceso es el esfuerzo por parte de algunos pueblos indígenas como los Awa, o los Cofanes por recrear y fortalecer su identidad indígena que por décadas debieron esconder, la característica fundamental de este proceso es su diversidad. La determinación de los modos de recuperar su identidad y ejercer su autonomía es completamente diferente en cada pueblo y muestra contrastes muy marcados relacionados con las dinámicas propias de cada uno, pero también con los equipos y asesores que han intervenido para colaborar con estos propósitos.

Existen además decenas de sistemas de justicia indígena “sincréticos” propios de los pueblos indígenas “más aculturados”, que han asumido como propias las disposiciones de la “legislación especial indígena”, en reemplazo de sus sistemas jurídicos originales que han perdido como consecuencia del etnocidio que han sufrido por las acciones de la sociedad mayoritaria, las cuales luego de un proceso de apropiación y adaptación a las necesidades de cada pueblo, están cumpliendo un papel esencial en la recuperación de su identidad cultural, y concretamente en la recuperación de las formas tradicionales de autoridad y control social.

Este tipo de procesos es trascendental, pues, durante muchos años, en parte debido a la influencia que ejerció en las ciencias sociales la caracterización del derecho hecha por Max Weber,¹⁹² los expertos en antropología jurídica y los propios indígenas y

192 Es importante recordar que para Max Weber existen cuatro categorías distintas en el pensamiento jurídico. En ese sentido, el derecho y su aplicación pueden ser racionales o irracionales y a su vez la racionalidad o irracionalidad del derecho puede ser formal o material. Para Weber solo en Occidente el derecho puede llamarse como tal, pues solo allí su evolución lo ha llevado a ser materialmente racional. Sobre el particular, véase Weber, M. *Economía y sociedad*, t. III. México, Fondo de Cultura Económica, 1944, pp. 9 a 27, especialmente el capítulo VIII.

sus organizaciones desdeñaban cualquier manifestación jurídica interna que no tuviera una estricta traducción en el derecho positivo nacional. Se hablaba de *folk law*, derecho consuetudinario, derecho informal y otros, para significar y de paso reafirmar la existencia de un verdadero derecho, el derecho dominante, creado y sancionado por el Estado.¹⁹³ Particularmente el término derecho consuetudinario tiene un carácter marcadamente peyorativo pues la ideología jurídica dominante le suele asignar a la costumbre como fuente del derecho un valor muy inferior al del derecho legislado.¹⁹⁴

No sobra recordar que el término “costumbre jurídica” es tomado en cuenta en la tradición jurídica continental solo en tanto el derecho oficial deja un espacio abierto para ser aplicado de manera supletoria a las normas jurídicas estatales. De esta manera, los derechos indígenas no estatales eran concebidos como meros “usos y costumbres”, y por tanto no eran, no pueden ser sustitutivos al orden legal dominante; en la práctica esto significa que no eran, no son, reconocidos como verdaderos sistemas de control y regulación social para ejercerse con plena autonomía dentro de un determinado territorio, sino que tenían un carácter meramente anecdótico complementario y casi doméstico.

El valor del reconocimiento constitucional y legal de que en Ecuador existe un derecho indígena *stricto sensu*, más allá de la legislación indígena estatal, estriba en que los distintos sistemas jurídicos indígenas tienen a partir de ese momento un carácter verdaderamente sustitutivo y preferente en las tierras y territorios donde

193 Sobre el problema del desprecio terminológico al término “Derecho Indígena”, véase Hoekema, A. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. “Pluralismo jurídico y alternatividad judicial”. *Revista El otro derecho*, 26-27, Bogotá (2002): 63-98.

194 Una apretada síntesis del debate acerca de la definición de lo que es derecho y sobre la distinción entre costumbre y derecho y al uso peyorativo del término *folk law*, véase el debate sostenido por Raquel Irigoyen, Patricia Urteaga y Ester Sánchez reproducido por esta última en la introducción de su libro sobre el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia, mediante los derechos propios, véase Sánchez Botero, E. *Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004, pp. 26 a 31.

son aplicados, y por tanto el debate cambia de escenario. Ya no se discute, como hasta hace poco hacía la antropología jurídica sobre qué es, en qué consiste y cómo se aplica el derecho interno de los pueblos indígenas, porque ese es un asunto interno de cada pueblo, sino que se debate sobre cómo se debe articular su aplicación con el sistema judicial nacional sin que esta articulación implique, de ninguna manera, sometimiento o pérdida de autonomía, o, dicho en otras palabras, como actúan los sistemas jurídicos propios como fuentes del derecho.

En definitiva, la incorporación del pluralismo jurídico en el ordenamiento ecuatoriano, a partir del reconocimiento de estos “derechos” diversos y de la necesaria coordinación entre unos y otros, implica tanto para las nacionalidades y los pueblos indígenas inventar nuevas formas de coordinación y liderazgo, como sobre todo para la sociedad nacional que debe abandonar definitivamente el esencialismo y fundamentalismo de la verdad y el progreso en el inicio de un importante proceso de cambio social que ha provocado y seguirá provocando una serie de graves tensiones entre lo universal y lo particular, entre lo nacional y lo étnico y entre lo central y lo local. Tensiones que como todos los conflictos sociales no se pueden resolver por vía normativa o legal, sino que implican un ejercicio dialógico y tópico.

Pero llegar a esta situación de pleno reconocimiento de los derechos indígenas no fue, no es y no será un proceso fácil. Este reconocimiento es la consecuencia de un complejo y difícil “diálogo” entre culturas jurídicas diferentes que debe ser fomentado y viabilizado por la Corte Constitucional, y por la Asamblea nacional; proceso que lamentablemente aun no se ha dado que aún no existe una línea jurisprudencial que le dote de contenido a la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas.

Todo lo contrario ocurre en Colombia, en donde a pesar de dificultades de origen relativamente similares al Ecuador si se ha producido un interesante proceso de consolidación de los derechos propios de los pueblos indígenas como fuente directa del derecho a partir de la intervención de la Corte Constitucional. A efectos de

ilustrar las posibilidades de este proceso en nuestro país, revisemos la línea jurisprudencial colombiana sobre la materia, sin que ello implique en absoluto que Ecuador deba seguir el mismo camino. Guardamos la esperanza de que al conocer con alguna profundidad el caso colombiano, la Corte Constitucional ecuatoriana y el legislador nacional puedan encontrar elementos que les permitan clarificar muchas cuestiones jurídicas y políticas que obstruyen el camino de construcción de la autonomía indígena en el marco del nuevo Estado plurinacional ecuatoriano. Concretamente, esperamos que la experiencia jurisprudencial de la Corte colombiana, abra espacios de diálogo que nos ahorren el costo de abandonarnos al escepticismo y al miedo que produce enfrentarse a aquello que no conocemos.¹⁹⁵

En este contexto, la primera sentencia importante sobre el tema de la autonomía indígena es la T-380 de 1993. En ella, la Corte reconoció por primera vez el carácter de sujeto de derechos de las comunidades indígenas y la distinción entre derechos colectivos de los pueblos indígenas y la definición tradicional de derechos colectivos o difusos que estipula la Constitución.

En cuanto a lo primero, la Corte concretamente indicó que la comunidad indígena:

[...] ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales”, pues dice la corte, “la protección que la Carta extiende a la diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autóctonos y no como simples agregados de sus miembros que se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar limitada a una actitud paternalista o reducirse

195 Montaña, Juan. “La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia”. *Derechos ancestrales: justicia en contextos pluriculturales*. Espinoza Gallegos y Danilo Caicedo. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 253.

a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando esta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y debe por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios y amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla, y por tanto [...] no puede hablarse de protección a la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de sus derechos fundamentales y exigir por sí mismas su protección cada vez que ellos les sean conculcados [...]

En relación con la distinción entre derechos colectivos de los pueblos indígenas y la acepción tradicional de derechos difusos, la Corte en esa oportunidad dijo:

[...] los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos e intereses difusos [...] en el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus [...] intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.

La segunda providencia importante de la jurisdicción constitucional colombiana sobre el problema de la autonomía indígena es la sentencia de tutela T-254 de 1994. La relevancia de esta jurisprudencia estriba en que establece una serie de reglas generales para dirimir el obvio conflicto que se produce entre los principios del respeto a la diversidad étnica y cultural y el de la búsqueda de la unidad nacional. La Corte dijo expresamente al respecto lo siguiente:

La atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que estos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

- A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.
- Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial, entonces, lo primero que ha de tenerse en cuenta para establecer los límites al ejercicio del derecho de las autoridades indígenas a administrar justicia es el “grado de conservación” de usos y costumbres que pueda demostrar cada parcialidad indígena. Si el grado de conservación es alto, los límites se reducen, si este es bajo, los límites aumentan. De acuerdo con este pronunciamiento de la Corte en cualquiera de los dos casos, los derechos constitucionales fundamentales son un límite inquebrantable para la autoridad indígena, al igual que las normas imperativas o de orden público que protegen los “valores superiores a la diversidad étnica y cultural”. Las normas dispositivas, por el contrario, no se consideran en esta sentencia un límite a la autoridad indígena.

La segunda consideración relevante de la Corte Constitucional en esta sentencia, fue el establecimiento de los criterios básicos para la determinación de la existencia de una comunidad indígena. Sobre el particular determinó que el criterio básico era la aplicación del artículo 1 del Convenio 169 de la OIT, que habla del criterio del autorreconocimiento.

Una vez definida la existencia de una comunidad indígena y determinado su mayor o menor autonomía en relación con la conservación de su cultura, el tercer punto esencial de la sentencia T-254 de 1994 es el establecimiento de límites intangibles a la autonomía indígena, la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes y el cumplimiento estricto del debido proceso.

El cuarto elemento importante de la sentencia citada se refiere a la naturaleza jurídica de la decisión de la comunidad indígena.¹⁹⁶ El problema con el que se encontró la Corte Constitucional colombiana era que al reconocer o no a la decisión del Cabildo Indígena carácter jurisdiccional, y frente al tema optó por hacer un reconocimiento muy restringido de la libertad punitiva a la comunidad y el establecimiento de unos límites sumamente estrictos sobre la base de las reglas citadas, lo cual permitió a la Corte

196 Brevemente el caso revisado por la Corte Constitucional era el siguiente: a) El ciudadano Ananías Narváez, perteneciente al pueblo indígena Coyaima Natagaima interpuso acción de tutela contra los miembros directivos del Cabildo de su comunidad aduciendo que las autoridades indígenas habían decidido expulsarlo de la comunidad junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto. b) A juicio del solicitante de la tutela su exclusión de la comunidad se había realizado sin fundamento probatorio y sin que las directivas del cabildo indígena hubieran adelantado la investigación respectiva en relación con los hechos imputados. c) El Tribunal de primera instancia denegó la tutela por considerar que la decisión comunitaria de expulsión adoptada por la comunidad indígena en contra del actor se adoptó en ejercicio de su derecho de libre asociación (art. 38 de la Constitución), y no tenía el carácter de acto administrativo o judicial proveniente de las autoridades que integran el Cabildo. d) El apoderado del peticionario impugnó la decisión de primera instancia ante la Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante sentencia del 14 de diciembre de 1993, confirmó la decisión en su totalidad. e) La solución encontrada por la Corte fue el reconocimiento retórico de la libertad punitiva a la comunidad y el establecimiento de unos límites sumamente estrictos sobre la base de las reglas citadas, lo cual permitió a la Corte colombiana mantener formalmente el respeto a la autonomía indígena y conceder la tutela al peticionario, con lo que en la práctica eliminó esa autonomía.

mantener formalmente el respeto a la autonomía indígena y conceder la tutela al peticionario, con lo que en la práctica eliminó esa autonomía.

Como se ve, aunque esta sentencia mantiene una visión radicalmente etnocéntrica y absolutista en relación con la supremacía absoluta de los “*mínimos universales éticos*” que están establecidos en la Constitución y de la ley pues según la Corte: “Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares”, indudablemente significa un avance sustancial con relación al tratamiento jurisprudencial de la cuestión indígena anterior a la Constitución, pues en aplicación del Convenio 169 de la OIT, reconoce la condición de indígena como un problema subjetivo de autorreconocimiento,¹⁹⁷ y solventó el debate sobre si las autoridades indígenas podían o no ejercer funciones jurisdiccionales mientras no existiera una ley que reglamentara los mecanismos de articulación entre la jurisdicción nacional y las jurisdicciones indígenas.

El siguiente pronunciamiento significativo de la Corte Constitucional en relación con los derechos de los pueblos indígenas lo encontramos en la sentencia de constitucionalidad C-058 de 1994, donde el principio que obliga el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (artículo 7 de la Constitución de 1991) sirvió como fundamento para declarar la constitucionalidad de la exención de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios. En esa oportunidad, la Corte afirmó que no se viola el derecho a la igualdad al otorgar un tratamiento diferente a los indígenas, puesto que la distinción se basa en las particularidades del entorno cultural en

197 Antes de este pronunciamiento el principal problema con el que se encontraban los indígenas a la hora de acceder a los beneficios de la legislación indígena consistía en que la determinación de quien era o no indígena correspondía al propio Estado que lo hacía a través de los llamados “peritajes antropológicos”. Hoy en día es la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente, lo que define la pertenencia o no de una persona a una comunidad indígena.

el que se desarrollan sus vidas y en el que adquieren su identidad. Se enfatizó en el hecho de que el beneficio es solo para quienes viven con su comunidad en sus territorios, puesto que el propósito esencial de la norma es proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad y no otorgar un privilegio a los individuos en razón de su pertenencia a una etnia.

Por su parte en la sentencia de constitucionalidad C-377 de 1994, en donde la Corte estudiaba la constitucionalidad de exigir un título de idoneidad para ejercer profesión u oficio, la Corte aclaró que lo que se asevera en la providencia respecto a la práctica de la medicina y cirugía no implicaba que en los pueblos indígenas, no pudieran existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales, puesto que esta actividad está protegida por el artículo 7 de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural.

Posteriormente, en la sentencia de revisión de la constitucionalidad de la Ley 89 de 1890 (sentencia C-139 de 1996), la Corte reiteró el principio de la aplicación directa de la Constitución en relación con las competencias de las autoridades indígenas para administrar justicia en sus territorios. Dijo la Corte:

No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.

A pesar de mantenerse en la órbita de la autonomía restringida para los pueblos indígenas, comparada con la sentencia T-254 de 1994, la sentencia C-139 de 1996 avanzó de manera significativa en el camino de abandonar la defensa a ultranza del absolutismo

moral que caracterizaba a la primera. En primer lugar, rechazó la regla general de la supeditación absoluta de la autonomía indígena a los derechos fundamentales individuales establecidos en la Constitución, al reconocer que el derecho colectivo de las comunidades indígenas a mantener su singularidad cultural solo podía limitarse en caso de afectación grave de un derecho constitucional fundamental de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad; y, en segundo término, reconoció que ante la generalidad e indeterminación de la garantía constitucional a la diversidad étnica y cultural era necesario adoptar la técnica de la ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

Y lo que es más importante, actualizó las reglas de aplicación de la autonomía indígena, al abandonar la regla de la primacía de las normas de orden público sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, y al establecer que el procedimiento de solución de los conflictos entre diversidad cultural y otros derechos constitucionales fundamentales debía atender las circunstancias del caso concreto y específicamente: a) a la cultura involucrada; b) al grado de aislamiento o integración de esta respecto de la cultura mayoritaria; c) a la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, dándole al juez un papel preponderante en esta determinación. Según la Corte “corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la “justicia del caso concreto” de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.”

Una sentencia donde se comienza a observar un quiebre en la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional con relación a la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas es la T-349 de 1996. Ciertamente esta sentencia constituye un hito (casi una herejía constitucional en palabras de su autor, el magistrado Carlos Gaviria), puesto que abandona la clásica concepción de autonomía restringida mantenida hasta ahora por el máximo Tribunal Constitucional de Colombia, y asume desde un punto de vista culturalista el principio de la autonomía máxima, pues considera que si esta no se maximiza se hace imposible garantizar la supervivencia cultural de los pueblos indígenas.

Específicamente dijo la Corte:

Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.¹⁹⁸ Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.¹⁹⁹

Además, la sentencia definió de una manera definitiva cuáles eran los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas mediante la distinción entre conflictos intraétnicos (para los que atribuyó una competencia absoluta a las autoridades indígenas) y conflictos interétnicos (para los que en principio atribuyó competencia a los jueces nacionales).

Concretamente la Corte consideró necesario “contextualizar” la referencia constitucional a “la Constitución y la ley” como límite de la autonomía indígena. Para la Corte, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico.” De tal manera que la aplicación

198 Sucintamente la regla de maximización de la autonomía minimización de las restricciones consiste en que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, solo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

199 Véase Corte Constitucional, sentencia T-349 de 1996.

de esa restricción deberá consultar siempre el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente.

Para concretar este mínimo, la Corte consideró necesario distinguir dos situaciones diferentes: a) Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas;²⁰⁰ b) Otra es la situación (típicamente interna), en la que todos los involucrados pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma. La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten la misma tradición.

Para la Corte el principio de maximización de la autonomía-minimización de las restricciones adquiere relevancia cuando se trata de relaciones intraétnicas de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo, de tal suerte que en este caso los límites a las formas en las que las autoridades de los pueblos indígenas ejercen el control social interno deben ser, entonces, los mínimos. A juicio de la Corte, este núcleo mínimo de derechos intangibles solamente estaría integrado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura,²⁰¹ y por último el principio de legalidad entendido como “previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales indígenas”.²⁰²

200 Es el caso de un conflicto jurídico surgido entre un blanco y un indígena, o un negro y un indígena, o también entre indígenas de dos pueblos diferentes.

201 Para llegar a esta conclusión la Corte Constitucional utiliza dos argumentos: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural, en la medida en que en todas las culturas son protegidas de una u otra manera, y en segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos reconocidos por todos los tratados de derechos humanos.

202 Si se entendiera que a la jurisdicción especial indígena se le aplica el principio de legalidad entendido en sentido estricto, la aplicación de dicho requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.

Según la sentencia, para determinar lo que es o no previsible deberán consultarse las especificidades de la organización social y política de la comunidad indígena de que se trate, así como los caracteres de su sistema jurídico y esto en opinión de la Corte se debe hacer mediante peritazgos antropológicos.²⁰³ Esto significa que a pesar de su total autonomía las autoridades indígenas no pueden actuar con arbitrariedad absoluta, ya que están obligadas a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Pero eso no significa convertir las normas tradicionales de los pueblos indígenas en instituciones estáticas, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica.

La consolidación definitiva del cambio en la línea jurisprudencial la encontramos en la sentencia T-496 de 1996. El aspecto más importante de esta sentencia es que, en ausencia de ley de articulación entre la jurisdicción nacional y las jurisdicciones especiales de los pueblos indígenas, define jurisprudencialmente las reglas procesales de distribución de la competencia entre una y otras jurisdicciones.

Para definir el tema de la competencia de las autoridades indígenas para ejercer funciones judiciales la Corte colombiana hace la distinción de sus esferas o ámbitos de validez: el ámbito material (conductas), el personal (sujetos), y el espacial (lugar). De acuerdo con la sentencia citada, a la hora de determinar la competencia de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas es necesario conjugar dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y otro de carácter geográfico o territorial, que permite establecer claramente cuál es la órbita de influencia de cada comunidad en el juzgamiento de las conductas que tengan lugar al interior de su territorio.

De esta simple distinción se pueden deducir las siguientes reglas de competencia:

203 Sobre la metodología del peritazgo antropológico, véase Sánchez, E. "Peritazgo antropológico una forma de conocimiento". *Revista el Otro Derecho* n.º 12. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, 1992.

En relación con las materias que pueden conocer las autoridades indígenas, la Corte colombiana reconoce que las autoridades indígenas, a diferencia de los demás jueces, tienen una competencia material general, es decir que la jurisdicción especial no se limita al campo del derecho penal, sino que abarca cualquier asunto que pueda llegar a vulnerar su integridad étnica o cultural.

Frente al ámbito personal, la Corte Constitucional ha establecido una serie de reglas básicas:

Cuando el conflicto jurídico se presenta entre miembros de una misma comunidad y en el territorio de esta (conflicto intraétnico), en aplicación de los llamados fueros territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer las funciones judiciales, sin importar la materia sobre la cual versa el conflicto.

Cuando el conflicto jurídico se desarrolla entre dos sujetos de distintas comunidades étnicas o culturales, caso en el cual se pueden dar dos situaciones:

Cuando la situación jurídica únicamente es regulada por el ordenamiento nacional, en principio los jueces de la república son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran con una persona de otra comunidad cultural, tienen la obligación de determinar si el sujeto entendía la ilegalidad de su conducta, para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero. En este evento se pueden dar dos situaciones: si el sujeto entendía la reprochabilidad jurídica de su conducta, en principio la situación estará determinada por el sistema jurídico nacional, caso contrario el juez deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su cosmovisión y su especial conciencia étnica.

En caso de que la conducta sea regulada en ambos ordenamientos, para la Corte es claro que el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica de la persona y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea devuelto, juzgado y sancionado conforme al sistema jurídico de su comunidad a través de sus autoridades o por las autoridades nacionales.

Respecto al ámbito territorial, la Corte resalta que tanto la norma constitucional (art. 246, C.P.), como las normas legales que regulan la materia, (arts. 11 y 12, Ley 270 de 1996) determinan claramente que las competencias judiciales de las autoridades de los pueblos indígenas están limitadas, en principio, a la resolución de los conflictos que se presenten al interior de sus territorios ancestrales.²⁰⁴

Un ejemplo práctico de aplicación de estas reglas de competencia definidas en la sentencia T-496 de 1996 fue su utilización en un proceso por narcotráfico juzgado originalmente en Barbados, en el que uno de los imputados era un marinero perteneciente al pueblo indígena Wayuu.

Para ilustrar la trascendencia del caso es necesario recordar que en virtud de la aplicación del principio de territorialidad de la ley, en Colombia la ley penal se aplica a toda persona que infrinja la ley en el territorio colombiano. Tomando en consideración que la conducta imputada era un delito tanto en Colombia como en Barbados, y que el barco que llevaba el cargamento ilícito zarpó de un puerto colombiano,²⁰⁵ en principio el ciudadano colombiano podría ser juzgado en tanto en Colombia como en Barbados. Sin embargo, la realización del juicio en Colombia tenía una serie de complicaciones procesales difíciles de solventar, de tal suerte que

204 Si bien la Constitución colombiana en el artículo 246 señala que el derecho colectivo de los pueblos indígenas a administrar justicia se circunscribe y está limitado al ámbito de su territorio, ni la Constitución ni la ley (por desgracia pasados 15 años de vigencia de la Carta de 1991, aún no ha sido promulgada la ley llamada a desarrollar este importante aspecto de la Constitución) definen con claridad cómo se determina cuál es el territorio indígena. Aún así, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como algunas leyes pertenecientes a la legislación especial indígena (el Código de Minas —decreto 2655 de 1988—, el decreto 2001 de 1988 y el decreto 2164 de 1995) han definido algunos criterios que permiten solventar el problema para lo cual han asumido una definición amplia de territorio que no se identifica y asimila al resguardo, sino que abarca también aquellas áreas que a pesar de no estar habitadas o explotadas por las parcialidades indígenas, sin embargo hacen parte del ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales.

205 Según el artículo 13 del Código Penal colombiano, el delito se considera realizado: a) en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción; b) en el lugar donde debió realizarse la acción omitida; y, finalmente c) en el lugar donde se produjo o debió producirse el resultado.

en principio la única alternativa posible era la aplicación de la ley penal de Barbados.

En primer lugar, no existía tratado de repatriación de presos entre los dos países, ni existía tratado bilateral de extradición entre Colombia y Barbados. Para completar, este último país tampoco hacía parte de los países suscribientes de la Convención Multilateral de Extradición de Montevideo. Había una dificultad adicional y era que Barbados no había suscrito ni ratificado el convenio 169 de la OIT.

Aún así, teniendo en cuenta que su condición de indígena con una cultura, cosmovisión y escenario simbólico diverso al occidental agravaba la situación de aislamiento en que se encontraba el procesado, el abogado defensor solicitó la repatriación del imputado para que fuese juzgado por las autoridades tradicionales de su pueblo y pudiera cumplir la condena cerca de su familia.

Sin embargo, esta dificultad procesal fue resuelta acudiendo a los criterios desarrollados por la Corte Constitucional en la sentencia T-496 de 1996 ya mencionados, sobre la base de la prevalencia del derecho humano a la diversidad étnica, respecto de la ley procesal de Barbados, de tal manera que en una solución imaginativa se tomaron los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigentes en la normatividad de Barbados y se les hizo una interpretación pluriétnica y multicultural.

El resultado fue que ante la ausencia de ratificación por parte de Barbados del Convenio 169 de la OIT, sin embargo se aplicó el citado convenio como instrumento auxiliar de interpretación para los jueces y magistrados encargados del juzgamiento del caso y eso permitió repatriar al procesado y que fuese juzgado por las autoridades tradicionales de su comunidad y condenado a hacer trabajos comunitarios durante 20 años.

Lo anterior demuestra que a pesar de la timidez e inseguridad con que la Corte Constitucional comenzó la “regulación jurisprudencial” de la autonomía indígena según la cual, como vimos, sobre los sistemas normativos propios de los pueblos indígenas primaban la totalidad de los derechos fundamentales constitucionales y las

normas legales imperativas (aquellas consideradas de orden público). Poco a poco se ha pasado a una situación donde se reconoce que el derecho indígena (siendo previsible), es fuente válida y preferente en los territorios indígenas frente al derecho nacional, incluidos los derechos fundamentales (excepción hecha del derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y se ha terminado estableciendo un verdadero procedimiento de definición de las competencias entre el sistema judicial nacional y las jurisdicciones indígenas, superando definitivamente la antigua concepción de los juristas latinoamericanos que miraba al llamado “derecho consuetudinario” como una mera fuente subsidiaria.

Por consiguiente, hoy podemos hablar que en Colombia, al igual que ocurre en el Ecuador están vigentes tres órdenes normativas: a) la Constitución y la legislación nacional general, dentro de la cual los indígenas individualmente considerados son tenidos como ciudadanos con plena igualdad de derechos frente a los “demás colombianos”; b) la llamada “legislación indígena nacional”, que tiene un carácter especial dentro de la legislación general del Estado y que responde al principio de discriminación positiva, que contiene toda la serie de normas estatales que tienen por objeto garantizar y proteger los derechos especiales de los pueblos indígenas,²⁰⁶ especialmente de aquellos pueblos que han sufrido importantes procesos de aculturación y que actualmente se encuentran en una fase de reafirmación étnica; y finalmente, c) los sistemas normativos propios o sistemas de derecho interno creados alrededor de sus cosmovisiones y que recrean sus sistemas de autoridad, representación y control social.

Finalmente, existe una tercera y última línea jurisprudencial de la Corte en materia indígena que se inicia en la sentencia SU-510 de 1998.²⁰⁷ En ella se mantiene el criterio de una mayor autonomía

206 Las más importantes normas de la legislación indígena nacional son aquellas que directa o indirectamente reconocen y garantizan los derechos colectivos de los pueblos indígenas como sujetos autónomos de derecho. Los más importantes son el derecho a la autonomía, el derecho al territorio y el derecho a la participación.

207 Esta sentencia es importante porque se trata de una sentencia de unificación de jurisprudencia adoptada por la sala plena de la Corte Constitucional y en esa medida su interpretación obliga y es derecho vigente.

dependiendo del grado de conservación de la cultura de la comunidad en particular, pero se abandona el criterio marcado por la sentencia T-254 de 1994 en cuanto a lo que tiene que ver con los límites al ejercicio del derecho a administrar justicia reduciéndolos a una mención al conjunto de derechos constitucionales fundamentales. En este caso, si la comunidad indígena tiene un alto grado de conservación de su cultura²⁰⁸ sus autoridades solo se verán limitadas por el núcleo intangible de los derechos y la prohibición de realizar actos arbitrarios de conformidad con la propia cultura indígena. Específicamente en esa oportunidad dijo la Corte colombiana:

“Sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”, afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural, como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales

208 Así lo reconoció expresamente la Corte Constitucional en el fundamento jurídico 40 de la sentencia SU-510 de 1998 citada cuando determinó: “La pertenencia a una comunidad indígena, como la arhuaca, asentada en un territorio ancestral, y dotada de una fisonomía cultural propia, representa para sus miembros el derecho de ser beneficiarios de un estatuto especial que se concreta en ser titulares de un conjunto de facultades y situaciones que no se predicán de los demás nacionales. Los derechos diferenciados en función de grupo que la Constitución y la ley reconocen a las comunidades indígenas, se relacionan con su territorio, la autonomía en el manejo de sus propios asuntos, el uso de su lengua y, en fin, el ejercicio de la jurisdicción conforme a las normas y procedimientos plasmados en sus usos y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la república. A diferencia de otros vínculos asociativos, más o menos contingentes, que la persona traba en su decurso existencial, el vínculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento y, salvo que se abandone o libremente se renuncie a él, termina sólo con su muerte. Dada la naturaleza cultural del ligamen comunitario, el individuo no se ve involucrado en puntuales aspectos de su actividad, sino en un entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe de una forma definida de vida. La Constitución reconoce que dentro de la población colombiana y dentro de su territorio, coexiste junto a la generalidad de los ciudadanos, un conjunto de nacionales cuya diversidad étnica y cultural debe protegerse y garantizarse mediante instituciones que, en cierto grado, justamente por esta razón, se informan en el principio de autodeterminación. *No ha juzgado, por tanto, incompatible la Constitución radicar en cabeza de los indígenas derechos y deberes comunes a todos y, al mismo tiempo, extender a éstos derechos especiales por causa de su pertenencia a su comunidad de origen. El arraigo etno-cultural, en este caso, se ha considerado valioso en sí mismo desde la perspectiva de la comunidad y de sus miembros*” (énfasis agregado).

de mayor entidad que el principio que se pretende restringir. Según la jurisprudencia, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, solo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”²⁰⁹

209 Véase Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998.

Capítulo IX

La gestión de los conflictos entre las diferentes fuentes: la teoría de la interpretación presente en la Constitución de 2008

9.0. Introducción

Hasta aquí hemos conocido quién, cómo y con qué forma se produce el derecho en Ecuador. Resta aún por saber qué sucede cuando dos normas válidas²¹⁰ regulan un mismo asunto de manera contradictoria. Un análisis completo del sistema de fuentes que surge de la Constitución de 2008 debe entonces abordar la cuestión del “mapa de las relaciones” prácticas entre las distintas normas que conforman los distintos ordenamientos y “derechos” vigentes en nuestro país. Para determinar este “mapa de relaciones” del sistema constitucional, debemos acudir como resulta obvio a la teoría de la interpretación jurídica implícita en la Constitución.

En efecto el ordenamiento constitucional ecuatoriano, como todos los que están inspirados en el modelo jurídico francés, ha incorporado el conjunto de reglas clásicas de solución de antinomias y contradicciones que ha desarrollado el derecho constitucional contemporáneo, a partir de los criterios hermenéuticos del derecho privado llamadas también “reglas de de solución de antinomias”. Que no son otra cosa que la exteriorización de “la teoría de la interpretación” que promueve *prima facie* la Constitución.

210 Cuando hablamos aquí de normas válidas nos estamos refiriendo a normas elaboradas por quien tiene atribuida capacidad normativa, y siguiendo el procedimiento establecido, plenamente reconocido.

Como se sabe, en la teoría jurídica se conocen por lo menos dos concepciones de la interpretación jurídica: un concepto restringido y un concepto amplio de interpretación.²¹¹ Según la primera concepción la aplicación del derecho y la interpretación son dos operaciones diversas, por tanto, un texto solo requiere interpretación cuando su significado es oscuro o discutible. Conforme al concepto amplio o ampliado de interpretación, la interpretación es una operación intelectual que consiste en atribuir significado a una formulación normativa con independencia de que existan dudas o controversias. Según este modo de utilizar la palabra interpretación cualquier texto en cualquier situación requiere interpretación.

En el ordenamiento ecuatoriano, concretamente en la Constitución, coexisten y se yuxtaponen las dos concepciones de interpretación. De una parte, a pesar de que no existe una norma específica sobre el tema, la manera en que se configuró el sistema de fuentes y la inercia de la cultura jurídica decimonónica determinó en principio la asunción del concepto restringido y literalista de interpretación. Sin embargo, la asunción de un modelo constitucional material sustentado en los principios humanistas implícitos en el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente el reconocimiento de plurinacional del Estado, y ante la vigencia reconocida del pluralismo jurídico parece haber relativizado profundamente esta primera alternativa teórica.

Ciertamente cabe hacerse la pregunta de si estas reglas clásicas de solución de antinomias siguen siendo operativas a la hora de establecer relaciones de interdependencia entre distintos principios y sistemas jurídicos, o si es necesario construir unas “nuevas reglas de armonización”, caso en el cual sería preciso definir también quien es el interprete autorizado para generar este nuevo tipo de reglas de armonización.

211 Para una explicación clara de la diferencia entre concepto restringido de interpretación y concepto amplio, véase Guastini, R. “La interpretación: objetos, conceptos y teoría”. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Comp. Rodolfo Vázquez. México, Ediciones Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998, pp. 19 a 38.

9.1. Los criterios clásicos de resolución de los conflictos entre fuentes

Comencemos diciendo que en el caso ecuatoriano, las “reglas de solución de antinomias clásicas” establecidas en la Constitución y en la LOGJCC son las siguientes: el principio de jerarquía; el principio competencial; el principio de temporalidad y, finalmente, el principio de especialidad.

9.1.1. El principio de jerarquía

Como se sabe, el llamado “principio de Jerarquía” es la principal regla de interrelación entre las normas de armonización del derecho continental y, por tanto, también del derecho ecuatoriano. Consiste en la subordinación de unas normas a otras en función de su mayor o menor fuerza coactiva. Según el artículo 3, numeral 1 de la LOGJCC, la norma de rango superior puede derogar o modificar todas las disposiciones normativas que se encuentren en los niveles inferiores y la violación del orden jerárquico implica la nulidad de la norma inferior. No olvidemos que la jerarquía viene determinada por la diferente posición orgánica y por la supremacía política de los sujetos que producen los distintos tipos de normas. Esta importancia política se objetiva mediante disposiciones constitucionales que confieren y transfieren la superioridad subjetiva de los órganos que las producen a sus productos normativos.

A esa eficacia derogatoria que la norma superior tiene respecto de la igual o inferior se le conoce como “fuerza activa”, y se denomina “fuerza pasiva” a la resistencia que la regla superior tiene sobre la inferior y que consiste en la nulidad de esta cuando contradice aquella. Dos normas tienen el mismo rango jerárquico cuando pueden derogarse entre sí, es decir, cuando tienen fuerza activa pero no fuerza pasiva.

Un ordenamiento jurídico estructurado sobre la base del principio de jerarquía implica una ordenación vertical de las fuentes,

es decir, se sustenta en la estricta subordinación de unos poderes normativos sobre otros. En ese sentido, todo lo que disponga la fuente de grado superior elimina del ordenamiento, en cuanto haya contradicción, lo dispuesto por la fuente de grado inferior. La facultad normativa de este último solo podrá ejercerse en el espacio que deje el órgano superior porque no puede contradecirlo so pena de nulidad de sus normas, y las que dicte perderán su vigencia en el momento en que el poder superior disponga lo contrario.

En definitiva, como bien dice Ignacio de Otto,²¹² considerado en su aspecto puramente técnico el principio de jerarquía no es otra cosa que un conjunto de reglas y subreglas acerca de la validez de las normas consistente en que unas, las que ocupan la posición inferior, según la forma que adopten, es decir con independencia de su contenido, pierden validez cuando contradicen a otras que ocupan una posición superior en el sistema de fuentes. Por ejemplo, los preceptos reglamentarios sobre una determinada materia quedan inmediatamente derogados al entrar en vigor una ley que los contradiga y las disposiciones de una norma superior no pueden ser desconocidas por una norma inferior que sea posterior.

9.1.2. El principio competencial

El otro gran sistema de armonización o articulación de las fuentes del derecho, establecido en la Constitución y preavisado en la LOGJCC, es el principio competencial. De manera sencilla, este consiste en la distribución de las materias susceptibles de regulación entre las diversas fuentes que integran el ordenamiento jurídico.²¹³ Con la incorporación de esta regla el ordenamiento constitucional cuenta con un instrumento que permite resolver los conflictos que surgen de la aplicación de la distribución de competencias entre los distintos sujetos a los que la Constitución les atribuye la función normativa.

212 Véase Ignacio de Otto, *op. cit.*, p. 89.

213 *Ibid.*

El principio de competencia es, entonces, un mecanismo de protección del “espacio vital” de unas normas frente al de otras, cualquiera sea su rango jerárquico. Este principio presupone el acotamiento de un ámbito competencial a un tipo normativo concreto, que en caso de ser vulnerado, determina la nulidad de este por falta de competencia. Su forma más característica, es la asignación de la regulación de ciertas materias a determinados sujetos con capacidad normativa y solo a ellos, de modo que el sujeto de que se trate es el único que puede regular una materia en concreto, so pena de que las normas emanadas que contravengan esta regla sean declaradas nulas.

Un ejemplo paradigmático de este sistema de distribución de funciones o competencias estatales es el definido en las constituciones de los Estados compuestos, sean estos federales o cuasifederales donde por regla general se distribuyen territorialmente las competencias entre el poder federal y los Estados, o entre El Estado y las regiones para el caso de los llamados Estados regionales o autonómicos, de tal suerte que en las materias constitucionalmente atribuidas a unas no puede inmiscuirse las otras. El mismo criterio puede utilizarse al margen de la distribución territorial, al interior de un poder normador, mediante los sistemas de descentralización funcional, en virtud del cual determinada materia es atribuida específicamente a un órgano facultado para ello. Tal fue la distribución que pretendía la doctrina clásica alemana del derecho público con la construcción de la noción de ley en sentido material, y tal es el sistema que establece también la Constitución francesa de 1958.

En el caso de la Constitución ecuatoriana, la aplicación más evidente del principio competencial la encontramos en la distribución de las competencias entre la del Estado central y las distintas de los gobiernos autónomos descentralizados (GAD) que contempla la Carta fundamental.

9.1.3. El principio de temporalidad

El principio de temporalidad, también llamado principio cronológico, se encuentra expresado en la locución latina *lex posterior derogat legi priori*. Según esta regla cuando dos normas del mismo rango normativo regulen de manera diversa una misma materia, prevalece la norma posterior en el tiempo. En ese sentido, la norma ulterior modifica o extingue a la norma anterior que le contradice. El resultado de la aplicación de este principio es la derogación de la norma anterior por la posterior. Se trata de un principio que permite mantener la nubosidad y completud del ordenamiento jurídico mediante la actualización de la voluntad de los órganos o sujetos con capacidad normativa. La eficacia de este principio depende entonces de que la colisión se dé entre normas de igual rango jerárquico.

9.1.4. El principio de especialidad

El principio de especialidad, por su parte, va dirigido a solucionar la situación que se produce cuando sobre un mismo supuesto de hecho existen dos normas con igual rango y no es posible aplicar el principio de temporalidad debido a la dispar estructura formal de las normas en conflicto. Según este principio, una norma especial (de contenido particular) deroga o prevalece siempre sobre una norma general.

9.2. La ponderación como criterio de resolución de conflictos entre fuentes

Con la introducción del constitucionalismo material, propio del Estado constitucional, se introdujeron también en el sistema jurídico ecuatoriano los principios y valores constitucionales como normas jurídicas en sentido estricto.

Como se sabe, algunos de estos principios se encuentran expresamente formulados en la Constitución o en las leyes, pero otros principios son tales no en virtud de una expresa calificación del derecho positivo, sino de una valoración del intérprete, en el sentido de que en ausencia de una determinación expresa del legislador, los jueces y demás operadores jurídicos identifican ciertas disposiciones normativas en el preciso momento de la aplicación y les otorgan el valor de principios, lo cual aumenta espectacularmente el espacio de discrecionalidad del intérprete, pues es este a la hora de “aplicar el derecho” el encargado de definir cuáles son los principios aplicables.

Ocurre a menudo que precisamente debido a la amplia discrecionalidad de los operadores jurídicos, los principios, igual que sucede con las normas entren en conflicto. Los conflictos entre principios, especialmente entre principios constitucionales, debido a su carácter de normas abiertas e indeterminadas²¹⁴ no pueden ser resueltos con las técnicas habituales, usadas para resolver los conflictos entre normas legales ordinarias o comunes. No es aplicable el criterio de jerarquía antes explicado, porque estamos hablando de normas del mismo rango jerárquico; tampoco es aplicable el criterio de temporalidad porque los principios implicados en el conflicto por regla general están estatuidos en el mismo documento normativo, o en caso de que no esté taxativamente establecidos son usados en la interpretación del mismo documento normativo (la Constitución) y, en consecuencia, son coetáneos. Y por último, no se puede aplicar el criterio de especialidad o competencia, ni

214 Los conflictos entre principios constitucionales presentan, a juicio de Guastini, tres características: a) Son conflictos entre normas de idéntico rango jerárquico en el sistema de las fuentes; b) Son por lo general antinomias en concreto, es decir que la contradicción entre las dos normas no se da en el plano textual, sino que ocurre cada vez que un supuesto fáctico concreto tiene consecuencias jurídicas diversas e incompatibles. En este caso, la contradicción solo puede ser detectada en sede de aplicación de las normas al caso concreto; y c) Generan por principio antinomias de tipo eventual o parcial, es decir que solo producen consecuencias contradictorias en determinados casos de aplicación. Sobre el particular, véase Guastini, R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México, Ediciones Fontamara, 2001, pp. 145 a 147; véase también Alexi, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 87 a 98.

el principio de reserva porque en la relación de interdependencia entre dos principios no cabe hablar de una relación de género a especie.

En esas condiciones, la técnica apropiada, que se usa en la interpretación y aplicación de la Constitución, es la llamada *ponderación*. La ponderación de principios consiste en instituir entre dos principios constitucionales en conflicto una jerarquía axiológica móvil. Una jerarquía axiológica es una relación de valor definida subjetivamente por el intérprete mediante un juicio de valor, o dicho de otra manera, es la atribución de un mayor peso a un principio respecto de otro a la hora de aplicarlo, de modo que el principio aplicado se impone como superior y el inferior sucumbe en el caso concreto. Que esta jerarquía sea móvil, significa que la atribución de valor a un principio es inestable y cambiante que vale para el caso concreto, pero que perfectamente podría invertirse en presencia de un caso distinto.²¹⁵

En este contexto ponderar no significa, como en el significado común de las palabras, simplemente conciliar, es decir que no significa hallar un punto de equilibrio o una solución intermedia que tenga en cuenta los principios constitucionales en conflicto, sino que la ponderación, en el sentido técnico constitucional de la palabra, consiste en aplicar un principio sacrificando otro.

En efecto, para instituir esta relación “jerárquica” contingente el intérprete hace una operación intelectual que radica en “sopesar” el valor y la utilidad de los principios en conflicto, teniendo en cuenta el posible impacto que pueda generar su aplicación, ejercicio que da como resultado la escogencia y posterior aplicación de aquel principio que resulte ser “más justo” o, por lo menos, “menos injusto” en el caso concreto.

En consecuencia, según este modelo el conflicto entre principios no se resuelve de manera estable, de una vez para siempre,

215 La más conocida formulación teórica de la teoría de la ponderación, como método de interpretación de los principios, es la de Robert Alexi. Para una explicación completa de ese instrumento. Véase Alexi, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 87.

sino que toda solución al conflicto vale solo para el caso concreto, por ende, la solución a conflictos futuros resulta imprevisible. La ventaja evidente de este método es que no estatuye un concepto de justicia o injusticia absoluto, sino instrumental acorde con el carácter dúctil y cambiante del ordenamiento constitucional.

Como se ve este razonamiento implica una relativización profunda del principio jurídico liberal de la “seguridad jurídica”, puesto que esta seguridad ya no se encuentra en la lectura correcta de una norma, sino en el conocimiento de la jerarquía de valores del intérprete, por tanto, la instauración del carácter normativo y vinculante de los principios constitucionales al interior del ordenamiento anula la comprensión tradicional de lo que se ha entendido como interpretación: la interpretación en este nuevo contexto es en realidad creación del derecho y no solo mera aplicación de normas previamente establecidas. El derecho en este sentido “se crea cuando se usa”.

9.3. La difícil posición de la “ponderación” en un contexto multicultural y pluriétnico

Como quedó patente en las páginas precedentes, especialmente en el acápite donde se explicó la incorporación al sistema de fuentes de los distintos derechos indígenas vigentes en Ecuador, si la asunción de un modelo constitucional material sustentado en los principios del Estado constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos implicó una transformación significativa del papel del intérprete a la hora de gestionar los conflictos entre las diferentes fuentes válidas el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Y ante la vigencia reconocida del pluralismo jurídico, genera obviamente una tensión radical para el conjunto del sistema jurídico colombiano.

En efecto los jueces, particularmente los jueces constitucionales, se han visto abocados en el ejercicio de su función constitucional a una profunda crisis en sus convicciones más íntimas. Si la

asunción de los principios constitucionales como normas aplicables los enfrentaba a asumir una discrecionalidad y un activismo judicial sin precedentes, la obligación constitucional de armonizar los distintos sistemas jurídicos vigentes en Colombia los enfrenta a una verdadero giro copernicano en sus concepciones culturales sobre lo que significa interpretar el derecho.

Ante esa evidencia de inoperatividad, y ante el riesgo de paralización del sistema jurídico, los jueces pueden asumir distintas alternativas:

Algunos escogerán el camino del escepticismo, basado en la profunda convicción de que no existe posibilidad alguna de comunicación entre culturas y mucho menos entre las distintas culturas presentes en el territorio nacional. Para los defensores de esta postura, ante la incomunicación la alternativa mejor es asimilación de las culturas minoritarias por parte de la mestiza mayoritaria y dominante, y si esto no es posible la única vía posible de salida es la no intervención en los asuntos de esos otros.²¹⁶

Para estos jueces y operadores jurídicos que aceptan esta tesis, el reconocimiento constitucional de la diversidad y del carácter plurinacional del Estado y sus distintas manifestaciones no son otra cosa que “declaraciones retóricas” llenas de buena voluntad, pero carentes de cualquier virtualidad jurídica.

Como resulta evidente, la alternativa escéptica resultaba muy cómoda porque no requería de parte del sistema jurídico nacional ningún esfuerzo de adaptación a las nuevas condiciones, pero fue rápidamente desechada al ser considerada reaccionaria y contraria a los más modernos desarrollos del derecho internacional de los derechos humanos. Como los sistemas jurídicos no son compartimentos estancos, tenían establecido un ámbito territorial determinado, de una vez y para siempre, el conflicto entre sistemas jurídicos se hizo inevitable.

216 Como se ve, la aplicación de este criterio lleva implícito una concepción estática de la cultura en la cual, ante la imposibilidad de cambio social, los pueblos indígenas y las demás comunidades tradicionales se convierten en nichos cerrados objeto de exhibición en el museo de la historia.

Otros operadores jurídicos más abiertos a los cambios han asumido la alternativa comunicativa. Parten de la base de que es posible el diálogo entre culturas, y por tanto, en el plano del derecho es perfectamente posible la interrelación entre culturas jurídicas tan diversas como la constitucional —propia de la sociedad mestiza mayoritaria— y las múltiples culturas jurídicas indígenas a las que se ha hecho referencia en este trabajo.

Para los seguidores de esta doctrina, ese diálogo jurídico intercultural se hace fundamentalmente mediante la interpretación de la Constitución y de las leyes. Por tanto, como hemos visto, la ponderación entra a jugar un papel fundamental. Ahora bien, la aceptación de la posibilidad y necesidad del diálogo intercultural no resuelve el problema, puesto que hay varias maneras de realizar ese diálogo a saber:

- a) En primer lugar, la comunicación entre culturas se puede realizar partiendo de la base de que, aunque el diálogo es un valor, existen posiciones de principio que no están sujetas a él. En el caso del derecho liberal, concretamente del derecho constitucional, ese ámbito de intangibilidad no negociable estaría constituido, de acuerdo con los defensores de este modelo, por el conjunto de principios y derechos humanos, concretamente por el catálogo de derechos fundamentales reconocido en la Constitución, de tal suerte que a la hora de ponderar el valor de los elementos jurídicos de una y otra cultura el único límite es el respeto a ese catálogo.
- b) Otra solución sustentada sobre un relativismo moral moderado considera posible el diálogo, y aunque no desconoce el hecho de que existen límites al mismo que no se pueden desconocer sin renunciar a la cultura propia, considera que esos principios básicos pueden ser relativizados y que, por tanto, pueden tener un contenido distinto al original una vez se enfrentan a su uso en un contexto cultural diferente.
- c) Y una tercera alternativa, sustentada en la filosofía de la alteridad totalmente distinta que también parte del reconocimiento de la necesidad del diálogo entre culturas, es aquella

que soportada sobre la creencia de la igualdad fundamental entre culturas y sistemas jurídicos y por tanto no impone ningún límite al diálogo.

En Ecuador lamentablemente nada está dicho en relación con la vía que se va a escoger, pero existen indicios que indican que el diálogo entre las distintas culturas jurídicas presentes en su territorio ecuatoriano se basa en una comprensión amplia e intercultural del catálogo de los derechos humanos, comprensión intercultural que ha significado, una reelaboración del contenido mismo de los derechos cuando estos son aplicados en ámbitos étnica y culturalmente diferenciados.

La muestra más nítida de esa comprensión intercultural del método de la ponderación y de sus dificultades la podemos encontrar en la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-510 de 1998, en la cual la Corte Constitucional colombiana realiza una difícil ponderación entre el derecho fundamental a la libertad de cultos de una pequeña comunidad de indígenas arhuacos evangélicos, y los derechos colectivos a la integridad étnica y a la autonomía que reivindicaban las autoridades tradicionales indígenas de la zona oriental de la Sierra Nevada de Santa Marta. En esa oportunidad la Corte Constitucional consideró que

[...] en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución directa o indirecta²¹⁷ entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse.

Buscando ampliar su propia realidad cultural y del horizonte de legitimidad constitucional, la Corte intentó realizar un diálogo

217 Por ejemplo, por intermedio de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial.

franco y respetuoso con los valores y la cosmovisión propios de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, y al hacerlo, logró garantizar la supervivencia cultural y material de cerca de 15 mil indígenas colombianos.²¹⁸ Para ello los jueces constitucionales establecieron una regla hermenéutica (interpretación *pro indígena*), según la cual:

[...] el juez constitucional debe evitar la violencia cultural que consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento y de otra parte, el espacio de indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros.

Por eso, aunque desde el punto de vista externo algunas conductas podrían catalogarse en principio como violatorias de los derechos fundamentales, si se analizan tomando en consideración el punto de vista interno de la comunidad, tienen un significado cultural plenamente acorde con la finalidad de los derechos fundamentales, el cual es dotar de dignidad a las personas. En el caso concreto estudiado en la sentencia SU-510 de 1998, la consideración del punto de vista interno y el ejercicio de ponderación intercultural permitieron evitar la mecánica aplicación de las normas constitucionales y, por tanto, evitó cercenar a los pueblos de la Sierra y a sus miembros individualmente considerados el derecho a gozar de la protección que debe otorgarse a la diversidad étnica y cultural.

218 La Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y la Comisión de Asuntos Indígenas del Cesar indican que, actualmente, la población Arhuaca distribuida en los tres departamentos que conforman la Sierra, está constituida por un total de 13 883 individuos, 10 063 de los cuales habitan en el departamento del Cesar. Por su parte, la Defensoría del Pueblo coincide con las autoridades tradicionales arhuacas al señalar que dicho pueblo cuenta con una población actual de aproximadamente 15 000 indígenas. Entre tanto, la Fundación Pro-Sierra Nevada de Santa Marta, actualmente el macizo se encuentra habitado por 13 383 arhuacos, 1 857 wiwas y 8 590 kogis, sumando un total de 23 830 indígenas.

Conclusiones

Llegados a este punto es preciso sacar algunas conclusiones definitivas acerca de las transformaciones que ha sufrido la cultura constitucional ecuatoriana, especialmente en lo que se refiere al sistema de fuentes una vez esta entra en contacto y se toma en serio la realidad nacional y los nuevos retos que esta situación plantea.

1. En el transcurso de este estudio hemos podido comprobar cómo desde el punto de vista institucional Ecuador es un país peculiar, pues se trata de un Estado liberal plenamente integrado en el orden mundial globalizado, caracterizado por tener un importante desarrollo institucional.
2. También pudimos comprobar cómo ese modelo constitucional no es un producto exclusivamente colombiano, sino que la Constitución de 2008, al igual que la mayoría de las últimas constituciones latinoamericanas, es una versión más o menos lograda de un proyecto constitucional que como un fantasma recorre América Latina y que a pesar de su origen claramente neoliberal, tiene algunos elementos que son aprovechables en aras de la verdadera democratización de la sociedad.
3. Los rasgos principales de ese nuevo modelo constitucional son:
i) la consagración formal de un sistema constitucional sostenido en la tutela judicial de los derechos constitucionales en todas sus versiones, tanto los clásicos civiles y políticos, los

económicos, sociales y culturales y —lo más novedoso— los “controvertidos” derechos colectivos de carácter étnico, cuyos titulares en Colombia son los pueblos indígenas; ii) la pérdida de importancia relativa del Estado en el cumplimiento de las funciones públicas y su reemplazo paulatino por la llamada “sociedad civil organizada”; y por último, iii) en el protagonismo creciente del mercado en el control y la regulación social.

4. A primera vista, este marco institucional debería ser suficiente para garantizar la formación y el avance de una sociedad ordenada, democrática, ilustrada, pacífica, solidaria, tolerante y pluralista.
5. En efecto, toda esa impresionante arquitectura institucional propuesta por la Constitución de 2008, no ha llevado aparejada la esperada consolidación de la democracia real en el país, y más bien al contrario, de manera paradójica, ha servido de vehículo para que el autoritarismo social se consolide a través de formas cada vez más sofisticadas de dominación.
6. La explicación de esas contradicciones no se encuentra en un único lugar, sino que hay que buscarla en un entramado de múltiples causas unas estructurales y otras de mera coyuntura que han dificultado y retardado, de manera importante, la apropiación real de los valores constitucionales vigentes por parte del conjunto de la población.
7. A pesar de ello, no es posible en todo caso desconocer que la promulgación de la Constitución de 2008 implica una verdadera revolución en muchos aspectos, pues entre otras cosas involucra la ratificación del carácter plurinacional del Estado y el reconocimiento de una agenda democrática, que ha sido postergada en el país por más de 150 años.
8. En materia de fuentes del derecho la transformación ha sido radical, pues aparte del reconocimiento, por primera vez en Ecuador del carácter normativo de la Constitución, la eliminación de la identidad ley-norma jurídica con el consecuencial, problemático y disputado desplazamiento de la ley a una posición subordinada, o de la potenciación del papel de los mecanismos de participación popular, los instrumentos del derecho internacional y de la jurisprudencia en materia de

interpretación y creación del derecho vigente, con todas las consecuencias de índole técnico que ello conlleva; la Constitución además reconoció que en nuestro país coexisten distintos sistemas jurídicos plenamente vigentes.

9. En concreto, la actual Constitución reconoce que aparte del derecho estatal, en Colombia existen otros derechos aplicables, entre los cuales sobresalen los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas. Propiamente, la Constitución reconoce que para el caso de los indígenas existen por lo menos tres órdenes normativas: a) la Constitución y la legislación nacional general que es perfectamente aplicable a los indígenas por ser estos ciudadanos colombianos con la totalidad de los derechos y las obligaciones reconocidos; b) la legislación indígena nacional que tiene un carácter especial dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y que se aplica a los indígenas exclusivamente, como parte de las políticas de discriminación positiva del Estado hacia las minorías indígenas marginadas, dentro de la cual es importante resaltar el reconocimiento de los derechos constitucionales colectivos e individuales especiales, necesarios para llevar adelante el proyecto de nación plural que supuestamente se quiere construir en Colombia; y lo que es más importante, c) los sistemas de derecho propios de los pueblos indígenas, creados alrededor de sus cosmovisiones, los cuales han sido aplicados ancestralmente.
10. En el libro queda claro que el concepto *derecho indígena* tiene dos componentes esenciales: el derecho indígena estatal, es decir, el conjunto de normas promulgadas por el Estado que regulan la relación pueblos indígenas-sociedad nacional, y el derecho indígena propiamente dicho conformado por los sistemas jurídicos propios de cada una de las 14 nacionalidades que viven en el territorio ecuatoriano.
11. Como puede deducirse fácilmente, este reconocimiento significa que se ha dado un paso de gigante en la eliminación del *estatus colonial* que aflige aún a los pueblos indígenas, pues de la antigua consideración legal de los indígenas como “salvajes”, objeto de civilización o en el mejor de los casos como “portadores de una identidad cultural minimizada y anacrónica”, y

por tanto, objeto de integración paulatina a la modernidad capitalista, se ha pasado al reconocimiento constitucional pleno de su condición de sujetos de derechos; derechos que en este caso no se predicán de las personas individualmente consideradas, sino de los pueblos indígenas entendidos como sujetos colectivos.

12. Sin duda, la principal modificación en relación con la dogmática de la Constitución y la de los derechos humanos que incorpora la Constitución de 2008 es la idea de que existen intereses jurídicos relevantes, cuya titularidad no es individual ni puede ser protegida mediante derechos individuales, y que por tanto superen el ámbito de estos.
13. La teoría constitucional sobre los derechos especiales, los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas nos dice que estos derechos participan de los siguientes elementos que los diferencian de los clásicos derechos humanos en cualquiera de sus manifestaciones: a) su titular es un sujeto colectivo autónomo, no una sumatoria de intereses y voluntades individuales; b) su contenido es concebido como una garantía de realización de la igualdad material de las minorías étnicas y culturales respecto de los demás miembros de la sociedad mayoritaria; y finalmente, c) la condición que determina la existencia del derecho colectivo no depende de la acción u omisión de sus titulares, sino que está subordinado a la existencia de un poder jurídico de actuación autónoma de estos en caso de incumplimiento.
14. Como corolario de lo anterior, es preciso resaltar que reconoce y desarrolla plenamente siete derechos especiales cuyos titulares son las nacionalidades y los pueblos indígenas: i) el derecho a la identidad que es el correlato y la versión grupal del derecho a la vida; ii) el derecho a la integridad étnica y cultural que no es otra cosa que el derecho que tienen estos pueblos de mantener y potenciar sus particularidades culturales y étnicas respecto a los demás componentes de la sociedad mayoritaria; iii) el derecho al territorio y a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad, pues no hay que olvidar la relación directa que en el caso de los pueblos indígenas existe entre

su supervivencia y el territorio que necesitan para desarrollarse como tales; iv) el derecho a la autonomía, es decir la facultad que se debe reconocer a los pueblos indígenas de determinar sus propias instituciones políticas, religiosas y jurídicas, y el derecho a que estas sean reconocidas por el Estado y sus agentes; v) el derecho a la participación en la toma de decisiones que los puedan afectar directamente y el derecho a participar en las instancias de representación política de la sociedad mayoritaria a efectos de poder defender sus intereses como grupo; vi) el derecho a tener un modelo de desarrollo propio que se manifiesta en el derecho al reconocimiento de sus prácticas médicas tradicionales, y en el derecho al reconocimiento de su cosmovisión y sus propias convicciones éticas y religiosas; y finalmente, vii) el derecho a la igualdad material de las comunidades indígenas en relación con los otros colectivos que hacen parte de la sociedad mayoritaria, que se concreta en políticas de discriminación positiva a favor de estas comunidades, especialmente en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la igualdad lingüística y la oficialidad de las lenguas en el área de influencia de las comunidades.

15. Ahora bien, en el libro se ve perfectamente reflejado que la aceptación de la posibilidad y necesidad del diálogo intercultural no resuelve por sí solo el problema de cómo hacerlo, puesto que hay varias maneras de realizar ese diálogo entre culturas: i) en primer lugar están quienes consideran que aunque el diálogo es un valor, existen posiciones de principio que no están sujetas a él. Para los defensores de esta postura, en el caso colombiano, ese ámbito de intangibilidad no negociable estaría constituido por el catálogo de derechos fundamentales reconocido en la Constitución, de tal suerte que a la hora de ponderar el valor de los elementos jurídicos de una y otra cultura el único límite es el respeto a ese catálogo; ii) otra solución más moderada también asume como posible el diálogo y cree que este diálogo tiene límites, pero considera que esos principios básicos intangibles pueden ser relativizados y asumir un contenido distinto al original una vez se enfrentan a su uso en un contexto cultural diferente; y por último, iii) hay quienes creemos que el

diálogo entre culturas, no solo es posible y necesario, sino que además consideramos que debe estar soportado en la creencia de la igualdad fundamental entre culturas y sistemas jurídicos, por tanto, no impone ningún límite al diálogo.

16. En definitiva, actualmente el diálogo entre las distintas culturas jurídicas presentes en el territorio ecuatoriano debe basarse en una comprensión amplia e intercultural del catálogo de los derechos reconocidos en la Constitución, comprensión intercultural que ha significado, una reelaboración del contenido mismo de los derechos humanos cuando estos son aplicados en ámbitos, étnica y culturalmente diferenciados.
17. Es obvio que las importantes transformaciones que ha sufrido la teoría constitucional, a partir de 2008, no son suficientes para cambiar la cultura jurídica tradicional aún imperante entre los operadores jurídicos, pues no ha sido suficiente para garantizar la consecución de la plena igualdad material de todos los ecuatorianos, especialmente de aquellos que hacen parte de las minorías culturales y étnicas. Es evidente, por ejemplo, la inoperancia de las garantías jurisdiccionales y de las competencias de la Corte Constitucional respecto de la definición de reglas de coordinación entre sistemas jurídicos, lo cual genera un riesgo enorme para la estabilidad de las conquistas teóricas y culturales que se expresan en la Carta política.
18. Para comprobar lo anterior, solo hace falta observar la preocupante situación que vive actualmente la acción extraordinaria de protección en materia indígena, que no ha servido aún para definir reglas interculturales de coordinación entre los distintos sistemas jurídicos.
19. En suma, las condiciones políticas de la Corte Constitucional como mecanismo de protección de los derechos y la debilidad de los demás mecanismos, exclusivamente judiciales de lucha por los derechos, indican la pertinencia de pasar nuevamente a una fase de fuerte movilización social en defensa de los derechos y garantías constitucionales actualmente conseguidas.

Bibliografía

Libros y revistas

- AA.VV. *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas: La jurisdicción especial indígena*. Bogotá, Ministerio de Justicia, 1996.
- AA.VV. *Diez años de la Constitución Colombiana*. Bogotá, ILSA, 2001.
- Abramovich, V. y Curtis C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- Aguado Renedo, C. *El Estatuto de Autonomía y su posición en el Ordenamiento Jurídico*. Madrid, CEC, 1996.
- Aguiló, J. *Teoría General de las Fuentes del Derecho*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.
- Alexi, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Alguacil, J. *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2004.
- Amy, Gutman. "The Challenge of multiculturalism in political ethnics". *Phylosophy and public affairs* n.º 22, 1993.
- Arango, R. *Los Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá, DNP-Tercer Mundo Editores, 1998.
- Archivo Nacional de Colombia (Archivo Histórico) Serie Caciques e Indios, t. 60, años 1762-1766.
- Armillas, Vicente J. A. *El Missisipi, frontera de España: España y los Estados Unidos ante el tratado de San Lorenzo*. Zaragoza, Instituto Fernando el Católico, 1977.
- Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia: "Los Derechos de los Grupos étnicos". Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional n.º 67.
- Asensi, Sabater J. *La época Constitucional*. Valencia, Ediciones Tirant lo Blanc, 1996.
- Asociación Instituto Lingüístico de Verano. *Culturas Indígenas en Colombia*. Bogotá, Editorial Buena Semilla, 1994.
- Atienza, M. *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*. Alicante, Editorial Club Universitario, 2000.

- Beiner, R. *Teorizing Nationalism*. Albania, Suny Press, 1999.
- Biscaretti, P. *Las Instituciones Legislativas de la Democracia Directa*. Madrid, Editorial Tecnos, 1982.
- Bokenforde, E. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden, 1993.
- Briceño, M. *Los comuneros, historia de la insurrección*. Bogotá, Imprenta Silvestre y Compañía, 1880.
- Camacho Roldán, S. *Notas de Viaje*. Bogotá, Ediciones Librería Colombiana, 1890, Reedición de la Biblioteca Popular. Bogotá, Ediciones Banco Popular, 1972.
- Carnelutti, F. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, t. 1. Buenos Aires, Editorial Uthea, 1994.
- Carrió, G. *Notas Sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1979.
- Castillo Cárdenas, G. Estudio introductorio. *En defensa de mi raza*. Manuel Quintín Lame. Bogotá, Grupo de Investigación y Acción Social, 1971.
- Cepeda M. J. y Jaramillo Sierra I. C. *Colombia multiétnica: el papel del derecho constitucional en la promoción de la diversidad y la construcción de la convivencia pacífica*. Trabajo presentado en el taller: "Multietnic Nations in Depeloping Countries: Colombia as a Latinoamerican Case". Friburg, abril 1999.
- Clavero, B. "Codificación y Constitución: Paradigmas de un Binomio". *Quardeni Fiorentini* n.º 18 (1989).
- . "Código como Fuente de Derecho y Achique de Constitución en Europa". *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)* n.º 60, septiembre-diciembre de 2000.
- . "El proyecto de Declaración Internacional: Derechos Indígenas y Derechos". *Derecho Indígena*. AA.VV. México, Instituto Nacional Indigenista, 1997.
- . "Imperio de la Ley y Rule of Law: Topica y Léxico Constitucionales". *Happy Constitution: cultura y lengua constitucionales*. Madrid, Editorial Trotta, 1997.
- . "Tomás y Valiente Storico costituzionale Inedito". *Il Modello costituzionale Inglese e la sua recezione nell'Area Mediterranea Tra fine dell' 700 e la prima metà dell'800*. Milano, Giuffrè Editore, 1998.

- . “Tratados entre pueblos o constituciones por estados: un dilema para América”. *Genocidio y justicia: la destrucción de las indias ayer y hoy*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2003.
- . *Ama Llunku Abia Yala: constituyencia indígena y código ladino por América*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000.
- . *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México, Siglo XXI Editores, 1994.
- . *Genocidio y justicia: la destrucción de las indias ayer y hoy*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2002.
- . *Genocidio y justicia: la destrucción de las indias ayer y hoy*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2003.
- . *Tomás y Valiente, una biografía Intelectual*. Milano, Giufre Editore, 1996.
- Combellas, R. *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 1. Caracas, Ciedla, 1996.
- Comisión de Estudios sobre la Violencia. *Colombia, Violencia y Democracia*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Colciencias, 1988.
- Contreras, J. G. “La Democracia Participativa en el Constitucionalismo Latinoamericano”. *El nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. 1. Comp. R. Combellas. Caracas, 1996.
- De Cabo, C. “Estado Social de Derecho y Ley General: Una perspectiva Constitucional”. *Revista Jueces para la Democracia* n.º 20. Madrid, 1995.
- . *La Crisis del Estado Social*. Barcelona, Ediciones PPU, 1986.
- . *Sobre el concepto de Ley*. Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- . *Teoría Histórica del Estado y del Derecho Constitucional*, t. II. Barcelona, Ediciones PPU, 1993.
- De la Dehesa, G. “La globalización económica y el futuro del Estado”. *Claves de la Razón Práctica* n.º 87 (1992).
- . “Tendencias Económicas y Sociales en el Siglo XXI”. *Claves de la Razón Práctica* n.º 148 (1992).
- De Lucas, J. “Pluralismo jurídico, multiculturalismo y conflictos de derechos”. *El Desarrollo y las Aplicaciones de la Sociología Jurídica en España*. Oñati, IISJ, 1995.

- De Otto, I. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. Barcelona, Ariel Derecho, 1997.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). *Estadísticas municipales de Colombia*. Bogotá, 1990.
- Departamento Nacional de Planeación / Ministerio de Interior. *Documento Conpes 2773 de 1995 (Proyecto de Fortalecimiento étnico de los pueblos Indígenas)*. Bogotá, 1995.
- Díaz, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, Editorial Edicusa, 1979.
- Diederichsen, U. *Die Rangverhältnisse Zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht*, citado por Julio A. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Diez Picazo, L. "Concepto y tipos de Ley". *El Parlamento y sus transformaciones actuales*. A. Garrorena. Madrid, Editorial Tecnos, 1990.
- . *Sistema de Derecho Civil*, vol.1. Madrid, Editorial Técnos, 1993.
- Dirección General de Asuntos Indígenas. *Los Pueblos Indígenas en el país y en América, (elementos de política indígena colombiana e internacional)*. Bogotá, Ministerio del Interior, 1998.
- Eder, Ph. "Judicial Review in Latin America". *Ohio Law Journal*. Columbus Ohio, 1960.
- Ehlich, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Leipzig, 1913.
- Eliade, M. *Mito y realidad*. Bogotá, Ediciones Labor, 1996.
- Fajardo, J. *Informe ponencia sobre la Creación constitucional de la figura de los jueces de paz*. Gaceta Constitucional n.º 66, viernes 3 mayo 1991.
- Favoreu, L. "El bloque de constitucionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)* n.º 5. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- Ferrajoli, L. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta Madrid 2001.
- . *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta, 1999.

- . “El Derecho como sistema de garantías”. *Revista Jueces para la Democracia* n.º 16-17, Madrid, 1992.
- Fioravanti, M. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.
- Fix Zamudio, H. *El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas*. México, Universidad Autónoma de México, 1995.
- . *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. México, Editorial Porrúa, 1985.
- Ford, P., ed. *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 4. New York, 1894, citado por Zimmerman, J. *Democracia participativa: el resurgimiento del populismo*. México, Editorial Limusa, 1992.
- Forsthoff, E. *Rechtsstaat im Wandel*, citado por Bockenforde, E. *Escritos Sobre Derechos Fundamentales*. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- Friede, J. *El indio en la lucha por la Tierra*. Bogotá, Ediciones la Chispa, 1972.
- García de Enterría, E. y T. R. Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*, t. I. Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- García Pelayo, M. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- García Villegas, M. “Notas preliminares para la Caracterización del Derecho en América Latina”. *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. Revista el Otro Derecho*, n.º 26 y 27. Bogotá, ILSA, 2002.
- García, A. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2003.
- García, H. “Los Líos del Ordenamiento Territorial (Historia de una Ley Frustrada)”. *Periódico el Espectador*. Bogotá, semana del 3 al 9 de octubre 2004.
- Gaviria, C. *Herejías constitucionales*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Gerber, C. *Diritto Pubblico*. Milano, Giuffrè Editore, 1971.

- Gianni, M. “¿Cuál podría ser la Concepción liberal de la ciudadanía diferenciada”. *La multiculturalidad*. Madrid, CGPJ, 2001.
- Giner, S. “Lo Privado Público: altruismo y politeia democrática”. *Revista DOXA* (Madrid) 16. 1 (1994).
- González Díaz, A. “Pluralismo Jurídico frente a Jerarquía Normativa”. *Anuario de Filosofía del Derecho* n.º 4, t. XV. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), 1970.
- Gramsci, A. *La Política y el Estado Moderno*. Barcelona, Editorial Península, 1971.
- Gross, C. *Colombia indígena, identidad cultural y cambio social*. Bogotá, CEREC, 1990.
- Guastini, R. “La interpretación: objetos, conceptos y teoría”. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. Comp. Rodolfo Vázquez. México, Ediciones Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998.
- . “Principi di Diritto”. *Digesto delle discipline civilistiche*, vol. XIV. Torino, 1996.
- . *Dalle Fonti alle Norme*. Torino, Giapichelli Editore, 1992.
- . *Lezioni di Teoria Costituzionale*. Torino, Giapichelli Editore, 2001.
- Gurvich, G. *L'idee del Droit Social*. Paris, 1932.
- Haberle, P. *Pluralismo y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- . *Retos actuales del Estado Constitucional*. Oñati, IVAP, 1996.
- Habermas, J. *Ciudadanía e identidad nacional*. Madrid, Taurus, 1991.
- Hart, H. *El concepto del derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1977.
- Hesse, K. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid, Editorial Civitas, 1995.
- Hoekema, A. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. *Revista el Otro Derecho* n.º 26-27. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2002.

- . “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. Revista El Otro Derecho* n.º 26-27, Bogotá, ILSA, 2002.
- Horwitz, M. *The Transformation of American Law (1780-1860)*. Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- Humboldt, A. *Escritos Políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1943.
- Hylton, F. “La hora crítica: perspectiva histórica de la Colombia de Uribe”. *New Left Review* n.º 23, noviembre-diciembre 2003.
- Inkal Awa, M. *Autoridades tradicionales, cabildos y mayores aplicamos justicia según nuestro pensamiento*. Bogotá, Dirección General de Asuntos Indígenas-Corponariño, 1998.
- Jaramillo Sierra, I. “La Jurisdicción Especial Indígena”. *La jurisdicción especial indígena*. Sánchez Botero E y Jaramillo Sierra I. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000.
- Julio, A. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Kalmanovitz, S. *Economía y Nación*. Bogotá, Siglo XXI Editores, 1988.
- Kelsen, H. *Teoría General de las Normas*. México, UNAM, 1994.
- Krauthausen, Ciro. *Padrinos y mercaderes: crimen organizado en Italia y Colombia*. Bogotá, Editorial Planeta, 1998.
- Kymlicka, W. *Filosofía Política Contemporánea*. Barcelona, Editorial Ariel, 1995.
- . *La ciudadanía multicultural*. Barcelona, Editorial Paidós, 1996.
- Kymlicka, W. y Straehle C. *Cosmopolitismo, Estado Nación y nacionalismo de las minorías: un análisis crítico de la literatura reciente*. México, Ediciones UNAM, 2001.
- Laband, P. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Leipzig, 1911, citado por Guastini, R. *Estudios de Teoría Constitucional*. México, Ediciones Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.
- Lasalle, F. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona, Editorial Ariel, 1976.
- Levaggi, A. *Diplomacia Hispano indígena en las fronteras de América*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

- Levovics, H. "The uses of America in Locke's Second Treatise of Government". *Journal of the History of Ideas* n.º 47 (1986).
- Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1982.
- López Caldera, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona, Editorial Ariel, 2000.
- López Nieto, F. *La ordenación legal de las asociaciones*. Madrid, Editorial Dickinson, 1995.
- Lucas Verdú, P. "Problemas actuales de la institución Parlamentaria". *Revista de Política Comparada* (Madrid) 9 (1982).
- Mackay, F. *Los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional*. Lima, Asociación Pro Derechos Humanos, 1999.
- Mariategui, J. C. "El problema del Indio". *Siete ensayos de interpretación de la realidad Peruana*. Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1995.
- . *Ideología y política*. Lima, Editorial Amauta, 1975.
- . *Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana*. Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1995.
- Mattei, Dogan. *Comparing Pluralist Democracy*. Westview Press, 1988.
- McIntyre, A. *Tras la virtud*. Barcelona, Editorial Crítica, 1987.
- Memoria al Congreso Nacional del Ministerio de Gobierno, 1961.
- Memoria al Congreso Nacional del Ministerio de Gobierno, 1965.
- Miller, D. *On Nationality*. Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Moncayo, V. M. "Notas para el análisis histórico del frente nacional". *Revista de Historia* n. 1. Bogotá, 1977.
- Montaña, J. y otro. "La Ley Colombiana de Seguridad y Defensa Nacional, Constitucionalidad y Significación dentro del Plan Colombia". *Revista Jueces para la Democracia: Información y Debate*, n.º 42, noviembre 2001.
- Morales, Benítez, O. "Exposición de Motivos de la Ley 135 de 1961". *Anales del Congreso de la República*. 1961.
- Morelli, S. *La autonomía territorial en Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

- Moreno y Escandón, F. *Indios y Mestizos de la Nueva Granada*. Bogotá, Biblioteca del Banco Popular, vol. 124, 1985.
- Muelas Hurtado, L. *Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política*. Gaceta Constitucional n.º 83, miércoles 20 marzo 1991.
- Nieto Arteta, L. E. *Economía y cultura en la historia de Colombia*. Bogotá, El Ancora Editores, 1996.
- Olivé, L. *Multiculturalismo y pluralismo*. México, Editorial Paidós, 1999.
- Palacio Artad, V. *La España del siglo XVIII. El siglo de las reformas*. Madrid, 1978.
- Palacios, F. "Violencia, Derechos Humanos y Democracia en Colombia: La precaria o imposible justificación del estado constitucional". *Revista Vuelo de ICARO* n.º 2 y 3 2001-2002.
- Palombella, G. *Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*. Granada, Editorial Pomares, 2000.
- Páramo, G. "Mito, Lógica y Geometría. La Cerbatana de Wma Watú y el Espejo de Poincaré". *El Trabajo Filosófico en el Continente Hoy. Memorias del XIII Congreso Interamericano de Filosofía*. Ed. C. Gutiérrez. Bogotá, Sociedad Interamericana de Filosofía-Sociedad Colombiana de Filosofía, 1995.
- Peces-Barba, G. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Madrid, Editorial Dickinson, 1999.
- Pérez Luño, A. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Editorial Tecnos, 1998.
- Pizzorusso, A. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Rawls, J. *El liberalismo político*. Barcelona, Editorial Crítica, 1996.
- . *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- Restrepo Piedrahita, C. "El sistema Constitucional Colombiano". *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- . *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.

- Rojas, C. "Filantropía empresarial y gobernanza democrática: El caso de Colombia". *Sociedad Civil, Esfera Pública y Democratización en América Latina*. A. Panfichi. México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Roldán Ortega, R. *Fuero indígena colombiano. Normas nacionales, regionales e internacionales, jurisprudencia, conceptos administrativos y pensamiento jurídico indígena*. Bogotá, Presidencia de la República, 1990.
- Romano, S. *Il Ordine Giuridico*. Paris, 1946.
- Ross, A. *Hacia una Ciencia Realista del Derecho*. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1961.
- Ross, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Ediciones Eudeba, 1997.
- Sáchica, L.C. *La Corte Constitucional y su jurisdicción*. Bogotá, Editorial Temis, 1993.
- Salmeron, F. *Diversidad cultural y tolerancia*. México, Editorial Paidós, 1998.
- Samper, M. *Escritos político económicos*. Bogotá, Editorial Cromos, 1927.
- . *La miseria en Bogotá*. Bogotá, Ediciones del Banco Popular, 1972.
- Sánchez Botero, E. *Derechos propios, ejercicio legal de la Jurisdicción Especial Indígena en Colombia*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2004.
- Sánchez Botero, E. y I. Jaramillo Sierra. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000.
- Sánchez E. "Peritazgo antropológico una forma de conocimiento". *Revista el Otro Derecho* n.º 12. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA, 1992.
- . *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- Sandel, M. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000.
- Sanders, D. "The United Nations Working Group on Indigenous Population". *Human Rights Quarterly*, n.º 11.

- Santamaría Pastor, J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, t. I. Madrid, Centro de Estudios Ramón Aceres, 1988.
- Santofimio, J. *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Santos, Boaventura de Sousa. “Pluralismo Jurídico y Jurisdicción Especial Indígena”. *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas (la Jurisdicción Especial Indígena)*. AA.VV. Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1997.
- . *Derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA, 1995.
- Sartori, G. *La sociedad multiétnica, pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid, Editorial Taurus, 2001.
- Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- Sierra, H. *Concepto y Tipos de Ley en la Constitución*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Smend, R. *Constitución y Derecho Constitucional*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- Solórzano Pereyra, J. *Política Indiana*, t. 1, libro 1, capítulo IX. Ediciones Biblioteca Castro, 1996.
- Tamir, Y. *Liberal Nationalism*. Princenton University Press, 1993.
- Tarello, G. “Organizzazione Giuridica e Società Moderna”. *Manuale di Diritto Pubblico*, II. Amato G. y Barbera A. (a cura di). Bologna, Mulino, 1997.
- Taylor, C. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Todorov, T. *La Conquista dell’America. Il problema dell’Altro*. Milano, Enaudi Tascabili Edizione, 1992.
- . *Memoria del mal tentación del bien*. Barcelona, Editorial Península, 2002.
- Tomás y Valiente F. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid, Editorial Tecnos, 1988.
- Triana, A. “El Estado, el derecho y las comunidades indígenas”. *Estado y minorías étnicas en Colombia*. Jimeno, M. y Triana, A. Bogotá, Ediciones Funcol, 1985.
- Triana, A. *Grupos étnicos, derecho y cultura*. Bogotá, Ediciones Funcol, 1987.

- . *Legislación agraria colombiana*. Bogotá, Editorial Temis, 1978.
- Trudeau P. “The Values of a Just Society”. *Towards a Just Society*. Ed. Axworthy Th. Toronto, Viking Press, 1990.
- Uribe, M. V. Instituto Colombiano de Antropología. Bogotá, 1997.
- Urrutia, M. *El Crecimiento Económico colombiano en el Siglo XX*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Vasco Uribe, L. G. *Entre selva y páramo, viviendo y pensando la lucha indígena*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología, 2002.
- Vasco, L. G. “Acompañando la organización y las luchas indígenas”. *Entre selva y páramo: viviendo y pensando la lucha indígena*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología, 2002.
- . “Nacionalidades Indígenas y Estado en Colombia”. *Entre selva y páramo: Viviendo y pensando la lucha indígena*. Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología, 2002.
- Vásquez Luna, M. *Derechos de los pueblos indígenas de Colombia*, t. 1. Bogotá, Ministerio del Interior de Colombia, 1998.
- Velarde, C. *Universalismo de Derechos Humanos: análisis a la luz del debate anglosajón*. Madrid, Editorial Civitas, 2003.
- Villegas, J. *Colombia: Enfrentamiento Iglesia-Estado 1819-1887*. Bogotá, Ediciones la Carreta, 1981.
- Vitoria, F. *Relecciones sobre los Indios y el Derecho de Guerra*. Buenos Aires, Ediciones Espasa-Calpe, 1946.
- Walzer, M. *Spheres of justice*. New York, New York Review of Books, 1983.
- , comp. *Pluralismo, justicia e igualdad*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Weber, D. “Borbones y Bárbaros. Centro y periferia en la formulación de la política de España hacia los indígenas no sometidos”. *Anuario IEHS*, n.º 13. Tandil, 1998.
- Weber, M. *Economía y Sociedad*, t. III, cap. VIII. México, Fondo de Cultura Económica, 1944.
- Wroblewski, J. *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

- Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- Zamoc, S. "The agrarian question and the present moment in Colombia". *Latinoamerican Studies*, n.º 58. Cambridge University Press, 1986.
- Zuleta, E. *Conferencias sobre Historia Económica de Colombia*. Medellín, Editorial Percepción, 1985.

Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sección Quinta Expediente 1892 de 1998.
- Consejo de Estado. Sección Tercera fallo del 14 julio 1994.
- Consejo de Estado. Sentencia 17 abril 1985.
- Consejo de Estado. Sentencia de 4 marzo 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia C-007 de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995.
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995.
- Corte Constitucional. Sentencia C-114 de 1999.
- Corte Constitucional. Sentencia C-134 de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-139 de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-139 de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-145 de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-1549 de 2000.
- Corte Constitucional. Sentencia C-246 de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia C-247 de 1995.
- Corte Constitucional. Sentencia C-295 de 1993.
- Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 2001.
- Corte Constitucional. Sentencia C-424 de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-425 de 1994.
- Corte Constitucional. Sentencia C-427 de 2000.
- Corte Constitucional. Sentencia C-434 de 1996.
- Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997.
- Corte Constitucional. Sentencia C-540 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia T- 162 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-1001 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia T-1031 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995.
Corte Constitucional. Sentencia T-17 de 1993.
Corte Constitucional. Sentencia T-188 de 1993.
Corte Constitucional. Sentencia T-24 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia T-266 de 1999.
Corte Constitucional. Sentencia T-285 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-342 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-349 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-380 de 1993.
Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-428 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia T-473 de 1994.
Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-496 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1997.
Corte Constitucional. Sentencia T-602 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2001.
Corte Constitucional. Sentencia T-609 de 1995.
Corte Constitucional. Sentencia T-694 de 1996.
Corte Constitucional. Sentencia T-710 de 1996.

- Corte Constitucional. Sentencia T-90 de 1992.
Corte Constitucional. Sentencia. T-105 de 1996.
Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca (Sección Primera). Sentencia de 12 mayo 1994.
Tribunal Contencioso Administrativo de de Cundinamarca (Sección Tercera). Sentencia de 23 junio 1992.
Tribunal Contencioso Administrativo del Meta. Sentencia del 17 agosto 1993.
Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá. Sentencia del 12 septiembre 1995.

ISBN: 978-9978-92-998-8



9 789978 929988



www.corteconstitucional.gob.ec