



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 y 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.