

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Corporación de Estudios y Publicaciones

Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano

Pablo Alarcón Peña





Derecho y Sociedad

3

Pablo Alarcón Peña

UNA METODOLOGÍA COMPARATIVA CRÍTICA APLICADA AL SISTEMA CONSTITUCIONAL ECUATORIANO



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



Quito, 2018



Derecho y Sociedad

Claudia Storini, *editora general*

***Una metodología comparativa crítica aplicada
al sistema constitucional ecuatoriano***

Pablo Alarcón Peña

Primera edición:

ISBN Corporación de Estudios y Publicaciones: 978-9942-10-432-8

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador: 978-9978-19-858-2

Derechos de autor: 053887

Impreso en Ecuador, julio de 2018

Coordinación editorial: *Jefatura de Publicaciones, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

Diseño y revisión de texto: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

Diseño de portada y logotipo de la serie: *Corporación de Estudios y Publicaciones*

© Corporación de Estudios y Publicaciones

Cristóbal de Acuña E2-02 y Juan Agama

Apartado postal: 1721000186 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 222 1711, 223 2693, 223 2694 • Fax: (593 2) 222 6256

www.cep.org.ec • ventas@cep.org.ec

© Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Toledo N22-80

Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426

www.uasb.edu.ec • uasb@uasb.edu.ec

La versión original de texto que aparece en este libro fue sometida a un proceso de revisión de pares ciegos, conforme a las normas de publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y de esta editorial.

El texto original de este ensayo fue realizado para la obtención del título de Doctor en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

ÍNDICE

Dedicatoria	I
Abreviaturas	III
Prólogo	V
Introducción	1

Capítulo 1

EL DERECHO COMPARADO DESDE LAS FAMILIAS JURÍDICAS

Una visión general del derecho comparado	1
El objeto y la comparación	1
Funciones, metas y utilidad del derecho comparado	4
Los destinatarios o usuarios de los ejercicios de derecho comparado: Su vínculo con el objeto de la comparación y la escuela de pensamiento jurídico predominante	8
Instrumento para el legislador ¿solo el legislador?	10
Aporte para los principios hermenéuticos	10
El aporte del derecho comparado a la academia	14
Su meta final: La unificación del derecho	15
El modelo comparativo tradicional: El derecho mundial clasificado en familias, sistemas y subsistemas jurídicos	18
El mapamundi: ¿Una metodología que jerarquiza a los sistemas jurídicos en el mundo?	18
Los rasgos comunes de los sistemas y subsistemas jurídicos mundiales: Presupuestos para clasificarlos dentro de una o varias familias jurídicas	22
El derecho según la familia jurídica islámica: ¿Una familia jurídica o religiosa?	23
Ámbito de influencia: Países que han recibido influencia de la Shariah o derecho islámico	24

Estructura del sistema de fuentes y fuentes: ¿Religiosas o jurídicas?	26
Técnica: El papel del jurista y la forma como se interpreta la Shariah	29
Escuelas de pensamiento jurídico: Su influencia en el entendimiento del derecho islámico	29
El derecho y la religión: Su aporte a la selección del objeto del ejercicio comparativo	30
El derecho según la familia romano-germánica: “El derecho reducido a la ley”	31
Derecho romano arcaico	31
Derecho romano preclásico	31
Derecho romano clásico	32
Derecho romano posclásico	32
Derecho romano justiniano	32
Sistema francés	34
Sistema germano	35
Sistema escandinavo	36
Ámbito de influencia: Una medición geográfica de su predominio mundial	38
Estructura del sistema de fuentes y fuentes: ¿Derecho reducido a la ley?	39
La técnica. El papel del jurista y la interpretación del derecho: El juez boca de la ley	44
Escuela de pensamiento jurídico: La importancia de la teoría del derecho imperante respecto de la concepción del derecho	46
El derecho romano-germánico y su impacto en los ejercicios de comparación	52
El derecho según la familia socialista: ¿Su meta es prescindir del derecho?	52
Ámbito de influencia: El socialismo en el mundo	54
Ideología política: ¿Fuente de validez?	55
Los aportes del concepto de derecho socialista a los ejercicios de comparación	57
El derecho según el <i>Common Law</i>: ¿Un derecho disperso y no predecible?	57
Ámbito de influencia: El <i>common law</i> en el mundo	62
Estructura del sistema de fuentes y fuentes: El derecho jurisprudencial y la eficacia del derecho	62

Técnica: La analogía	67
Escuela de pensamiento jurídico predominante: La sociedad como parámetro de evaluación del derecho	68
Ejercicios de derecho comparado: Los impactos en la dimensión sociológica	69
El derecho de los EUA: Un sistema híbrido	70
Ámbito de influencia: Algunos rasgos del sistema angloamericano y su incidencia en el mundo	71
Estructura del sistema de fuentes y fuentes: la jurisprudencia y su efecto transversal	73
Técnica: El papel de la interpretación	78
Escuela de pensamiento jurídico: ¿Formalismo y realismo jurídico?	80
¿Cómo operarían los ejercicios de derecho comparado desde un sistema jurídico híbrido?	80
El diálogo comparativo entre familias jurídicas: El surgimiento del antiformalismo como una prueba teórica de la insuficiencia del modelo comparativo tradicional	81
Beneficios y déficits del modelo comparativo tradicional	87

Capítulo 2

**MODELOS COMPARATIVOS
Y TRASPLANTES JURÍDICOS**

Los trasplantes jurídicos: Estado de la cuestión	92
El modelo comparativo simple y la respuesta de la tesis compleja de trasplantes jurídicos	94
El objeto de comparación y los agentes	95
Los importadores y exportadores: La producción y la recepción	97
El camino del trasplante	98
El momento de inicio y fin del trasplante jurídico	100
Los trasplantes jurídicos según el modelo pragmático: Autónomos de la sociedad	103
Los trasplantes jurídicos según el modelo valorativo: La dimensión abstracta del derecho	105

Los trasplantes jurídicos desde el modelo contextual: La tesis del espejo	108
--	-----

La Teoría impura del derecho: Transmutación y manipulación	115
---	-----

Capítulo 3

UN MÉTODO DE COMPARACIÓN Y SU COMPROBACIÓN EMPÍRICA

Propuesta de un método comparativo crítico	137
---	-----

Paso 1: Identificación del tema u objeto del trasplante	140
---	-----

Paso 2: <i>Tertium comparationis</i>	140
--------------------------------------	-----

Paso 3: Parámetro de evaluación del trasplante: Dimensión valorativa o abstracta del derecho	141
--	-----

Paso 4: Parámetro de evaluación del trasplante: Dimensión pragmática-vigencia	142
---	-----

Paso 5: Parámetro de evaluación del trasplante: Dimensión contextual, la tesis del espejo	142
---	-----

Paso 6: Selección de la fuente donde se encuentre reconocido el objeto de la comparación	143
--	-----

Paso 7: Evaluación postrasplante: Identificación del camino del trasplante y corrección	144
---	-----

La comprobación empírica del método: Evaluación de la influencia del neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano en el sistema constitucional ecuatoriano	146
---	-----

Evaluación del constitucionalismo ecuatoriano y su corriente de pensamiento jurídico predominante	147
---	-----

El sistema constitucional ecuatoriano desde la dimensión valorativa: La influencia de la <i>ius</i> teoría transnacional y local en la definición de la escuela de pensamiento jurídico predominante	148
---	-----

El principio de aplicación directa de la Constitución y la rigidez constitucional desde la dimensión pragmática: Su reconocimiento en las disposiciones normativas constitucionales y legales	160
--	-----

El principio de aplicación directa de la Constitución desde las disposiciones constitucionales y legales	161
--	-----

La rigidez constitucional según las disposiciones normativas de la CRE	178
--	-----

El principio de aplicación directa de la Constitución y la rigidez constitucional desde la dimensión contextual: Su reconocimiento en las normas jurisprudenciales	189
La jurisprudencia: Una de las fuentes de evaluación de los trasplantes jurídicos	189
El principio de aplicación directa según la jurisprudencia de la Corte Constitucional	206
La rigidez constitucional según la jurisprudencia de la Corte Constitucional	225
Evaluación postrasplante: Identificación del camino del trasplante y corrección	238
Conclusiones	245
Bibliografía	251

*Para Pamela,
mi esposa y madre de nuestra próxima bendición,
por su infinito amor,
por ser mi inspiración y aliento para seguir adelante.*

A mis padres y hermanos por todo su apoyo incondicional en mi vida.

Abreviaturas

AN:	Asamblea Nacional
CC:	Corte Constitucional
CCE:	Corte Constitucional del Ecuador
CCPT:	Corte Constitucional para el Período de Transición
CEDEC:	Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional
CEPC:	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CPE:	Constitución Política de la República del Ecuador, 1998
CRE:	Constitución de la República del Ecuador, 2008
CNJ:	Corte Nacional de Justicia
EUA:	Estados Unidos de América
LOGJCC:	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
RO:	Registro Oficial
TC:	Tribunal Constitucional
TCE:	Tribunal Constitucional del Ecuador

Prólogo

La obra que el lector tiene en sus manos es el resultado de la investigación presentada por Pablo Alarcón Peña para la obtención del título de Doctor en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Trabajo que cuenta con los aportes de los miembros del Tribunal ante el que se defendió, doctores Enrique Ayala Mora, Antonio de Cabo y Eddy De la Guerra, a quienes expreso mi agradecimiento como directora de la de la tesis y del programa de Doctorado en Derecho.

Jonathan Swift puede ser considerado como uno de los primeros comparatistas del derecho. Este autor, en los *Viajes de Gulliver*, compara el sistema legal, político y social británico con los de las tierras míticas que el protagonista visita en sus viajes. Algunas de las reflexiones implícitas en el texto de Swift pueden ser utilizadas como guía para describir los alcances de la investigación llevada a cabo por Pablo Alarcón.

El contacto de Gulliver con el modo de vida de los habitantes de Lilliput y sus leyes lo lleva a afirmar que: “Hay en este Imperio algunas leyes y costumbres muy particulares; y si no fuesen tan por completo contrarias a las de mi querido país, me darían ganas de decir algo en su justificación”.¹

Y, más adelante:

La imagen de la justicia en sus tribunales está representada con seis ojos: dos delante, dos detrás y uno a cada lado, que significan circunspección, más una bolsa de oro abierta en la mano derecha y una espada envainada en la izquierda, con lo que se quiere mostrar que está mejor dispuesta para el premio que para el castigo.

Al escoger personas para cualquier empleo, se mira más la moralidad que las grandes aptitudes; pues dado que el gobierno es necesario a la Humanidad, suponen allí, que el nivel general del entendimiento humano ha de convenir a un oficio u otro, y que la Providencia nunca pudo pretender hacer de la administración de los negocios públicos un misterio que solo comprendan algunas personas de genio sublime, de las que por excepción nacen tres en una misma época. Piensan, por el contrario, que la verdad, la justicia, la moderación y sus semejantes residen en todos los hombres, y que la práctica de estas virtudes, asistidas por la experiencia y una recta intención, capacitan a cualquier hombre para el servicio de su país, salvo aquellos casos en que se requieran estudios especiales.²

1 Jonathan Swift, *Viajes de Gulliver* (Madrid: Verbum, 2015), 46.

2 *Ibíd.*, 47.

Gulliver percibe a las leyes y a la justicia de Lilliput como “peculiares”, ilustrando claramente la influencia cultural intrínseca a todo proceso de comparación. Siendo producto de un determinado sistema sociojurídico que predetermina el concepto de ley y de justicia es muy difícil *a priori* entender y rescatar todo aquello que aun siendo loable como en Lilliput se aleja de los parámetros consensuados.

Estas reflexiones cuestionan todas aquellas aspiraciones del derecho comparado, tales como la posibilidad de abordar el objeto de estudio sin que nuestras reacciones instintivas ante aquellas cosas que parecen “peculiares” impidan evaluarla positivamente y defender que a partir de un esfuerzo intelectual se puede transformar lo conocido en extraño y lo extraño en conocido, permitiendo que la sabiduría de otro lugar alumbrase los distintos caminos que la cultura jurídica podría haber seguido.

En el viaje al país de los Houyhnhnms, Gulliver cuenta que:

El poder, el gobierno, la guerra, la ley, el castigo y mil cosas más no tenían en aquel idioma palabra que los expresara, por lo que encontré dificultades casi insuperables para dar a mi amo idea de lo que quería decirle. Pero como tenía excelente entendimiento, desarrollado por la observación y la plática, llegó, por fin, a un conocimiento suficiente de lo que es capaz de hacer la naturaleza humana en las partes del mundo que habitamos nosotros, y me pidió que le diese cuenta en particular de esa tierra que llamamos Europa, y especialmente de mi país.³

En este párrafo, Gulliver describe la dificultad y el posible camino para explicar a su maestro Houyhnhnm las tradiciones sociales, políticas y legales de Europa. No obstante, para los comparatistas del derecho, la tarea es mucho más compleja, cada ordenamiento jurídico tiene su propio marco intelectual dentro del cual se establece un determinado lenguaje jurídico, y solo por medio del entendimiento de este marco puede leerse de manera completa la complejidad de las instituciones y relaciones existentes en cada uno de ellos. Aquí la primera contradicción en relación con el derecho comparado tradicional que se basa en la elección de una determinada área del derecho, así como es definida dentro de un sistema, para luego compararla con las supuestas áreas equivalentes dentro de otro sistema legal, considerando a los objetos en comparación como independientes de tales sistemas.

Gulliver describe las peculiaridades de las leyes de Brobdingnag de la siguiente manera:

Ninguna ley de aquel país debe exceder en palabras el número de letras de su alfabeto, que solo consta de veintidós. Pero, en realidad, muy pocas

3 Ibid., 137.

alcanzan ese número. Están redactadas en términos muy sencillos y claros, ya que aquella gente no es lo bastante despierta como para encontrar más de una interpretación a una palabra. Y escribir comentarios sobre alguna de las leyes es un crimen capital.⁴

La descripción del sistema legal de Brobdingnag evidencia la imposibilidad de encontrar una tal simpleza en otro sistema jurídico. En realidad, los ordenamientos jurídicos de los países reales son complejos tanto desde el punto de vista de su contenido como en relación con su contexto e interpretación. En este sentido, suele acusarse a los comparatistas de ignorar esta realidad y adoptar una perspectiva “a lo Brobdingnag”, una perspectiva que prescinde de las complejidades existentes en cada uno de los contextos territoriales y sociales en los que se aplican.

Esta crítica permite afirmar que en el derecho comparado existe una importante variable representada por el lenguaje que no debe ser nunca desestimada. En tanto que cuna de toda tradición intelectual el lenguaje representa no solo el pensamiento, sino también la cognición de una determinada sociedad. Por medio del lenguaje se generan las redes simbólicas con las que el ser humano construye sus conceptos. Sin esa intermediación, uno no tendría acceso al mundo de los otros; y por tanto, sería incapaz de conocimiento y diálogo.

Estos interesantes planteamientos implícitos en la obra Swift son parte del análisis realizado por Pablo Alarcón, quien se adentra con rigurosidad en el estudio del derecho comparado demostrando sus funciones, metas y utilidades; las debilidades y límites de la metodología implícita al modelo tradicional que reduce el derecho comparado a un ejercicio de legislación comparada; la jerarquización de los sistemas jurídicos en el mundo y la existencia de una teoría del derecho imperante en relación con dicha jerarquización, así como la existencia de un vínculo de causalidad entre la escuela del derecho imperante en el sistema desde el cual se emprende el ejercicio de comparación y la selección del método. Todo ello, para demostrar la necesidad del reconocimiento explícito de la interdependencia entre los modelos comparativos: valorativo, pragmático y contextual, para llegar a la construcción de una metodología crítica de comparación. Y, gracias a ella, dirigir la atención a los otros modelos y aportes del diálogo comparativo elaborados a partir de la teoría de los trasplantes jurídicos para buscar elementos que permitan llegar un método comparativo crítico que respete la necesidad de garantizar la autonomía de los sistemas y, por tanto, de sus particularismos.

4 Ibid., 75.

El lector tendrá la oportunidad de apreciar que todos estos aportes se han realizado por parte del autor desde el profundo conocimiento y análisis crítico de las teorías del derecho comparado en su relación con el derecho constitucional y, lo más importante, desde la convicción de que el derecho y su estudio debe tener una finalidad transformadora que en este caso permite plantear un diálogo comparativo emancipador.

Estas conclusiones, trasladadas al caso del pluralismo jurídico, obligarán a tener en cuenta el reconocimiento de fuentes de origen no estatal, a valorar la influencia e importancia de un derecho que se basa en una cosmovisión propia y, por tanto, distinta de la occidental para construir una teoría capaz de evidenciar los aportes de dicha cosmovisión a la teoría de la Constitución y del derecho constitucional más allá de los limitados espacios territoriales en los cuales históricamente se ha desarrollado.

Como podrá comprobarse al final de la lectura del texto, Pablo Alarcón es un intelectual comprometido con una visión del derecho comparado como instrumento para luchar contra el pensamiento único. Un derecho comparado capaz de erradicar aquel etnocentrismo cultural que ha llevado a la invisibilización del “mundo” construido desde “los márgenes”. Solo desde esta visión se justifica y puede entenderse la renovada necesidad de los estudios de derecho comparado y sus imprescindibles aportes a nuestro tiempo.

Por último, hay que recordar y hacer extensivas al autor de esta obra las palabras de Basil Markesinis con las que explica el por qué el coraje es uno de los atributos indispensables de un comparatista cuya inflexible determinación “no proviene de su fe en el valor intelectual de la tarea comparativa, sino de su convicción acerca del valor intrínseco de sus propósitos: acrecentar la comprensión y conocimiento mutuos, destruir barreras, procurar la reconsideración de doctrinas sagradas”.⁵

No cabe duda que el libro que aquí se presenta cumplirá un importante papel, no solo para entender la relevancia del estudio del derecho comparado a todos los niveles educativos sino y, sobre todo, para comprender su imprescindible vínculo con la construcción de una teoría local que sepa reivindicar y enorgullecerse de sus particularismos.

Claudia Storini

5 Basil Markesinis, “The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer”, en *Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis* (Oxford: Hart Publishing, 1997), 445.

Introducción

El análisis del derecho comparado en el caso ecuatoriano ha sido abordado de manera superflua y en muchos casos su utilidad y metodología de estudio son desconocidas. Al igual que los impactos, principalmente sociológicos que pueden generarse a partir de la utilización de un modelo comparativo u otro. Esta realidad puede ser comprobada al observar las mallas curriculares de pregrado y posgrado de las universidades nacionales, donde con escasas excepciones, el derecho comparado es una materia en la formación del jurista. Concomitante con este desconocimiento o menosprecio, encontramos muchos ejemplos de remisión meramente verbal al derecho comparado por parte de los juristas sin siquiera saber cuál es su verdadero significado, aporte y, principalmente, impacto en el derecho nacional y su sociedad.

Frente a este estado del arte, la hipótesis a demostrar en esta investigación, será que en Ecuador ha existido un desconocimiento de los modelos de derecho comparado y en consecuencia no se cuenta con un método de comparación. Para comprobar esta hipótesis, se profundizará en el análisis de esta disciplina del derecho, para así poner en evidencia sus problemas, se analizará críticamente su vínculo con los rasgos característicos de un sistema jurídico, se evaluarán sus aportes, trascendencia, para mostrar a partir de ello, los modelos comparativos contemporáneos y sus metodologías de estudio. Consecuencia de este análisis teórico-crítico de los modelos comparativos existentes, se propondrá el que se considera el mayor aporte de esta investigación, un método de comparación que pueda rescatar los particularismos del sistema jurídico ecuatoriano y entrar de esta manera al necesario diálogo comparativo que impone la globalización. Cabe precisar que, si bien el método propuesto tiene como destinatario principal al sistema jurídico ecuatoriano –independientemente de la disciplina del derecho de la que se trate– aquello no obsta a que pueda ser de utilidad para otros sistemas jurídicos.

El primer capítulo de esta investigación abordará, desde el punto de vista teórico, las funciones, importancia, metas, aportes y destinatarios del derecho comparado. Posteriormente, se expondrá el primer modelo comparativo que usualmente ha sido utilizado por los denominados

“subsistemas jurídicos”. Este modelo, como se podrá ver, se sustenta en la división tripartita de familias, sistemas y subsistemas jurídicos. A través de un análisis crítico se darán a conocer los beneficios y déficits teóricos que presenta este modelo comparativo. Para alcanzar tal fin se analizará el impacto que ha tenido la escuela de pensamiento antiformalista de finales del siglo XIX en el modelo comparativo aludido.

El segundo capítulo, en consecuencia con los resultados provenientes del análisis precedente, mostrará otros modelos comparativos contemporáneos, aquellos que procuran consolidar un verdadero diálogo comparativo –entre todos en igualdad de condiciones– y que buscan rescatar los particularismos de los tradicionalmente conocidos como “subsistemas jurídicos”. En este marco se procederá al análisis de una de las obras comparativas más importantes en Latinoamérica, la *Teoría impura del derecho* de autoría del profesor colombiano Diego López Medina. A partir de ella, y de las críticas realizadas por otros *ius* teóricos, se profundizará en el diálogo comparativo regional que gira en torno a la construcción de un método comparativo adecuado desde la dimensión sociológica de los sistemas jurídicos latinoamericanos.

El tercer capítulo, en consecuencia del análisis crítico de los modelos comparativos contemporáneos, procurará incursionar en el diálogo comparativo regional a partir de la propuesta de un método de comparación que responda a los particularismos que evidencia el sistema jurídico ecuatoriano y que pueda ser utilizado por los juristas en sus ejercicios diarios de comparación. Finalmente, mediante una demostración empírica, se comprobará la efectividad del método, teniendo como objeto del análisis la evaluación de la influencia de la corriente neoconstitucionalista y del nuevo constitucionalismo democrático en el constitucionalismo ecuatoriano. Para alcanzar tal objetivo se analizará desde las dimensiones valorativa, pragmática y contextual, el principio de aplicación directa de la Constitución y el concepto de rigidez constitucional. Posterior a dicho análisis, se podrá realizar una aproximación a la teoría constitucional ecuatoriana y, principalmente, advertir las transformaciones o reinterpretaciones que han podido sufrir las corrientes constitucionales antes referidas en la realidad constitucional del Ecuador.

Con el fin de lograr una mejor comprensión por parte del lector, se revisará la terminología que utiliza la doctrina comparativista en esta disciplina del derecho. Es así, que para referirse al derecho comparado, se utilizarán también las denominaciones: ejercicios comparativos o trasplantes jurídicos.

Capítulo 1

EL DERECHO COMPARADO DESDE LAS FAMILIAS JURÍDICAS

El primer capítulo inicia con el estudio de las funciones, metas y los destinatarios del derecho comparado.¹ Continúa identificando y exponiendo las características y la metodología del modelo comparativo que comúnmente ha sido utilizado por los denominados “subsistemas jurídicos” en sus ejercicios de comparación. Posterior a ello, a partir del análisis de los principales aspectos relacionados a la escuela de pensamiento jurídico antiformalista, se verifican sus impactos en el modelo comparativo tradicional y su metodología. En consecuencia, esta primera parte de la investigación permitirá identificar los beneficios y déficits que presenta este modelo comparativo y la conveniencia o no de su utilización en los ejercicios de comparación.

Una visión general del derecho comparado

El objeto y la comparación

El estudio del derecho comparado, previo a entrar directamente a una comparación,² involucra abordar y analizar dos elementos en un orden de prelación. El primero es el derecho y, el segundo, el diálogo comparativo

- 1 Tomamos como obras básicas para nuestro acercamiento teórico al derecho comparado para el ámbito francófono la de René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed. (París: Dalloz, 2002); para la doctrina alemana Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3a. ed. (Tubinga: Mohr Lerbuch Siebeck, 1996), y para el ámbito anglosajón, en Inglaterra, Harold Cooke Gutteridge, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2a. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1974); en Estados Unidos de América (en adelante, EUA), autores como Rudolf Schlesinger, Ugo Mattei, Teemu Ruskola y Antonio Gidi. Schlesinger's *Comparative-Law: Cases, Text, Materials* (Nueva York: Thomson Reuters, 2009). Una visión actualizada de todos los temas en Mathias Reinmann y Reinhard Zimmerman, edit., *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006). También se ha seguido a Michael Bogdam, *Comparative law* (Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1994); Peter de Cruz, *A Modern Approach to Comparative Law* (Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1993) y Andrew Harding y Esin Orücü, edit. *Comparative law in the 21st. Century* (Londres-Boston: Kluwer Law International, 2002).
- 2 Específicamente sobre la comparación, véase R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit* (París: Economica, 1991).

o comparación. Siendo así, antes de iniciar cualquier ejercicio comparativo resulta trascendental conocer el objeto de la comparación, en otras palabras, saber: qué se puede comparar. Lo primero que debe hacer un jurista es preguntarse ¿qué puede involucrar el derecho? Para dar una respuesta, varios *ius* teóricos comparativistas, tanto nacionales como extranjeros, entre ellos, Pedro Fernández de Córdova, Nuria González, René David, han hecho uso de una metodología comparativista sustentada en la clasificación y agrupación de los sistemas jurídicos mundiales dentro de una familia jurídica determinada, partiendo del cumplimiento de una serie de rasgos comunes, entre ellos, la evolución histórica, ámbito de influencia, ideología política, estructura del sistema de fuentes, el papel del jurista dentro de ese sistema y la escuela de pensamiento jurídico predominante.³

Esta forma de análisis del derecho comparado –como se verá más adelante– se traduce en un modelo de estudio del derecho comparado con una denominación claramente identificable en la *ius* teoría comparativista; se trata del modelo comparativo simple que entre sus beneficios contribuye al desciframiento del objeto de un estudio de derecho comparado. El análisis de los sistemas jurídicos, particularmente de sus rasgos comunes, brinda al jurista la posibilidad de verificar qué puede involucrar el derecho o un sistema jurídico según las distintas familias jurídicas. Como se advirtió previamente, esta metodología, propia del modelo simple, será objeto de un análisis pormenorizado en esta investigación, cabe señalar que este modelo comparativo contiene una metodología que permite abordar el primer paso del ejercicio de derecho comparado, la identificación de la materia u objeto de la comparación: “el derecho”.

Una vez definido el objeto o materia de comparación del “derecho” es sustancial realizar algunas precisiones relacionadas al segundo momento, el ejercicio de “comparación”. Es importante advertir, que el derecho com-

3 Este tratamiento fue inicialmente propuesto por René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950). Una valoración de su propuesta en Jorge Esquirol, “At the Head of the Legal Family: René David”, en Annelise Riles, edit., *Re-Thinking the Masters of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2001). Existen otras terminologías alternativas, como la de “culturas”, así Volkmar Gessner, Armin Hoeland y Csaba Varga, *European Legal Cultures* (Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997); Masaji Chiba, *Legal Cultures in Human Society: A Collection of Articles and Essays* (Tokyo: Shinzansha International, 2002); o David Nelken, edit., *Comparing Legal Cultures* (Aldershot: Dartmouth, 1997); o la de “tradiciones”, así Patrick H. Glenn, *Legal Traditions of the World*, 4a. ed. (Oxford: Oxford University Press, 2010); Mary Ann Glendon, Paolo Carozza y Colin Picker, *Comparative Legal Traditions: Text, Materials and Cases on Western Law*, 3a. ed. (San Paul: Thomson West, 2007); Pierre Legrand y R. Munday, edit., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003). Para la distinción entre familias y tradiciones, véase Patrick H. Glenn, “Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions”, en Reimann y Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook*, 421-40.

parado implica diálogo, es decir, se construye sobre la base de un necesario proceso comparativo de retroalimentación entre los distintos protagonistas de los ejercicios de comparación. Para que exista este diálogo –no solo en el caso del derecho comparado, sino en la vida diaria de las personas– asumimos que los participantes deben estar en las mismas condiciones y que, a su vez, debe existir necesariamente una obligación recíproca entre quienes emprenden este diálogo.

En este sentido, Consuelo Sirvent manifiesta que: “El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”.⁴

Por su parte, Lucio Pegoraro y Ángelo Rinella, determinan que “La idea que ha ido reafirmando en el curso del siglo XX es aquella de la necesidad de un acercamiento comparativo al derecho a efecto de tener un conocimiento amplio y una comprensión profunda de la dimensión jurídica de los fenómenos de las sociedades contemporáneas”.⁵

Es así que, muy lejos de lo que se piensa, el derecho comparado sustentado en la imposición, colonización, o en la mera recepción acrítica de instituciones, generalmente leyes desde la tradicional concepción del “derecho” en los sistemas occidentales del *civil law*, simplemente no es un verdadero ejercicio de derecho comparado.⁶ Carlos Barrera Martínez señala que:

El derecho comparado corresponde a la disciplina jurídica cuyo objeto es el estudio profundo de los ordenamientos jurídicos de los Estados y que hace parte de la teoría general del derecho, destinada a comprender en sus esquemas dogmáticos una serie muy amplia de instituciones de los demás diversos ordenamientos positivos.

Este campo del derecho no constituye una estructura sistematizada de normas y principios legales, sino fundamentalmente un método de aproximación a algún aspecto de uno o varios derechos extranjeros. Sin embargo, esta disciplina jurídica, reconoce que el fenómeno jurídico se encuentra condicionado por la riqueza cultural de la humanidad que conforma las diversas tradiciones jurídicas.⁷

4 Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos* (México DF: Porrúa, 2006), 1. Sobre esta idea de las semejanzas y diferencias, véase también Gerhard Dannemann, “Comparative Law: Study of Similarities and Differences?”, en Reimann y Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook*.

5 Lucio Pegoraro y Ángelo Rinella, *Introducción al derecho público comparado* (Lima: Palestra, 2006), 38.

6 Sobre la cuestión de la “intencionalidad” de las comparaciones, véase Günter Frankenberg “The Innocence of Method-Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act”, *Journal of Comparative Law*, No. 9 (2014).

7 Carlos Helver Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado: Las familias jurídicas, los sistemas jurídicos y los pluralismos jurídicos*, 2a. ed. (Bogotá: Fundación Universitaria Juan de Castellanos / Grupo Ibáñez, 2011), 22.

Todos estos elementos y características del ejercicio comparativo serán analizados a lo largo de esta investigación, siempre desde la perspectiva de los distintos modelos comparativos contemporáneos.

Funciones, metas y utilidad del derecho comparado

Una vez advertidas, de manera panorámica las fases del ejercicio comparativo que deben tomar en consideración los protagonistas del mismo, resulta fundamental referirse a las funciones, las metas y la utilidad del derecho comparado,⁸ enfatizando que estas dependerán necesariamente del modelo comparativo por el que opten los protagonistas. A pesar de ello, se puede asegurar que todos los modelos comparativos se construyen sobre la tesis favorable del recurso al derecho comparado, es decir, la necesidad de recurrir y analizar al derecho comparado como una disciplina fundamental para entender y alcanzar la globalización del derecho. De esta forma, se procura dejar de lado cualquier concepción cerrada o nacionalista que propenda evitar o desmerecer la importancia y necesidad de conocer y recurrir a esta disciplina del derecho.

En cuanto a las posturas existentes frente al derecho comparado; basados en una concepción arraigada a un equívoco concepto de soberanía, se erige una postura nacionalista que pretende desvirtuar la utilización o el recurso al derecho comparado justificándose en el riesgo de una pérdida de autonomía por parte del sistema jurídico desde el cual se realiza el ejercicio comparativo. Algunos de los lemas de los juristas que coinciden con esta postura parten de un prejuicio que concluye en afirmaciones sin sustento como: “no estamos preparados para ello”, “eso no funcionará en nuestro sistema”, entre otras similares. Dichas preocupaciones, sustentadas en una eventual pérdida de soberanía –como veremos más adelante– dependerán necesariamente del modelo comparativo que emplee el jurista en su ejercicio de comparación.

Así, por ejemplo, si el legislador opta por un modelo en que la comparación es unidireccional y esta concluye siempre en un ejercicio meramente receptivo, es indudable que el sistema jurídico desde el cual se realiza el ejercicio de comparación perderá autonomía y se conformará con ser un mero repetidor de teorías o instituciones foráneas. Es por ello que resulta

8 “Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, No. 35 (1933): 838-58; Jean Escarra (1933) “The Aims of Comparative Law”, *Temple Law Quarterly*, No. 7 (1933): 296-310. Para la defensa de una meta en particular, véase André Tunc, “La contribution possible des études juridiques comparatives à une meilleure compréhension entre nations”, en Konrad Zweigert y Hans-Jürgen Puttfarcken, *Rechtsvergleichung* (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978).

fundamental conocer los modelos comparativos a fin de procurar alcanzar los verdaderos fines que persigue el derecho comparado.

Konrad Zweigert y Hein Kötz en su libro *Introducción al derecho comparado*, determinan:

Si concedemos que la ciencia del derecho comprende no solo las técnicas de interpretación de los textos, los principios, las reglas y las normas de un sistema nacional, sino también el descubrimiento de modelos para prevenir o resolver conflictos sociales, entonces el método del derecho comparado puede brindar una gama de soluciones mucho más amplia que una ciencia consagrada a un solo país, por la sencilla razón de que los diferentes sistemas del mundo pueden aportar una mayor variedad de soluciones de las que podría concebir en toda una vida el jurista más imaginativo y especializado en su propio sistema.⁹

La postura de Zweigert y Kötz encuentra sustento en el concepto de globalización.¹⁰ Esta se construye sobre la necesaria consolidación –o al menos búsqueda– de un derecho homogéneo. Muestras de estos intentos son los procesos de integración regionales y también del derecho internacional general, donde se advierte claramente que uno de los objetivos principales que persiguen dichos acuerdos transnacionales es la búsqueda de la homogeneización del derecho más allá de las fronteras geográficamente delimitadas. Para demostrar lo señalado, citaremos un ejemplo, en el Acuerdo de Cartagena (Acuerdo de Integración Subregional Andino) se determina en los artículos primero y segundo lo siguiente:

Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.

Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros.

Estos objetivos tienen la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

Artículo 2.- El desarrollo armónico y equilibrado debe conducir a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la integración entre los Países Miembros de modo de reducir las diferencias existentes entre ellos. Los resultados de dichos procesos deberán evaluarse periódicamente, tomando en

9 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*, trad. por Arturo Aparicio Vásquez (México DF: Oxford University Press, 2002), 16-7.

10 Otro enfoque sobre esta cuestión en Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 3a. ed. (Londres: Routledge-Cavendish, 2007).

cuenta, entre otros factores, sus efectos sobre la expansión de las exportaciones globales de cada país, el comportamiento de su balanza comercial con la Subregión, la evolución de su producto interno bruto, la generación de nuevos empleos y la formación de capital.¹¹

En este sentido, en el artículo tercero del referido acuerdo se establecen mecanismos para alcanzar la integración, como la profundización de la integración con los demás bloques económicos regionales, y de relacionamiento regional en los ámbitos político, social y económico comercial; la armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes; la programación conjunta, la intensificación del proceso de industrialización subregional y la ejecución de programas industriales y de otras modalidades de integración industrial; un Programa de Liberación del intercambio comercial más avanzado que los compromisos del Tratado de Montevideo de 1980, un Arancel Externo Común; la existencia de programas para acelerar el desarrollo de los sectores agropecuario y agroindustrial; la canalización de recursos internos y externos a la Subregión para proveer el financiamiento de las inversiones que sean necesarias en el proceso de integración, programas en el campo de los servicios y la liberación del comercio intrasubregional de servicios; la integración física, y tratamientos preferenciales a favor de Bolivia y Ecuador.

Conforme se evidencia, el Acuerdo de Cartagena busca la integración de los países parte de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), lo cual incluye la búsqueda de una homogenización del derecho, en las materias pertinentes.

Por citar otro ejemplo, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –uno de los más prestigiosos del mundo– se construyó a partir de la existencia de cláusulas de apertura en las distintas Constituciones nacionales de los Estados parte, quienes acordaron construir un sistema de justicia común sobre estándares mínimos de protección de los derechos humanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el *corpus iuris* interamericano. Así, en los dos primeros artículos de la Convención se establece:

Artículo 1.- Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

11 Acuerdo de Cartagena, art. 1 y 2.

2. Para todos los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.
Artículo 2.- Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.¹²

La suscripción de instrumentos internacionales es una muestra palpable de un ejercicio de derecho comparado, donde el fin principal de esta disciplina del derecho se torna evidente. La búsqueda de un derecho homogéneo, sustentado al menos en acuerdos mínimos.

Acorde con esta postura que propende reconstruir el concepto de soberanía, abrir fronteras hacia el derecho comparado, Zweigert y Kötz, destacan la necesidad de recurrir al derecho comparado para alcanzar la homogeneización del derecho tal como ha sucedido con otras ciencias.¹³ Queda claro que el recurso al derecho comparado, o los ejercicios de trasplantes jurídicos, no podrían ser calificados de antemano como un síntoma o sinónimo de pérdida de autonomía, soberanía o como la crónica de un fracaso, al contrario, con su responsable utilización será una manera de construir y mejorar el derecho nacional y de conocer las experiencias comparadas en la inserción y consolidación del objeto de trasplante en un determinado sistema jurídico.

Cabe precisar que al referirse al “derecho”, no se lo hace reduciendo su espectro a la ley en sentido formal, sino a las distintas fuentes del dere-

12 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 y 2.

13 Cfr. Zweigert y Kötz, *Introducción*, 16. A modo de analogía, los autores señalan: “En las ciencias naturales y médicas, al igual que en la sociología y la economía, los países intercambian descubrimientos y opiniones. Se trata de una realidad tan cotidiana, que resulta fácil olvidar su significado. No es posible hablar de una física alemana, de una microbiología inglesa o de una geología canadiense. Estas especificidades científicas son internacionales; lo más que podemos asegurar es que las contribuciones de diversos países a los diferentes departamentos del conocimiento global son destacadas, promedio o modestas. Sin embargo, la situación de la ciencia del derecho es, para asombro de muchos, completamente diferente. Mientras el derecho romano predominó como fuente esencial de todos los sistemas jurídicos del continente europeo, había una unidad internacional del derecho de la ciencia del derecho; de igual forma, podemos aseverar, aún en nuestros días, cierta unidad del *common law* en los países angloparlantes. En el continente europeo empero la unidad jurídica comenzó a desaparecer en el siglo XVIII, cuando los códigos nacionales ocuparon el lugar del derecho romano tradicional. La consecuencia de esto fue que los abogados comenzaron a concentrarse de manera exclusiva en sus propias legislaciones, desentendiéndose de todo lo que sucediera allende sus fronteras. En una época de nacionalismo creciente, tal narcisismo legal dio lugar al orgullo por los sistemas nacionales: los alemanes pensaban que el derecho alemán era lo máximo, al igual que los franceses respecto de su propio sistema legal. Fue así como el orgullo nacional se convirtió en el rasgo distintivo del pensamiento jurídico. El derecho comparado ha comenzado a terminar con tal estrechez de miras.

cho, entre ellas, por ejemplo, la *ius* teoría, que constantemente es objeto de análisis comparativo, teniendo una ostensible incidencia en todo el sistema de fuentes del derecho y en la comprensión en sí, del derecho dentro de ese sistema jurídico. Por ello resulta absolutamente necesario que en todo ejercicio de comparación, independientemente del objeto o tema de comparación, se opte por la utilización de un modelo y metodología que respete en el mayor grado posible los particularismos y rasgos propios de los sistemas jurídico y, principalmente, de su destinatario central, la sociedad.

Así, el derecho comparado se constituye en el medio para hacer del derecho una disciplina internacional, y por consiguiente, el canal para atribuirle el carácter de ciencia. Entre sus objetivos está romper con la estrechez mental que parte de un narcisismo y nacionalismo mal concebido; su meta, en definitiva, es el conocimiento. Para hablar de derecho comparado es preciso dejar de lado argumentos prejuiciados y anticipados como “su origen es extranjero y por tanto, inaceptable”. Todo lo contrario, los ejercicios de trasplantes jurídicos no se traducen en una cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. El recurso o utilización del derecho comparado ofrece una gama de soluciones mucho más amplia si se realiza sobre la base de dos o más sistemas jurídicos, lo que la teoría comparativista denomina el *tertium comparationis*.

Al respecto, Lucio Pegoraro y Ángelo Rinella precisan: “Dado que la comparación implica una operación intelectual que, según un tiempo lógico, desarrolla el análisis de reglas o instituciones que pertenecen a ordenamientos diferentes, parece de utilidad determinar, o simplemente enunciar, un modelo de referencia que actué como *tertium comparationis* en el cotejo entre *comparatum* (lo que viene comparado) y *comparandum* (lo que se debe comparar)”.¹⁴

Esto es apenas lógico, pues el análisis de distintos sistemas jurídicos, de sus fuentes o problemas, aporta a una mayor variedad de soluciones de las que podría alcanzar el mejor jurista nacional; proporciona en definitiva, la oportunidad de hallar la mejor solución a su tiempo y lugar.

Los destinatarios o usuarios de los ejercicios de derecho comparado: Su vínculo con el objeto de la comparación y la escuela de pensamiento jurídico predominante

En cuanto a la utilidad del derecho comparado, en especial, la identificación de sus destinatarios o de quienes pueden recurrir a él, esta se

¹⁴ Pegoraro y Rinella, *Introducción al derecho*, 60.

encuentra íntimamente ligada a la identificación del objeto o materia del ejercicio comparativo. Es así que será necesario –como se señaló en líneas anteriores– identificar previamente qué puede involucrar el derecho, o qué fuentes del derecho,¹⁵ principios, o instituciones, pueden ser parte de un ejercicio comparativo. La identificación de las fuentes objeto de una comparación estará marcada a su vez por la escuela de pensamiento jurídico influyente en un sistema jurídico determinado, pues, según ella se dará énfasis por ejemplo, a ejercicios de ley comparada, jurisprudencia comparada, *ius* teoría comparada, costumbre comparada u otras fuentes del derecho. Finalmente, con la identificación de la fuente que será objeto de la comparación, será claramente advertible el protagonista del ejercicio comparativo, es decir, quién puede realizar un ejercicio de derecho comparado.

Por tanto, queda claro que el derecho comparado es una disciplina del derecho que más allá de lo que se piensa, puede tener diversos protagonistas.¹⁶ Según Zweigert y Kötz, el derecho comparado tiene distintas utilidades y protagonistas: a) en primer lugar es un instrumento para el legislador; b) se constituye en un aporte para los principios hermenéuticos; c) es un aporte para los programas universitarios, y d), busca la unificación sistemática del derecho.¹⁷

De la clasificación de Zweigert y Kötz se advierte que, al contrario de lo que comúnmente ha sucedido, en especial desde sistemas jurídicos occidentales propios de la familia romano-germánica o *civil law*, el derecho comparado no es una herramienta cuyo destinatario sea exclusivamente el legislador, protagonista-generador tradicional de la principal fuente del derecho en esta familia jurídica. Esta clasificación proporciona componentes adicionales que evidencian que el derecho no se reduce a la ley. Por consiguiente, se evita reducir los ejercicios de derecho comparado a ejercicios de legislación comparada, ejercicio que como se verá no merece ser denominado un verdadero ejercicio de derecho comparado. Siendo así, el derecho comparado se constituye –como se ha manifestado– en una herramienta útil para distintos destinatarios, entre ellos, acorde a la clasificación referida, los siguientes:

15 Sobre la relación entre fuentes del derecho y derecho comparado, en general, Stefan Vogenauer, “Sources of Law and Legal Method in Comparative Law”, en Reimann y Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook*, 869-98.

16 Un ejemplo del efecto de los diferentes usos por los diferentes protagonistas en George Fletcher “Comparative Law as a Subversive Discipline”, *The American Journal of Comparative Law*, No. 46 (1998). Una idea semejante en Muir Watt Horatia, “La Fonction Subversive du Droit Comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé* 52, No. 3 (julio-septiembre de 2000).

17 Zweigert y Kötz, *Introducción*, 17.

Instrumento para el legislador ¿solo el legislador?

Lo primero que se cuestiona a partir de este primer destinatario del ejercicio de derecho comparado, es si el legislador es el único destinatario de los ejercicios de “derecho” comparado. La respuesta, aparentemente lógica, sería que no, pues como se anticipó en líneas anteriores, el derecho abarca también otras tantas fuentes que no se reducen a la ley en sentido formal. A pesar de dicha obviedad, resulta innegable que para sistemas jurídicos occidentales, cuyo origen ha sido la familia romano-germánica o del *civil law*, la preocupación por los ejercicios de comparación se ha direccionado comúnmente a las actividades del dominador tradicional de las fuentes del derecho, el legislador, asumiendo que es la ley la única fuente que podría condicionar con efectos generales la vida de la sociedad.

En cuanto al legislador se refiere, Zweigert y Kötz señalan que “no es posible forjar leyes o normas adecuadas sin la participación del derecho comparado, ya sea en forma de estudios generales o de informes”.¹⁸ Los autores ya advierten en este ejercicio comparado en manos del legislador, la necesaria existencia de filtros evaluativos. Así señalan, que es necesario verificar, previo a la mera importación o traspolación de leyes foráneas, los resultados que han experimentado estas en su país de origen, en este caso, el objeto del ejercicio de derecho comparado será una institución reconocida en la fuente ley. Segundo, desde el sistema desde el cual se pretende realizar el ejercicio comparativo, los autores advierten la necesidad de verificar si este objeto del trasplante –ley o artículo de una ley– funcionará en el país donde se propone su implantación, y esto, según los autores, estará marcado necesariamente por distintos factores, entre ellos, las autoridades nacionales, el sistema político, los mecanismos económicos, el contexto social.¹⁹ En definitiva, Zweigert y Kötz se muestran partícipes de un ejercicio comparado crítico,²⁰ cuyo centro de análisis será la dimensión de eficacia del trasplante jurídico. Siendo así, resulta ineludible la realización de un análisis de la dimensión sociológica, tanto del sistema desde el cual se pretende importar el objeto como en el sistema jurídico desde el cual se realiza el ejercicio comparado.

Aporte para los principios hermenéuticos

En lo relacionado a la utilidad del derecho comparado, con respecto a la interpretación de preceptos jurídicos, cabe señalar que este hace es-

¹⁸ *Ibíd.*, 17.

¹⁹ *Cfr. Ibíd.*, 19.

²⁰ Una interesante aportación a la relación entre teoría crítica y derecho comparado en Roger Merino Acuña, *Comparative Law from Below. The Construction of a Critical Project in Comparative Legal Studies* (Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2012).

pecial referencia a las condiciones jurídicas del sistema desde el cual se realiza el ejercicio comparativo. Es el caso de la verificación de las condiciones jurídicas que cumple la *interpretatio* en ese sistema jurídico y a la apertura de dicho sistema para asumir o realizar ejercicios comparativos. Nuria González precisa que: “En definitiva, sabemos que un éxito legislativo no es exclusivo de un Estado en particular, la comparación, el método comparativo, nos sirve para, en principio, estudiar otras realidades diferentes en las que tengamos un punto de partida común, y si ha habido un avance, un logro para solventar una laguna legal, pues adoptarla y, sobre todo, adaptarla a nuestra realidad”.²¹ Es así que resultará preciso verificar, previo a asumir miméticamente esta utilidad del derecho comparado que plantean los autores, cuál es el rol que desempeña la interpretación en el sistema jurídico desde el cual se pretende realizar el ejercicio comparativo.

Así, la interpretación podría reducirse a ser exegética o literal, en cuyo caso no sería útil el derecho comparado para la interpretación de preceptos jurídicos, pues sería suficiente con seguir efectuando ejercicios de comparación reducidos a la ley. Por el contrario, si la interpretación se traduce en una herramienta necesaria para dar contenido y alcance a las prescripciones normativas, el derecho comparado resulta ser sumamente útil en la labor de generación de normas, dejando claro que la norma sería el producto de la interpretación de la prescripción o enunciado normativo reconocido en una ley o fuente formal del derecho.²² En este segundo escenario, al reconocer la diferencia existente entre una prescripción normativa y una norma, se puede advertir a sus destinatarios, pudiendo ser el agente creador de normas toda autoridad con potestad normativa reconocida en la Constitución o en la ley, según sea el modelo de Estado imperante en ese sistema jurídico. Siendo así, en el caso ecuatoriano, por ejemplo, el destinatario del ejercicio de derecho comparado, en lo relacionado a la interpretación de los preceptos jurídicos, podría ser todo agente estatal o no estatal que tenga como competencia la facultad de interpretación de preceptos jurídicos con un alcance mayor a “inter partes”. En otras palabras, que tenga capacidad normativa. En Ecuador se podría considerar como destinatarios estatales, al legislador, intérprete auténtico de la ley, la Corte Constitucional (en adelante, CC), intérprete auténtico de la Constitución, entre otros agentes con potestad normativa en los términos del art. 84 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) de 2008.

21 Nuria González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”, *Jurídica: Anuario*, No. 30 (s. f.): 625, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt27.pdf>>, consulta: 10 de junio de 2014.

22 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría del derecho*, 5a. ed. (Madrid: Trotta, 2005), 50.

Por su parte, en cuanto a agentes no estatales, se puede referir a la capacidad normativa con la que cuentan las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, quienes en ejercicio del concepto y alcance del pluralismo jurídico,²³ diariamente construyen normas a partir de las circunstancias sociales que se presentan en una comunidad determinada.

Para esta labor interpretativa –como se ha dicho– se pueden tener distintos destinatarios y efectos, el recurso al derecho comparado es una realidad que diariamente se plasma en el accionar de dichos agentes, de ahí la necesidad de contar con parámetros evaluativos en dichos ejercicios de comparación, pues en caso de no contar con ellos, los efectos negativos podrían ser incluso peores que aquellos que se desprenderían de un mal ejercicio de legislación comparada.

Los autores, con respecto a los filtros evaluativos, advierten que “resulta necesario determinar si el intérprete de los principios nacionales puede invocar una solución generada en el extranjero”.²⁴ Esta verificación resulta muy importante y encuentra su respuesta –como ya se vio– en la estructura y fuentes que integran el sistema de fuentes del derecho de un sistema jurídico. En el caso de un sistema cuyo origen se encuentre en la familia romano-germánica, existen altas probabilidades de que el intérprete auténtico y exclusivo del derecho, sea el legislador, siendo este el protagonista tradicional de los ejercicios de derecho comparado. No obstante, como se pudo observar en el mundo contemporáneo existen otros tantos agentes con potestad normativa.

En segundo orden, Zweigert y Kötz advierten “la imposibilidad de importar un principio de interpretación, pasando por alto los principios nacionales inequívocos”.²⁵ Este presupuesto, acorde con un ejercicio comparativo crítico, ratifica su preocupación por la adecuación del trasplante jurídico a las condiciones nacionales,²⁶ pudiendo estas encontrarse en las distintas fuentes del derecho que integran el sistema jurídico desde el cual se realiza el ejercicio comparativo. Siendo así, reconoce la imposibilidad de realizar ejercicios meramente receptivos, pues aquello podría devenir en antinomias o problemas de aplicación del objeto en el sistema jurídi-

23 Aunque más tarde se aborda la cuestión del pluralismo desde el punto de vista del derecho ecuatoriano y, de manera general, latinoamericano, existen, naturalmente, muchos pluralismos. Un buen ejemplo está en Masaji Chiba, *Legal Pluralism: Towards a General Theory Through Japanese Legal Culture* (Tokyo: Tokai University Press, 1989).

24 Cfr. Zweigert y Kötz, *Introducción*, 19.

25 Cfr. *Ibid.*, 19 y 20.

26 Aunque la cuestión del trasplante y la importación jurídica se aborda más extensamente en el capítulo II, podemos recordar algunos estudios de caso como Cathérine Dupré, “The Perspective of Law Importation: The Hungarian Experience”, en Andrew Harding y Esin Örcüci, edit.,

co nacional. Por otro lado, los autores sostienen que el recurso al derecho comparado, en el caso de la interpretación a preceptos jurídicos, es pertinente y necesario “cuando hay dudas con respecto a la elaboración de una regla, o cuando existen vacíos en el sistema que el juez debe subsanar”.²⁷ Respecto a esta aseveración vale cuestionarse: si la utilidad del derecho comparado ¿puede reducirse a llenar vacíos o construir reglas legislativas o judiciales? En el primer escenario, asumir que el derecho comparado tiene como fin llenar vacíos sería asumir un rol meramente complementario, que no traduciría su real importancia. En el segundo escenario la función del derecho comparado es mucho mayor, pues se puede alcanzar la construcción de normas de tipo legal o judicial, rescatando –como dijeron los autores– la necesaria verificación de su eficacia una vez que estas han sido implementadas. En ambos casos, según lo expuesto, resulta trascendental optar por un ejercicio de derecho comparado crítico y en permanente evaluación, caso contrario corremos el riesgo de materializar aquellas críticas sustentadas en el concepto de soberanía que reclama una pérdida de autonomía. Más adelante se analizarán a profundidad estos escenarios y la metodología comparativa más saludable a efectos de evitar las consecuencias negativas que puedan generarse.

A propósito de esta importante utilidad del derecho comparado en la interpretación de preceptos jurídicos, y como muestra de que el derecho no se reduce a la ley, los autores citan a uno de los principales destinatarios de los ejercicios de derecho comparado, un actor que en el caso de los sistemas jurídicos con tradición jurídica formalista ha sido invisibilizado. Nos referimos a los jueces, particularmente al diálogo jurisprudencial comparativo de tipo transnacional que se ha suscitado entre las Cortes, demostrándose claramente la influencia que ha tenido la familia jurídica originaria en la importancia que se ha dado a la jurisprudencia como fuente del derecho y, por tanto, como fuente de comparación. Así se tiene el caso de Suiza, donde los fallos del Bundesgericht abundan en elementos comparativos; en Francia, por el contrario, la Cour de Cassation demuestra apatía por el acceso al derecho externo. Mientras que el derecho francés, adoptó un estilo

Comparative Law in the 21st Century (Londres: Kluwer Law International, 2002), 267 y s. En general, Bryant G. Garth e Yves Dezalay, edit. *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002). Una posición muy crítica en Pierre Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, No. 4 (1997). También Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Edimburgo: Scottish Academic Press, 1974); William Ewald “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants”, *The American Journal of Comparative Law*, No. 43 (1995).

27 Ibid., 21-2.

de juicio que prohíbe cualquier referencia a consideraciones sociológicas, histórico-legales o comparativas.²⁸

Finalmente, los autores enfatizan la importancia que tiene el diálogo jurisprudencial en los tribunales ingleses, australianos y canadienses integrantes del *common law*, quienes acostumbra comúnmente a citarse entre sí. Queda clara, como mencionamos, la influencia de la familia jurídica y más concretamente que la escuela de pensamiento jurídico predominante en esa familia resulta ser crucial en la función y utilidad que tiene el derecho comparado, es por ello que la *ius* teoría comparativista siempre advierte el nexo de causalidad entre la teoría del derecho y los trasplantes jurídicos, todo esto se analizará más adelante a propósito de los modelos comparativos.

El aporte del derecho comparado a la academia

Continuando con las importantes funciones que tiene el derecho comparado, destaca aquí otro destinatario, que no es el legislador y probablemente es el principal protagonista de los ejercicios de comparación con efectos multiplicadores en la sociedad y en el sistema jurídico, es el caso de la academia²⁹ y la *ius* teoría como objeto de comparación.

A pesar de que probablemente en la academia no se ha palpado la influencia del derecho comparado, lo cierto es que diariamente se generan efectos inmateriales sumamente importantes. Así, cuando el docente imparte su materia y analiza con sus estudiantes determinado material bibliográfico foráneo, está realizando un ejercicio de derecho comparado con las mismos beneficios, pero también con los mismos peligros que se pueden evidenciar, por ejemplo, en un ejercicio de legislación comparada. Allí se encuentra una de las principales razones para impulsar el análisis académico crítico de los textos bibliográficos. Tanto alumnos como docentes, deben asumir que una lectura meramente descriptiva de dicho material puede devenir en resultados miméticos, que consoliden simples “seguidores o discípulos” de determinados autores, cuando lo central, como debe ocurrir en un ejercicio de comparación, es tener siempre una visión crítica y respetuosa con los particularismos de los sistemas jurídicos desde donde se leen esos textos. No es saludable evaluar a los sistemas jurídicos desde una teoría transnacional que no corresponde necesariamente a la realidad.

Zweigert y Kötz, con respecto a este importante destinatario sostienen que: “En este sentido, como en el de la ciencia del derecho en general, es un signo de soberbia, a la vez que de estrechez mental y de retrogresión,

28 Cfr. *Ibid.*, 21.

29 Véase sobre esta cuestión Otto Kahn-Freund, “Comparative Law as an Academic Subject”, *Law Quarterly: Review*, No. 82 (1966).

limitarse a estudiar el propio derecho nacional, en especial para las universidades y las escuelas de derecho, en un época de dinamismo y movilidad social en todos los confines del mundo".³⁰ El estudiante aprende a respetar los aspectos más especiales de otras culturas del derecho.

Ahora bien, tal como sucede con otros destinatarios, también existen sistemas jurídicos donde su academia es renuente al recurso del derecho comparado, hecho que obedece principalmente al contexto histórico y a su carácter prestigioso. Es el caso de la academia alemana, donde las instituciones educativas del derecho alemán no tienen libertad para impartir, examinar y adaptar su derecho a las cambiantes condiciones del mundo. Es el Estado y no la academia quien evalúa a los aspirantes a abogados sin tomar en cuenta el prestigio, riqueza o el desempeño del estudiante, menos aún si sus estudios los hicieron en el extranjero. En el caso de la academia alemana, los abogados extranjeros que pretenden ejercer la profesión deben someterse a los requerimientos para los abogados alemanes, procurando de esta manera garantizar su autonomía y diferencia con otros sistemas jurídicos mundiales.³¹

No obstante de las posturas advertidas, está claro que la academia debe recurrir constantemente al derecho comparado a efectos de alcanzar uno de sus principales objetivos: el conocimiento.

Su meta final: La unificación del derecho

En cuanto a esta finalidad del derecho comparado, en líneas anteriores ya se hicieron algunas aproximaciones, sin embargo, resulta pertinente mostrar otras desde la óptica de los destinatarios que se beneficiarían de esta unificación. Como bien se sabe, una de las principales metas que persigue el derecho comparado es la unificación, la homogeneización del derecho.³²

Zweigert y Kötz, respecto de la meta de unificación del derecho, precisan que:

La última función del derecho comparado es acerca del papel que desempeña en la elaboración de proyectos para unificar internacionalmente el derecho. El fin político que subyace a dicha unificación es reducir o suprimir, las discrepancias entre los sistemas legales nacionales, induciendo a estos a

30 Ibid., 23.

31 Cfr. Ibid., 24.

32 Este propósito figura, por ejemplo, en el título de una obra clásica del derecho comparado, René David y otros, edit., *International Encyclopedia of Comparative Law, The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, vol. II (Tubinga: Mohr Lerbuch Siebeck, 1972). Sobre unificación y homogeneización, véase Rodolfo Sacco, "Diversity and Uniformity in the Law", *The American Journal of Comparative Law*, No. 49 (abril de 2001). Esta unificación, como es lógico, se propone con diferente intensidad dependiendo de las diversas ramas del Derecho, así Arthur Rosett, "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", *The American Journal of Comparative Law* 40, No. 3 (verano de 1992).

adoptar principios comunes. El método que se usaba en el pasado –y al que aún se recurre actualmente– consiste en generar un derecho uniforme a base del trabajo realizado por expertos en derecho comparado, para luego incorporarlo, mediante un tratado multipartito que obliga a los signatarios a aplicar dicho derecho como si se tratara de un derecho local.³³

Para muchos esto constituye una meta utópica, mientras hay quienes consideran que existen avances verificables por medio del derecho comparado que al menos se aproximan a tal objetivo. La búsqueda de unificación del derecho conforme lo señalado por los autores ha permitido reducir o suprimir las discrepancias entre los distintos sistemas jurídicos mundialmente reconocidos.

Pedro Fernández de Córdova por su parte, refiriéndose a las metas del derecho comparado, precisa que:

Este propósito, esta finalidad, se ha fijado en la unificación de derechos en el mundo, es decir en la reducción de esa multiplicidad que actualmente existe, por el hecho evidente de que cada país, a veces cada región de un país, ostenta un derecho diferente, una legislación particularizada que muestra al globo terrestre convertido en una especie de gran mosaico. Intentar una reducción, procurar una unificación de esas regulaciones, resulta ser una tarea que para unos es factible, mientras que para otros no pasa de ser una utopía, de lo cual resulta que podemos hablar de dos tesis, una afirmativa y otra negativa.³⁴

Por otro lado, los procesos supranacionales han permitido alcanzar la unificación del derecho en ciertas materias, lo cual ha generado a su vez una serie de ventajas en la realización de los negocios en el plano internacional, a través de la predictibilidad y la seguridad jurídica. En el ámbito jurisdiccional internacional, más allá de los avances señalados en líneas anteriores, se advierte que el recurso al derecho comparado allana el camino para el juez en la resolución de diferencias que se generan como consecuencia de dichos negocios jurídicos. Al respecto, Zweigert y Kötz determinan que “así se reducen los riesgos jurídicos de los negocios internacionales y, por ende; se allana el camino tanto para quienes deseen realizar negocios como para el juez que tiene que resolver las diferencias. El derecho unificado favorece, pues, la predictibilidad y la seguridad”.³⁵

Una vez realizada una primera aproximación a las funciones, metas y destinatarios del derecho comparado podemos concluir que la ley no es la única fuente del derecho, es por ello que la búsqueda de unificación del derecho debe producirse a partir del cambio de la cultura jurídica de los

33 Ibid., 26.

34 Pedro Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 2a. ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones –CEP–, 1997), 28.

35 Zweigert y Kötz, *Introducción*, 28.

abogados y de los operadores de justicia, generando conocimiento a partir del diálogo comparativo. El estudio del derecho comparado no puede limitarse a formular propuestas para la reforma del derecho nacional, por muy valiosa que sea esta actividad, aquello contribuiría a la tesis negativa del recurso al derecho comparado: el nacionalismo.

Ahora bien, como ya se mencionó en líneas anteriores, si bien los modelos comparativos comparten o se erigen sobre la importancia del derecho comparado y principalmente el concepto de globalización,³⁶ las funciones del derecho comparado, sus metas, destinatarios y riesgos difieren según el modelo comparativo que se utilice. En consecuencia será necesario verificar las características, metas y conceptos, hasta aquí abordados de manera general, desde el estudio del primer modelo comparativo; el tradicional, aquel que prevalece aun en la *ius* teoría comparativa tradicional y que incluso ha sido y es comúnmente aplicado, –en algunos casos sin conocerlo– en el contexto académico ecuatoriano.

El modelo comparativo tradicional,³⁷ con el cual son coincidentes diversos *ius* teóricos prestigiosos alrededor del mundo, entre ellos René David, Nuria González, Alex, Suzanne Tunc, Alan Watson, y que ha sido adoptado por comparativistas nacionales como el profesor Pedro Fernández de Córdova, cuenta con una estructura, características y fines claramente identificables, mismos que han servido para estudiar y profundizar en la disciplina del derecho comparado. En otras palabras, a partir de la metodología inserta en este modelo comparativo se ha definido la importancia, funciones, metas y destinatarios del derecho comparado.

El análisis correspondiente a la primera fase del estudio comparativo, esto es, la definición del objeto de la comparación, ha sido funcional, pero para todo el ejercicio comparativo. En el caso ecuatoriano por ejemplo, en las pocas universidades donde el estudio del derecho comparado o de los sistemas jurídicos comparados forma parte de la malla curricular, su análisis se ha sostenido únicamente en este modelo comparativo, dando énfasis inclusive a una familia jurídica determinada, nos referimos a la familia occidental, romano-germánica o del *civil law*. Su utilización –de acuerdo a lo tratado– ha tenido repercusiones importantes en los distintos protagonistas

36 Véase, por ejemplo, Werner Menski. *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2a. ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2006); Muir Watt, Horatia (2006) "Globalization and Comparative Law", en Reimann y Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook*, 579-608; o William Twining (2007) "Globalisation and Comparative Law", en David Nelken y Esin Örüçü, edit., *Comparative Law: A Handbook* (Portland: Hart Publishing), 69-90.

37 Una explicación clara de este método tradicional en Gutteridge, *Comparative Law*, cit. Una visión actualizada en Pier Giuseppe Monateri, edit., *Methods of Comparative Law* (Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012).

de los ejercicios de derecho comparado, sean estos asambleístas constituyentes, legisladores, jueces, estudiantes y otros actores. Así se procurará destacar los elementos y metodología propia de este modelo para comprobar la hipótesis inicial de esta investigación, acerca de que la utilización de este modelo comparativo únicamente podría aportar a la fase inicial de estudio del derecho comparado, es decir, a la identificación del objeto de la comparación. Por tanto, no resultaría suficiente para la totalidad de un ejercicio de derecho comparado.

El modelo comparativo tradicional: El derecho mundial clasificado en familias, sistemas y subsistemas jurídicos

El mapamundi: ¿Una metodología que jerarquiza a los sistemas jurídicos en el mundo?

El modelo comparativo tradicional, también denominado por la *ius* teoría comparativa como modelo simple, se sustenta fundamentalmente en una metodología macro, misma que obedece a la innumerable cantidad de sistemas jurídicos reconocidos en el mundo. Se busca con ella la agrupación o clasificación de los distintos sistemas jurídicos mundiales y otros subsistemas jurídicos, dentro de una o varias familias jurídicas, a partir del cumplimiento de rasgos comunes. En relación con lo señalado, Carlos Helver Barrera determina que “En el plano práctico resulta aconsejable realizar el análisis sobre sistemas jurídicos que posean una igualdad de normas y de instituciones, de igual forma resulta necesaria la analogía sustancial de principios informadores y de estructuras jurídicas, incluso la pertenencia a los llamados sistemas jurídicos o familias jurídicas”.³⁸

Esta metodología –según lo mencionado– obedece fundamentalmente a la complejidad que reviste realizar ejercicios comparativos particularizados entre los innumerables sistemas jurídicos mundiales. Por otro lado, a partir del establecimiento de rasgos comunes se pretenden dos objetivos, el primero es mostrar la riqueza del derecho y la forma como este es concebido en distintos sistemas jurídicos mundiales, y el segundo, establecer un parámetro de compatibilidad aparentemente necesario previo a realizar un ejercicio comparativo.

Es así como el fin de esta metodología es la generación de un mapamundi, donde claramente podríamos –según este modelo– advertir a qué familia jurídica pertenece un sistema jurídico determinado. Muestra

38 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 27.

de ello, el cuadro de autoría de la profesora mexicana Nuria González Marín, donde se insertan a los países latinoamericanos, dentro de la familia romano-germánica.³⁹

Este modelo comparado, sustentado en una metodología macro, entiende que el derecho comparado es una disciplina cuyo fin último es establecer una clasificación mundial de los sistemas jurídicos dentro de una u otra familia jurídica. En el caso del derecho ecuatoriano, por ejemplo, este se encuentra encasillado según el cuadro de la profesora González, dentro de la familia romano-germánica, más adelante se analizará si esta clasificación es adecuada, y de ser así, qué efectos traería consigo en los ejercicios de derecho comparado que se realizan desde el caso contexto ecuatoriano. Su fin, sería como se ha mencionado: la generación de un mapamundi.⁴⁰

En cuanto a su estructura se refiere, se trata de un modelo comparativo construido de manera escalonada, triádica y jerarquizada, donde se establecen diferencias categóricas entre los conceptos de familias jurídicas, sistemas jurídicos y subsistemas jurídicos.

En cuanto a la primera clasificación, la familia jurídica ha sido definida por Pedro Fernández de Córdova como: “el conjunto más amplio de derechos nacidos de un tronco único y por lo mismo poseedores de rasgos caracterizantes que les son comunes, en función de sus orientaciones e influencias”.⁴¹

Entre esta gama de familias jurídicas, el mismo autor referido, coincidiendo con *ius* teóricos transnacionales como René David, advierte la existencia originaria de seis familias jurídicas, dos de ellas –en su criterio– extintas en el mundo contemporáneo; se refiere a las familias hindú y china.

39 González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos”, 634-51.

40 Respecto a esta metodología, Christian Hertel justifica su pertinencia pero también establece algunos perjuicios que devendrían en el ejercicio comparativo: “Mediante su clasificación en grupos o familias jurídicas es posible describir de manera resumida ordenamientos jurídicos de distintos Estados que comparten importantes características comunes. El resumen tipificador simplifica la comparación jurídica –y hace posible sobre todo, en primer lugar, ofrecer una rápida perspectiva de determinadas cuestiones sin perderse en tediosos detalles de cada uno de los países–. Es posible apreciar las peculiaridades de una familia jurídica, sin embargo sería difícil abordar las peculiaridades de unos 200 ordenamientos jurídicos en todo el mundo. Inevitablemente, al tratar de hacer un resumen global, algunas particularidades de los distintos ordenamientos jurídicos se pierden en el rasero generalizador. Dicho de otro modo; el resumen en familias jurídicas permite plantear con mayor rapidez las cuestiones adecuadas, si bien no siempre ofrece las respuestas adecuadas. Conocer las peculiaridades de una familia jurídica no sustituye el estudio del derecho en cuestión; sin embargo estamos advertidos de los riesgos que esto pudiera entrañar. Christian Hertel, “Sistemas y familias jurídicos del mundo”, 185. http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf, consulta: 16 de noviembre de 2015.

41 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 58.

Las cuatro familias restantes, algunas conocidas de mejor manera por el contexto geográfico, se dividen en tres occidentales y una oriental, esta última también denominada por la doctrina comparativista como “religiosa”. Las tres familias jurídicas occidentales son: a) familia romano-germánica; b) familia socialista; c) familia del *common law*; mientras que la familia jurídica oriental, cuestionada desde el Occidente por su aparente carácter “no jurídico”, la familia islámica⁴². Cada una de estas familias jurídicas cuenta con rasgos sólidos que marcan una influencia categórica respecto a una serie de sistemas jurídicos mundiales.

Siguiendo con la clasificación triádica propia de esta metodología, se tiene a los “sistemas jurídicos”, entendidos por la doctrina comparativista como sistemas jurídicos prestigiosos que por su ámbito de influencia dentro de la familia jurídica merecen ser analizados de manera pormenorizada y particularizada. Lucio Pegoraro y Ángelo Rinella señalan que: “[...] por sistema jurídico se entiende el conjunto de las reglas de derecho aplicables a los sujetos de un determinado grupo social que, generalmente, aunque no necesariamente, está organizado en forma de Estado”.⁴³ Su prestigio los hace merecedores de un grado de autonomía, sin embargo, siguen arraigados a las raíces del tronco común denominado familia jurídica. Cada familia jurídica cuenta, por tanto, con sistemas jurídicos predominantes que han marcado una influencia notable en el derecho de muchos países

42 Cfr. González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos”, 631; Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 59; José Guillermo Vallarta, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, 2a. ed. (México DF: Porrúa, 2002), 9. Respecto a la clasificación en familias jurídicas, Christian Hertel, gerente del Instituto Notarial Alemán, sostiene que “no existe una clasificación en familias jurídicas correcta, ni tampoco una clasificación reconocida con carácter general. Un ordenamiento jurídico puede pertenecer, por ejemplo, en derecho civil a una familia jurídica y en derecho administrativo a otra distinta. Incluso el derecho de sociedades puede estar ya clasificado de manera distinta al derecho civil general. Christian Hertel, *Sistemas y familias jurídicas del mundo*, 186. http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf, consulta: 16 de noviembre de 2015. No obstante de ello, la clasificación entre familias y sistemas jurídicos ha sido acogida por varios *ius* teóricos comparativos. Al respecto véase Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3a. ed. (Tübinga: Mohr Siebeck Lehrbuch, 1996), así como René David y Günther Grassman, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, 3a. ed. (Munich: Aufl, 1988). Zweigert y Kötz distinguen seis familias jurídicas, a saber 1. el romano, 2. el germánico, 3. el anglo-americano, 4. familia jurídica nórdico, 5. El derecho en el lejano Oriente (China y Japón) y 6. los derechos religiosos (Islam, Hindú), Consideran que la familia jurídica “socialista” que todavía figuraba en la 2a. ed. ha desaparecido prácticamente de la superficie de la tierra. David y Grassman, por su parte, distinguen seis familias jurídicas, a saber 1. la familia del derecho romano-germánico (con un subgrupo occidental, otro en centroeuropa y otro nórdico), 2. los ordenamientos jurídicos socialistas, 3. el derecho consuetudinario (*Common Law*) (Inglaterra y EUA), 4. los ordenamientos jurídicos del Lejano Oriente, 5. los de religión (Islámica, Hinduista, Judaísmo) y 6. los de tradición tribal (derecho de costumbres).

43 Pegoraro y Rinella, *Introducción al derecho*, 51.

en el mundo. Carlos Helver Barrera Martínez determina que: “Con el propósito de facilitar el estudio de los sistemas jurídicos se han pretendido organizar en familias jurídicas, dependiendo de sus orígenes históricos, su naturaleza jurídica, su estructura y su operatividad jurídica; resultando tantas clasificaciones [...]”.⁴⁴

En el caso de la familia romano-germánica, por ejemplo, también conocida como *civil law*, se encuentra integrada por los sistemas francés, alemán y, originalmente, por los sistemas nórdicos o escandinavos. Por otro lado, la familia Socialista tendría en su momento como principal sistema representativo a la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviética, URSS; sistema jurídico que marcaría un grado de influencia notable con respecto a otros países en el mundo. El *common law* por su parte, encuentra en Gran Bretaña el sistema más representativo de esta familia jurídica, que ha ejercido un fuerte grado de influencia en el derecho asumido por innumerales países alrededor del mundo. Finalmente, la familia islámica tiene como dos de sus sistemas representativos a Irán y a los Emiratos Árabes, quienes a su vez generarían influencia en otros tantos países del mundo a lo largo de aproximadamente quince siglos.⁴⁵

Finalmente, en el último escalón de esta clasificación, propia de la metodología de este modelo tradicional, se tiene a los subsistemas jurídicos, entendidos como meras ramificaciones de los sistemas jurídicos mundialmente reconocidos, así Pedro Fernández de Córdova precisa “El ‘sistema’, puede dar lugar a la presencia de ‘subsistemas’ exactamente como ocurre en las ramificaciones que se presentan en las familias, donde la fecundidad y el medio han permitido su eficaz reproducción”.⁴⁶

A diferencia de los grandes o prestigiosos sistemas jurídicos, este modelo no demuestra mayor preocupación en el estudio o al menos identificación de estos subsistemas jurídicos, tan solo se limita a resaltar que son países que dentro del modelo comparativo asumen una obligación de recepción de instituciones u objetos que son producidos por el gran sistema jurídico representante de su familia jurídica. Se tratan en definitiva, de vástagos que deben asumir y mantener los rasgos propios de los sistemas prestigiosos que integran su familia jurídica. Esta es la razón fundamental por la cual no se encuentra en –al menos– la doctrina comparativa acorde con este modelo, al menos la identificación de estos países y de los particularismos que podrían presentar sus sistemas jurídicos, pues resultaría lógico, desde la concepción de este modelo, que si receptan miméticamente

44 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 47.

45 Cfr. Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 65-140.

46 *Ibid.*, 58.

todos los objetos que envía el gran sistema jurídico, basta con estudiar al sistema jurídico emisor.

Esta metodología, como se puede observar, si bien se preocupa por agrupar a los derechos de los países, también establece una jerarquización entre ellos, característica que genera un efecto categórico respecto de los ejercicios comparativos y particularmente en las funciones que cumple el derecho comparado. No se debe olvidar que para hablar del derecho comparado, se asume que comparar involucra un diálogo, un ejercicio de correspondencia entre iguales, aspecto que no se advierte en este modelo, principalmente desde la concepción de los denominados subsistemas jurídicos, vástagos o meras ramificaciones. Siendo así, si se asume que existen países encasillados dentro de la clasificación de subsistemas jurídicos, y otros dentro de la clasificación de sistemas, se podrían formular algunas interrogantes: ¿dentro de esta metodología los subsistemas jurídicos realizan derecho comparado?, o por el contrario, ¿están destinados a un ejercicio de mera recepción mimética de objetos o instituciones jurídicas traídas del sistema emisor?, ¿puede calificarse esta actividad como derecho comparado?, ¿la imposición es derecho comparado?, ¿cuáles son los efectos respecto a la dimensión sociológica o rasgos originarios o particulares de los subsistemas jurídicos?, ¿cuentan los subsistemas jurídicos con rasgos propios?, o, ¿su derecho es producto de un ejercicio de recepción acrítica de instituciones u objetos generados o construidos en el gran sistema emisor?, ¿el derecho comparado puede limitar sus fines al establecimiento de un mapamundi? Trataremos de aproximarnos a posibles respuestas a lo largo de esta investigación, por lo pronto procuraremos resaltar los beneficios de este modelo comparativo, que insistimos, aún es aplicado en el mundo contemporáneo, inclusive desde el contexto de los denominados “subsistemas jurídicos”, particularmente el caso ecuatoriano.

Los rasgos comunes de los sistemas y subsistemas jurídicos mundiales: Presupuestos para clasificarlos dentro de una o varias familias jurídicas

Una vez establecida la clasificación entre familias, sistemas y subsistemas jurídicos, la metodología propia de este modelo propone una serie de rasgos comunes a partir de los cuales los diversos sistemas jurídicos mundiales son clasificados o agrupados dentro de una u otra familia jurídica determinada. Debemos precisar que el incumplimiento de uno de estos rasgos ha devenido en la exclusión de diversos sistemas jurídicos de su familia jurídica. Estos rasgos comunes a ser considerados son: a) evolución

histórica, b) ideología política, c) ámbito de influencia, d) estructura del sistema de fuentes, e) técnica o papel del jurista o juez dentro del sistema y f) escuela de pensamiento jurídico predominante.⁴⁷

Los países en los que su derecho cuente con estos rasgos comunes, serán encasillados dentro de una u otra familia jurídica. Este “encasillamiento” genera una incidencia clara respecto de los ejercicios de derecho comparado, concretamente respecto al objeto de la comparación y la forma como se emprende dicha comparación. En esta línea, esta clasificación a su vez genera una fidelidad generalmente acrítica por parte de los sistemas jurídicos y aún más de los subsistemas frente a sus familias jurídicas. En otras palabras, una clasificación o agrupación rígida como la que presenta esta metodología, marcará que los ejercicios comparativos solo podrán realizarse entre los sistemas jurídicos –no necesariamente subsistemas– integrantes de una misma familia jurídica. Esta fidelidad se constituye en una forma de blindar la pureza del derecho hegemónico asumido por cada familia jurídica.

Para los fines de esta investigación, se hace énfasis en el estudio e identificación de aquellos rasgos que permitan poner en evidencia las funciones, metas y destinatarios que persigue el derecho comparado acorde con este modelo comparado y, fundamentalmente, cuál es la incidencia de esa concepción de derecho en los ejercicios de derecho comparado que se generan sobre esa hegemonía. Por otro lado, es preciso señalar que con fines metodológicos, a fin de esquematizar de mejor manera el análisis correspondiente a los objetivos planteados en este capítulo, se procederá a analizar la única familia jurídica oriental, para posteriormente concentrar la atención en las familias occidentales.

Resulta importante ratificar la importancia que tiene este modelo comparativo para identificar el primer paso del ejercicio de comparación. Como se verá más adelante, el análisis de las familias jurídicas tiene como sustancial beneficio ampliar la concepción del derecho del jurista, y aquello tendrá como efecto concomitante dotar de mayor amplitud al objeto del ejercicio comparativo.

El derecho según la familia jurídica islámica: ¿Una familia jurídica o religiosa?

En el marco del modelo comparativo tradicional, particularmente en uso de su metodología, comúnmente la *ius* teoría comparada ha optado por

47 Cfr. *Ibid.*, 60; González Martín, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 631.

analizar las principales familias jurídicas occidentales, con rasgos predominantes que –como se verá más adelante–, marcarán una concepción del derecho determinada en los múltiples sistemas y subsistemas jurídicos mundiales que las integran. En líneas anteriores ya se mencionó que, a diferencia del esquema de análisis optado comúnmente por la *ius* teoría, se ha optado, por fines metodológicos, iniciar este estudio de manera invertida, es decir, analizando la única familia jurídica oriental que la doctrina comparada reconoce como vigente. Por ello se realizará un acercamiento a los rasgos propios que componen la familia islámica,⁴⁸ también calificada desde Occidente, como familia religiosa. Pedro Fernández de Córdova la define de la siguiente forma:

La familia islámica de derechos es la única, de las llamadas “orientales”, que permanece vigente y con todo el vigor que corresponde a las normas de diaria aplicación. Su permanencia se ha visto, incluso, robustecida en las dos últimas décadas, merced al triunfo que determinados movimientos religioso-fundamentalistas, han tenido en el mundo contemporáneo, dentro de aquellas poblaciones y territorios que un día integraron el Islam, pero que por razones e influencias de distinta índole, en un momento determinado dejaron de lado los preceptos del Corán, en cuanto mandatos jurídicos, que siguiesen en la intimidad de su conciencia respetándolos como mandamientos religiosos.⁴⁹

Es importante precisar de antemano que para el análisis de esta familia se requiere necesariamente olvidar por un momento los prejuicios sobre el concepto de derecho. En palabras comunes, debemos retirar el chip occidental para así poder asimilar los rasgos de esta familia jurídica, que sin duda aportarán de manera importante a la conceptualización del derecho y en consecuencia del objeto de un ejercicio de comparación.⁵⁰

Ámbito de influencia: Países que han recibido influencia de la Shariah o derecho islámico

Esta familia jurídica ha superado varios procesos de secularización que se han dado a lo largo del tiempo, y ha logrado mantener su concepción de un

48 Una visión clásica en James Norman Dalrymple Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (Londres: Stevens & Sons, 1959); una visión actualizada en Abdullahi A An-Na'im, *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book* (Nueva York: Zed Books, 2002) o en Anver M. Emon, Marc S. Ellis y Benjamin Glahn, edit., *Islamic Law and International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012).

49 Pedro Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 140.

50 Véase, Christian Hertel, “Sistemas y familias jurídicos del mundo”, 198. <http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf>, consulta: 16 de noviembre de 2015. “Los derechos religiosos no encajan en la doble división entre *common law* y *civil law*. En algunas formulaciones de derecho comparado estos aparecen, por tanto, recogidos como un grupo de derechos religiosos o bien se estudia cada religión partiendo de la concepción jurídica en que se encuadra. Esto puede tener sentido si se tiene interés por la base filosófica del derecho. Para

derecho que unifica e incluso confunde las normas religiosas y jurídicas, las segundas supeditadas a las primeras.⁵¹ Arturo Jaime Lan al respecto señala:

El musulmán es uno de los derechos de contenido religioso de mayor trascendencia. El número de países que siguen la religión musulmana es cuantioso y está en constante crecimiento, ya que cerca de 20% de la población mundial ha adoptado la religión islámica. Su presencia no se limita al mundo árabe, sino a todos los confines de la geografía mundial. En virtud de los incesantes movimientos migratorios, la mayoría de los países europeos cuentan con una población considerable de origen musulmán.⁵²

En atención a estas particularidades, esta familia jurídica ha recibido distintas denominaciones, entre ellas ser concebida por el mundo occidental como una familia religiosa y no jurídica, desconociendo de alguna manera la conexión o compatibilidad entre el derecho y la religión.⁵³ En cuanto a las distintas denominaciones que le confiere la doctrina comparada, podemos encontrar calificativos como “Shariah”; Zweigert y Kötz al respecto señalan “La Shariah como se denomina en árabe al derecho islámico, es el conjunto de preceptos revelados por la Divinidad que todos los fieles musulmanes deben observar a fin de cumplir con los derechos que impone la religión”.⁵⁴ Esta familia jurídica cuenta con un ámbito de influencia notable alrededor del mundo, son muchos los países que han recibido su influencia, sin perjuicio de que en muchos de ellos existan formas particulares de interpretar y aplicar la Shariah o derecho islámico.

Zweigert y Kötz, refiriéndose a esta familia manifiestan: “El único argumento válido del derecho islámico es la manifestación de la voluntad del Todopoderoso, es decir, no depende de la autoridad de ningún creador de leyes terrenal”.⁵⁵

la aplicación del derecho extranjero apenas si se pueden deducir conocimientos que puedan ser útiles. Para nuestros fines prácticos solo nos interesa el derecho religioso en la medida en que su pretensión de validez es reconocida por los Estados y, por tanto, tiene su importancia para la aplicación concreta del derecho. Véase también Glenn, *Legal Traditions*, estudia diversas tradiciones religiosas, en concreto la tradición jurídica del derecho de costumbre, 1. del Talmud (judaísmo), 2. del *Civil law*, 3. del islam, 4. del *Common law*, 5. del hinduismo, 6. de Asia. Todas estas tradiciones, según Hertel, están basadas en última instancia, en una filosofía (derecho) especial.

51 Sobre esta cuestión, véase Yasin Dutton, “*The Origins of Islamic Law: The Qur’an, the Muwatta, and Madinan ‘Amal*” (Nueva York: Roudledge Curzon, 1999).

52 Arturo Jaime Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos* (México DF: Oxford University Press, 2011), 144.

53 Una reflexión general sobre la relación entre derecho y religión en Harold J. Berman, *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion* (Atlanta: Scholar’s Press, 1993) y *The Interaction of Law and Religion* (Londres: Hardcover, 1974) y Richard O’Dair, y Andrew Lewis, edit., *Law and Religion: Current, Legal Issues*, vol. 4. (Londres: Oxford University Press, 2001).

54 Zweigert y Kötz, *Introducción*, 320.

55 *Ibid.*

Pedro Fernández de Córdova, en lo relacionado a la influencia mundial del derecho islámico, identifica a sistemas y subsistemas como Arabia Saudita, Kuwait, Emiratos Árabes, República Islámica de Irán, Argelia, Libia, Siria, Jordania, y algunos países de África y Asia.⁵⁶

Estructura del sistema de fuentes y fuentes: ¿Religiosas o jurídicas?

Lejos de lo que se piensa, la familia jurídica islámica sí cuenta con un sistema de fuentes del derecho. Se trata de un sistema con estructura ordenada, marcado por la influencia categórica de la religión.⁵⁷ Al respecto, Arturo Lan Arredondo señala: “Una de las áreas jurídicas en que existen intensos contrastes entre el derecho musulmán y el occidental es la de las fuentes del derecho. Esto ocurre porque el primero tiene un fuerte contenido religioso, en tanto que el segundo, por su evolución histórica, la separación Iglesia-Estado con el consecuente derecho secularizado, constituye una conquista irreversible”.⁵⁸

El primer detalle es que se trata de un derecho escrito. Segundo, las fuentes que integran el sistema se dividen en *divinas* y *no divinas*. En el primer grupo se encuentran el Corán y el Sunna, mientras que el Idjma, Qiyas y Cadi son fuentes humanas.⁵⁹ En cuanto al Corán este libro constituye la fuente de validez del sistema, está compuesto por los mandatos de Alá y su profeta Mahoma. Pedro Fernández de Córdova establece que: “Significa ‘la recitación’ y constituye el libro sagrado de los musulmanes, en el cual, según su creencia, consta la ‘palabra de Alá’, expresada por medio de Mahoma, su Profeta; palabra que, por provenir de la Divinidad, tiene una

56 Cfr. Pedro Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 152. Vease también Hertel, “Sistemas y familias jurídicas del mundo”, 198. <http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf>, consulta: 16 de noviembre de 2015. Para Hertel se incluirían en la familia jurídica islámica a todos los países del Oriente Próximo y Oriente Medio, desde Marruecos hasta Afganistán, por tanto también a todos los países árabes, más Irán y Afganistán. No se incluirían según el autor a países en donde la influencia del derecho islámico está limitada al derecho de familia y sucesorio pero que, por el contrario, en materia de derecho civil se rigen esencialmente por el *common law* o por el derecho romano-germánico. Se reconocen dentro de su influencia a los Estados mayoritariamente musulmanes del Sur y del sudeste asiático, como Pakistán, Bangladesh y Malasia, quienes unen elementos del *common law* con el derecho islámico. También se pueden apreciar influencias islámicas en el derecho de familia y sucesorio de diferentes estados del África negra.

57 No se trata, por supuesto, del único sistema influido o determinado por la religión. Puede verse un estudio de este tipo de culturas jurídicas desde un punto de vista de pluralismo jurídico en Christa Rautenbach, Jan Christoffel Bekker y Nazeem Muhammad Ismail Goolam, edit. *Introduction to Legal Pluralism in South Africa* (Durban: LexisNexis / Butterworths, 2002).

58 Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 148.

59 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 162-6.

validez plena y ha sido dicha ‘de una vez y para siempre’, y por lo tanto, no puede cambiar, ser revisada ni reformada por mortal alguno”.⁶⁰ Por su parte, Arturo Lan Arredondo señala que “Corán significa ‘recitación’ o ‘declamación’ [...] El *Corán*, considerado como uno de los libros más bellos que han existido, como se ha mencionado de manera reiterativa, es el libro sagrado de los musulmanes y contiene las enseñanzas de Mahoma”.⁶¹

Como segunda fuente tenemos al Sunna, recoge todo el pensamiento de Mahoma durante su vida como profeta, portavoz de Alá; Pedro Fernández de Córdova, al respecto de este libro precisa “la Sunna lo que hace es recoger, del modo más fidedigno posible, según se ha dicho por parte de juristas islámicos, todas las referencias que de una u otra manera se han venido haciendo a todo cuanto realizó y dijo Mahoma durante su vida como Profeta”.⁶² Si se quiere de alguna manera realizar una analogía con el sistema de fuentes de la familia romano-germánica, esta fuente es producto de las interpretaciones al *Corán* realizadas por su intérprete auténtico o autorizado, el profeta Mahoma. Carlos Barrera en cuanto a estas dos fuentes precisa que “El islamismo participa de las características de cualquier fundamentalismo religioso, en tanto que preconiza la adhesión profunda a la letra del Corán. Para los islamistas, el comportamiento de los musulmanes debe regirse por los preceptos establecidos en el libro sagrado, así como en la Sunna y el Hadit (palabras y comentarios de Mahoma)”.⁶³

La siguiente fuente en el orden establecido es el Idjma, que consiste en veredictos emitidos por un Consejo de Sabios en temas concretos. Arturo Lan define a esta fuente de la siguiente forma:

El Idjma, también conocido como consentimiento de la comunidad musulmana, constituye otra fuente del derecho. Sin embargo, no fue fácil apreciar dicho “consentimiento” pues Mahoma ya había señalado la dificultad para que los musulmanes se pusieran de acuerdo. Aun así, afirma López Ortiz, el consentimiento juega un papel práctico muy relevante en la interacción de las demás fuentes al sancionar la interpretación de las mismas y confirmar las bases del islam, es decir, la existencia del profeta y la autenticidad del Corán y la Sunna. Asimismo, el pueblo acepta este consentimiento sin mayores discusiones, lo que ayuda a regular instituciones no previstas en el Corán, como es el caso del califato.⁶⁴

Posteriormente encontramos al Qiyas, entendido como una fuente de analogías generada ante vacíos, casos nuevos que no podrían encontrar so-

60 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 145.

61 Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 150.

62 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 148.

63 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 149.

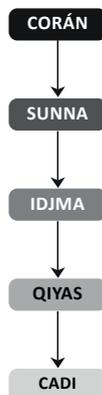
64 Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 151.

lución con el uso del Corán o del Sunna, su fin es adaptar el Corán a las nuevas circunstancias sociales, Zweigert y Kotz señalan al respecto: “La cuarta y última raíz es la analogía (qiyas), es decir, la aplicación a casos nuevos y similares de los preceptos establecidos por el Corán, la Sunna o el igma”.⁶⁵ Esta analogía, o el uso de esta fuente, dependerán –tal como sucede con el Occidente– de la escuela de pensamiento jurídico predominante, por lo que Arturo Lan la define como “una técnica de interpretación del derecho que una fuente en sentido estricto”.⁶⁶ Finalmente encontramos al *cadi* o juez, quien siempre puede encontrar solución en otras fuentes, su importancia se da en el ámbito del derecho procesal donde ha generado trámites tendientes a la mejor aplicación de las normas existentes. Pedro Fernández de Córdoba señala:

Junto a estas fuentes que se las podría considerar como principales, hay otras que se equiparan a lo que nosotros denominados como Costumbre o formas de vida en común; y también a la llamada Jurisprudencia. En el primer caso se trata de formas generalizadas de comportamiento, practicadas en diversas comunidades y que no tienen validez si no están, desde luego, supeditadas a los mandamientos y preceptos del Corán; precisamente por ello, el valor que puede ostentar esta fuente es prácticamente nulo ya que en fin de cuentas todo habrá de remitirse al Corán y subsidiariamente a otras fuentes; y en cuanto a esa especie de Jurisprudencia, encontramos que el Juez o *Cadi* como se llama en árabe, siempre tiene en las otras fuentes la posibilidad de encontrar solución al caso presentado.⁶⁷

De esta manera se puede esquematizar su sistema de fuentes de la siguiente manera:

Gráfico 1. Sistema de fuentes del derecho islámico



65 Zweigert y Kötz, *Introducción*, 324.

66 *Ibid.*

67 Fernández de Córdoba Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 150.

Técnica: El papel del jurista y la forma como se interpreta la Shariah

Tal como sucede con el resto de familias jurídicas, la técnica, la forma como se interpreta el derecho y su metodología de investigación, está supeditada a la escuela de pensamiento jurídico predominante. En este caso, como ya se mencionó anteriormente, la Shariah⁶⁸ o derecho islámico ha tenido una influencia notable en muchos países del mundo, sin perjuicio de ello, la Shariah cuenta con particularidades en cada uno de ellos. Estas particularidades obedecen, principalmente, a las escuelas de pensamientos influyentes o predominantes dentro de esos contextos. Por esta razón, y para un mayor entendimiento se analizarán concomitantemente las escuelas de pensamiento que aún predominan en el mundo contemporáneo.

Escuelas de pensamiento jurídico: Su influencia en el entendimiento del derecho islámico

En el contexto histórico de esta familia jurídica la doctrina comparada advierte la existencia de alrededor de veinte escuelas de pensamiento jurídico, con una predilección determinada por la utilización de fuentes divinas o humanas. En el mundo contemporáneo, la *ius* teoría comparada nos muestra la existencia de cuatro escuelas predominantes. La primera de ellas, la escuela Hanafi reconoce un papel importante a la razón y a la opinión, la cual según Consuelo Sirvent Gutiérrez: “Fue la primera en crearse y se la considera la más liberal. Fue fundada por Abú Hanifah (700-767) [...]”.⁶⁹

La segunda escuela es Maliki, que resalta el papel de la costumbre, así Arturo Lan señala “[...] es la escuela más conservadora al utilizar de manera profunda las fuentes principales del derecho musulmán, sobre todo de la Sunna. En cierto grado esta escuela reconoce la importancia de la costumbre para la vida jurídica, como también lo hace la hanefi”.⁷⁰ Como se puede apreciar, las dos escuelas presentan una postura abierta o antiformalista que admite la reinterpretación del Corán a partir de la utilización de otras fuentes no divinas.

En un segundo grupo de escuelas encontramos a la escuela Shafi y a la escuela Hanbali. En el caso de shafi esta tiene como centro de inter-

68 En general, Abdur Rahman I. Doi, *Shari'ah: The Islamic Law* (Londres: Ta Ha, 1984); o R. B. Serjeant, *Customary and Shari'ah Law in Arabian Society* (Aldershot: Ashgate/Variorum, 1991).

69 Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 175.

70 Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 153.

pretación al Sunna –fuente divina– y de alguna manera también confiere importancia al consenso de la comunidad, así Arturo Lan determina que esta escuela “Negaba la razón pero conservaba la analogía como método legal para interpretar las realidades existentes. Su fundador sistematizó el derecho al darle mayor importancia a las fuentes reveladas sin excluir a la razón”.⁷¹

Finalmente encontramos a Hanbali, la escuela más rígida, tiene como fuentes de remisión únicamente a las fuentes divinas; tanto el Corán como la Sunna, negando la utilización de analogías, se trata de la escuela de pensamiento más rígida que busca evitar la pérdida de los rasgos originarios constantes en el Corán, busca en definitiva rescatar su pureza y supremacía, tal como lo señala Arturo Lan “Es una escuela que se basa principalmente en la tradición y, por lo tanto, en las fuentes principales: el Corán y la Sunna”.⁷²

El derecho y la religión: Su aporte a la selección del objeto del ejercicio comparativo

Más allá de las críticas de las que ha sido objeto esta familia jurídica, principalmente desde el mundo occidental respecto de su carácter “no jurídico”, el análisis sucinto realizado, referente a esta familia jurídica resulta sustancial para ampliar la conceptualización del derecho. Esta familia jurídica, que ha perdurado alrededor de quince siglos, muestra que la relación entre el derecho y la religión no puede ser invisibilizada. Una relación que incluso en el caso de la familia romano-germánica –contexto desde el cual provienen sus críticas principales– siempre existió, desde sus orígenes la religión marcó una concepción determinada del derecho conforme se verá más adelante.

Por otro lado, desde su aporte a los ejercicios de derecho comparado, se resalta que esta familia jurídica permite asumir que la religión, siendo parte del derecho, puede ser parte del objeto de comparación, y no por ello puede dejar de llamarse un ejercicio de derecho comparado.

Una vez realizada esta aproximación general a la familia islámica, a continuación se analizarán las familias jurídicas occidentales, iniciando por aquella familia bajo la cual han sido formados la mayoría de juristas ecuatorianos y latinoamericanos, su influencia como se apreciará más adelante, es notable y palpable en la concepción del derecho y en consecuencia en los ejercicios de comparación.

71 Ibid., 153.

72 Ibid.

El derecho según la familia romano-germánica: “El derecho reducido a la ley”

En el caso de la familia romano-germánica debemos precisar que esta recibe distintas denominaciones en la *ius* teoría comparada, entre ellas: familia del *civil law* para distinguirla del *common law*, o Sistema continental, para diferenciarla del Sistema insular. Nuria González precisa que: “Hay un sector doctrinal que la denomina *civil law*, por contraposición al *common law*; otro sector la denomina Sistema Continental, por contraposición, asimismo, al sistema insular representado en el continente europeo por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; otra denominación sería romano canónico; también se denomina grupo francés [...]”.⁷³

Para destacar brevemente algunos elementos importantes de la evolución histórica⁷⁴ de esta familia jurídica se puede esquematizar el análisis en cinco períodos: a) derecho romano arcaico, b) derecho romano preclásico, c) derecho romano clásico, d) derecho romano posclásico, e) derecho romano justiniano.⁷⁵

Derecho romano arcaico

El derecho romano arcaico inicia su período desde la fundación de Roma en el año 753 aC hasta la promulgación de las XII tablas en el año 449 aC. En el caso de las XII tablas su contenido era un derecho primitivo e involucraba la compilación del derecho consuetudinario en vigor en aquella época. Este instrumento fue elaborado por los pontífices y buscaba conocer con precisión los procedimientos, así como la organización de la familia romana: herencia, tutela, curatela, propiedad, posesión, etc.⁷⁶ En ese entonces ya se asumió que el derecho allí contenido se tornaba en insuficiente y surgió como consecuencia el juez o pretor con quien inicia la valorización de la jurisprudencia como fuente.

Derecho romano preclásico

En este período el derecho sufre transformaciones económicas, sociales y políticas, destacando que la política exterior de Roma se coloca en el máximo esplendor y en consecuencia de ello se convierte en primera potencia. Dentro

73 González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos”, 652.

74 Una exposición clásica en Herbert Félix Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (Cambridge: Cambridge University Press. 1967).

75 Cfr. *Ibid.*, 654; Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 28.

76 Cfr. *Ibid.*, 654.

de las transformaciones que se pueden advertir en el derecho, se destacan los avances en la producción legislativa, a pesar de ello en ese contexto histórico la costumbre seguía siendo considerada como fuente formal del derecho y la ley seguía siendo vista como insuficiente para regular la conducta social.⁷⁷

Derecho romano clásico

El derecho romano-germánico refleja un cambio sustancial en este período, pues los pontífices dejan de tener el monopolio jurídico y la actividad jurídica se torna laica. Se destaca también, que en este período ya se establecen como fuentes del derecho a las decisiones judiciales emitidas por el pretor, y el derecho se desarrollaba con la mínima intervención representada por *leges*. El principal problema que empieza a asumirse en este período es que el reconocimiento como fuente de las decisiones emitidas por los pretores tuvo como consecuencia la consolidación de un derecho difuso y disipado con una afectación clara a la igualdad de las personas, esta situación daría lugar a uno de los principales hitos de esta familia jurídica en el período que se revisará a continuación: la codificación.⁷⁸

Derecho romano posclásico

Sumado a la situación de un derecho difuso y disipado, se suma en este período la falta de coordinación entre normas nuevas y viejas, hecho que provocaría incertidumbre y anarquía. Frente a esta realidad surge –como ya se mencionó–, uno de los rasgos hito de esta familia jurídica, el referente a la codificación, particularmente a la emisión de los códigos prejustiniano, gregoriano, hermogeniano y derivado de estos el Código Teodosiano.⁷⁹

Derecho romano justiniano

Como un avance y perfeccionamiento a las codificaciones surge en este período la obra más importante que llevaría el nombre de su impulsor, el emperador Justiniano. Pedro Fernández de Córdova precisa que: “Fue, sin embargo, la extraordinaria tarea emprendida por Justiniano, la que permitiría hablar, aún en nuestros días, de un auténtico derecho romano, salvado de esa vorágine que representó la derrota de los romanos y el desarticulado dominio que sobre sus vestigios impusieron sus vencedores germanos”.⁸⁰

77 Cfr. *Ibíd.*, 655.

78 Cfr. *Ibíd.*

79 Cfr. *Ibíd.*, 656.

80 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 63.

El Código Justiniano se constituye en la obra llamada a remediar dicha dispersión del derecho, principalmente de la costumbre como fuente y de las decisiones jurisprudenciales dictadas por el pretor. Esta codificación procuraba en definitiva, agrupar y positivizar el *ius commune* disperso en una norma que debía estar en constante adaptación.

El Código Justiniano, como se conoce, estaba integrado por cuatro libros, el código, el digesto, las instituciones y las novelas.⁸¹ En el caso del digesto o pandectas, este se crea para corregir completamente todo del derecho civil, toda la jurisprudencia romana y sistematizar en un solo volumen las obras dispersas. Estaba compuesto por cincuenta libros cuya finalidad era adaptar los textos escritos siglos atrás al derecho vigente a la época de Justiniano. Para Fernández de Córdova el código “Constituye el monumento jurídico más grande de todos los tiempos y se lo considera como la base de las modernas legislaciones”.⁸² En cuanto a las instituciones se refiere, esta se constituía en una obra didáctica dirigida para facilitar el aprendizaje del derecho y preparar a los futuros juristas. Por su parte, el código de Justiniano, compuesto por XII libros, que contendría reglas redactadas por él. En el primer libro se contenía el derecho eclesiástico y los oficios de los funcionarios imperiales. En los libros II al VIII se abordaba el derecho privado, libro IX, derecho penal y libros X a XII, derecho administrativo.

Finalmente, en cuanto a las novelas se refiere, estas comprendían la recopilación de nuevas leyes promulgadas después del código, su fin era derogar leyes precedentes. El código, el digesto y las instituciones son el núcleo de la compilación justiniana, mientras que las novelas buscan su actualización. El *Corpus Iuris Civilis* es sin duda el hito más importante de esta familia jurídica.⁸³ En razón de lo señalado Nuria González concluye: “A pesar de la división señalada en diferentes etapas, hay que destacar que el derecho romano sobrevivió a Justiniano y sobrevivió –sin lugar a dudas– a la caída del Imperio romano de Oriente en 1453 dC hasta llegar a nuestros días”.⁸⁴

Siguiendo la metodología de este modelo comparativo tradicional, corresponde referirse de manera general a los sistemas jurídicos prestigiosos integrantes de esta familia jurídica, los sistemas: francés, alemán y escandinavo.

81 Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 28.

82 *Ibíd.*

83 Cfr. González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos”, 658.

84 *Ibíd.*

Sistema francés

En el caso del sistema francés⁸⁵ cabe señalar que este cuenta con características e influencia justineana y supo imprimir a su labor legislativa, emulando a Justiniano, adaptaciones. En consecuencia de ello creó derecho para su tiempo y lo proyectó hacia el futuro. Esta adaptación se generó sobre la base de principios, leyes, costumbres propias del pueblo francés. En consecuencia de esta actividad surge el Código Napoleónico, el cual según lo señalado por Carlos Barrera Martínez, confirmaba la igualdad ante la ley y los derechos de la propiedad emanados de la Revolución francesa de 1789, garantizando estos beneficios incluso a la nobleza.⁸⁶ Si bien se analizará inmediatamente la técnica predominante en esta familia jurídica, cabe adelantar que en el caso del sistema francés existió un predominio absoluto de la ley escrita sobre cualquier otra manifestación jurídica. Así, la ley se constituía como la fuente más importante dentro de este sistema jurídico. Pedro Fernández de Córdoba al respecto, manifiesta:

En función de tales premisas, diremos entonces, respecto de la técnica empleada por el Sistema Jurídico Francés, que él muestra, ante todo, precisamente como herencia del derecho romano, un predominio absoluto de la ley escrita sobre cualquiera otra manifestación jurídica, razón por la cual esta aparece como la primera y por consiguiente, la más importante fuente del derecho, dentro de la jerarquía que prácticamente es inamovible y que nos presenta, en su orden, a la Costumbre, a la Jurisprudencia, a los Principios Generales del derecho y a la Doctrina, como fuentes subsidiarias y dotadas de validez, en función de su adscripción a la ley.⁸⁷

Acorde con el predominio de la ley como fuente hegemónica del derecho, cabe señalar de manera muy sucinta que el sistema francés está marcado por una ideología política liberal, esto involucra dejar actuar con amplitud a la iniciativa particular, la persona se entendía el centro de atención jurídica y existía un predominio de la libre empresa, limitándose el Estado a una labor de control.⁸⁸ En cuanto a la técnica se refiere, se puede precisar que en el sistema francés nace la escuela de la exégesis, hasta llegar más adelante a las teorías del derecho libre.⁸⁹

85 Una visión de conjunto en John Bell, Sophie Boyron y Simon Whittaker. *Principles of French Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998); Christian Dadoomo y Susan Farran, *The French Legal System* (Wallingford: Sweet & Maxwell, 1996); Catherine Elliott, *French Legal System* (Harlow: Longman, 2000); sobre el desarrollo del derecho comparado en Francia, Bénédicte Fauvarque-Cosson, "Development of Comparative Law in France", en Reimann y Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook*.

86 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 105.

87 Fernández de Córdoba Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 69.

88 Cfr. *Ibid.*, 70.

89 *Ibid.*

Respecto a su ámbito de influencia en el mundo, cabe señalar que fueron muchos los subsistemas que recibieron influencia del sistema francés, entre ellos podemos mencionar algunos, como: España, Portugal, Holanda, Austria, Suiza, Grecia, Turquía, Rumania, Canadá, particularmente el caso de Quebec y Estados Unidos de América (en adelante, EUA), en el caso de los Estados de California, Nuevo México, Arizona, Nevada, Florida y Texas. En América del Sur su influencia se ha marcado ostensiblemente por medio del Código Napoleónico, mismo que con pequeñas variaciones producto de la traducción, sería receptado en Argentina a través del trabajo del profesor Vélez Sarsfield y en Chile con Andrés Bello.⁹⁰

Sistema germano

Pedro Fernández de Córdova con respecto a este sistema establece que:

Cuando los germanos irrumpen en la historia, lo hacen en virtud del contacto que con ellos establecen los romanos, a raíz de las conquistas emprendidas por estos, hacia el norte, luego de consolidado sobre los galos, francos y más pueblos destinados por el actual territorio de Francia. De los germanos, nos hablan, entre otros, el propio Julio César, su conquistador, e historiadores como Tito Livio y Tácito, cuyas referencias nos hacen conocer que se trataba de gentes belicosas que integraban tribus, todavía nómadas, regadas por todo el Centro y Norte de la Europa occidental, que desconocían su origen común y que se hallaban constantemente guerreando entre ellas. Carecían, por lo tanto, de una organización centralizada y cada tributo actuaba por su cuenta, sin contar con un único patrón de comportamiento, precipitándose sobre las fronteras del ya constituido Imperio romano, en “oleadas sucesivas”, al decir de los historiadores, y provocando un constante malestar.⁹¹

90 Cfr. Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente del derecho: Visión histórica y comparada”, *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, No. 1 (enero-junio de 2011). Ver también, respecto a la adopción del Código Napoleónico en Latinoamérica; Hertel, “Sistemas y familias”, 190-1. Ricardo Fernandini Barreda, “Informe Nacional del Perú”, *Notarius International* (2003): 6; José Antonio Márquez González, “Informe Nacional México”, *Notarius International*, No. 3-4 (2005): 183. Según Hertel los países latinoamericanos pertenecen a la familia jurídica del Código Napoleónico. Cuando, tras su independencia de España o Portugal, buscaron modelos para su propio Código Civil. Dichos modelos se inspiraron directa o indirectamente hacia el modelo del Código Civil francés. Y es que, a comienzos del siglo XIX, cuando las colonias latinoamericanas se independizaron, las madres patrias, Portugal y España, todavía no habían codificado su derecho civil en un código amplio y moderno. En cuanto al contenido del Código Napoleónico, el autor refiere que es aplicable también con ciertas restricciones en el Código Civil de Perú de 1852 y de México de 1870/1884 y 1928/1932). El Código Civil elaborado por Andrés Bello en Chile encarna un desarrollo autónomo. Este constituyó un propio subgrupo toda vez que fue adoptado en lo esencial por Ecuador (1860), Colombia (1873) y por distintos Estados de América Central (El Salvador 1859, Honduras 1906). Asimismo ejerció una importante influencia en los códigos civiles de Venezuela (1862) y Uruguay (1868).

91 *Ibid.*, 76.

En 1871, la Confederación Germánica del Norte, dirigida por Otto Bismark, “el canciller de hierro”, establece el Imperio alemán. En este período se llevaría adelante la tarea de legislación más importante, el Código Civil alemán, *Bürgerliche Gesetzbuch* (en adelante, BGB) de 1900, libro de las leyes civiles, la creación calificada por los alemanes como la obra más perfecta y brillante de la ciencia jurídica alemana, caracterizada por su precisión y frialdad. Dicha codificación fue calificada también como la formulación integral perfecta del derecho civil, una obra maestra que vive al margen del tiempo.

En cuanto a su técnica se refiere, se realizará un acercamiento, destacando la supremacía de la ley escrita, la más alta expresión del derecho, y la estructura ordenada de su sistema de fuentes. Uno de sus aportes principales desde el punto de vista de la técnica, tal como lo advierte René David, es el método teleológico, mecanismo a través del cual se puede interpretar dicha codificación y así adaptarla a la realidad.⁹²

Respecto a su ideología política cabe precisar que su espíritu es liberal, defiende la primacía de libertades y estaba caracterizado por el predominio de la libre empresa. En cuanto a su ámbito de aplicación se refiere, destaca originalmente la entonces República Federal de Alemania, puesto que la República Democrática, a raíz de la existencia del muro de Berlín, estaba influenciada por el sistema socialista. Así, Pedro Fernández de Córdova determina:

existe una clara semejanza con el derecho que corresponde al sistema francés, lógicamente, por provenir, ambos, del derecho romano. Esto significa, entonces, que en el Derecho germano, se hace, igualmente, presente un espíritu liberal que defiende la primacía de las libertades individuales, de los derechos de la persona, que es quien aparece, por lo mismo, como el sujeto por excelencia, de todas las posibles referencias jurídicas y, por tanto, como el dueño de atribuciones y prerrogativas que el Estado está en la obligación de precautelar.⁹³

Sistema escandinavo

Este sistema se encuentra compuesto por los países nórdicos: Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Islandia.⁹⁴ En cuanto a su derecho se re-

92 Rene David y Pedro Bravo Gala. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: Derecho comparado* (Madrid: Aguilar, 1969), 79.

93 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 80.

94 Una visión de conjunto en Ulf Bernitz, “What is Scandinavian Law?: Concept, Characteristics, Future”, *Scandinavian Studies in Law*, No. 50 (2007). Véase también Hertel, “Sistemas y familias jurídicos, 196. Según Hertel, los países nórdicos son considerados con frecuencia como un simple subgrupo dentro de la familia del derecho romano-germánico, al estar más próximos a este que al *common law*. Estos también tienen códigos, si bien no revisten la forma de un

fiere, los Códigos son el punto de partida de cada Estado, se advierte un predominio de la ley escrita. Pedro Fernández de Córdova sobre lo señalado manifiesta “Eso de reconocer a la ley, como la más alta expresión del derecho, significa, simplemente, que se la tiene también como a la primera de sus fuentes, lo cual efectivamente ocurre en el Sistema Escandinavo que, guardando fidelidad a su tronco romanista reconoce el mismo número y la misma jerarquía para dichas fuentes: ley, costumbre, jurisprudencia, principios generales del derecho y doctrina”.⁹⁵

En cuanto al método de interpretación nórdico, podemos resaltar algunas características importantes, entre ellas la existencia de ediciones oficiales de leyes suecas que estaban precedidas por normas destinadas a los jueces, a pesar de que ellas no recibieron fuerza de ley. Algunas prevenían métodos de interpretación asombrosos que darían la impresión que se alejarían de los rasgos comunes de la familia romano-germánica, veamos algunas frases de sus normativas: “la ley que es fuente de males deja de ser ley”, “el buen juez resuelve siempre en razón de las circunstancias”; “será la ley lo que se revele más conforme al bien del hombre sin importarlo que literalmente disponga la ley”. Esto daría la impresión de la influencia de una escuela de pensamiento jurídico realista, no obstante, como dijimos, estos postulados no eran más que expresiones de la sabiduría popular, no vinculantes y contradictorias, pues también existían frases como “no debe ser juez quien ignora el contenido de la ley o la razón y el sentido de la misma”.⁹⁶

Su ideología es sui generis por la influencia socialista que recibirían algunos de sus países. Un aspecto fundamental a destacar, que generaría un aporte sustancial incluso hasta el mundo contemporáneo, es la creación de la figura del Ombudsman, o Defensor del Pueblo.

exhaustivo Código Civil. En los siglos XVII y XVIII se aprobaron códigos exhaustivos, en Dinamarca en 1963, en Danske Lov, en Noruega en 1687, el Norske Lov, y en Suecia, en 1734, el Sveriges Rikes Lag. Estos, en la actualidad, apenas si tienen algún significado porque, si bien es cierto que formalmente siguen vigentes, gran parte de sus contenidos han sido sustituidos por leyes individuales más recientes. Contrario a la clasificación que hemos considerado, Hertel sostiene que los países nórdicos se situarían fuera de la familia romano-germánica, toda vez que estos no habrían recibido el derecho romano –al contrario de lo que ocurre en la familia jurídica del código napoleónico y del sistema jurídico alemán. Según el autor, los países nórdicos, por estas razones, configurarían su propia familia jurídica con unas características típicas comunes. Estos criterios, tal como anticipamos previamente, demuestran la falta de coincidencia teórica en la clasificación de los sistemas jurídicos dentro de una u otra familia jurídica.

95 Fernández de Córdova, *Estudios de derecho comparado*, 93.

96 René David y Pedro Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: Derecho comparado* (Madrid: Aguilar, 1969), 92 y 93.

El profesor Pedro Fernández de Córdova, sobre la ideología del sistema escandinavo establece que:

De conformidad con lo que hemos visto venido mencionando sobre las particularidades del derecho escandinavo, parecer ser que estamos en condiciones adecuadas de establecer, ciertos rasgos característicos de su ideología, a tenor de las influencias que este Sistema ha recibido a lo largo de su historia y que, le hacen aparecer, como un derecho mixtificado, en el que confluyen nociones y principios que corresponden a modos de ser y de pensar, no solo diferentes, sino opuestos y que de alguna manera han congeniado y se las han arreglado para convivir sin mayores problemas. En efecto, junto al espíritu liberal que caracteriza al derecho romano y a los hijos brotados de su tronco, hemos encontrado presente, con mucho mayor énfasis que en cualquiera otro derecho ajeno a la órbita socialista, la influencia de tal pensamiento, llegado vía la Unión Soviética.⁹⁷

Como se ha comprobado los sistemas prestigiosos integrantes de la familia romano-germánica comparten rasgos comunes y cuentan con un ámbito de influencia sumamente importante a nivel mundial que los hace justamente merecedores de un estudio pormenorizado por parte del modelo comparado tradicional. En cuanto a los sub sistemas jurídicos se refiere, podemos advertir que este modelo no presenta un estudio particularizado. Esto obedece, como se dijo, a que en tanto ramificaciones de los grandes sistemas su labor se limita a recibir los principales aportes que se han generado en dichos sistemas, ya sea por creación originaria de cada uno de ellos o como producto de un diálogo comparativo llevado adelante entre dichos sistemas.

Una vez que se ha precisado de manera individualizada y sucinta los rasgos principales de los sistemas jurídicos prestigiosos, se pasará a continuación a analizar, en uso del modelo comparativo tradicional, los rasgos comunes de la familia jurídica romano-germánica y sus implicaciones en los ejercicios de derecho comparado.

Ámbito de influencia: Una medición geográfica de su predominio mundial

Este rasgo común resulta ser trascendental a efectos de determinar la existencia contemporánea de una familia jurídica. El ámbito de influencia consiste en una medición geográfica de la influencia de la familia jurídica en los sistemas y subsistemas jurídicos mundialmente reconocidos. Se debe precisar que al referirse a sistemas o subsistemas jurídicos, se hace alusión al derecho de los diversos países del mundo. En este marco, la doctrina

⁹⁷ Fernández de Córdova, *Estudios de derecho comparado*, 93.

comparativa identifica algunos países a nivel mundial, es el caso de España, Portugal, Holanda, Austria, Suiza, Grecia, Turquía, Rumania, la provincia canadiense de Quebec, los Estados de Luisiana, California, Nuevo México, Nevada, Arizona, Texas, Florida, en EUA, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Argentina, Uruguay, Paraguay en el caso sudamericano, Suecia, Noruega, Dinamarca, en el caso de los países nórdicos, entre otros.⁹⁸

Estructura del sistema de fuentes y fuentes: ¿Derecho reducido a la ley?

Acorde con la metodología propia de este modelo comparativo, y para responder a la interrogante planteada, esto es, si en esta familia jurídica el derecho se reduce a la ley, resulta necesario hacer un breve recuento de los rasgos que presentan los principales sistemas jurídicos representativos de esta familia jurídica, es el caso de los sistemas jurídicos francés, alemán y países escandinavos.

Previo a analizar la estructura del sistema de fuentes propia de la familia jurídica romano-germánica, se debe recordar que el origen de su derecho se encuentra fundamentalmente en el derecho consuetudinario también conocido como *ius commune*. Es así que lejos de lo que se piensa, el derecho de tradición romano-germánica no ha concebido siempre a la ley como su fuente hegemónica, todo lo contrario, en sus orígenes la costumbre se constituyó en la fuente central de derecho. Esta costumbre o *ius commune*, sería más adelante agrupado, positivizado y codificado para alcanzar predictibilidad y certeza en el derecho, en otras palabras, para alcanzar seguridad jurídica. Su primera fuente de positivización fueron las XII tablas, para pasar más adelante en el orden cronológico a su codificación, primero en el *Corpus Iuris Civilis* y luego en el Código Napoleónico o Código Civil francés. De manera similar, como se analizó previamente, es preciso resaltar que Alemania, sistema prestigioso integrante de la familia romano-germánica, también contaría –hasta la actualidad– con un código civil denominado BGB.⁹⁹

La codificación por lo tanto, se ha constituido en un rasgo trascendental de la familia romano-germánica, pues marca una forma particularizada de entender y concebir el derecho. Para esta familia jurídica la codificación es el mecanismo más adecuado para garantizar la predictibilidad del derecho, para evitar la dispersión judicial. Es así como la codificación se convertiría en la fuente principal del derecho con la cual debían guar-

98 Cfr. *Ibid.*, 71-97.

99 *Ibid.*, 82.

dar correspondencia todas las fuentes restantes. Se trataba de una obra perfecta, una “obra maestra” asumiendo el calificativo conferido por los alemanes, en la que se regulaban de antemano y con carácter indefinido hacia el futuro, todas las circunstancias sociales, todos los problemas que se podían suscitar en la sociedad del futuro. El legislador asumía una función tan central en el sistema de fuentes que incluso llevaría a que se lo calificase como un adivino.

Consuelo Sirvent Gutiérrez, respecto de la codificación señala que: “Por lo tanto, la codificación obedeció a causas políticas e ideológicas, pero, además existió otro factor que fue la necesidad de simplificar y unificar el derecho vigente que se encontraba perdido en medio de la multiplicidad legislativa que existía en los países de Europa Continental”.¹⁰⁰

Por otro lado, desde el punto de vista político, la codificación se constituiría también en la mejor manera de preservar el dominio de las fuentes en manos del legislador, privando de toda opción interpretativa general a otros actores del sistema de fuentes del derecho. Es así como se empieza a construir un concepto de fuentes del derecho acorde a la familia romano-germánica, sustentado principalmente en dos requisitos, el primero relacionado al origen de la fuente y el segundo relacionado al efecto que esta fuente formal del derecho podía generar. En cuanto al primer requisito, sería fuente del derecho todo aquel acto emanado del legislador, y segundo, aquel acto que pueda generar efectos generales y abstractos. De esta manera, toda fuente que no emane del legislador sería calificada como una fuente de conocimiento o accesoria del derecho.¹⁰¹

Por consiguiente, en cumplimiento de estos dos requisitos, automáticamente fuentes como la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales pasarían a ser consideradas fuentes solo cuando la ley se remita a ellas.

Esta concepción del derecho y sus fuentes se reflejaría luego en el sistema de fuentes del derecho, particularmente en su estructura. Nuria González manifiesta que:

En ese orden de prelación de las fuentes del derecho, debemos colocar en el primer escalafón a la ley; la ley construida o sistematizada en los códigos y plasmada a través de la codificación de la familia jurídica romano-germánica. Pero la ley sistematizada, como decimos, en los códigos no es la única fuente del derecho occidental. Los códigos están complementados por otros elementos que son la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.¹⁰²

100 Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 48.

101 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 80.

102 González Martín, “Sistemas jurídicos contemporáneos”, 663.

Se trata de un sistema de fuentes de tipo ordenado o jerarquizado en el que se asume que el jurista podrá y deberá encontrar las soluciones a los problemas que se le presenten en cualquier caso. En otras palabras, pre asume que los casos siempre serán fáciles y podrán solucionarse con la utilización de una simple operación silogística o deductiva, que involucre la búsqueda de una solución en orden de descarte de las fuentes que integran el sistema ordenado.

El derecho es pleno y coherente, es decir, solo excepcionalmente el jurista podrá encontrar una laguna o antinomia, y en caso de existir un ámbito no regulado por la ley, automáticamente se entendería permitido –aforismo en derecho privado–. Es así como no había lugar a interpretaciones de carácter poslegislativo. El derecho se asumía era exclusivamente aquel que se encuentre dentro de la estructura jerarquizada, nada por fuera de él. De esta manera concepciones de tipo *ius* naturalistas o realistas no podrían ser los parámetros para evaluar a la ley.¹⁰³ Esta clasificación ordenada de las fuentes impedía que se puedan invocar soluciones externas, es el caso, por ejemplo, de la sociología, la filosofía o la antropología.

En consecuencia, la estructura jerarquizada de las fuentes marcaba por un lado un orden preestablecido de aplicación de las normas sin atender a las circunstancias particulares que podía presentar cada caso. La jurisprudencia por ejemplo, fuente sociológica del derecho, fue considerada como una fuente de mero conocimiento al haberse establecido categóricamente en los preámbulos de las codificaciones, iniciando por el Código Civil francés hasta los actuales códigos civiles latinoamericanos, entre ellos el ecuatoriano, que sus efectos son exclusivamente inter partes. De esta forma juezas y jueces estaban impedidos de realizar ejercicios interpretativos con carácter poslegislativo, pues el único autorizado para hacerlo, en caso de existir una no consentida laguna o antinomia, es el legislador.

Esta desconfianza obedecía nuevamente a una razón de tipo político, pues el legislador no permitiría que los jueces puedan despojarles del dominio de las fuentes del derecho, un derecho que como se sabe era creado por la burguesía y favorecía por tanto a este mismo grupo privilegiado.

Por tal razón, Ramiro Ávila establece que “lo que tienen en común el Estado de bienestar, el Estado social de derecho y el Estado neoliberal es que todos están sometidos al principio de Legalidad. Es decir, hay un parlamento que somete al poder público, a través del principio de legalidad, porque solo se puede hacer lo que dice la ley contra los desvaríos del sector privado”.¹⁰⁴

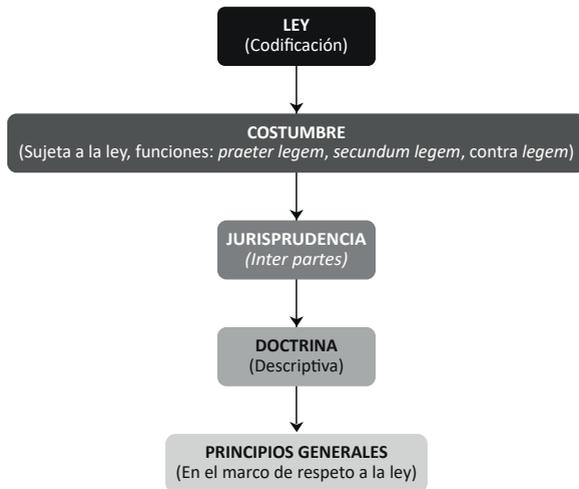
103 Cfr. Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho* (Bogotá: Temis, 1999), 27.

104 Ramiro Ávila Santamaría, “Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: Modelo garantista y democracia sustancial del Estado”, en *Jornadas de*

La permisión de un derecho de tipo jurisprudencial era un síntoma de desestabilización política y económica. Por otro lado desde el punto de vista teórico, esta jerarquización de fuentes tenía también por efecto evitar una contaminación de tipo jurisprudencial que altere los rasgos esenciales del derecho en la familia romano-germánica. Nótese como la codificación, rasgo principal del derecho de tradición romano-germánico, presupone la existencia de un derecho formal y estático que no responde necesariamente a las condiciones sociológicas,¹⁰⁵ llevando inclusive a que tome fuerza el aforismo de que se trataba de un derecho creado por los muertos rigiendo a los vivos.

Ejemplo de ello son los códigos civiles, obras que han sido objeto de mínimas reformas y que aún permanecen en su generalidad vigentes. En consecuencia de lo expuesto, el sistema de fuentes del derecho propio de la familia romano-germánica puede reducirse al siguiente:

Gráfico 2. Sistema de fuentes del derecho romano-germánico



La estructura del sistema de fuentes del derecho propio de esta familia jurídica, como se ha dicho, trae consigo una serie de efectos en la concepción de derecho y en consecuencia tiene implicaciones directas respecto a la identificación del objeto del ejercicio de comparación. Para esta familia jurídica el derecho se reduce principalmente a la ley en sentido formal, por

Capacitación en Justicia Constitucional (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición -CCPT-, 2008), 42.

105 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 84.

tanto, los ejercicios comparativos que se realicen desde sistemas o subsistemas jurídicos que compartan esta estructura del sistema de fuentes y que tengan a la ley como fuente hegemónica del derecho, optarán seguramente por realizar ejercicios de legislación comparada entre sistemas y subsistemas afines que pertenezcan a la misma familia. De esta manera se conservará la pureza del concepto de derecho propio de esta familia jurídica.¹⁰⁶

Este efecto de fidelidad comparativa es claramente advertible en esta familia jurídica. Históricamente los ejercicios comparativos que se han realizado desde contextos geográficos marcados por la influencia romano-germánica han tenido como objeto o materia de la comparación a instituciones jurídicas reconocidas en la ley, y se ha asumido, acorde a la escala triádica de familia, sistema y subsistema jurídico, un ejercicio de recepción –mimético– de dichas instituciones en nuestra legislación.

El ejercicio de legislación comparada desde esta metodología, inicia por la identificación de una institución en una ley foránea y culmina en la inserción de dicha institución en la ley nacional, sin que sea necesaria la verificación o evaluación de los impactos de dicha inserción. Como se puede advertir, un ejercicio comparativo de este tipo, que se limite a una recepción, seguramente invisibilizará las condiciones sociológicas o particularismos del sistema jurídico desde el cual se realiza el ejercicio comparativo, perdiendo así autonomía y también soberanía. Un ejercicio comparativo reducido a la importación acrítica de instituciones jurídicas foráneas, tendrá como consecuencia que el sistema receptor se convierta en un vástago del gran sistema jurídico y reafirme su posición como integrante de la familia jurídica. Cabe preguntarse nuevamente, ¿aquello es derecho comparado?, ¿esas son sus funciones y metas?, definitivamente no. Un ejemplo categórico de aquel ejercicio mimético-receptivo de instituciones jurídicas emanadas por sistemas jurídicos prestigiosos de la familia jurídica del *civil law*, es el Código Civil, un instrumento normativo que más allá de la traducción –ejercicio de legislación comparada– y de pequeñas variaciones producto de la misma, resulta ser una mímesis del Código Civil Napoleónico, es decir, se mantiene vigente en gran medida una norma de origen francés que no responde necesariamente a la dimensión sociológica ecuatoriana.

106 Cfr. David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 79-80. El autor hace énfasis en una teoría y realidad del sistema de fuentes romano-germánico. Señala al respecto, a primera vista la tarea del jurista consiste esencialmente en descubrir, valiéndose de diversos procedimientos de interpretación, la solución que, en cada caso, corresponde a la voluntad del legislador. Jurisconsulta sine *lege loquens*, que se decía antaño en Alemania. Las demás fuentes ocupan aparentemente un lugar subordinado y de importancia muy restringida, si se comparan con la fuente por excelencia que es la ley. Por corriente que sea este tipo de análisis, está muy lejos de la realidad. Tal análisis se limita a traducir lo que constituyó el ideal de una

Por estas razones y consecuencias resulta fundamental, previo a iniciar un ejercicio comparativo, asumir cuál sería la concepción de derecho dentro del sistema jurídico con el cual se pretende emprender un ejercicio de comparación, y para ello la mejor muestra resulta ser el sistema de fuentes del derecho, tanto su estructura como las fuentes que lo componen. En caso de no realizar esta primera aproximación, se corre el grave riesgo de que el ejercicio comparativo fracase. Como ejemplo de lo dicho, un mal ejercicio de legislación comparada, iniciaría por la selección de la institución a comparar e inmediatamente se pasará a la selección de cualquier fuente del derecho donde se encuentre reconocida dicha institución. Dicho accionar no reflejaría necesariamente la realidad de la institución en ese sistema jurídico, pues si se trata de un sistema jurídico de origen romano-germánico lo más probable es que la ley mantenga una importancia sustancial dentro del sistema de fuentes y en consecuencia habrá que verificar previamente cuál es el valor que desempeña la jurisprudencia dentro de ese sistema de fuentes. En caso de tener un efecto eminentemente unitario o inter partes, la jurisprudencia no reflejará el verdadero estado del arte de esa institución en aquel sistema jurídico. Es por ello que el jurista, previo al inicio de un ejercicio de derecho comparado, debe procurar familiarizarse con el sistema de fuentes del derecho imperante tanto en el sistema con el que se pretende hacer la comparación y fundamentalmente con el sistema de fuentes imperante en el sistema jurídico desde el cual se emprende el ejercicio comparativo.

La técnica. El papel del jurista y la interpretación del derecho: El juez boca de la ley

En consecuencia con el rasgo anterior, la estructura del sistema de fuentes y las fuentes imperantes en la familia jurídica romano-germánica, se pueden hacer algunas aproximaciones al papel que desempeña el jurista. Si partimos de un sistema de fuentes cuya estructura está organizada de forma piramidal, y sus fuentes claramente identificadas, el efecto respecto a la actividad del jurista resulta claro. Si es la ley la fuente fundamental y existe un orden de prelación de aplicación de las fuentes del derecho restantes, se desprende que el papel del jurista es mecánico o boca de la ley. Rene David al respecto señala:

cierta escuela de pensamiento que predominó durante el siglo XIX en Francia. En realidad, nunca fue aceptado en la práctica e incluso, la propia teoría reconoce hoy que la soberanía absoluta de la ley es, en los países de la familia romano-germánica, una ficción y que, junto a la ley, cabe hablar de otras fuentes muy importantes del derecho. Confundir derecho y ley, y ver en esta la fuente exclusiva del Derecho, se opone a la tradición entera del sistema.

A primera vista, la ley *latu sensu*, es hoy la fuente primordial y casi exclusiva del derecho en los países de la familia romano-germánica. Todos nuestros países se presentan como países de derecho escrito; los juristas tratan de descubrir las normas y soluciones a través de los textos legislativos o reglamentarios que emanan del Parlamento o de las autoridades gubernamentales o administrativas. La tarea del jurista consiste esencialmente en descubrir, valiéndose de diversos procedimientos de interpretación, la solución que, en cada caso, corresponde a la voluntad del legislador.¹⁰⁷

El método será deductivo y esto se reflejará no solo en la actividad del juez sino incluso en las investigaciones jurídicas que se desarrollen dentro de los sistemas y subsistemas integrantes de la familia romano-germánica. Muestra de ello son las investigaciones que se realizan en el ámbito académico ecuatoriano, donde aún en la actualidad, la mayoría de ellas recurren a un método deductivo, iniciando con la exposición de un marco teórico para pasar a un análisis contextual relacionado a la aplicación de dicha teoría. Rescatando que en este tipo de investigaciones generalmente el derecho comparado forma parte del capítulo final, mostrando más un ejercicio de legislación comparada en los términos antes anotados.

Como se mencionaba en el análisis correspondiente al rasgo anterior, los efectos de tener un sistema de fuentes del derecho organizado de tal manera, genera casi de forma automática una labor pasiva por parte del juez, es el legislador el dominador de la fuente y quien marca el papel que desempeñará la jurisprudencia, la costumbre y otras fuentes en la solución de las causas.

En definitiva, el silogismo, la exégesis, la deducción, se constituyen en la técnica propia de los sistemas y subsistemas jurídicos que originalmente han sido parte de la familia romano-germánica. Cabe recordar que la escuela de la exégesis tiene su origen en Francia, sistema jurídico representativo de la familia jurídica romano-germánica, y su efecto en la interpretación jurídica de los países integrantes ha sido determinante. También cabe resaltar que en cuanto a la hermenéutica jurídica se refiere, se constata un efecto categórico en los métodos de interpretación reconocidos en los códigos civiles, pues no solo encuentra reconocimiento el método exegético sino también el método de interpretación finalista o teleológico cuyo origen es la jurisprudencia de conceptos alemana, que una vez conjugado con el método exegético recibe la denominación de clasicismo jurídico.¹⁰⁸ Estos métodos de interpretación llegan al sistema jurídico ecuatoriano y a otros de la región a partir de su reconocimiento en los Códigos Civiles,

107 David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 79.

108 Cfr. Diego López Medina, *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá: Legis / Universidad de los Andes / Universidad Nacional de Bogotá,

producto de la utilización de este modelo comparativo, y por influencia categórica de los sistemas jurídicos representativos de la familia jurídica.

En cuanto a los impactos que tiene este labor pasiva en los ejercicios de derecho comparado, queda claro que se traducen en ejercicios acríticos y meramente receptivos, siendo el destinatario principal de los ejercicios de comparación, el legislador, cualquier otro protagonista, como aquellos que analizamos en el acápite anterior, si bien podían realizar ejercicios comparativos, los efectos de estos eran invisibilizados.

Escuela de pensamiento jurídico: La importancia de la teoría del derecho imperante respecto de la concepción del derecho

En cuanto al análisis de la escuela de pensamiento jurídico se debe señalar que se trata del rasgo común con mayor influencia dentro de los sistemas y subsistemas integrantes de la familia romano-germánica. En efecto, a pesar de su carácter abstracto, la escuela de pensamiento jurídico o teoría del derecho imperante resulta ser de total influencia tanto en la estructura del sistema de fuentes, las fuentes y en la técnica o papel del jurista dentro de ese sistema. Debe advertirse también, que dado su nivel de abstracción, la identificación de la escuela de pensamiento jurídico predominante no es una tarea fácil, pues se corre el riesgo de incurrir en reduccionismos o invisibilizar una serie de aspectos inherentes a la misma.

Para realizar dicha aproximación, sin duda los rasgos analizados previamente resultan ser muy útiles. Es así, que un sistema que cuenta con una estructura de fuentes ordenada o jerarquizada, donde la ley resulte ser la fuente primordial del derecho, más allá de la existencia meramente formal de una Constitución, y donde el papel del jurista sea deductivo, pasivo, mecánico, podría aseverarse que la escuela de pensamiento jurídico predominante es el formalismo jurídico.¹⁰⁹

Esta escuela de pensamiento jurídico, defensora centralmente de la dimensión de vigencia del derecho, está reducida a la verificación de cumplimiento de procedimientos para su promulgación, independientemente de su validez o eficacia. Parte de la concepción de un fetichismo legal que incluso para algunos ha devenido en un dogma jurídico hacia la ley.¹¹⁰ Resulta trascendental en este punto referirse a tres conceptos que

2008), 130, 135 y 224.

109 Una visión histórica en Felipe González Vicen, "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo", *Anuario de filosofía del derecho*, No. 8 (1961).

110 Cfr. López Medina, "La jurisprudencia como fuente del derecho", 21-54.

son esenciales en la formación de los juristas para alcanzar una primera aproximación al derecho desde sus distintas escuelas de pensamiento jurídico o teorías del derecho. Norberto Bobbio al respecto se refiere a los conceptos de justicia, validez y eficacia, cada uno de ellos influenciado por una escuela de pensamiento jurídico determinada desde la cual se puede evaluar a las normas:

El estudio de las normas de conducta, particularmente de las normas jurídicas, presenta muchos problemas interesantes, de gran actualidad, no solo para la teoría general del derecho (sobre todo después de KELSEN) sino también para la lógica y para la filosofía contemporáneas. En lo que sigue examinaremos algunos problemas.

A mi juicio, si se quiere establecer una teoría de la norma jurídica sobre bases sólidas, lo primero que hay que tener bien claro es si toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones, y si estas valoraciones son independientes entre sí. En efecto, frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1. si es justa o injusta; 2. si es válida o inválida; 3. si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica.¹¹¹

En el caso del concepto de justicia, Bobbio sostiene que su esencia es buscar la consecución o materialización de postulados valorativos o materiales a través del derecho. Es así que desde esta perspectiva no bastará con que una norma sea dictada por el órgano competente, en cumplimiento de procedimientos formales, sino que esta procure alcanzar la materialización de la justicia y de los componentes materiales o sustanciales del derecho, esta dimensión o forma de evaluar al derecho es propia de la escuela de pensamiento jurídico *ius* naturalista. En el caso del concepto de validez, la norma jurídica debe cumplir, como se mencionó, con los procedimientos formales para su promulgación, es decir, se verificará en este caso, si la prescripción normativa fue dictada por la autoridad competente y en cumplimiento de los procedimientos formales para su aprobación y promulgación.¹¹²

Desde esta dimensión formalista del derecho, una prescripción normativa que haya cumplido con estos dos parámetros debe ser acatada independientemente si esta es considerada por el auditorio universal como injusta o ineficaz. Claramente, como se aprecia, la escuela de pensamiento jurídico predominante en esta concepción del derecho es el positivismo jurídico o formalismo jurídico.

Finalmente, Bobbio hace alusión al concepto de eficacia, dimensión sociológica del derecho desde donde se asume que las prescripciones normativas deben ser evaluadas. Esta forma de evaluación del derecho

111 Bobbio, *Teoría general*, 20.

112 Cfr. *Ibíd.*

concentra su atención en el destinatario principal del derecho, la sociedad, y se preocupa por verificar el grado de cumplimiento de las prescripciones normativas independientemente si estas fueron emanadas por la autoridad competente en cumplimiento de los procedimientos formales. Bobbio establece que “La investigación para determinar la eficacia o ineficacia de una norma es de carácter histórico-social, y mientras se orienta al estudio del comportamiento de los miembros de un determinado grupo social, diferenciándose tanto de la investigación de carácter filosófico sobre la justicia de la norma, como de la más típicamente jurídica acerca de su validez”.¹¹³

Detrás de esta forma de evaluación del derecho, sustentado en un derecho vivo, acorde a las cambiantes circunstancias sociales, se encuentra al realismo jurídico, escuela de pensamiento jurídico que como se verá más adelante, es propia de otra familia jurídica occidental, es el caso de la familia del *common law*.

En el caso que ocupa, luego de hacer una breve conceptualización de las tres principales escuelas de pensamiento jurídico existentes hasta antes de finales del siglo XIX, corresponde ahora centrar la atención en la escuela de pensamiento jurídico formalista, aquella que como se dijo, resulta ser la escuela predominante en los sistemas y subsistemas jurídicos integrantes de la familia romano-germánica. Esta escuela ha generado como consecuencia desde una incidencia directa en el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho. Diego López Medina en su texto, Valor de la jurisprudencia como fuente del derecho en visión histórica y comparada, advierte que desde la concepción formalista del derecho subyace una concepción fetichista del derecho reducido a la ley en sentido formal.¹¹⁴ Desde esta concepción, se parte de dos características incuestionables de la ley, su plenitud y coherencia, es decir, que el sistema reducido principalmente a la ley como su fuente central del derecho, no admite la existencia de lagunas o antinomias, es tan perfecto que la labor del jurista se reduce a la obediencia lógico-silogística del contenido de las prescripciones normativas.

Es así como desde esta escuela de pensamiento jurídico se parte de la diferenciación categórica entre fuentes principales del derecho, particularmente la ley, y otras fuentes secundarias o auxiliares que operan de manera subsidiaria ante el silencio.

Frente a esta realidad advertible en el sistema de fuentes del derecho, surgieron aforismos comunes como “atados a la ley pero independien-

113 Cfr. *Ibíd.*, 22.

114 Cfr. López Medina, “La jurisprudencia como fuente del derecho”.

tes frente a las sentencias judiciales” “el derecho judicial es desconocido, desordenado, no sistematizado, genera inseguridad jurídica”. Todas estas posturas claramente tienen un contenido formalista y persiguen un objetivo principal, reafirmar el dominio de la fuente hegemónica del derecho en esta familia jurídica, la ley. La jurisprudencia, desde la concepción de un sistema ordenado de fuentes del derecho, al ubicarse en el tercer peldaño, se constituye en una fuente accesoria y solo podrá ser considerada como fuente en la medida que la ley lo autorice. Consecuencia de este tratamiento, los efectos de la jurisprudencia se reducían a ser unitarios o *inter partes*, y no podían por tanto, configurar o crear derecho objetivo.

Desde la concepción formalista del derecho se desconoce la función sistémica de la jurisprudencia, la posibilidad de que a través de ella y producto de la hermenéutica jurídica, se puedan llenar vacíos en el sistema jurídico o se puedan solucionar problemas de aplicación de la ley. De esta manera resultaba inconcebible pensar siquiera en la existencia de antinomias o contradicciones de tipo jurisprudencial o la necesidad de realizar balances o ponderaciones. En el caso de existir dichas contradicciones la forma de solucionarlas era ratificar que la jurisprudencia se limita a tener un efecto *inter partes* y en consecuencia sus efectos no son obligatorios horizontal o verticalmente, esto claramente coadyuvaba a la percepción equívoca de “inseguridad jurídica” que se endilga a la jurisprudencia como fuente.

Desde las corrientes de pensamiento jurídico que surgen principalmente a finales del siglo XIX, entre ellas la escuela anti formalista del derecho, se empiezan a mostrar dentro de esta familia jurídica, posturas que critican este valor ínfimo dotado a la jurisprudencia por el formalismo jurídico, mismas que llevarían a la reconsideración de una estructura rígida del sistema de fuentes del derecho propio de esta familia jurídica. Por lo pronto se pueden mencionar algunas de estas críticas que son identificadas por el *ius* teórico López Medina:

Esta primacía de la legalidad, que no deja de ser importante, se entroniza, sin embargo, con costos muy altos para otros valores fundamentales de la función judicial contemporánea. Así pues, una visión acrítica del principio de legalidad y de su contracara, la teoría mecánica de la adjudicación: 1. oscurece la naturaleza dialéctica de la argumentación judicial; 2. reduce de manera muy significativa la transparencia de los argumentos y las complejidades en las que se hacen ponderaciones entre derechos e intereses enfrentados, negando tal complejidad y escondiéndola bajo el principio de legalidad; 3. socava la responsabilidad social y política que los jueces tienen que asumir en la toma de decisiones en casos que son intrínsecamente difíciles o en los que el principio de legalidad no puede cerrar, por sí solo, las controversias sociales sobre la

dirección y sentido en que el derecho debe resolver dichas situaciones; 4. se formaliza excesivamente la jurisprudencia de los órganos de cierre generando una hipertrofia del derecho de casación (o de otras expresiones de ritualismos procesales) en detrimento del derecho sustantivo y de su interpretación; 5. se invisibiliza o reduce el papel de la Constitución y de los derechos fundamentales y humanos en la adjudicación contemporánea; y, finalmente, como consecuencia de todo lo anterior; 6. se termina negando el papel efectivo que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho y mecanismo poslegislativo de discusión y armonización social y política de criterios jurídicos intrínsecamente controversiales.¹¹⁵

Producto de esta arremetida antiformalista del derecho, dentro de la propia familia romano-germánica, particularmente en dos de sus sistemas prestigiosos, se muestra una revalorización de la jurisprudencia como fuente del derecho, que si bien no asume su valor como fuente independiente si genera un cambio en la concepción de sus fines y utilidades. En el caso de Francia, a finales del siglo XIX, se reconoce el valor cognitivo de la jurisprudencia constante que los tribunales iban formando con sus fallos a partir de la interpretación reiterada de las prescripciones normativas. No obstante, cabe precisar que si bien se resaltaba la importancia de la reiteración como requisito previo para considerar su valor como fuente, sus efectos no eran vinculantes, es decir, se constituían en criterios con autoridad persuasiva que podían ser acogidos de manera discrecional tanto por jueces inferiores o incluso por los mismos jueces que habían participado en la reiteración de dichos criterios.

Por su parte en el caso del sistema jurídico español, se empieza a asmir en el contexto histórico identificado, el valor de la jurisprudencia como doctrina legal. Diego López Medina, al respecto señala:

Según estos nuevos conceptos, la interpretación reiterada que hiciera la Corte de Casación sobre un mismo punto de derecho constituía autoridad persuasiva (en Francia) o incluso llegaba a obligar (en España) a los jueces inferiores. En las nuevas reglas de procedimiento civil españolas establecidas en 1855, la violación de la doctrina legal por el juez inferior fue declarada causal suficiente para casar el fallo de instancia. No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* que se había desarrollado ya por esta época en la tradición anglo-sajona. Se trataba más bien de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos).¹¹⁶

Esta concepción de la jurisprudencia involucraba dos aspectos que merecen ser rescatados. El primero, se sustenta en el parámetro de reite-

115 *Ibid.*, 23.

116 López Medina, "La jurisprudencia como fuente del derecho", 27.

ración de criterios como un requisito *sine qua non* para la configuración de la jurisprudencia. Segundo, la diferencia sustancial con la concepción de la jurisprudencia como constante, radica en su valor vinculante u obligatorio. De esta manera se muestra una primera evidencia clara de la revalorización de la jurisprudencia como fuente normativa. Cabe precisar que la doctrina legal no implica el valor de la jurisprudencia como *stare decisis*, no se sustenta en la interpretación analógica de circunstancias fácticas sino en usos conceptuales. Este valor de la jurisprudencia como doctrina legal de competencia de las Cortes de Casación, generaba en sus orígenes un efecto vinculante de tipo vertical, mas no horizontal, es decir, vinculaba u obligaba a jueces inferiores respecto a la forma como debía interpretarse un punto de derecho, pero no hacía lo propio con respecto a los jueces que dictaron la jurisprudencia con efecto vinculante.

En síntesis y para recapitular, la doctrina legal se sustenta en la reiteración de criterios interpretativos sobre un mismo punto de derecho realizado por las Cortes Casacionales, y, a diferencia de la jurisprudencia constante francesa, su efecto es vinculante u obligatorio. Ahora, si bien este valor de la jurisprudencia como fuente del derecho en la familia romano-germánica implicó cierta rehabilitación en el papel normativo de la jurisprudencia como fuente, esta se limita a suplir criterios para casos no regulados por la ley, es decir, casos improbables desde la óptica de la escuela formalista imperante. Si bien se reconoció un avance en el valor que podría desempeñar la jurisprudencia como fuente, su creación normativa no podía involucrar la usurpación de las competencias del generador principal de las fuentes del derecho, el legislador. El legislador fue finalmente quien reconoció en la ley, cuándo y cómo debe operar el valor de la jurisprudencia como doctrina legal, es decir, finalmente seguía siendo un valor supeditado a la ley, y en el mejor de los casos, dicha doctrina legal se ubica al mismo nivel de la fuente objeto de interpretación, la ley.

En consecuencia de lo expuesto, el formalismo jurídico, más allá de ciertos avances identificados en el valor de la jurisprudencia como fuente, seguía siendo la escuela de pensamiento jurídico imperante dentro de los sistemas y subsistemas jurídicos integrantes de la familia romano-germánica. Su influencia, a pesar de no ser palpable materialmente, fue y es radical en la concepción del derecho dentro de los países integrantes de la familia romano-germánica, hecho que demuestra cuán importante es la dimensión abstracta o teórica del derecho, aparentemente secundaria y muchas veces menospreciada en la formación de los juristas. Por su parte, esta influencia *ius* teórica tiene clara incidencia en las funciones y metas que persigue el derecho comparado.

El derecho romano-germánico y su impacto en los ejercicios de comparación

En cuanto al objeto o materia de comparación, se asume desde la realidad de este modelo tradicional,¹¹⁷ producto de la influencia formalista, que el objeto o materia de la comparación, el derecho, se reducirá en el mayor de los casos a la ley. Segundo, siendo un ejercicio de legislación comparada, acorde con la escala triádica propia de la metodología de este modelo, los ejercicios comparativos no parten de la noción de un diálogo, sino muchas veces de una imposición o mera recepción acrítica de instituciones reconocidas en leyes que han sido producidas por los “sistemas jurídicos prestigiosos” y que los sub sistemas jurídicos, en calidad de vástagos o meras ramificaciones, deben asumir como suyas.¹¹⁸ Esta actividad claramente no deviene en un ejercicio de derecho comparado, pues prescinde de otras fuentes del derecho. Como consecuencia de dicha actividad se desconocen los particularismos de los “subsistemas” –acorde a la denominación conferida por esta metodología– y se asume que el derecho comparado solo sirve para llenar lagunas o solucionar antinomias presentadas en la ley, independientemente si estos objetos del trasplante o ejercicio comparativo son ineficaces o injustos.

En consecuencia de lo dicho, desde la concepción de este modelo comparativo, y para los países integrantes de la familia romano-germánica, la unificación del derecho resultaría una tarea sencilla, pues se agrupan a los países a partir del cumplimiento de rasgos comunes, y se asigna a determinados sub sistemas el rol de repetidores constantes a fin de asegurar el predominio y pureza de la familia jurídica.

El derecho según la familia socialista: ¿Su meta es prescindir del derecho?

Para efectos del análisis que se realizará respecto a esta familia jurídica, resulta necesario señalar que la existencia original de esta familia jurídica y su tratamiento individualizado, es una muestra palpable de la forma cómo opera el modelo comparativo tradicional, principalmente su metodología tripartita. En efecto, como se mencionó en líneas anteriores, este modelo comparativo tradicional se sustenta en la clasificación de los

117 Una obra imprescindible para este modelo es: Arthur Taylor Von Mehren, *The Civil Law System: Cases and Materials for the Comparative Study of Law* (Nueva York: Prentice-Hall, 1977).

118 Otra obra de conjunto que, en este caso, considera también a los sistemas latinoamericanos es John Henry Merryman y Rogelio Pérez Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3a. ed. (Stanford: Stanford University Press, 2007).

sistemas y subsistemas jurídicos mundiales en orden al cumplimiento de rasgos comunes. En caso de no darse el cumplimiento a dichos rasgos el sistema o los subsistemas son excluidos de la familia jurídica.

Se mencionaba en líneas precedentes que dentro de estos rasgos comunes a partir de los cuales se genera el agrupamiento de los derechos en el mundo, más allá de los analizados previamente, se puede encontrar a la ideología política. En el caso de la familia romano-germánica o del *civil law*, la ideología política ha sido definida por la doctrina comparativa como liberal, es decir, se sustenta en características atribuidas principalmente al modelo de Estado y en consecuencia a sus fines. Entre dichas características se pueden mencionar algunas como la no intervención estatal, el respeto a las libertades individuales y la preeminencia de determinados derechos por sobre otros. De la misma forma, tal como se analizó previamente, la escuela de pensamiento jurídico influyente, formalismo jurídico, se encuentra influenciada categóricamente por esta corriente de pensamiento político.

Es así como las dos dimensiones abstractas del derecho romano-germánico, tanto política como *ius* teórica, resultan ser fundamentales en la definición de la estructura de fuentes, las fuentes del derecho imperantes y la técnica.

En el caso de la familia socialista su origen fue la familia romano-germánica, pues comparte rasgos comunes como la estructura ordenada de su sistema de fuentes, el predominio de la ley escrita, el método deductivo, y la influencia categórica del formalismo como escuela de pensamiento jurídico.¹¹⁹ Ahora bien, a pesar de compartir los rasgos comunes señalados, difiere en uno que resulta ser el principal en esta familia jurídica: la ideología política. El componente ideológico-político resulta ser el componente más influyente dentro de la concepción y fines del derecho dentro de esta familia. Carlos Helver Barrera Martínez señala que: “El elemento común de esta familia jurídica es señalar que la finalidad del ordenamiento jurídico es la protección del régimen jurídico político adoptado, por lo que el derecho en un todo responde a una ideología, y pretende dentro de sus fines la protección de aquellos valores considerados como los más importantes”.¹²⁰

En este mismo escenario, Consuelo Sirvent Gutiérrez precisa:

La principal fuente del derecho socialista soviético fue la legislación y dentro de la jerarquía de las leyes, la Constitución de la URSS fue la ley suprema

119 Los grandes clásicos del derecho socialista, en su versión soviética (la de mayor influencia) son P. I. Stucka, *La función revolucionaria del derecho y el Estado* (Barcelona: Península, 1969); Andréi Vyshinski. *The law of the soviet state* (Nueva York: Ed. MacMillan, 1948) y, sobre todo, Evgeni B. Pasukanis, *Teoría general del derecho y marxismo* (Madrid: Labor, 1976).

120 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 137.

y cada una de las repúblicas soviéticas constó con su propia Constitución la cual debía ir de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución de la URSS.

La Constitución era sancionada como una ley ordinaria y podía ser modificada del mismo modo[...]. Después de la Constitución dentro de la jerarquía de fuentes del derecho, estaban las leyes [...]. Luego están los decretos (úkaz) y las ordenanzas (potanovlenie) estas últimas dictadas por autoridades distintas del Soviet Supremo.¹²¹

Así, a pesar de que encontramos formalmente a la ley como fuente principal del derecho dentro del sistema de fuentes, todas las fuentes se encuentran sometidas a la corriente política predominante en esta familia jurídica, concretamente en el momento histórico originario, el pensamiento marxista-leninista. Pedro Fernández de Córdova al respecto establece:

Ocurre, sin embargo, que si bien toda expresión del derecho es susceptible de verse afectada por la presencia de una ideología, aquella que corresponde al derecho constitucional es, sin duda, la más vulnerable a esta acometida, razón por la cual la doctrina que la sustenta entronizará sus postulados y determinará, a su turno, las directrices de ese orden constitucional. Esto ha ocurrido, como no podía ser de otra manera, en la Familia Socialista, abierta y enfáticamente adscrita al pensamiento marxista-leninista que le sirve de base.¹²²

Esta diferencia marcada con la familia romano-germánica, que llevaría al incumplimiento de un rasgo común, traería como consecuencia la separación de los sistemas y subsistemas socialistas de la familia romano-germánica y la consolidación de una nueva familia jurídica que merecería un tratamiento diferenciado principalmente por su ámbito de influencia alrededor del mundo.

En atención a lo señalado, para el caso de esta familia jurídica, se resaltarán principalmente dos de sus rasgos diferenciadores, primero el ámbito de influencia y segundo su ideología política.¹²³

Ámbito de influencia: El socialismo en el mundo

En cuanto al ámbito de influencia se refiere, se debe precisar que si bien cierta parte de la doctrina comparativa sostiene la desaparición contemporánea de la familia jurídica socialista, existen varios sistemas a nivel mundial que mantienen su influencia.¹²⁴

121 Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 278.

122 Fernández de Córdova, *Estudios de derecho comparado*, 133.

123 Vease Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *El principio de la antijuridicidad material* (Bogotá: Giro Ed., 2005), 63.

124 Cfr. Christian Hertel, *Sistemas y familias jurídicas del mundo*, 186. El autor, respecto a la desaparición de la familia socialista sostiene: “desde el punto de vista del derecho civil,

La explicación a este grado de influencia radica en que si bien dichos sistemas jurídicos no mantienen incólume la ideología política original atinente al pensamiento marxista leninista, si mantienen una corriente política socialista que influye categóricamente en su concepción del derecho. Es el caso de la tutela de los derechos humanos, los fines que persigue el Estado respecto a la economía y la búsqueda de la materialización de la igualdad real. Cabe precisar –conforme lo menciona el profesor Pedro Fernández de Córdova– que en el campo jurídico, esta doctrina generó, dentro de la Familia Socialista, cuatro Sistemas, de acuerdo con la terminología aquí empleada, es decir, cuatro vástagos que se desgajaron de su tronco común. Los Sistemas soviético, yugoeslavo y albanés desaparecieron a raíz de la caída de los regímenes que los gobernaron, quedando en pie, únicamente el chino, mismo que en criterio del autor es el sistema representante indiscutible de esta Familia.¹²⁵

Ideología política: ¿Fuente de validez?

Previamente se dijo que la ideología política resulta ser el rasgo principal de la familia jurídica socialista y en consecuencia de los sistemas y subsistemas jurídicos que la integran. La familia socialista es la aglutinadora de las expresiones jurídicas creadas por los gobiernos instaurados en determinados países a raíz de la concepción político-doctrinaria inspirada por Marx y Engels en el *Manifiesto Comunista*. Entre los fines que persigue su ideología política destaca la búsqueda del control del poder político por parte del proletariado obrero y campesino y la abolición gradual de las desigualdades, de esta manera se alcanzaría la armonía y bienestar generalizados.¹²⁶

En cuanto a la concepción del derecho se refiere; Fernández de Córdova establece que una de sus metas originales fue “prescindir tanto del Estado como del derecho, una vez que la sociedad alcance su pleno desarrollo, y dentro de ella, cada individuo sepa lo que le concierne hacer, sin necesidad de verse atado al membrete de una nacionalidad, ni a norma jurídica alguna que controle su vida”.¹²⁷

Esta meta sería precisamente la razón fundamental para que esta familia jurídica se haya separado de la familia romano-germánica, pues

me parece un pronóstico que se adelanta un par de décadas. Ciertamente ha desaparecido la estructura del Estado soviético y el dominio comunista sobre el Este de Europa pero se mantienen muchas leyes de derecho civil o en todo caso sus características. Véase también, Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 140-3.

125 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 122.

126 Cfr. *Ibíd.*, 121.

127 *Ibíd.*, 122.

desde la óptica de esta última no podría concebirse el carácter jurídico de un sistema cuya fuente central sea una ideología política, menos aún que su fin último sea justamente prescindir del derecho. Cabe precisar que esta crítica, que aparentemente cuestiona la meta no jurídica de esta familia jurídica, proviene de una familia jurídica que procura alcanzar la pureza del derecho y de su fuente hegemónica, y por otro lado, no es del todo cierto que el fin o meta general de la familia socialista sea la prescindencia de todo derecho, sino principalmente de aquel derecho de influencia liberal que se constituyó en un instrumento de opresión y desigualdad.

Desde el punto de vista del sistema de fuentes, admitir esta meta habría traído consigo despojar al legislador del dominio de la fuente hegemónica del derecho: la ley. En el caso de la familia romano-germánica la incidencia de la corriente política liberal resultaba determinante en el acceso a la legislatura; poder que estuvo dominado en su momento por los grupos burgueses y que traería como consecuencia una crisis de representatividad, pues el producto de su accionar la ley respondía principalmente a sus propios intereses, excluyendo de esta manera a otros actores sociales como trabajadores y campesinos.

En el caso del derecho de la familia socialista, resaltan características como la inexistencia de una división diferenciadora entre el derecho público y el derecho privado. En este caso el Estado está presente en todas las relaciones de sus súbditos. Como se mencionó en líneas anteriores, es importante saber que el sistema de fuentes está adscrito o supeditado a la ideología marxista-leninista. A pesar de ello, se puede advertir la existencia formal de fuentes del derecho.

En cuanto a la técnica, existe el respeto omnímodo a la ley escrita, aquella actividad legislativa emanada de Asambleas Populares o Consejo de Estado que materializa la corriente política predominante. Dicho de otra forma, la ideología política resulta ser la fuente de validez del ordenamiento jurídico y de toda forma de realización jurídica. En consecuencia, se concluye que se trata de una familia jurídica *sui generis*, toda vez que el aspecto ideológico preponderante en esta familia ha generado la sumisión de las fuentes del derecho a los principios doctrinales del marxismo-leninismo. Si bien existen fuentes ordenadas como la ley, decretos, reglamentos y principios generales, todas ellas tenían como principal función legitimar, robustecer y consolidar la corriente política hegemónica. En cuanto a la interpretación se refiere, se conservó la interpretación lógica a la luz de principios ideológicos-políticos. Su incidencia, si bien no es absoluta, lejos de extinguirse puede ser constatada en varios sistemas jurídicos del mundo,

incluso aquellos que tradicionalmente se han conocido como subsistemas franceses, es el caso de algunos países latinoamericanos.¹²⁸

Los aportes del concepto de derecho socialista a los ejercicios de comparación

Esta familia jurídica, en el marco de análisis de este modelo comparativo y su metodología, más allá de las críticas existentes con respecto a su carácter no jurídico, resulta ser un aporte fundamental a la concepción del derecho, y por tanto, al objeto de comparación, permite advertir que el derecho no se reduce a la ley en sentido formal, como aparentemente mostraría la familia jurídica romano-germánica desde su sistema de fuentes. El papel que desempeña la corriente política genera un efecto causal con el modelo de Estado que se reconoce en un sistema o subsistema jurídico y tiene claras consecuencias en la técnica o papel del jurista dentro de este sistema, pues cualquier fuente de producción normativa debe mantener conformidad con la dimensión abstracta que cruza transversalmente al sistema de fuentes, esto es, a la ideología política.

En el caso de la familia jurídica romano-germánica, se ha evidenciado el efecto categórico que tuvo y tiene la ideología política liberal en la estructura del sistema de fuentes, fuentes y técnica. De esta manera, una vez que el jurista asimile que el derecho y la política no pueden ser tratados de manera independiente, entenderá que dentro de un ejercicio de derecho comparado el componente político influyente, tanto en los países con los cuales se emprende un ejercicio comparativo como desde el país que se realiza el mismo, debe necesariamente ser analizado previo a proceder con un ejercicio mimético de recepción de instituciones foráneas reconocidas en las leyes. El derecho está claramente influenciado por la política, y siendo así, un ejercicio de derecho comparado puede involucrar como objeto de comparación a corrientes políticas y su impacto en el sistema formal. Esto se puede comprobar a lo largo de esta investigación.

El derecho según el *Common Law*: ¿Un derecho disperso y no predictable?

En el marco de análisis de las familias occidentales se procederá a identificar los rasgos comunes de una de las principales familias jurídicas,

128 Cfr. Eduardo Umaña Luna, *El derecho (poder, dominación; control social* (Bogotá: Colectivo de Abogados, 1989), 133. Juan Mendoza Díaz, "Las fuentes formales del derecho procesal civil", en *Lecciones de derecho procesal civil* (La Habana: Félix Varela, 2001), 9-18.

una familia con amplísimo grado de influencia alrededor del mundo, esto es el *common law* o derecho común.¹²⁹ Aquel derecho no promulgado, pero conocido y practicado por todos los miembros de la comunidad. Respecto de esta familia, Arturo Lan precisa: “La familia del *common law* es, junto con la neoromanista, la gran familia de la tradición jurídica occidental. Sistemas legales de importantes y disímiles naciones pertenecen a ella como los de los países integrantes de la Comunidad Británica de Naciones (British Commonwealth) y el sistema jurídico de EUA”.¹³⁰

Entre las características principales del *common law*, –lejos de lo que se piensa– la costumbre no es la principal fuente del derecho, a menos que encuentre su reconocimiento o materialización en la jurisprudencia. Siendo así, es la jurisprudencia la fuente del derecho hegemónica dentro de esta familia jurídica. José Guillermo Vallarta precisa que:

El derecho Inglés es un derecho jurisprudencial, que debido a sus orígenes, como a su estructura sui géneris, ha conservado rasgos singulares.

Lo anterior obedece a la mínima influencia que en él ejercieron las Universidades, el derecho romano y la doctrina; además, el legislador inglés nunca empleó la técnica de la codificación para la integración o reforma del derecho.

El *statute* inglés, es decir, la ley, ha desempeñado en Inglaterra un papel de segundo rango, siendo su tarea, complementaria de la jurisprudencia.¹³¹

Cabe señalar que la denominación *common law* es pertinente para establecer de plano diferencias con el denominado *civil law* o familia romano-germánica, donde el derecho, –como se estudió anteriormente– surge como un derecho común codificado. El profesor Fernández de Córdova determina que:

Su denominación: *Common law*, es también especial, pues, responde a una estructura jurídica peculiar, que fuera aceptada y consagrada por el propio pueblo inglés hacia el siglo XIII, con ocasión de ciertos acontecimientos que a su tiempo reseñaremos. Se la identifica, igualmente, como Familia Anglo-Sajona, que responde, a su vez, al nombre de los pueblos que, tras invadir Inglaterra, en el siglo V, ocuparon su territorio, dominaron a todas las poblaciones indígenas y establecieron una unidad cultural, política y lingüística que perdura todavía, no obstante la denominación francesa sufrida durante tres centurias.¹³²

Se trata de un derecho principalmente jurisprudencial, en consecuencia el papel del juzgador resulta diferente al que desempeña en la familia ro-

129 Un análisis muy reciente de conjunto en castellano en Tomás Javier Aliste Santos, *Sistema de common law* (Salamanca: Ratio Legis, 2013).

130 Arturo Jaime Lan, *Sistemas jurídicos*, 54.

131 José Guillermo Vallarta, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, 2a. ed. (México DF: Porrúa, 2002), 32.

132 *Ibid.*, 129.

mano-germánica. En el caso de la familia del *common law*, en sus orígenes, los jueces quedaban en plena libertad de buscar principios y reglas que se acomoden al caso para ejercer justicia.¹³³ Cabe señalar que esta justicia se alcanza a través de decisiones judiciales, es decir, desde la dimensión eficaz del derecho, su dimensión sociológica. En sus orígenes los jueces eran considerados como verdaderos creadores de derecho, función que con el transcurso del tiempo cambiaría en razón a la técnica predominante en esta familia jurídica. Se trata de la analogía a decisiones adoptadas en el pasado respecto a patrones fácticos similares, lo que se denomina por la doctrina como el respeto al precedente. De esta manera, surgiría el *rule of precedent* como una forma para garantizar seguridad jurídica, igualdad, predictibilidad, pero esta vez a través de una fuente distinta a la ley.

Carlos Helver Barrera Martínez, a propósito de la influencia que tuvo el *common law*, establece que:

Este *common law* tendrá la influencia del derecho romano de las costumbres normadas que en esencia eran de estirpe germanas. La estructura del derecho anglosajón se logra con la dedicación del arzobispo de Canterbury, Lanfranco; quien sobre 1066 y con la ayuda de otros juristas versados en derecho romano y germánico toma forma el núcleo originario del *common law*.

La Corte de Guillermo, esto es la *curia regis* se convierte en el eje central de la vida administrativa y jurídica del nuevo reino. En torno a dicha curia se condensó un estamento profesional forense muy homogéneo, del que salían los jueces, que con sus sentencias iban creando el *common law*. Este es así pues, un derecho consuetudinario, pero en un sentido especial: la costumbre que es fuente de este derecho no nace del comportamiento popular, sino del comportamiento de los jueces.¹³⁴

Considerando sus características particulares, la organización judicial resulta ser fundamental dentro de esta familia jurídica. Los antiguos tribunales de derecho común, como el Tribunal de la Hacienda, el Tribunal de Alegatos Comunes y el Tribunal del Banco del Rey, eran Tribunales reales establecidos por la Corona para supervisar la labor de los tribunales locales. Estos tribunales aplicaron jurisdicción en todo el país y desarrollaron y aplicaron un sistema uniforme, común en todo el territorio. Se lo llamó derecho común para diferenciarlo de las decisiones de los tribunales locales.¹³⁵

En cuanto al acceso al sistema de administración de justicia se refiere; se establecieron mandatos o *writts* para poder acceder a los tribunales. Estos mandatos iniciaron caracterizados por una excesiva formalidad, se

133 Cfr. Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 13.

134 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 122.

135 Cfr. David y Bravo Gala, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 265-80. James Philip, *Introducción al derecho inglés* (Bogotá: Temis, 1996), 21-47.

necesitaba un tipo de mandato según la pretensión. Sobre estos mandatos Barrera Martínez señala que: “Las acciones *writs* estaban destinadas a paliar los rigores y rigideces del *common law*, y fueron introducidas al derecho inglés por los lord-cancilleres por analogía de las acciones *ex bonno et aequo* de los pretores romanos”.¹³⁶ Más adelante, ante la evolución del derecho común también evolucionaron los mandatos, para finalmente ser abolidos a través de los *Judicature Acts* de 1873-1875.

Eduardo III instauró una nueva Corte para contribuir a la Royal Court y ocuparse de asuntos que no recibían una solución adecuada en el *common law*. Así, la Corte del Canciller crea la denominada *rule of equity*, a partir de ella se podía alcanzar remedios adecuados para las pretensiones. Pedro Fernández de Córdova determina:

De la misma manera que de la actuación de los jueces que integraban la Royal Court, brotó la “rule of precedent”, con el andar de los tiempos, de todo lo que fueron haciendo aquellos magistrados que, a su vez, conformaban la *Chancery Court*, emergió la “rule of equity” (regla de la *equity*, llamada así también en español, porque el término *equity*, que es de origen latino y que podría identificarse con equidad no se lo traduce así.¹³⁷

La *equity* operaba cuando no era posible acudir a los Tribunales Reales o como se dijo, cuando no era posible alcanzar los remedios adecuados a las pretensiones. Siendo que el canciller era uno de los principales oficiales del Rey, era difícil intimidar al Tribunal, sin importar la grandeza de las partes, aspecto que no sucedía con los tribunales de derecho común. Con el pasar del tiempo, los *judicature acts* fusionaron el *rule of precedent* y el *rule of equity*, a pesar de que aún se mantienen sus diferencias.¹³⁸ En atención a ello, existe especialidad en la formación de los profesionales del derecho. De acuerdo a las demandas y pretensiones era posible seleccionar un abogado especialista en *equity* o derecho común.

Para esquematizar la organización judicial se puede dividir su estructura en dos ámbitos, el primero relacionado a la Suprema Corte de la Judicatura y el segundo relacionado a todas las instancias menores de la función judicial.

En el caso de la Suprema Corte de la Judicatura –*Supreme Court of Judicature*– llamada así desde la vigencia de los *judicature acts*, está integrada por cuatro cortes mayores:

- a) *House of lords*. Nombrados a perpetuidad por la Reina, autoridad judicial suprema, más alta y última, con asesoramiento del Primer Ministro.

¹³⁶ *Ibíd.*, 129.

¹³⁷ Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 104.

¹³⁸ *Ibíd.*, 108-13.

- b) *Court of appeal*. La instancia inmediatamente anterior a *house of lords*. Tiene entre sus competencias dos materias: civil y penal, respecto a las decisiones que emanaban tres cortes, la *High Court*, *County Tribunals* y las decisiones de la *Crown Court*, respectivamente.
- c) *High court of justice*. Con jurisdicción nacional, conoce de procesos civiles, cuenta con un centenar de salas y tres secciones: *Queens Bench Division*, *Chancery Division* y *Family Division*.
- d) *Crown Court*. Una jurisdicción de carácter provincial en materia penal, conoce delitos calificados como graves y muy graves.¹³⁹

En el caso de las instancias menores de la Función Judicial, estas se encuentran compuestas por las siguientes judicaturas:

- a) *Justice of peace*. Jurisdicción de distrito o barrio. Conoce de asuntos civiles de menor cuantía civil y aquellos que se reducen a agravios en materia penal. No son jueces sino buenos ciudadanos.
- b) *Magistrate Courts*. Integrado por jueces de paz, jueces de primera instancia para contravenciones.
- c) *County court*. Integrada por el Tribunal local que funciona dentro de esa jurisdicción.¹⁴⁰

En cuanto al ejercicio de la abogacía, cabe mencionar que existen centros de enseñanza denominados "INNS", a los que deben afiliarse jueces y *barristers* para poder ejercer la profesión. La Función Judicial los evalúa constantemente. Se pueden identificar dos tipos de abogados, los primeros, denominados *Barristers* son los abogados que actúan ante los Tribunales, Cortes de Inglaterra y Gales y que constituyen el elemento superior de la judicatura. Entre sus facultades está representar a la Corona y a los particulares. Deben necesariamente pertenecer a "The Bar" y así están autorizados a pasar la línea entre jueces y público. Escogen como especialización a la regla del precedente o de la equidad. Por otro lado están los *solicitors*, quienes ejercen la abogacía ante Tribunales Inferiores, y deben estar afiliados al council. Pedro Fernández de Córdoba respecto de estos dos tipos de abogados, señala:

Los *barristers*, en sus oficinas o bufetes profesionales, acogen a jóvenes que tienen el título de *w* y aceptándolos en calidad de ayudantes, les permiten, al mismo tiempo, una preparación tanto teórica como práctica. Ellos serán más tarde *Barristers* y podrán, como tales, aspirar a ser jueces.

139 Fernández de Córdoba, *Estudios de derecho comparado*, 109. Véase también Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 123.

140 *Ibid.*

Los *Solicitors* son, por su parte, los Abogados-Procuradores, quienes, además de asesores jurídicos están en capacidad de ejercer la abogacía (*advocacy*) en los Tribunales del estamento inferior, es decir, en los *Magistrates Courts* y las *County Courts*. Los *Solicitors*, son los encargados de preparar el expediente de la causa que servirá de base para la defensa que planteará el Barrister en el correspondiente Tribunal.¹⁴¹

Una vez revisada de manera general la organización judicial del *common law* el análisis iniciará, de la misma forma como lo hicimos en el caso de la familia romano-germánica, es decir, con el análisis de sus rasgos comunes.¹⁴² Producto de este análisis se realizarán algunas precisiones con respecto al impacto de los ejercicios de derecho comparado desde la influencia de estos rasgos propios de la familia del *common law*.

Ámbito de influencia: El common law en el mundo

Como ya se mencionó en líneas anteriores, su ámbito de influencia está compuesto, acorde a este modelo comparativo, por los sistemas y subsistemas jurídicos de todas las legislaciones del mundo, que se han visto intervenidas por los rasgos propios de esta familia jurídica.

Así, la familia del *common law*, junto con la familia romano-germánica resulta ser una de las familias jurídicas con mayor influencia en el mundo. Entre los países que han recibido su influencia están: el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Inglaterra, Gales, Escocia, Isla de GB, Peñón de Gibraltar, Santa Elena (Asia), Bélize, Bermudas, Cayman, Malvinas, Canadá (con excepción de Quebec), EUA (con excepción de estados sureños), Jamaica, Barbados, Dominica, Santa Lucía, Guayana, Sri Lanka, India, entre otros.¹⁴³

A continuación se analiza cada uno de sus rasgos y se verifica el impacto de los mismos en los ejercicios de derecho comparado que los juristas emprenden desde los sistemas y subsistemas integrantes de la familia.

Estructura del sistema de fuentes y fuentes: El derecho jurisprudencial y la eficacia del derecho

Mientras en el caso de la familia romanista el derecho partía de las codificaciones, del derecho escrito o positivizado, particularmente el caso del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, el Código Napoleónico en

141 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 147.

142 Cfr. *Ibid.*, 115.

143 Cfr. Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 54; José de Jesús López Monroy, *Sistema jurídico del common law*, 5a. ed. (México DF: Porrúa, 2011), 5.

Francia, y el BGB en Alemania, en el *common law* sus hitos se suscitan en los precedentes, ahora compuestos por el *rule of precedent* y el *rule of equity*.

Pedro Fernández Córdova, al respecto señala: “La *rule of equity*, por desempeñar un papel idéntico al de la *rule of precedent* viene a constituir, otro de los pilares en que se asienta el derecho de la *common law*;¹⁴⁴ es decir, en su origen estrictamente jurisprudencial. En consecuencia de estas características se puede afirmar que existe un sistema de fuentes del derecho preordenado, donde la jurisprudencia destaca como la principal fuente del derecho y en consecuencia es la fuente de validez del sistema.

Por otro lado, destaca el que esta familia jurídica cuenta, desde la óptica de su sistema de fuentes, con una característica particular, la inexistencia de una Constitución escrita en el sentido conocido por el contexto romano-germánico. Tradicionalmente, lo que el derecho inglés considera una Constitución, es el conjunto de reglas de origen legislativo o más extensamente jurisprudencial, que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos.¹⁴⁵

Desde el componente terminológico de las fuentes, se advierte que el término *law* no es un sinónimo de “ley”, su traducción al español es “derecho”. Esta precisión resulta fundamental para la comprensión del sistema de fuentes y las fuentes de la familia del *common law*, pues la concepción del derecho no es la misma que en el caso de la familia del *civil law* o familia romano-germánica. Con esta precisión, se ratifica, tal como se observa en el gráfico 3, que la costumbre, lejos de lo que comúnmente se ha pensado, no es la principal fuente del derecho dentro de la familia del *common law*, sino el *case law* o derecho jurisprudencial. Al respecto, Carlos Barrera Martínez precisa:

en la época actual no es exacto decir que el derecho anglosajón sea de estirpe consuetudinaria o es un derecho consuetudinario [...]. El derecho británico es y sigue siendo un derecho esencialmente hecho por los jueces, bajo la forma de derecho jurisprudencial; esta tradición jurídica la conoce la historia constitucional inglesa como la doctrina del precedente y expresa el lazo que vincula al juez actual con las decisiones de sus precedentes hasta los siglos más lejanos.¹⁴⁶

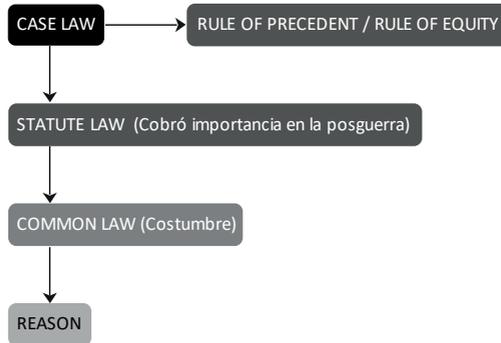
144 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 105.

145 Cfr. *Ibid.*, 108. Véase Jaime Giraldo Ángel y Oswaldo Giraldo López, *Manual de texto jurídico. La lógica el discurso jurídico. I parte* (Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1994), 21. Véase Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 127.

146 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 132.

Consecuentemente, el sistema de fuentes del *common law* se estructura de la siguiente manera:

Gráfico 3. Sistema de fuentes del *Common Law*



El derecho jurisprudencial resulta ser la fuente central del ordenamiento jurídico, un derecho que se nutre y materializa la costumbre o derecho común de la sociedad. El *case law*, en consecuencia, se edifica desde la dimensión sociológica del derecho, es decir, su principal fin es alcanzar la justicia a través de la evaluación de eficacia de las normas.

A diferencia del valor de la jurisprudencia como fuente dentro de la familia romano-germánica –doctrina legal– en el caso del *common law* la jurisprudencia se constituye en una verdadera fuente del derecho, y su valor es el de *stare decisis*.¹⁴⁷ La construcción del *stare decisis* se sustenta, principalmente, en los hechos o circunstancias fácticas para la continua creación o adaptación¹⁴⁸ del derecho a las necesidades sociales. No se requiere la reiteración como un criterio para la configuración de un precedente, este puede generarse de manera directa a partir de un solo pronunciamiento.

Si bien en esta investigación se partió de la existencia de un sistema de fuentes, aparentemente ordenado o jerarquizado, similar a la estructura del sistema de fuentes de la familia romano-germánica, cabe señalar que sus efectos con respecto a la técnica o forma de concebir el derecho dentro de esta familia difieren ostensiblemente. En efecto, en el caso de la familia romano-germánica la estructura del sistema de fuentes resulta ser categórica para identificar la forma cómo se concibe el derecho en esa familia jurídica,

147 Cfr. Glenn, *Legal Traditions*, 226-9.

148 Sobre el concepto de adaptación aplicado al derecho, véase David Nelken y Johannes Feest, edit., *Adapting Legal Cultures* (Oxford: Hart, 2001).

así se pueden identificar características como: la plenitud, la coherencia y la influencia de un formalismo jurídico fuerte.

No obstante, cabe señalar que aun cuando la estructura del sistema de fuentes resulte ser ordenada, siempre será necesario identificar cuál es la fuente hegemónica dentro de ese sistema ordenado o jerarquizado. En caso de ser la ley la fuente hegemónica, tal como se analizó en el caso de la familia romano-germánica, su influencia con respecto al sistema y escuela de pensamiento jurídico será radical, destacando que su derecho será formal, rígido y estático. Por el contrario, en el caso de contar con una fuente del derecho hegemónica distinta a la ley, las condiciones necesariamente se modificarán.

En el caso de la familia del *common law*, el reconocimiento de la jurisprudencia o *case law* como la fuente principal dentro del sistema de fuentes trae consigo cambios sustanciales en la concepción del derecho y en consecuencia en la escuela de pensamiento jurídico predominante. Es así que, si bien la jurisprudencia se constituye en la fuente de validez del sistema de fuentes, esto no determina, en el caso de esta familia, que su derecho sea estático o formalista. La jurisprudencia, como se dijo anteriormente, se constituye en la fuente sociológica del derecho, en consecuencia, su construcción se basa en la costumbre social, esto automáticamente genera una concepción distinta del derecho y, principalmente, de sus fines. Retomando las formas de evaluación del derecho destacadas previamente, mientras en el caso de la familia romano-germánica los procedimientos y la formación de la ley son el centro de atención y parámetros suficientes para la aplicación de la misma, en el caso de la familia del *common law* la eficacia resulta ser la principal dimensión desde la cual se debe evaluar al derecho, plasmando de esta manera el aforismo de que el derecho debe ser reflejo de su sociedad y no al revés.

El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente central del derecho, también demuestra, para quienes han sido formados desde la influencia de la familia romano-germánica, algo que resulta hasta nuestros días cuestionable e incluso impactante, esto es que el derecho no se reduce a la ley, y que en consecuencia también puede alcanzarse seguridad jurídica, igualdad, predictibilidad a partir de otra fuente del derecho. Respecto a esto cabe señalar que en el caso del *common law*, el *case law* o derecho jurisprudencial no opera a partir de la subjetividad diaria del juzgador o su corazonada, por el contrario, existen parámetros rigurosos que pretenden justamente evitar que esta fuente se convierta en un instrumento de violación sistemática de los derechos de las personas. Es el caso, –como se mencionó– de la *rule of precedent* y la *rule of equity*, dos instituciones que se analizarán más adelante a propósito del rasgo relacionado a la técnica.

Como segunda fuente del derecho está el *statute law* o derecho estatutario,¹⁴⁹ escrito, compuesto principalmente por fuentes de origen parlamentario, esto demuestra, a diferencia de lo que usualmente se piensa, que el derecho –*common law*– también tiene fuentes de tipo parlamentario o escritas. Pedro Fernández de Córdova al respecto manifiesta que: “La *Statute Law* (ley estatutaria o parlamentaria), que nosotros podemos identificarla mejor con la expresión “ley escrita”. Es la que nace del Parlamento o función Legislativa. A partir de la Segunda Guerra Mundial, ha cobrado notorio auge, lo que le ha permitido pasar del tercer lugar en que antes se ubicaba, al segundo que ahora ocupa”.¹⁵⁰

Cabe precisar que estas fuentes, acorde a la estructura del sistema de fuentes, deben guardar coherencia con la fuente hegemónica –esta es el derecho jurisprudencial. En un tercer peldaño se ubica el *common law*, que es la costumbre considerada de manera autónoma, esta costumbre, en armonía con la estructura del sistema de fuentes, debe guardad conformidad con el derecho estatutario y con el derecho jurisprudencial. La costumbre será considerada como fuente del derecho en la medida que se encuentre materializada en la jurisprudencia, caso contrario, de manera individual o aislada, se constituye únicamente en un parámetro de referencia para la decisión del juzgador. Carlos Helver Barrera Martínez establece que: “Se considera que la costumbre y los usos, representan las fuentes no escritas del derecho inglés. La costumbre en términos prácticos se considera como fuente de derecho sustantivo en tanto que los usos son de derecho adjetivo”.¹⁵¹

Finalmente, en un escenario similar, se encuentra a la razón como la fuente del derecho anglosajón, esta opera de manera analógica a principios generales del derecho que pueden ser utilizados por el juzgador al momento de decidir.

En definitiva, desde la estructura del sistema de fuentes del derecho del *common law*, se advierte un sistema preordenado de fuentes, sin embargo al momento de decidir, el juzgador puede recurrir a todas ellas de manera indistinta sin que exista un orden de prelación o aplicación. Destaca en este sistema la existencia de casos difíciles cuya resolución no siempre podrá darse en un orden de descarte. En consecuencia se puede afirmar, que se trata de una estructura preordenada, que al momento de decidir se convierte en un sistema paritario de fuentes de derecho.

149 Sobre la relación entre *statute law* y *common law*, véase Jack Beatson, “Common Law: Statute Law, and Constitutional Law”, *Statute Law Review* 27, No. 1 (2006).

150 Fernández de Córdova Álvarez, *Estudios de derecho comparado*, 108.

151 Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 128.

Técnica: La analogía

En cuanto a la técnica se refiere,¹⁵² relacionado al papel del juzgador dentro del sistema de fuentes, con el análisis precedente, se advierte que se trata de un jurista activo, dinámico, que no está sujeto a los formalismos excesivos observados en la familia romano-germánica. El método en consecuencia, es inductivo, es decir, el derecho se construye a partir de las cambiantes circunstancias sociales y no a partir de la aplicación exegética de disposiciones normativas preestablecidas. Este método tiene efectos imperantes en la formación del jurista y, particularmente, en la metodología de la investigación jurídica, pues no se construyen las investigaciones partiendo desde lo general para llegar a lo particular, sino principalmente desde lo particular, casuístico, sociológico y, a partir de esta dimensión se evalúa al derecho.

En el caso del derecho jurisprudencial o *case law*, el juzgador se encuentra vinculado en el principio *stare decisis*,¹⁵³ es decir, debe respetar los precedentes existentes en la medida de lo posible. Consuelo Sirvent Gutiérrez, con respecto del *stare decisis* determina: “La regla que atribuye fuerza jurídica a los precedentes judiciales y obliga a su observancia en todos los casos futuros similares o análogos, se basa en la doctrina del *stare decisis*”.¹⁵⁴

Esto resulta muy importante, pues en caso de asumir que siempre deba respetarse un precedente, se generaría una formalización del derecho, pero esta vez a partir de la jurisprudencia. Así, la *rule of precedent* advierte la necesidad de sustentar las decisiones a partir de la analogía, es decir, a partir de la verificación previa de los hechos o circunstancias fácticas del caso. En caso de existir una analogía fáctica el juzgador se encuentra en la obligación de reconocer dicho criterio precedente y en caso de ser suficiente para la resolución del mismo deberá ceñirse a él. No obstante, en caso de detectar una disanalogía fáctica, es decir, hechos diferentes, el juzgador se encuentra facultado, en este caso de manera legítima, para realizar un alejamiento de precedente, lo que comúnmente se conoce como el *distinguish*. El parámetro obligatorio en el caso del *distinguish*, es advertir o identificar necesariamente el criterio dictado de manera precedente en circunstancias fácticas similares, y posteriormente, sustentar de manera argumentada, por qué para el caso en análisis no resulta posible, justo o pertinente utilizar dicho criterio para resolver el caso.¹⁵⁵

152 Cfr. el estudio clásico sobre la analogía de Manuel Atienza Rodríguez, *Sobre la analogía en el derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico* (Madrid: Civitas, 1986).

153 Jane Ginsburg, *Legal Methods Cases and Materials: Wesbury* (Nueva York: The Foundation Press, 1996), 4.

154 Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 120.

155 Cfr. Ginsburg, *Legal Methods*, 1-23. Diego López Medina, *El derecho de los jueces* (Bogotá: Legis, 2006), 139-67 / 193-264.

En definitiva, se procura dinamizar al derecho, no formalizarlo o pretender que el juzgador aplique de manera acrítica criterios jurisprudenciales dictados en el pasado. No obstante, en aras de garantizar seguridad jurídica, cualquier alejamiento de criterio debe necesariamente sustentarse en el precedente jurisprudencial. Por otro lado, la *rule of precedent* establece la figura del *overruling*, esto es, la facultad que tendría el juzgador para cambiar –reconceptualizar– un criterio dictado previamente. Este cambio de criterio debe operar necesariamente a partir del reconocimiento del criterio precedente sumado a la justificación social que ameritaría dicho cambio –en otras palabras– se trata de adecuar el derecho a las cambiantes circunstancias sociales.

Como se dijo en un inicio, este sistema de fuentes donde el derecho no se reduce a la ley, y donde principalmente la jurisprudencia adquiere un valor como fuente hegemónica, siempre ha sido cuestionado desde la óptica del *civil law*. Su principal crítica ha estado sustentada en que un sistema de estas características genera necesariamente dispersión o inseguridad jurídica. Frente a las críticas el *common law* responde principalmente cuestionando el carácter estático y extremadamente formalista del *civil law*, mostrando entre otras cosas, que es un derecho que no responde necesariamente a la dimensión social y que asume que el derecho dictado por los muertos debe ser respetado por los vivos.

Por otro lado, en cuanto al dominio de la fuente ley se refiere, desde el *common law*, se responde a las críticas de dispersión e inseguridad jurídica que traería el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente hegemónica, mostrando que detrás de ellas yace un miedo de tipo político, sustentado en la posibilidad de que el dominador de la fuente ceda espacio, se trata a toda costa –como lo sostiene la familia romano-germánica– de evitar una contaminación jurisprudencial que pueda traer consigo no solo la afectación a la pureza de su concepción del derecho, sino incluso la generación de desestabilización política teniendo como protagonistas a los jueces.¹⁵⁶

Escuela de pensamiento jurídico predominante: La sociedad como parámetro de evaluación del derecho

Si bien siempre resultará complejo identificar con facilidad la dimensión abstracta del derecho tras una familia jurídica, es cierto que, como se analizó previamente, sí es posible hacer ciertas aproximaciones a partir de los rasgos comunes analizados. Así, si se asume que la jurisprudencia se constituye en la fuente hegemónica, se puede afirmar en términos ge-

¹⁵⁶ Cfr. López Medina, *Teoría impura del derecho*, 37 y s.

nerales, que la dimensión desde la cual se evalúa al derecho es la eficacia. Asumiendo lo dicho, y acorde a la clasificación de Norberto Bobbio, se puede señalar que la escuela de pensamiento jurídico que se halla detrás es el realismo jurídico, es decir, aquella corriente sustentada en la construcción de un derecho vivo a partir de las cambiantes circunstancias sociales, un derecho que sea el reflejo de la sociedad. Norberto Bobbio refiriéndose a esta escuela precisa:

En el curso de la historia del pensamiento jurídico en el último siglo, ha habido teóricos del derecho que en diversas ocasiones han tratado de descubrir el momento constitutivo de la experiencia jurídica, no ya en los ideales de la justicia en que se inspiran los hombres o en que estos dicen inspirarse, ni ya en los ordenamientos jurídicos positivos, sino en la realidad social en que el derecho se forma y se transforma, y en el comportamiento de los hombres que con su actuación hacen o deshacen las reglas de conducta que los gobiernan.¹⁵⁷

Ejercicios de derecho comparado: Los impactos en la dimensión sociológica

En cuanto a los efectos que traen consigo estos rasgos comunes respecto a los ejercicios de derecho comparado, se advierte claramente que en el caso de esta familia jurídica, el objeto materia de la comparación difiere ostensiblemente de aquel imperante en la familia romano-germánica. Consecuencia de esto, también difieren los destinatarios del derecho comparado, la estructura de la comparación, y se rescata, la importancia de la evaluación de los impactos de aquellos ejercicios de derecho comparado en la sociedad.

A partir de los rasgos comunes analizados queda claro que el derecho no se reduce a la ley, sino principalmente a la jurisprudencia. La jurisprudencia en tanto fuente del derecho principal, requiere a su vez, de la revalorización de otras tantas fuentes, algunas que podrían considerarse incluso ajenas al sistema de fuentes, este es el caso de disciplinas que formalmente no son jurídicas, pero que resultan ser de consulta obligatoria a fin de alcanzar los objetivos que se plantean en un sistema de fuentes de esta naturaleza. Son ejemplo: la sociología y la antropología.¹⁵⁸

Siendo así, el jurista que realice ejercicios de derecho comparado desde el contexto de sistemas o subsistemas jurídicos parte de esta familia jurídica, seguramente tendrá una tarea mucho más compleja que aquella inherente a un ejercicio de legislación comparada. En efecto, el jurista asumirá que

157 Bobbio, *Teoría general*, 33.

158 En concreto sobre la antropología véase Peter Sack y Jonathan Aleck, edit., *Law and Anthropology* (Aldershot: Dartmouth, 1992).

el objeto de la comparación puede ser la jurisprudencia, el derecho estatutario, la costumbre, la razón e incluso la escuela de pensamiento jurídico que se halla detrás de este sistema de fuentes y de la concepción de derecho acorde a esta familia jurídica.

El derecho de los EUA: Un sistema híbrido

Ahora bien, para continuar el análisis relacionado a esta familia jurídica, se revisarán los rasgos comunes de un sistema jurídico que recibió originalmente una influencia –producto de la colonización– de esta familia jurídica, y que hasta el momento se considera desde la óptica de este modelo comparativo, como un sistema o subsistema parte del *common law* británico, este es el derecho de los EUA.¹⁵⁹ Este análisis permitirá advertir que no siempre resulta sencillo, como parece asegurar este modelo comparativo tradicional, encasillar de manera pasiva a un sistema jurídico dentro de una sola familia jurídica. Se trata de un sistema catalogado por la doctrina comparativa como un sistema híbrido, es decir, un sistema que ha recibido la influencia de dos o más familias jurídicas, circunstancia que traería consigo de manera concomitante el que comparta rasgos comunes de esas familias jurídicas.

Esta hibridez, reconocida por el modelo comparativo tradicional, parecería ser una muestra de la insuficiencia de este modelo comparativo, a la vez que demostraría un eventual rescate de los particularismos de un sistema jurídico. No obstante, resulta preciso señalar que esta concepción de hibridez lo único que involucra es que un sistema o subsistema jurídico pasa de recibir la influencia mimética de una sola familia jurídica, a recibirla de dos o más familias jurídicas. Con esta consideración resulta claro que el reconocimiento de estos sistemas por parte del modelo comparativo tradicional, no deviene perse en el reconocimiento de autonomía.

Arturo Jaime Lan, en lo relacionado al derecho de los EUA precisa que: “Si bien la estructura esencial del derecho estadounidense proviene del *common law* inglés, gradualmente ha ido perfilando rasgos propios. No podía ser de otra manera, pues dados su historia, extensión, pluralismo y centralidad en la vida política y económica del mundo, el país vecino ha desarrollado características especiales que lo distinguen de otras naciones cuyos sistemas legales también pertenecen a esta familia”.¹⁶⁰

159 Dos obras de conjunto actualizadas sobre el derecho norteamericano son: Sally F. Hadden y Alfred L. Brophy, edit., *A Companion to American Legal History* (Malden: Wiley-Blackwell, 2013), con un punto de vista histórico; y Kermit L. Hall, edit., *The Oxford Companion to American Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2002), que atiende a cuestiones sustantivas.

160 Lan Arredondo, *Sistemas jurídicos*, 72.

En el caso de los EUA –como muchos otros sistemas y subsistemas jurídicos del mundo–, esta hibridez fue generada por los procesos de colonización, tanto francés como inglés que se generaron en su territorio. Consecuencia de esto, existen Estados, principalmente sureños, que reciben una influencia de la familia romano-germánica o del *civil law*, mientras que existen otros de influencia del *common law*. Esta influencia bipartita resulta determinante y marca la complejidad del derecho de los EUA. Con esta explicación, se analizan de manera sucinta algunos rasgos comunes del derecho de los EUA, recalcando que se trata de un derecho con gran influencia en el mundo.

Ámbito de influencia: Algunos rasgos del sistema angloamericano y su incidencia en el mundo

El derecho de los EUA es considerado por la doctrina comparativa tradicional como parte de la familia del *common law*, se trata de un sistema que ha adquirido características particulares que han generado como consecuencia un grado de autonomía que ha permitido la irradiación de su propio ámbito de influencia. Lo primero por asimilar es su complejidad para asumir de manera pasiva la suficiencia del modelo comparativo tradicional y la simplificación que este hace respecto a la clasificación de los sistemas y subsistemas jurídicos alrededor del mundo. Por otro lado, se advierte la complejidad de calificar a este derecho como sistema o subsistema jurídico.

Este derecho calificado por la doctrina comparada como “sistema angloamericano”, circunscribe así su margen al derecho de los EUA. Se trata de un sistema federal, en el que conviven los Estados con la influencia de la familia romano-germánica, principalmente los Estados sureños, mientras que en otros, incluyendo el derecho federal, tiene una clara influencia originaria del *common law*. Cabe precisar que incluso este *Common Law* no es único, sino que cada Estado cuenta con particularidades que han hecho que la teoría comparada se refiera a la existencia de cincuenta tipos de *common law*.¹⁶¹

La complejidad que reviste el derecho de los EUA por sus características particulares ha generado que la *ius* teoría comparativa no tenga

¹⁶¹ Vease Barrera Martínez, *Introducción al derecho comparado*, 133-5. Vease también, Christian Hertel, “Sistemas y familias jurídicas del mundo”, 188. El autor señala que a raíz de que los EUA, como primera colonia inglesa en conseguir la Independencia, haya desarrollado, durante más de 200 años su propio derecho, independiente del derecho inglés, entre todos los ordenamientos jurídicos del *common law*, el derecho de los EUA es el que más se diferencia del derecho inglés. Al respecto, nótese que el autor reconoce diferencias entre del derecho de los EUA con el derecho inglés, pero no determina su autonomía.

posiciones unánimes con respecto a sus rasgos comunes. A partir de dichas disidencias se ha optado por sustentar este análisis en dos *ius* teorías comparadas importantes, los textos de Suzzane Tunc y Alex Tunc. Estos autores determinan:

Todo el derecho vigente en los EUA está dominado por una idea fundamental: la que cada Estado conserva, en materia jurídica, su autonomía. Cada Estado posee por sí solo, todo el poder Legislativo, el Judicial e incluso el Ejecutivo; el Congreso federal no puede legislar, el Presidente actuar y los tribunales federales resolver, más que, en aquellas materias en las cuales la Constitución les confiere competencia.¹⁶²

A pesar de esto, en la actualidad el Congreso ha adquirido poderes mucho más extensos. Su poder fiscalizador ha sido desviado, actualmente ha permitido la adopción de leyes protectoras de la sanidad y de la moralidad pública. La potestad de reglamentación del comercio entre los Estados ha permitido aumentar su poder. El Congreso rige actualmente la economía nacional, comercio, industria, agricultura, transportes, relaciones de trabajo. El Gobierno Federal tiene hoy todos los poderes necesarios en materia de política extranjera y en materia económica, las dos materias que son las preocupaciones del mundo moderno. No obstante, todo el derecho de los juristas se le escapa por depender únicamente del derecho de cada Estado o de su *common law*.¹⁶³

Cada Estado tiene su propio sistema judicial, siempre regido por una Suprema Corte. Al respecto, Suzzane Tunc y Alex Tunc agregan:

solo estos tribunales son los “tribunales de derecho común”, es decir, los tribunales que pueden decidir sin que un texto especial les atribuya competencia. Y nunca un demandante puede interponer ante una jurisdicción federal un recurso de apelación o algo equivalente a un recurso de casación contra una jurisdicción estatal, por el simple hecho de que su asunto haya sido mal juzgado.

Existe ciertamente, un sistema federal con cortes de distrito, tribunales de primera instancia, cortes de apelación de circuito y la célebre Suprema Corte de los EUA; pero estos tribunales federales no resuelven más que los casos en que la Constitución les atribuye competencia. Más adelante veremos cuál es esta competencia; pero digamos, brevemente, en primer lugar, que los tribunales federales, aplican el derecho federal –lo que les da un cierto control sobre las jurisdicciones estatales al menos desde el punto de vista procesal– y que, por otra, pueden resolver, si se les someten a ellos, los litigios que enfrentan a ciudadanos de dos o más Estados diferentes.¹⁶⁴

162 André Tunc y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América* (México DF: Imprenta Universitaria, 1957), 12-3.

163 *Ibid.*, 13.

164 *Ibid.*, 14.

Si bien el derecho federal es jerárquicamente superior al estatal, su ámbito está delimitado y es difícil que se convierta en un instrumento de unidad, se presentan problemas como las relaciones entre el derecho federal y los derechos de los Estados, además del problema de aplicación del derecho. El hecho de que su derecho sea derivado del *common law*, no disminuye su autonomía. Sumado a esto, otro elemento de complejidad del derecho de los EUA radica en su carácter judicial, circunstancia que dificulta conocerlo y extraer las soluciones que encierra. Suzzane Tunc y Alex Tunc precisan que: “Un derecho judicial presenta con relación a un derecho esencialmente legislativo, ventajas e inconvenientes inherentes a su naturaleza –aunque los derechos judiciales pueden presentar entre sí diferencias importantes–; pero entre sus inconvenientes figura, sin duda, la mayor dificultad para conocerlo y extraer las soluciones que encierra”.¹⁶⁵

A pesar de la complejidad, se trata de un derecho del que muchos países han tomado sus aportes, en algunos casos producto de un auténtico diálogo comparativo, y en otros, a partir de una mera recepción de muchas de sus instituciones, entre ellas, el federalismo, el *judicial review*, la noción de una Constitución escrita como fuente principal del derecho, entre otros.¹⁶⁶

Estructura del sistema de fuentes y fuentes: la jurisprudencia y su efecto transversal

Sumado a los rasgos que denotan la complejidad del derecho de los EUA, otro factor fundamental producto del federalismo, es la multiplicidad de fuentes del derecho, jerárquicamente diferentes. La multiplicidad se genera, como se advirtió, a partir de que la Constitución federal y la Constitución de cada Estado son fuentes de derecho en forma más efectiva que en Francia.¹⁶⁷ Para una mejor comprensión de las fuentes del derecho en los EUA, la doctrina comparada ha optado por dividir las fuentes imperativas y otras persuasivas. Suzzane Tunc, y Alex Tunc establecen que:

Las fuentes imperativas son las que se imponen al juez; la Constitución federal y la de cada Estado, por ejemplo; las leyes y el *common law* de cada Estado, en un litigio que no ponga en juego, en ninguna forma, un derecho extranjero. Las fuentes persuasivas son las que pueden, a veces, proporcionar al juez un elemento de decisión, pero no se imponen a él: la opinión expresada en un litigio anterior por un juez, sin haber llegado a ser adoptada por la Corte; las decisiones de otros Estados de la Unión cuyo derecho no sea aplicable al caso.¹⁶⁸

165 *Ibid.*, 15.

166 Cfr. López Medina, *Teoría impura del derecho*, 5 y s., 110 y s., 235 y s., 305 y 326.

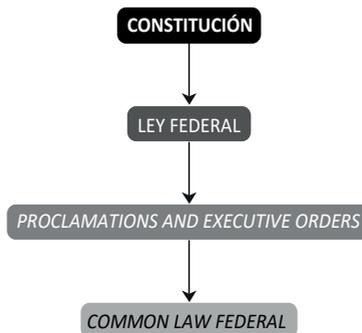
167 Cfr. *Ibid.*, 15.

168 *Ibid.*, 19.

Ahora bien –según los autores señalados– dicha división no resulta tan clara ni categórica, al respecto manifiestan: La distinción, en principio, es fundamental; pero no es, en realidad, tan tajante como puede parecer. Si las fuentes “imperativas” fuesen verdaderamente imperativas, las fuentes persuasivas no tendrían lugar alguno en la decisión. Sin embargo, no es así. Se puede ver sobre todo, que las Cortes Supremas se permiten una libertad bastante amplia con respecto a los precedentes, los que, no obstante, constituyen una fuente “imperativa”.¹⁶⁹

Se trata de un sistema de fuentes del derecho claramente ordenado, donde destaca la existencia de una diferencia categórica con el *common law* británico, esta es, la existencia de una Constitución escrita como fuente hegemónica del sistema de fuentes del derecho. Segundo, llama la atención que en las fuentes que componen este sistema no se encuentre la referencia a las decisiones judiciales, o a la jurisprudencia como fuente del derecho.

Gráfico 4. Sistema formal de fuentes del derecho federal de EUA



Esta clasificación daría la impresión de que la realidad de la jurisprudencia como fuente del derecho no solo que difiere a su valor en el caso del *common law* británico –*case law*–, sino que incluso estaría menos considerada que en el propio caso de la familia romano-germánica, donde se encuentra a la jurisprudencia como tercera fuente del derecho dentro de su estructura ordenada de fuentes. No obstante, antes de concluir aquello, resulta imprescindible hacer algunas consideraciones importantes respecto al sistema de fuentes del derecho federal.

Como primera fuente del derecho federal se tiene a la Constitución, una norma escrita que marca una diferencia clara con respecto al *common law* británico, donde no existe una Constitución escrita y su primera fuente

169 *Ibid.*

del derecho es el *case law*. Junto a esta Constitución aparece una fuente que no está formalmente destacada dentro del sistema de fuentes, es el caso de las decisiones judiciales que interpretan dicha Constitución. Una interpretación que claramente difiere del rol que tiene en el marco de la familia romano-germánica, pues como se ve, lejos de ceñirse a una interpretación literal su fin esencial es dinamizar el derecho. La hermenéutica, en definitiva, asume un rol preponderante en este sistema jurídico.

En el caso de las fuentes que componen el derecho federal, conforme lo sostienen Alex Tunc y Suzzane Tunc, se pueden advertir las siguientes:

En primer lugar, evidentemente la Constitución. Inmediatamente a su lado, se pueden hacer figurar las decisiones judiciales que interpretan la Constitución. Puede parecer ilógico, en verdad, colocar en el mismo rango que la Constitución las decisiones judiciales que la aplican y la interpretan. Incluso si las decisiones judiciales son consideradas como una fuente del derecho, lo que de hecho puede admitirse, parecen constituir una fuente inferior al texto a que se refieren. Una siempre decisión, puede, además, contradecir a otro precedente, mientras que no puede por el contrario, rechazar la Constitución.¹⁷⁰

Para tratar de comprender este rol hermenéutico plasmado en la jurisprudencia resulta fundamental partir de una diferencia que no advierte la familia romano-germánica y es la diferencia entre prescripción o enunciado normativo y norma. Para tal efecto, se toma el pensamiento de Luis Prieto Sanchís, quien sostiene de manera clara que la diferencia entre ambos conceptos se sustenta en el canal intermedio entre ellos, esto es, en la hermenéutica. Mientras el enunciado normativo es la prescripción positivizada en una fuente de origen escrito, la norma es el significado que le atribuye el órgano o autoridad con potestad normativa.¹⁷¹ Prieto Sanchís, al respecto, precisa: “basta pensar en que una sola disposición puede contener o dar lugar a más de una norma y que no siempre resulta claro qué normas constituyen el significado de una disposición”.

En otras palabras, para el derecho americano, la prescripción normativa no podría aplicarse por sí sola, sino que requeriría necesariamente de alguien que confiera sentido a la misma. Esta distinción, advertida claramente por Prieto Sanchís, muestra la razón por la cual para los juristas formados bajo la influencia romano-germánica, no ha existido diferencia entre ambos conceptos, llevando al jurista hasta la actualidad a tratarlos indistintamente. La razón se fundamenta en el papel que cumplía la interpretación y, principalmente, la jurisprudencia como fuente del derecho. Siendo la

170 *Ibid.*, 20.

171 Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría*, 50.

interpretación exegética y la jurisprudencia una fuente secundaria, la norma se limitaba a reproducir una aplicación de la prescripción normativa.

Parece ilógico que una decisión judicial que interpreta una prescripción normativa, más aún, tratándose de la Constitución de un Estado, pueda ubicarse en el mismo rango, surge en este sistema jurídico el aforismo “La Constitución es lo que el juez dice que es”.¹⁷² Esta es la razón fundamental por la cual la Constitución de los EUA es catalogada en el contexto comparado como una de las normas constitucionales que menos cambios ha sufrido, limitándose a ser enmendada en veinte y seis ocasiones.¹⁷³ Lo cierto es que dicha aseveración, si bien no resulta incorrecta, tampoco expresa la realidad de los innumerables cambios, incluso sustanciales, que ha sufrido la Constitución producto de su interpretación a través de decisiones judiciales dictadas por la Suprema Corte. Se trata en definitiva de una Constitución que si bien ha sido objeto de pocos procedimientos formales de reforma, ha sido permanentemente adecuada a través de la jurisprudencia y la hermenéutica.

Finalmente, cabe precisar que junto a la Constitución también se puede encontrar a los principios del *common law*, parámetros reconocidos para la interpretación de la Constitución. Cabe precisar que estos principios no son propiamente jurídicos, y en consecuencia no prevalecen sobre una ley federal. Así, la doctrina comparativa recalca que es necesario reconocer que numerosos términos de la Constitución no tienen sentido de ser si no se las interpreta a la luz de los principios del *common law*. Entre estos principios figuran los relativos a la interpretación de los textos legislativos solo en la medida en que un principio ha dado sentido a una disposición de la Constitución, merece ser situado junto a ella. Tunc y Tunc, al respecto señalan:

Igualmente, al lado de la Constitución se pueden situar los principios del *common law* ordinariamente reconocidos en los EUA, que son necesarios para la interpretación de la Constitución. Esta clasificación no debe inducir a error. El concepto “principio de *common law* generalmente reconocido”, no es casi un concepto jurídico. En todo caso, en la medida en que existe no prevalece sobre una ley federal. Lo que es necesario reconocer, lisa y llanamente, es que numerosos términos de la Constitución no tienen sentido más que en el contexto del *common law*.¹⁷⁴

La Ley Federal, aquella votada por el Congreso viene inmediatamente después en la pirámide jerárquica. Junto a ella se encuentran los tratados que no necesitan de una ley para ser incorporados al ordenamiento jurídico, estos se ubican jerárquicamente al mismo nivel de la ley. Consuelo Sirvent

172 Cfr. Ginsburg, *Legal Methods*, 1-23. Tunc y Tunc, *El derecho de los Estados Unidos*, 11-28.

173 López Monroy, *Sistema jurídico del common law*, 212.

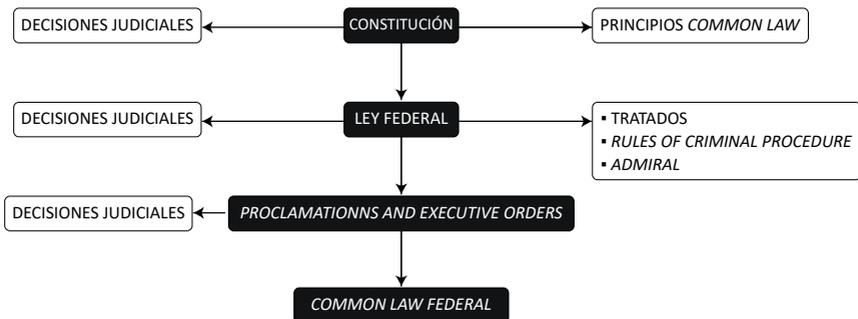
174 Tunc y Tunc, *El derecho de los Estados Unidos*, 20.

Gutiérrez determina que: “Los Tratados Internacionales formalmente celebrados y promulgados surten efectos plenos, sin necesidad de ley especial que los ponga en vigor, en atención a que la propia Constitución les atribuye fuerza de ley positiva”.¹⁷⁵

Destacan en esta escala las *Rules of Civil Procedure*, las *Rules of Criminal Procedure* y las *Rules of Admirally* establecidas por la Suprema Corte, puesto que el Congreso les ha dado fuerza de ley. Abajo de estos vienen las *proclamations* o *executive orders* emanadas por el presidente de la República y, posteriormente, las reglas establecidas por la administración y por las *regulatory commisions*. Cabe resaltar, que junto a cada una de estas fuentes se sitúan las decisiones judiciales que las interpretan y los principios del *common law* que les dan sentido. Esto resulta ser una nueva muestra del valor preponderante que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho, a pesar de no ser formal y expresamente citada dentro del sistema de fuentes por parte de la doctrina comparada.¹⁷⁶

Finalmente aparece el “*common law federal*”, no equiparable a los principios del *common law*. Cada Estado recurre a estos principios para solucionar conflictos sin necesidad de recurrir al derecho federal. En este figuran normalmente las decisiones interpretativas de la Constitución, Tratados, Leyes, es decir, siempre relacionadas con un instrumento normativo. La Suprema Cote recurre a este *common law* para resolver litigios que enfrentan a la Federación con los Estados o los Estados entre sí, sin que texto alguno le imponga una norma de decisión. Con estas precisiones podemos esquematizar el sistema de fuentes del derecho federal de la siguiente manera:

Gráfico 5. Sistema real de fuentes del derecho federal de EUA



175 Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos comparados*, 127.

176 Tunc y Tunc, *El derecho de los Estados Unidos*, 21.

Cabe precisar que el gráfico 5 está relacionado al sistema de fuentes del derecho federal, no obstante, la doctrina comparativa sostiene que el sistema de fuentes estatal –dependiendo la influencia de cada Estado– es en gran medida una transposición de las fuentes del derecho federal, pues este, finalmente, forma parte de cada Estado.¹⁷⁷ A pesar de ello, se mencionan algunas características. De manera general la Constitución de cada Estado se ubica en la cúspide, junto a ella las decisiones judiciales que la interpretan y los principios interpretativos conocidos como *common law*. Posterior a ella se encuentra la ley, que prevalece sobre el *common law*. En un tercer nivel se encuentran las ordenanzas de los gobernadores, luego reglas emitidas por la administración. Junto a todas ellas se debe colocar nuevamente a todas las decisiones judiciales que las interpretan y a los principios del *common law* que ellas contienen. En la última escala se encuentra el *common law* constitutivo.

A partir de esta estructura singular del sistema de fuentes del derecho cabe señalar que si bien parecería un sistema ordenado, el rol que desempeña la hermenéutica y la jurisprudencia dentro de este sistema hace de este un sistema de fuentes mixto, donde se asume la preexistencia de fuentes escritas, pero junto a ellas las decisiones judiciales que interpretan las mismas a fin de dinamizar el derecho. Como se puede ver las diferencias con el *common law* británico son abiertas y manifiestas en el sistema de fuentes, puesto que la jurisprudencia si bien se halla equiparada jerárquicamente en tanto fuente interpretativa, la creación jurisprudencial propiamente dicha está reducida ostensiblemente.

Finalmente, se precisa una característica que denota aún más la particularidad de este derecho y sus claras diferencias con el *common law* británico. Su sistema de fuentes es predominantemente escrito, característica que ha hecho que la doctrina comparada califique su afinidad incluso con la estructura del sistema de fuentes de la familia romano-germánica.¹⁷⁸

Técnica: El papel de la interpretación

En cuanto a la técnica se refiere, vale señalar que esta se encuentra claramente influenciada por la estructura del sistema de fuentes y las fuentes del derecho dominante. Al existir un sistema de fuentes predominantemente escrito, la labor del juez, como se mencionó, no necesariamente es creadora de derecho. En efecto, asumiendo la diferenciación marcada

177 *Ibid.*, 25.

178 Cfr. Roscoe Pound, "The Development of American Law and its Deviation from English Law". *Law Quarterly Review* (1951): 49-67.

en este sistema, entre prescripción normativa y norma, la interpretación o hermenéutica puede en muchos casos limitarse a aplicar las prescripciones normativas preexistentes, siempre que dichas prescripciones resulten suficientes para resolver los casos que se presentan. No obstante, a diferencia del rasgo propio de la familia romano-germánica, en este caso se asume que las prescripciones normativas en la mayoría de casos resultan ser insuficientes, y requieren en consecuencia, de un intérprete que permita su adecuada aplicación a las cambiantes circunstancias sociales. En otras palabras, es posible recurrir a interpretaciones de carácter exegético, pero fundamentalmente se recurre a interpretaciones de carácter dinámico o evolutivo. Su finalidad es motorizar al sistema de fuentes escrito.

En consecuencia las características de plenitud y coherencia de la familia romano-germánica se invierten en este sistema jurídico. Se recordará que acorde a la escuela de pensamiento formalista, el derecho en la familia romano-germánica parte de la plenitud y coherencia del sistema de fuentes, lo que traía como consecuencia que solo en casos excepcionales se podían advertir lagunas o antinomias, en cuya circunstancia la labor del juez se limitaba a asumir que dicho escenario no regulado se encontraba permitido. En el caso de este sistema, acorde a su sistema de fuentes, se parte de la noción que el sistema está cargado de lagunas y antinomias, y en consecuencia la plenitud y la coherencia resultan ser características excepcionales.

Por otro lado, cabe precisar que en este sistema no se recurre comúnmente a las reformas de tipo formal, sino que se le atribuye a la jurisprudencia la labor dinámica de acoplar o dinamizar el derecho. En consecuencia de lo analizado se puede señalar que en el caso de este sistema jurídico se encuentra una mixtura entre la técnica propia de la familia romano-germánica y aquella inherente al *Common Law*. Siendo así, se trata de un sistema jurídico que permite la posibilidad de interacción entre el método deductivo y el inductivo. Considerando sus características, el jurista se halla en la necesidad de recurrir a técnicas propias del derecho codificado y del derecho jurisprudencial. La exégesis y la analogía jurisprudencial son dos técnicas a las que el jurista debe recurrir constantemente en aras de alcanzar seguridad jurídica.

Se trata de un derecho que no deja de asumir la importancia del cumplimiento de los procedimientos de formación de las prescripciones normativas, que a diferencia de la familia romano-germánica no se conforma con ello, sino que concentra su atención en dinamizar esa normativa acorde a las cambiantes circunstancias sociales, es decir, también tiene a la eficacia como la dimensión desde la cual se debe evaluar al derecho.

*Escuela de pensamiento jurídico:
¿Formalismo y realismo jurídico?*

A diferencia de los pasos tomados para realizar el análisis relacionado a las familias jurídicas romano-germánica, socialista y *common law*, para fines didácticos se ha considerado pertinente profundizar en la escuela de pensamiento jurídico del derecho de EUA en un acápite posterior. No obstante, se puede anticipar que en el caso del derecho de los EUA existe una mixtura entre dos familias jurídicas. Como consecuencia de dicha mixtura muchos de sus rasgos se fusionan, entre ellos sus escuelas de pensamiento jurídico. Así, se puede advertir una mezcla entre la escuela formalista y la escuela realista. Más adelante se profundizará en la denominación, características y efectos de esta escuela de pensamiento jurídico en el modelo comparativo tradicional, principalmente respecto a su metodología.

*¿Cómo operarían los ejercicios de derecho comparado
desde un sistema jurídico híbrido?*

Ahora bien, en cuanto a los efectos o incidencia que tiene este derecho con respecto a los ejercicios de derecho comparado, cabe indicar que sus aportes son muy importantes. En cuanto al objeto de la comparación –el derecho–, este sistema jurídico muestra al jurista un abanico de posibilidades con relación a las fuentes que pueden ser objeto de un ejercicio comparativo. En este sistema jurídico el derecho no se reduce a la ley, tampoco a la política o a la jurisprudencia, por el contrario, está compuesto por la interdependencia de diversas fuentes. Siendo así, los destinatarios del derecho comparado, sus protagonistas, pueden ser diversos.

Por otro lado, asumiendo sus características particulares este sistema de fuentes permite asimilar la importancia de verificar previamente los rasgos comunes del sistema jurídico con el cual se desea emprender un ejercicio de comparación. Es así por ejemplo, que si bien se puede encontrar el reconocimiento de una institución jurídica en una fuente positivizada –prescripción normativa– lo más probable es que su verdadero significado no se encuentre ahí sino en la norma; es decir en la jurisprudencia que desarrolla y dota de eficacia a dichas prescripciones normativas. Por estas razones, resulta fundamental, a efectos de evitar resultados negativos en el ejercicio comparativo, que el jurista analice el sistema de fuentes imperante, ya que esta será la única manera de seleccionar la fuente pertinente para la comparación. Claramente este sistema de fuentes positivizadas-preordenadas, cruzado transversalmente por la jurisprudencia, si bien genera mayor complejidad en los ejercicios comparativos, brinda a la vez el gran beneficio de alcanzar una comparación más completa y eficaz.

El diálogo comparativo entre familias jurídicas: El surgimiento del antiformalismo como una prueba teórica de la insuficiencia del modelo comparativo tradicional

Como su denominación lo presupone, el antiformalismo se erige sobre la base de una reacción contra la rigidez extrema de la escuela de pensamiento jurídico formalista y sus rasgos comunes, entre ellos su sistema de fuentes del derecho. Tal como lo refiere el profesor Diego López Medina:

Por “teorías reformistas del derecho” entiendo todas aquellas tradiciones de análisis jurídico que se propusieron denunciar, desde finales del siglo XIX y a lo largo del XX y en diversos grados de intensidad y compromiso, las deficiencias de la teoría tradicional del derecho, descrita, a grandes rasgos, como “formalista”, “positivista”, “exegética”, “conceptualista” y “mecánica”, para solo mencionar algunos de los clichés que sirvieron para caracterizarla. En puridad, este rótulo de “teorías reformistas del derechos” es inconvenientemente amplio.¹⁷⁹

Su sistema de fuentes se encuentra preconceptualizado como un conjunto de normas primarias y secundarias de origen legislativo, generando así la idea de un sistema completo y pleno con una categorización clara destinada al intérprete. Consecuencia de esta plenitud, como se vio en el caso del derecho en la familia romano-germánica, surge la calificación del juez aplicador de reglas.

Esta visión pasiva, en criterio del autor citado, desconoce que la estructura determinada de un sistema de fuentes del derecho, es producto de luchas de poder, entre ramas, por representación, por el dominio de la fuente hegemónica¹⁸⁰.

Un sistema ordenado de fuentes, limita la argumentación jurídica, la torna nula, el juez debe remitirse siempre a normas primarias o secundarias para resolver los conflictos que se le presentan. No existe *interpretatio*, peor aún, creación del derecho judicial. Esta escuela de pensamiento jurídico expresa la corriente positivista del siglo XIX, aún dominante en América Latina. Este sistema jerárquicamente ordenado es propio de la cultura legalista y codificadora. De esta manera Diego López Medina, establece tres tesis críticas:

1. es necesario dejar por sentado que el formalismo es *descriptivamente* incapaz de lidiar con los problemas relativos al sistema de fuente, porque presupone que las normas formales pueden preordenar de manera

179 López Medina, *El derecho de los jueces*, 269.

180 Cfr. *Ibíd.*, 270-1.

exhaustiva el comportamiento argumentativo de los operarios jurídicos; dependiente de lo anterior; 2. es preciso mostrar que las muy sólidas conclusiones del profesor de Introducción al Derecho, esto es, unánime y transicionalmente aceptada jerarquización de fuentes de derecho (y de manera especial, el perfil concreto que asume la *pirámide de normas* bajo la exposición tradicional), es incorrecta en puntos esenciales. Finalmente; 3. es necesario mostrar que el problema de las fuentes tiene un componente *político* fundamental que el tradicionalismo de fuentes ignora las más de las veces.¹⁸¹

En este sentido, se sostiene que el formalismo es incapaz de lidiar con problemas relativos al sistema de fuentes, pues pretende regular a priori, con una cuestionable certeza, plenitud y coherencia, todos los conflictos de la humanidad. Se insiste en que la aceptación pasiva de un sistema ordenado de fuentes no puede mantenerse; la lucha política entre actores desde el contexto histórico pugnaban entre sí por el dominio de la fuente hegemónica. Ejemplo de ello es el tránsito en los modelos de Estado, las crisis que ha enfrentado en su momento histórico la Monarquía, pasando por el Estado liberal, Estado social, hasta llegar en el caso ecuatoriano, al Estado constitucional de derechos y justicia, en cada uno de ellos la fuente del derecho predominante difiere.

Frente a las críticas advertidas, se encuentra una contra crítica de la corriente positivista. Entre sus respuestas está fundamentalmente que un sistema paritario de fuentes del derecho genera dispersión e inseguridad jurídica, destacando de esta manera el papel fundamental que tendría la ley y/o codificación como los únicos mecanismos para garantizar seguridad jurídica. Se trata en definitiva de una lucha permanente entre el derecho legislado y el derecho jurisprudencial.

Estas críticas –como se ha podido advertir a lo largo de esta investigación– no son nuevas, pues se enmarcan principalmente en la concepción de derecho que existe en las familias jurídicas romano-germánica y *common law*. La pregunta que surge a partir de esta discusión teórica es: ¿Es posible llegar a un acuerdo mínimo entre ambas escuelas de pensamiento jurídico y su percepción del sistema de fuentes? La respuesta, en caso de plantearla desde la óptica del modelo comparativo tradicional, sería que no, pues la fidelidad comparativa que se genera como consecuencia de su estructura triádica, no permitiría un diálogo entre sistemas o subsistemas que no pertenezcan a una misma familia jurídica. Frente a esta respuesta negativa, la escuela de pensamiento antiformalista replica con una tesis conocida como intermedia.

181 *Ibid.*, 269.

La escuela de pensamiento antiformalista es una corriente jurídica de finales del siglo XIX e inicios del XX.¹⁸² Sus exponentes teóricos principales son V. Ihering, Francois Geny, Roscoe Pound, Alf Ross, entre otros. Roscoe Pound es el creador de la corriente de jurisprudencia sociológica; es calificado como el reformista legal más puro de comienzos de siglo. Por su parte Geny, David, Salleiles, Josserand son conocidos como los “inquietos franceses”, influyeron notablemente en Latinoamérica en la construcción, adaptación e interpretación del sistema de fuentes.

Desde la concepción latinoamericana se conoce a este movimiento como jurisprudencia de intereses, doctrina de derecho libre, realismo jurídico, *critical legal studies*. En esta corriente la teoría del derecho o *ius* teoría, adquiere una relevancia particular, se propugna el debilitamiento de la aplicación exegética de la ley. Esta escuela pretende reconstruir la imagen tradicional que se tenía de las fuentes del derecho para subrayar el papel social, dinamizador, ejemplo de ello, es la doctrina, la jurisprudencia, principios generales, usualmente calificados por la doctrina tradicional como fuentes secundarias o auxiliares.

Como se puede visibilizar a partir de estos postulados, el papel de los inquietos franceses, denota claramente una inconformidad con los rasgos propios de la familia romano-germánica, que aparentemente eran estáticos e inmodificables. Los civilistas franceses expresaron una nueva sensibilidad frente a un mundo que había superado por mucho las realidades sociales y económicas a las que apuntaba originalmente el Código Napoleónico. Se crea una conciencia jurídica de grupo ante excesos de procedimiento tradicional de interpretación jurídica. Se afinca el giro teórico de Ihering, quien empieza a criticar los excesos lógicos y conceptuales del tradicionalismo y desarrolla la concepción teleológica y finalista del derecho.¹⁸³

El postulado esencial de la escuela antiformalista, y su principal crítica a la rigidez formalista, a criterio de Diego López Medina puede traducirse en el siguiente:

El Código Civil francés, luego de 100 años de su promulgación, no podía continuar siendo el emperador absoluto de las fuentes del derecho; la urgente actualización del derecho civil a las nuevas realidades pasaba por una reconstrucción previa de las teorías de las fuentes del derecho. De no hacerse esta

182 Sobre el antiformalismo jurídico, véase José Manuel Cabra Apalategui, “Antiformalismo y argumentación jurídica”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 24 (2011); Massimo Brutti, “Antiformalismo e storia del diritto. Appunti in memoria di Riccardo Orestano”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 18, No. 1 (1989); Juan Antonio García Amado “Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 3 (2012).

183 Cfr. López Medina, “La jurisprudencia como fuente del derecho”, 21-54.

reconstrucción, se corría el grave riesgo de resolver los casos en grave violación al sentido de justicia y equidad que ellos mismos parecían demandar.¹⁸⁴

Tal como lo afirma López Medina, esta corriente, a través de Josserand, tuvo una clara influencia en Colombia, bajo la forma de principios generales del derecho y surge a partir de ellos la noción de precedentes judiciales.

En el mismo marco de la escuela antiformalista, pero esta vez desde el contexto de los EUA, un sistema integrante del *common law*, Roscoe Pound plantea su tesis intermedia. Esta postura se distancia de los excesos del realismo jurídico para quienes una fuente del derecho es todo factor, incluso ilegítimo, que afecta una decisión judicial; propone una teoría intermedia de las fuentes del derecho, acorde con el antiformalismo: “[...] no tenemos que escoger entre el derecho concebido como un cuerpo de reglas y el derecho concebido como todo lo que determina la acción del juez. El derecho es más complejo que un conjunto de reglas, sin embargo, no es tan heterogéneo como para creer que son fuentes de derecho todos los factores que ocurren en la sala de audiencias”.¹⁸⁵

Pound advierte que esta postura se sostiene sobre la técnica jurídica, los ideales jurídicos reconocidos ante casos en que la norma no resulta suficiente para cubrir todos los casos. Reconoce que hay prácticas de los abogados, jueces, que aun cuando no estén positivizadas se constituyen en fuente de derecho. Plantea pirámides alternativas de argumentación jurídica sustentada en la interpretación dinámica, adquieren relevancia en este caso la jurisprudencia y la doctrina.

Por su parte, Francois Géný,¹⁸⁶ invierte las características atribuidas al derecho civil francés, particularmente sus características de plenitud y coherencia. Reconoce que el derecho legislado tiene limitaciones intrínsecas que convierten en un sueño la *lex optima*. Acorde con esta postura, Géný rescata la importancia de la interpretación poslegislativa y la imposibilidad que tiene una disposición normativa de aplicarse por sí sola. Cuestiona a su vez, el viejo aforismo del derecho privado, todo lo que la ley no prevé se entiende permitido, calificando a este, como la tesis liberal burguesa. A partir de las críticas y preocupaciones planteadas, Géný pretende distinguir entre casos donde las fuentes formales del derecho son suficientes para resolver el caso y aquellos otros donde el juez debe en todo caso decidir, pero no se encuentra estrictamente vinculado a reglas preexistentes. Se genera en

184 *Ibíd.*, 272.

185 *Ibíd.*, 274.

186 Sobre la obra de Géný, véase, en particular Pierre Kaser “La vie et l’œuvre de François Géný”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 20, No. 1 (1991): 53-76. El número completo de la revista citada está dedicado a este autor.

este escenario, un espacio de libertad adjudicativa, el juez será libre, pero no arbitrario sino científico. Su teoría se apoya en el sólido terreno de los hechos a partir de los cuales el juez y el abogado construyen su caso.¹⁸⁷ Al respecto, Diego López Medina precisa que:

En el mismo sentido, Gény afirma que, de hecho, la legislación no puede pretender a priori dar definiciones fijadas sobre el sistema de interpretación y de fuentes de derecho, ya que estos aspectos del método jurídico tienen que responder, en la terminología de Gény, a la naturaleza de las cosas. Así, el legislador no puede cercenar por un fiat legislativo los espacios de discrecionalidad que necesariamente tiene el juez; de igual manera, el legislador no puede ordenar que el derecho legislado haga más de lo que puede, por ejemplo pretender regular todos los aspectos de un determinado negocio jurídico.¹⁸⁸

López refiriéndose a Gény propone ante esta situación, la imposibilidad que tiene la ley de regular a *priori* las conductas humanas, la creación de un sistema normativo de interpretaciones y fuentes. No puede admitirse que la ley regule a su antojo, su propia competencia respecto a sus rivales, las demás fuentes del derecho susceptibles de oponerse a sus disposiciones. López en este punto advierte que un sistema en el que se reconozcan legalmente los métodos de interpretación u otras instituciones judiciales de vanguardia, lejos de mostrar una influencia antiformalista, lo que reafirma es que el dominador de la fuente y el llamado a autorizar la participación de la jurisprudencia sigue siendo el legislador.

En cuanto al valor de la doctrina como fuente del derecho, Gény se cuestiona que si el derecho codificado legislado, no es óptimo, si se permite la posibilidad de una interpretación pos legislativa, ¿puede mantenerse sin mayor análisis que la jurisprudencia y la doctrina son simplemente fuentes auxiliares del derecho? El valor de la doctrina bajo la influencia formalista, devino desde la lógica de la familia romano-germánica en la generación y lectura de tratados doctrinarios exegéticos, donde no se advertía un análisis crítico sino una mera descripción de los contenidos de la ley. En el caso antiformalista los tratados deben asumir una postura distinta, concentrando su atención en principios y conceptos, buscando conexión con la dimensión sociológica.¹⁸⁹

El antiformalismo pretende en definitiva, la reconducción del derecho a la vida, por sobre los conceptos jurídicos deben primar las necesidades de la vida. Para lograr este objetivo, el estudio del derecho tenía entonces que contar con la jurisprudencia vivificante. La interpretación

187 Cfr. *Ibíd.*, 277.

188 *Ibíd.*, 282.

189 Cfr. *Ibíd.*, 285.

requiere ser dinámica para alcanzar la eficacia del derecho. Se busca la moralización del derecho, alcanzar la interdependencia tan resistida por el positivismo entre las tres formas de evaluar al derecho, la justicia, la validez y la eficacia. El antiformalismo no pretende impulsar el realismo jurídico, tampoco se fundamenta en la idea de una jurisprudencia que se ubique por sobre la ley. Se trata de una necesaria revalorización de las fuentes del derecho, de una revalorización de la jurisprudencia y en consecuencia del papel del juzgador. Se pretende rescatar la importancia del valor de la jurisprudencia como fuente, si esta se revaloriza, necesariamente otras fuentes corren con la misma suerte, es el caso de la doctrina. Juezas y jueces se encuentran en la necesidad de recurrir a la doctrina para resolver los múltiples casos complejos que deben conocer diariamente. Cuando se asume la falta de plenitud y coherencia del sistema concomitantemente se asume que se requiere de un juez activo, que dinamice el derecho a las cambiantes circunstancias sociales. Surge como consecuencia de esto la importancia de la argumentación científica como parámetro para legitimar el activismo judicial. La ley no pierde fuerza, tan solo se reconoce su insuficiencia.

Los rasgos aquí advertidos, propios de una escuela de pensamiento jurídico calificada como “tesis intermedia”, se ubican justamente en la mitad del formalismo y el realismo jurídico, y se generó como consecuencia de un diálogo jurídico insospechado e incluso improbable desde la lógica del modelo comparativo tradicional. Los inquietos franceses emprendieron un necesario diálogo con juristas provenientes de un sistema calificado por la *ius* teoría comparativa como *common law*. Producto de este diálogo se construyó a finales del siglo XIX una corriente de pensamiento jurídico que como se verá más adelante tuvo efectos cruciales en Latinoamérica, en su concepción del derecho, su sistema de fuentes, la técnica y concomitantemente en los ejercicios de derecho comparado.

Esta escuela de pensamiento se constituye así en una prueba teórica clara de la insuficiencia del modelo comparativo tradicional, principalmente de su metodología de comparación. Resulta que los sistemas y subsistemas jurídicos no son estáticos, la globalización impone la dinámica del derecho acorde a las cambiantes circunstancias sociales. La identificación de los rasgos comunes de los sistemas jurídicos se torna en una tarea nada sencilla. El diálogo entre sistemas teóricamente incompatibles terminó por generar una tesis intermedia que marca un alejamiento, tanto de los sistemas que originalmente pertenecieron a la familia romano-germánica como de aquellos que son parte del *common law*. El antiformalismo se erige así, no solo como una prueba teórica de

la insuficiencia de este modelo comparativo tradicional, sino incluso como el instrumento para cuestionar la vigencia de las familias jurídicas y sus sistemas prestigiosos o representativos. Al parecer, en el mundo contemporáneo lo correcto sería referirse a un origen en las familias jurídicas, pero no a la pertenencia indefinida de un sistema o subsistema, esto se comprobará desde la dimensión contextual al finalizar esta investigación.

Beneficios y déficits del modelo comparativo tradicional

Para recapitular de alguna manera los contenidos abordados en este primer capítulo, conviene recordar los temas focales analizados para posterior a ello establecer algunas conclusiones relacionadas a los beneficios y déficits de este modelo comparativo.

Se analizaron de manera general las funciones, metas y destinatarios del derecho comparado, advirtiendo que cada uno de estos elementos tendrá una determinada interpretación según el modelo comparativo al que recurra el jurista. Se debe destacar que este modelo ha merecido especial atención por parte de la *ius* teoría comparada y usualmente ha sido utilizado por la mayoría de los sistemas y subsistemas jurídicos mundiales, particularmente por los países latinoamericanos, puntualmente por Ecuador.

Finalmente, en uso de este modelo y su metodología tripartita –familias, sistemas y subsistemas jurídicos– se analizaron algunos de los rasgos comunes más importantes de las familias jurídicas cuya existencia en el mundo contemporáneo es reconocida por el modelo comparativo tradicional: las familias jurídicas islámica, romano-germánica, socialista, *common law* y derecho de los EUA. En esta investigación, se ha analizado su ámbito de influencia, ideología política, estructura de sistema de fuentes, fuentes, técnica y escuela de pensamiento jurídico. Como consecuencia del análisis se identificaron también cuáles serían los aportes que traerían sus rasgos a los ejercicios de derecho comparado.

Del análisis correspondiente a cada familia jurídica destacan algunos de los beneficios y déficits que muestra este modelo comparativo. Entre los beneficios se puede mencionar que la agrupación o clasificación de los sistemas y subsistemas jurídicos mundiales permiten al jurista identificar los rasgos comunes de los diferentes sistemas jurídicos mundiales. Este modelo y su metodología tripartita, permiten conocer los distintos sistemas de fuentes del derecho del mundo y generar una aproximación al objeto del trasplante. De esta manera, el jurista podrá visibilizar fuentes

del derecho que tradicionalmente no han sido tomadas en cuenta en los ejercicios comparativos.

El modelo y su metodología, destacan y aportan al estudio de las escuelas de pensamiento jurídico y su grado de influencia en el sistema de fuentes y, por tanto, en el entendimiento del funcionamiento de un sistema jurídico. De esta manera, el jurista podrá aproximarse al alcance del fenómeno jurídico y asumir que el derecho no es sinónimo de ley. El análisis de los rasgos propios de las distintas familias jurídicas pone en evidencia el carácter interdisciplinario del derecho con otras ciencias y componentes morales, religiosos, políticos, etc. Para los fines de la comparación –en definitiva– el modelo y su metodología permiten identificar la incidencia de estos rasgos en los ejercicios de derecho comparado.

Por su parte, en cuanto a los déficits que presenta este modelo se mencionan los siguientes: Se genera una división jerarquizada entre los sistemas del mundo, destacando la existencia de sistemas y subsistemas jurídicos. Producto de la división tripartita, los ejercicios de comparación se generan bajo la fidelidad a una familia jurídica determinada. En otras palabras, los ejercicios de comparación se realizan únicamente respecto a los sistemas jurídicos prestigiosos que pertenecen a cada familia jurídica, de esta manera se pierde la riqueza del derecho y las distintas posibilidades de comparación.

La metodología propia de este modelo muestra un camino de comparación de tipo vertical, que marca un objeto de comparación siempre identificable y una actividad meramente receptiva desde los subsistemas jurídicos, una recepción acrítica de instituciones jurídicas foráneas. Es así que el diálogo se genera entre los sistemas, no participan los subsistemas jurídicos. Se desconocen los particularismos de los subsistemas jurídicos y la preocupación se concentra en encasillarlos dentro de una familia jurídica con todas las consecuencias que devienen de ello en los ejercicios comparativos.

Por otro lado, el reconocimiento de sistemas híbridos no denota necesariamente su autonomía, tan solo la influencia predominante de dos o más familias jurídicas dentro de un contexto geográfico determinado.¹⁹⁰ Se identifican, en consecuencia, dos caminos de trasplante entre los sistemas y los subsistemas jurídicos: la producción y la recepción respectivamente.

¹⁹⁰ Para el concepto de sistemas mixtos y un estudio de caso, véase Reinhardn Zimmermann, Daniel Visser y Keneth Reid, edit., *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* (Oxford University Press, 2003); Jacques du Plessis, "Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems", en Reimann y Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook*.

Tras el análisis realizado se puede concluir que el derecho comparado no se reduce a la recepción de leyes, tampoco implica un ejercicio exclusivo de legislación comparada o jurisprudencia comparada. El derecho comparado presenta modelos y metodologías para alcanzar sus metas y propósitos. Por lo pronto, se ha cumplido con analizar de manera crítica el primer modelo comparativo, producto de ello, desde el punto de vista teórico, se comprueba la primera hipótesis planteada en el inicio de este capítulo, esto es, que este modelo contribuye a la identificación del objeto del trasplante, pero no resulta suficiente si se pretende un diálogo entre todos en igualdad de condiciones.

Capítulo 2

MODELOS COMPARATIVOS Y TRASPLANTES JURÍDICOS

La importancia del estudio de las funciones, metas y destinatarios del derecho comparado, desde el ámbito general, así como, las particularidades del modelo comparativo tradicional y su metodología de comparación, ha sido tratado ampliamente en el capítulo uno. En consecuencia se pudieron advertir los beneficios y déficits de este modelo, así como los impactos que puede tener su utilización con respecto a los sistemas o subsistemas jurídicos desde los cuales se emprenden los ejercicios de comparación. Finalmente, se realizó una aproximación a la prueba teórica que da cuenta la insuficiencia del modelo, la escuela antiformalista del derecho. Escuela que fue el resultado de un diálogo comparativo entre *ius* teóricos provenientes de sistemas parte de familias jurídicas aparentemente antagónicas. Esta escuela antiformalista marcó un antes y un después en la concepción del derecho occidental y en consecuencia en los ejercicios de comparación que se realizan desde ese contexto.

Con dichos antecedentes, queda claro que el modelo comparativo tradicional resulta ser insuficiente para la totalidad del ejercicio comparativo y que este no permite la participación en diálogo de todos, en particular de los denominados subsistemas jurídicos. Por tanto, corresponde visibilizar otros modelos comparativos contemporáneos y el debate *ius* teórico regional que gira en torno a ellos. Siendo así, a modo de comparación, en primer término se analizará el modelo simple de derecho comparado, sus características y las críticas que giran en torno a él. Una vez abordado dicho análisis, se pondrán en evidencia los modelos de trasplantes jurídicos contemporáneos, en particular los modelos pragmático, valorativo y contextual, así como sus características y efectos en los ejercicios de derecho comparado.¹⁹¹

191 Para efectos metodológicos se ha fundamentado la presente investigación en los modelos comparativos que describe el profesor colombiano Daniel Bonilla Maldonado. Dichos modelos, simple, complejo, valorativo, pragmático y contextual, recogen los principales aportes de los modelos comparativos que se estudian desde la *ius* teoría comparada. Al respecto véase también, Jhonatan Miller, <<http://trasplanteslegales.blogspot.com/>>, consulta: 10 de abril de 2015.

Más adelante, como una muestra de aplicación de los modelos comparativos contemporáneos, se analizará en detalle uno de los textos de derecho comparado de mayor impacto en Latinoamérica y por qué no en el mundo, este es la *Teoría impura del derecho* de autoría del ius teórico colombiano Diego Eduardo López Medina. La teoría impura, como se verá, ha sido objeto de críticas en la región, todas estas con la finalidad de aportar a la construcción de un modelo comparativo latinoamericano que reaccione al modelo simple y que rescate, por sobre todo, los particularismos de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Entre las críticas destacan, entre otras, las que plantea el profesor argentino Roberto Gargarella, quien aporta con elementos sustanciales a la teoría comparativa de López Medina.

Los trasplantes jurídicos: Estado de la cuestión

La denominación trasplantes automáticamente lleva al lector a pensar en la ciencia médica. Los trasplantes en medicina se traducen en un tratamiento médico complejo que consiste en trasladar órganos, tejidos o células de una persona a otra. El órgano trasplantado reemplaza y asume la función del órgano dañado del receptor, salvando la vida al ser humano o mejorando su calidad de vida. La ciencia médica advierte al respecto, que hay algunos riesgos asociados con este procedimiento que dependen del tipo de trasplante, que frecuentemente incluyen infección y rechazo del injerto. Para minimizar dichos riesgos, particularmente el efecto de rechazo

Juan Pablo Galeano Rey. Miller describe varios tipos de trasplantes jurídicos. El primero de ellos el *cost-saving transplant*, destinado a ahorrar costos. Se trata en criterio del autor, de una recepción dirigida a ahorrar tiempo haciendo lo que otro país ya ha comprobado y a evitar la necesidad de destinar recursos, desarrollando soluciones autóctonas. El segundo, *externally dictates transplant*, se trata de un trasplante impuesto externamente. Un tipo de recepción ubicuo a través de todo el mundo, pero particularmente en los países en vía de desarrollo. El tercero, *transplant as a vehicle for individual investment*. El trasplante es entendido como un vehículo para la inversión personal. El estímulo para el trasplante es la presencia en el país receptor de individuos interesados en la estructura legal foránea de manera que puedan obtener beneficios políticos o económicos por ello. Finalmente hace alusión al *legitimacy-generating transplant*. Desde esta perspectiva del trasplante, se entiende a este como generador de legitimidad. Miller parte de los tipos de dominación legítima no basados únicamente en la fuerza propuestos por Max Weber: la dominación racional, basada en la creencia en la legitimidad de las reglas sancionadas y en el derecho de los elegidos como autoridad bajo las reglas para emitir órdenes; la dominación tradicional, en la que la autoridad descansa en una creencia arraigada en la sanidad de tradiciones inmemoriales y en la legitimidad de quienes ejercen la autoridad bajo estas; y la dominación carismática, en que la autoridad reposa en la excepcional santidad, heroísmo o carácter de una determinada persona, elevada por sobre sus pares, quizás debido a su poder militar o a través de una elección. Véase también, "Una tipología de los trasplantes legales: utilizando la sociología, la historia del derecho, y ejemplos argentinos para explicar el proceso de trasplante. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/81/una-tipologia-de-los-transplantes-legales.pdf>, consulta: 10 de abril de 2015.

en los trasplantes de órganos, se tiene en cuenta la compatibilidad entre el donante y el receptor. Así, por ejemplo, para reducir el riesgo y la severidad del rechazo, se identifica un donante que comparta con el receptor la mayor cantidad de características. Segundo, una vez realizado el trasplante se requiere una permanente evaluación de compatibilidad en el cuerpo de recepción. Es decir, un trasplante de órganos no es una operación que puede proceder de manera automática, requiere de permanentes evaluaciones antes, durante y después, caso contrario se corre el grave riesgo de afectar el sistema receptor y conducir a la persona a la muerte.¹⁹²

Estas precisiones resultan pertinentes para el análisis del derecho comparado, pues la realidad de los trasplantes jurídicos es similar. Los trasplantes jurídicos o ejercicios de derecho comparado se constituyen como fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo contemporáneo. Entre las causas que han dado lugar a la necesidad de recurrir a los ejercicios de trasplantes jurídicos están:

El comercio, los procesos de colonización y emancipación, los proyectos evangelizadores del cristianismo, los esfuerzos de integración regional y la globalización, por ejemplo, han sido factores poderosos para el encuentro de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en la historia de la humanidad. El aislamiento de los ordenamientos jurídicos ha sido la excepción. La regla ha sido el diálogo, choque, imposición, resistencia y cambio de las normas, instituciones y conceptos que estructuran los sistemas jurídicos que han existido a lo largo y ancho del globo.¹⁹³

Para tal efecto, considerando su importancia e impacto en el mundo y particularmente en la sociedad, los ejercicios de trasplantes jurídicos necesariamente deben involucrar parámetros de evaluación, tanto previos como posteriores. Tal como sucede con la medicina, en caso de no realizarse dicha evaluación se corre el grave riesgo de afectar al sistema receptor y en consecuencia a su sociedad. En otras palabras, surge aquí la necesidad de contar con ejercicios de comparación críticos a efectos de evitar afectar la autonomía de los sistemas y desvanecer sus particularismos. Será precisamente esta temática la que se analizará a partir de los distintos modelos comparativos, cada uno de ellos con una postura determinada con respecto a los ejercicios de comparación y sus efectos.¹⁹⁴

192 Cfr. <[www.bioestadistica.uma.es/cirugía/attachments/019_Trasplantes de órganos.pdf](http://www.bioestadistica.uma.es/cirugía/attachments/019_Trasplantes%20de%20%C3%B3rganos.pdf)>, consulta: 13 de mayo de 2016.

193 Daniel Bonilla Maldonado, "Introducción. Teoría del derecho y trasplantes Jurídicos: La estructura del debate", en Daniel Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2012), 11.

194 Véase Juan Pablo Galeano Rey, <<http://trasplanteslegales.blogspot.com>>, consulta: 10 de abril de 2015. El autor define a los trasplantes jurídicos de la siguiente forma: Existen diversas

Así, previo a entrar en materia, resulta necesario que el lector se familiarice con algunos términos y conceptos, quizás desconocidos, pero que son fundamentales para entender los ejercicios de trasplantes jurídicos. Así por ejemplo, el objeto del trasplante se refiere a la temática o institución que será objeto del ejercicio de comparación. Por otro lado, se hará constante referencia a los caminos del trasplante, refiriendo dicha terminología al camino que experimenta o puede experimentar el objeto de la comparación, pudiendo ser recepción, producción, transformación o manipulación.

El modelo comparativo simple y la respuesta de la tesis compleja de trasplantes jurídicos

Como se verá a continuación, las características, fines y funciones del modelo comparativo simple resultarán familiares. Esto se debe a que a lo largo del primer capítulo ha sido analizado el modelo simple de comparación con la denominación de “modelo tradicional”. Este modelo constituye el modelo comparativo más utilizado incluso por los países latinoamericanos; sus efectos e impactos guardan una relación de causalidad con sus características y estructura. Entre las características que la doctrina comparativa le atribuye se mencionan las siguientes.

La primera sostiene, que tanto el exportador como el importador son claramente identificables. Segundo, se asume que ambos agentes se encarnan en los gobiernos que actúan en nombre y representación del Estado. Por otro lado, se asume que el sistema receptor es dependiente y menos desarrollado que el emisor. En cuanto al objeto transferido, este modelo lo reduce a reglas jurídicas, mismas que no sufrirían cambios en el receptor. En otras palabras, se trata de un intercambio en una sola vía. Respecto a sus funciones, se asume que el derecho recibido reemplaza al preexistente o sirve exclusivamente para llenar lagunas, mostrando así un momento de finalización del ejercicio de trasplante jurídico claramente identificable.¹⁹⁵

Daniel Bonilla, a efectos de ejemplificar los rasgos identificados, cita el caso del sistema jurídico colombiano a propósito de las reformas que han existido a la jurisdicción penal:

formas por las cuales las normas son influenciadas y resultan en cambios legales: desarrollando integralmente un sistema con normas nuevas, trasplantando normas de otro sistema legal, o desarrollando y modificando las normas existentes mediante la formalización de usos presentes, agregando algunas normas extranjeras o creando parcialmente nuevas normas. Aquellas formas que versen sobre influencia externas son los trasplantes jurídicos. Los trasplantes jurídicos no provienen únicamente de legisladores; jueces y académicos también inician cambios legales.

195 *Ibid.*, 14.

el gobierno colombiano acordó con el gobierno de los EUA la importación del sistema penal acusatorio a Colombia para reemplazar el sistema penal acusatorio a Colombia para reemplazar el sistema penal inquisitivo establecido por la Carta Política de 1991. La importación de este conjunto de normas e instituciones, que buscan fortalecer el Estado de derecho y la administración de justicia de un país subdesarrollado como Colombia, se concretó en el Acto Legislativo número 3 de 2002. Desde el momento de su incorporación, el sistema penal acusatorio colombiano ha buscado se una mimesis del sólido sistema jurídico estadounidense.¹⁹⁶

Estas características propias del modelo comparativo simple, han sido objeto de críticas desde la tesis compleja del derecho comparado,¹⁹⁷ Finalmente se cuestiona que los importadores del derecho no siempre son sistemas subdesarrollados o dependientes.¹⁹⁸

El objeto de comparación y los agentes

En cuanto a la característica relacionada al objeto del trasplante jurídico, el modelo simple asume que siempre serán reglas jurídicas, cabe señalar que esta característica guarda relación directa con los destinatarios del derecho comparado. En efecto, tal como se vio al inicio de esta investigación, comúnmente desde la dimensión de los sistemas integrantes de la familia romano-germánica se ha asumido que el derecho comparado es principalmente un instrumento para el legislador. Dicha concepción claramente formalista del derecho tiene repercusiones categóricas en la elección del objeto de comparación y en las funciones que cumple el derecho comparado. Lo cierto es, como lo afirma Bonilla, que el objeto de un ejercicio de comparación no se reduce a reglas jurídicas, sino que también puede involucrar diseños institucionales, formas de redacción de documentos jurídicos, ideologías entre otras.¹⁹⁹

Esta concepción de un objeto de comparación diverso, pudo ser corroborada cuando se analizaba el derecho según las distintas familias jurídicas. El derecho puede involucrar a la ley, a la jurisprudencia, a la costumbre, a la ideología política, a la religión, a la *ius* teoría, entre otras fuentes que

196 *Ibíd.*, 15.

197 Cfr. Willian Twinning, "Generalizing about Law: The case of Legal Transplants, Lecture IV y The Tilburg-Warwick Lectures", 2000, <http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/twi_til_4.pdf>, consulta: 3 de octubre de 2015.

198 Alan Watson, *Legal Transplants and European Private Law* (Maastricht: Ius Commune Lecture, 2000), 4-5.

199 Cfr. César A. Rodríguez Garavito, "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: El regreso de los programas de derecho y desarrollo", en Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny y César A. Rodríguez Garavito, *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (Bogotá: Norma, 2006).

determinan su carácter interdisciplinario. De esta manera se puede colegir que un ejercicio de derecho comparado es mucho más complejo y rico que uno de legislación comparada.

Por otro lado, la tesis compleja cuestiona que los trasplantes sean promovidos exclusivamente por los gobiernos o los Estados. Sostiene que el derecho viaja también a través de comerciantes, refugiados, misioneros, juristas, académicos, colonizadores y estudiantes. Por otro lado, se debe rescatar al Estado y las multinacionales que constantemente emprenden diálogos comparativos, en especial, con fines económicos. Se advierte también otro diálogo comparativo que permanentemente se emprende dentro de las fronteras de muchos países, como es el caso de los sistemas latinoamericanos. Es el caso del pluralismo jurídico, entendido como el reconocimiento de fuentes de origen no estatal, se trata particularmente de un derecho que no reúne las mismas características del derecho occidental y que cuenta con una cosmovisión propia, es el caso del derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Constantemente, a partir de esas discrepancias, el Estado emprende diálogos comparativos a fin de coordinar ambas concepciones y enmarcar su accionar en la Constitución y los derechos humanos.²⁰⁰

En cuanto al ámbito académico se refiere, Daniel Bonilla ejemplifica el caso colombiano con el rol de los colombianos graduados en doctorados y maestrías en EUA, quienes a su regreso al país importaron con ellos normas, instituciones, modelos de enseñanza que finalmente contribuyeron a consolidar la Constitución de 1991. Esta crítica relacionada al papel del derecho comparado en la academia fue objeto de un análisis en el primer capítulo cuando se cuestionó que el derecho comparado pueda reducirse a un ejercicio de legislación comparada.

Ahora bien, a propósito de esta postura propia de la tesis compleja del derecho comparado, se evidencia, la trascendencia de la misma en los ejercicios de trasplantes jurídicos y sus efectos en las fuentes normativas de los sistemas jurídicos. En el caso ecuatoriano, de manera similar a lo sucedido con el caso colombiano en el año 1991, muchos de los académicos nacionales que intervinieron en el proceso constituyente de Montecristi del año 2008, se prepararon en universidades norteamericanas y europeas, mostrando más adelante sus aportes no solo en el

200 Cfr. Boaventura de Sousa Santos, "The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada", *Law and Society* 12, No. 1 (otoño de 1977). Daniel Bonilla Maldonado, "Pluralismo jurídico y propiedad extralegal: Clase, cultura y derecho en Bogotá", *Revista de Derecho Privado*, No. 36 (junio de 2006), (Bogotá: Universidad de los Andes), y "Propiedad extralegal, monismo y pluralismo jurídico", *Derecho y propiedad* (Buenos Aires: Librería, 2008).

ámbito académico –universitario ecuatoriano, sino principalmente en lo que sería la CRE de 2008. Se muestra así, cómo una serie de fuentes y parámetros originalmente invisibilizados en los ejercicios comparativos han resultado fundamentales en la construcción y difusión del derecho en el mundo.²⁰¹

Los importadores y exportadores: La producción y la recepción

Respecto al postulado que afirma que los importadores de derecho son únicamente los subsistemas jurídicos, la tesis compleja advierte que los países desarrollados son constantes importadores de derecho. Para comprobar dicha aseveración Bonilla se refiere a la recepción y transferencia que han vivido los países de la Unión Europea, receptando en su momento muchas instituciones del derecho romano por parte de sus sistemas prestigiosos. Como se señaló en el primer capítulo varios fueron los rasgos que se receptorían en otros sistemas jurídicos también prestigiosos, es el caso del concepto de propiedad, del valor de la jurisprudencia como fuente, la noción de un sistema ordenado de fuentes del derecho y finalmente de los métodos de interpretación.

Por otro lado, llama la atención la caracterización relacionada a que siempre los países subdesarrollados son los receptores de los ejercicios de comparación. Dicha aseveración responde a la metodología de comparación que es propia del modelo comparativo simple, aquella que asume la existencia de sistemas jurídicos prestigiosos y otros subsistemas que se limitan a reproducir las instituciones y objetos que son producidos por los grandes sistemas.²⁰² Esta concepción relacionada al papel que cumplen los subsistemas jurídicos dentro del ejercicio de comparación resulta cuestionable desde todo punto de vista, pues resulta evidente que todos los sistemas jurídicos del mundo cuentan con particularismos que a su vez generan la necesidad de adaptar cualquier objeto trasplantado. En definitiva, esta metodología de comparación propia del modelo simple no hace más que poner en evidencia la necesidad de cuestionar hasta qué punto el modelo comparativo tradicional o simple puede seguir utilizándose en los ejercicios comparativos que se realizan desde los calificados “subsistemas jurídicos o sistemas subdesarrollados”. Esta verificación será objeto de análisis a detalle en el presente capítulo.

201 Cfr. Alda Facio, “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal: Género y derecho”, en Alda Facio y Lorena Fríes, edit., *Género y derecho* (Santiago: LOM, 1999), 109.

202 Cfr. William Twining, “Difusion of Law: A Global Perspective”, 20-1.

El camino del trasplante

La tesis compleja cuestiona también que el modelo simple asuma que un ejercicio de derecho comparado o de trasplante jurídico involucre un proceso mimético de una sola vía.²⁰³ Esto quiere decir que el modelo simple se sustenta en la existencia de un sistema productor y un sistema receptor. Como ya se vio anteriormente, el sistema productor debe ser un sistema jurídico prestigioso, mientras que el sistema receptor debe ser un subsistema jurídico. Se asume que el sistema productor está legitimado para ser el creador del objeto, mientras que el sistema receptor debe asumir una labor mimética –acrítica– en el ejercicio comparativo. Se trata en definitiva, de un proceso de estructura vertical que asume de antemano que si el objeto sale como <X> del sistema jurídico emisor debe llegar también como <X> al sistema receptor y evitar su modificación contextual.

Esta estructura del proceso claramente demuestra algunas inconsistencias. Primero, si se asume que el proceso es de tipo vertical, cabe cuestionarse si este puede ser calificado como un proceso de comparación, principalmente desde la óptica del sistema jurídico receptor a quien se le asigna una labor completamente pasiva dentro del proceso comparativo. Un proceso con estas características denotaría una imposición o auto imposición, más que un proceso de diálogo. Podría generarse este proceso auto impositivo, pues como se ha visto hasta ahora, el modelo comparativo simple es comúnmente el modelo asumido por los calificados subsistemas jurídicos en sus ejercicios de trasplantes jurídicos.

Segundo, cabe cuestionarse acerca de si un proceso de este tipo permite que el sistema jurídico receptor pueda emprender un diálogo a partir de sus particularismos o su forma de entender y concebir su derecho. La respuesta sería que no, pues se niega al receptor la posibilidad de adaptar el objeto del trasplante a sus circunstancias particulares. Se asume de antemano que en caso de hacerlo, dicha labor devendrá en incorrecta o no acorde al estándar. En otras palabras, aún a esta postura, el diálogo comparativo estaría destinado exclusivamente a los sistemas jurídicos productores o prestigiosos, no entran en este campo los subsistemas jurídicos o sistemas subdesarrollados. En definitiva, desde la lógica del modelo simple, el objeto del trasplante no sufre cambios o transformaciones en el camino, tampoco a su llegada, traduciéndose así que los dos únicos caminos del trasplante posibles son la producción y la recepción.²⁰⁴

203 Cfr. John Griffiths, "What is Legal Pluralism?", *The Journal of Legal Pluralism* 18, No. 24 (1986); Sally Engle Merry, "Legal Pluralism", *Law and Society Review* 22, No. 5 (1998).

204 Cfr. Brian Tamanaha, "Custom and Traditional Leaders Under the Yap Constitution", *University of Hawaii Law Review*, No. 10 (verano de 1988): 81.

En lo relacionado con esta estructura del proceso comparativo y al camino del trasplante, la tesis compleja reacciona y establece que los procesos comparativos, para ser calificados como tales, no pueden partir de la noción de un proceso mimético de una sola vía. El objeto trasplantado sufre necesariamente transformaciones en los sitios calificados como de recepción.

Para tal efecto, Bonilla cita el caso de la *ius* teoría, particularmente la forma como es interpretada la teoría del derecho como integralidad defendida por Ronald Dworkin:

Del mismo modo, en relación con los objetos trasplantados, tal perspectiva de análisis pasa por alto que estos son constantemente transformados en los contextos de recepción. Así, por ejemplo, mientras que en el contexto anglosajón la teoría del derecho como integridad defendida por Ronald Dworkin es interpretada como una teoría liberal estándar que se sitúa en el centro o a la derecha del espectro político, en algunos países latinoamericanos como Colombia esta teoría es catalogada como progresista, “hacia la izquierda” o con notables poderes emancipadores.²⁰⁵

Un ejemplo análogo a citar, es el caso de la teoría del derecho de Hart, pues su lectura diferirá desde sitios de producción o prestigiosos y desde la dimensión de un sitio de recepción. Así, la teoría de Hart podría ser entendida como una corriente de centro a la derecha en el contexto de EUA, mientras que en el caso colombiano es concebida como una corriente de centro a izquierda. Como se sabe, una de las posturas de Hart radica en el reconocimiento de zonas de penumbra en el derecho, donde el intérprete debe asumir una posición activa. En definitiva, el reconocimiento de esta insuficiencia del derecho y del papel del jurista, claramente cuestiona los postulados de plenitud y coherencia del sistema que defiende el formalismo jurídico. En el caso colombiano, siendo este un sistema que tiene su origen en la familia romano-germánica, es claro que una posición como la citada denotaría que Hart es un exponente antiformalista, de ahí que se considere que su teoría sea calificada como una corriente más liberal de centro a izquierda.

No obstante, en un sistema jurídico cuyo origen está en la familia del *common law*, la interpretación de Hart difiere. Es el caso del derecho de los EUA, influido desde el origen por el *common law*, y también por la familia romano-germánica. Como se evidenció en el primer capítulo, la escuela de pensamiento jurídico predominante en el *common law* es el realismo jurídico, una escuela que evalúa al derecho desde la dimensión de eficacia, un derecho vivo donde el juzgador es un constante creador de derecho. Desde la dimensión de un sistema que ha vivido o experimentado la influencia

205 Bonilla Maldonado, “Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos”, 18.

de la escuela realista, donde la técnica involucra un juez creador de derecho, es claro que la corriente de Hart será entendida como una corriente restrictiva de dicho activismo judicial, pues se asumiría este papel activo del interprete solo en el caso de zonas de penumbra. Se trataría en definitiva, de una corriente de pensamiento jurídico de centro a la derecha, pues propugna limitar el activismo judicial.

Es así como se demuestra que en el caso de la *ius* teoría, y/o cualquier otro objeto del trasplante jurídico, necesariamente sufre cambios o adaptaciones en el sistema receptor, en algunas ocasiones de manera intencional y en otras por factores externos que inciden en su comprensión, implementación y aplicación. Piénsese por ejemplo en el caso de la jurisprudencia. Asumiendo que la jurisprudencia sea considerada como una verdadera fuente del derecho, se debe tener cuidado en concluir que la comparación involucra únicamente una mimesis desde el contexto del sistema receptor. Afirmar aquello devendría en que el juzgador pueda asumir miméticamente, de manera acrítica, sin evaluaciones, un concepto o interpretación establecida por una Corte o tribunal foráneo, y lo incorpore directamente a modo de *ratio decidendi* o argumento central. Dicha actividad devendría indudablemente en una afectación a la autonomía del sistema receptor y sus particularismos. En el mejor de los casos, el diálogo entre Cortes o Tribunales, debe materializarse en *obiter dicta* o argumentos accesorios de los que se puede valer el juzgador para construir su *ratio decidendi*. De esta manera no se afectaría la autonomía y la dimensión contextual del sistema desde el cual se realiza la comparación.

En definitiva, para hablar de un verdadero ejercicio de comparación, la interacción debe ser de doble vía, no solo sobre lagunas o vacíos, las regulaciones internas transforman, critican el producto transferido. Todo esto aporta a una de las metas del derecho comparado: generar conocimiento.

El momento de inicio y fin del trasplante jurídico

Finalmente, el modelo simple acorde a su metodología jerarquizada, estática y formalista, asume que existen momentos claramente identificables en el ejercicio de trasplantes jurídicos. Esta concepción se sustenta sobre la base de un ejercicio de derecho comparado cuyo objeto está reducido a reglas jurídicas. En otras palabras, se asume que el derecho comparado se reduce a un ejercicio de legislación comparada, en cuyo caso sus destinatarios serán siempre el legislador y en el mejor de los casos el juez. Está claro que si se asume dicha postura respecto al objeto de comparación, es decir, que el objeto sea una institución reconocida en una ley, será fácil

conocer cuándo inicia el ejercicio y cuándo termina. El inicio del ejercicio comparativo estará marcado por el momento en que dicha institución sale del sistema productor, mientras que el final será cuando dicha institución se inserta o positiviza en una ley nacional del sistema receptor, en la mayoría de casos para llenar un vacío o solucionar una antinomia.

Respecto a esta finalidad y función del derecho comparado, esto es, llenar vacíos o solucionar antinomias, se pudo advertir en el primer capítulo, que dicha actividad desconoce el verdadero aporte del derecho comparado y configura una postura nacionalista que en nada contribuye a la generación de conocimiento.

Desde la lógica de un ejercicio de legislación comparada, la evaluación del trasplante jurídico, particularmente de su objeto, deberá darse desde la dimensión de vigencia, es decir, no será necesaria una verificación de eficacia o compatibilidad del objeto de trasplante. No obstante, está demostrado que un ejercicio de derecho comparado difiere ostensiblemente de un ejercicio de legislación comparada, centralmente porque el objeto de la comparación no se reduce a reglas jurídicas, sino que puede involucrar a otras fuentes que incluso resultan intangibles. Es el caso, por ejemplo, de la *ius* teoría, así, un ejercicio de trasplantes jurídicos o de derecho comparado podría involucrar la comparación de escuelas de pensamiento jurídico o teorías del derecho. En este caso, como se verá más adelante, considerando la intangibilidad de este objeto, resulta sumamente complejo identificar cómo sale el objeto desde el sistema productor y cómo llega al sistema receptor. En el camino o en la recepción, esta *ius* teoría podría sufrir cambios y, por tanto, no se podría advertir con claridad cuándo culmina el ejercicio de derecho comparado. Piénsese por ejemplo en el caso de la *ius* teoría de Hart y su comprensión en un sistema jurídico de recepción como el caso colombiano. Se pudo advertir a partir de dicho ejemplo que uno puede ser el entendimiento de Hart en el sistema jurídico prestigioso y otro desde el sistema que procura utilizar su teoría para interpretar su derecho nacional.

En esta línea, Bonilla, en armonía con la tesis compleja del derecho comparado, sostiene que con relación a otras fuentes abstractas el momento del trasplante no es identificable y puede generarse en el tiempo. Este es el caso de mallas curriculares, *ius* teorías u otras fuentes similares. El autor cita como ejemplo el caso de la influencia de las teorías de Hans Kelsen y Duncan Kennedy en el sistema jurídico colombiano, dos corrientes que llegaron a partir de un ejercicio de comparación en un primer término a la academia colombiana, y que generaría en consecuencia un efecto notable en la forma de concebir al derecho. En este caso, dadas las características

intangibles de la *ius* teoría, no es posible advertir cuándo inició y cuándo terminará el ejercicio de comparación.²⁰⁶

A partir del análisis realizado respecto a las características y estructura del modelo simple, y principalmente de los cuestionamientos provenientes de la tesis compleja del derecho comparado, se puede reafirmar que dicho modelo cuenta con déficits metodológicos que inciden notablemente en los ejercicios de comparación que se llevan adelante por parte de los denominados subsistemas jurídicos. La tesis compleja pone en evidencia sus problemas metodológicos y, a partir de ellos, muestra la necesidad de recurrir a otros modelos comparativos que cuenten con un método caracterizado por una estructura distinta, que permita la participación de todos los sistemas jurídicos mundiales, sin distinción o jerarquización, que reconozca la riqueza del derecho u objeto del trasplante y fundamentalmente que rescate los particularismos de aquellos sistemas que fueron excluidos del diálogo y a quienes se les asignó una labor meramente receptiva.

Se trata, en definitiva, de evidenciar otros modelos de comparación, con metodologías inclusivas, que permitan que los calificados “subsistemas jurídicos” emprendan verdaderos ejercicios de derecho comparado, reconociendo las verdaderas funciones y aportes que tiene esta disciplina del derecho.

En ese marco, se analizan a continuación, otros modelos comparativos que han tenido una influencia del modelo simple, pero también de la tesis compleja, es el caso de los modelos comparativos pragmático, valorativo y contextual.²⁰⁷ Previo a entrar en materia, resulta necesario hacer algunas puntualizaciones relacionadas al texto que hemos tomado en consideración para el análisis hasta aquí expuesto. Se trata de la obra denominada *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, texto que recoge artículos de los principales *ius* teóricos de la región y que versan sobre los distintos modelos comparativos. Dicha compilación, a cargo del profesor Daniel Bonilla muestra el vínculo causal que existe entre la teoría del derecho o escuela de pensamiento jurídico y los ejercicios de trasplantes jurídicos.

Esta relación de causalidad se evidenció a propósito del análisis realizado en el primer capítulo, donde se corroboró el grado de influencia de la escuela de pensamiento jurídico predominante en un sistema jurídico y su incidencia en los ejercicios de derecho comparado. La escuela de pensamiento

206 Ugo Mattei, “A theory of Imperial Law: A Study on U.S: Hegemony and the Latin Resistance 2003”, <http://works.bepress.com/ugo_attei/1>, consulta: 2 de noviembre de 2014. Citado por Daniel Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2012), 20.

207 Cfr. William Twining, “Difussion of Law: A Global Perspective”, 2-34 y “Generalizing about Law: The case of Legal Trasplants”, *The Tilburg-Walrnick Lectures General Jurisprudence* (2000): 42-8.

jurídico marca el ejercicio de trasplante, define las funciones, metas, destinatarios de la comparación y, principalmente, marca las dimensiones desde las cuales se debe evaluar a los objetos del trasplante. Siendo así, será necesario que se tenga presente dicha relación a efectos de comprender de mejor manera cada uno de los modelos comparativos que se analizarán a continuación.

Los trasplantes jurídicos según el modelo pragmático: Autónomos de la sociedad

El primer modelo comparativo es el modelo pragmático, este asume a los trasplantes como herramientas para solucionar problemas concretos, generalmente suscitados en el sistema receptor.²⁰⁸ El agente importador escoge un conjunto de normas o el exportador impone normas o instituciones porque en otros contextos enfrentaron con éxito retos análogos. Los trasplantes se constituyen así, en los medios que permiten alcanzar un fin determinado, como por ejemplo hacer más eficiente la administración de justicia o fortalecer al Estado de derecho.²⁰⁹

Esta concepción, relacionada a la utilidad y función de los trasplantes jurídicos, tiene como principal precursor a *ius* teórico comparativista Alan Watson quien considera a los trasplantes jurídicos como autónomos de la sociedad. Así, Watson sostiene que los trasplantes han sido el principal instrumento para la continua construcción y reconstrucción del derecho en el mundo, reconociendo que a través de los trasplantes jurídicos se ha logrado la relativa homogeneización de los ordenamientos jurídicos, en derechos que provienen de las mismas fuentes. Para Watson, los procesos de exportación e importación de normas, instituciones y conceptos jurídicos es posible dada la autonomía del derecho frente a la sociedad. De esta manera, el *ius* teórico afirma que la tesis del espejo, aquella que propugna que el derecho debe ser un reflejo de la sociedad, es una mala descripción de esa relación, pues las normas son ineficientes y disfuncionales en contextos de origen. Finalmente sostiene que el derecho trasplantado le pertenece a las élites, con el fin de atacar problemas sociales, políticos económicos o culturales particulares.²¹⁰

208 Cfr. Pablo Ianello, "Eficiencia y recepción de los trasplantes legales. El caso del Cramdown Power", *Revista de Análisis Institucional*, No. 2 (marzo de 2008); Anne-Marie Slaughter, "Judicial globalization". *Virginia Journal of International Law*, No. 40 (verano de 2000); vease también de la misma autora, *A New World Order* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2004).

209 Mattei, "A theory of Imperial Law", 20.

210 Alan Watson, "Aspects of Reception of Law", *Am. J. Comp. L.* 44 (1996), citado por Bonilla Maldonado, "Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos", 25.

El derecho desde esta perspectiva, no es una consecuencia necesaria de las condiciones estructurales de una sociedad, sino el resultado de procesos en los que aquellos que tienen capacidad creadora imponen normas, instituciones o conceptos que han sido exitosos para enfrentar retos análogos. Esta concepción de un derecho autónomo de la sociedad tiene como consecuencia un efecto causal con el rol que desempeñan los ejercicios de trasplantes jurídicos. En efecto, desde esta perspectiva, un proceso de trasplante jurídico de estas características tendría un momento final claramente identificable, su conclusión se dará una vez que el objeto se inserte en una fuente formal del derecho, sin necesidad de una valoración o evaluación previa de su éxito desde la perspectiva de la sociedad, tanto del sistema productor como de la sociedad del sistema jurídico receptor.²¹¹

En definitiva, si el derecho es autónomo de la sociedad, el objeto del trasplante jurídico también lo será. Esta perspectiva del ejercicio comparativo deviene necesariamente en aquella relación de causalidad que se advertía al inicio de este acápite, es el caso del vínculo entre la teoría del derecho y los trasplantes jurídicos. Este modelo comparativo pragmático, acorde con las características expuestas, cuenta con una influencia formalista, pues, concibe que el derecho no debe ser evaluado desde la eficacia ni desde la justicia, sino exclusivamente desde la vigencia. Al respecto, la profesora Claudia Escobar sostiene:

Así, por ejemplo, las reflexiones teóricas y conceptuales sobre los denominados “trasplantes legales”, en cabeza de reconocidos autores como Alan Watson se estructuran en torno a las relaciones entre las legislaciones de distintos ordenamientos sistemas jurídicos. El énfasis en las fuentes formales del derecho, y especialmente en el derecho legislado lleva al autor a concluir, por ejemplo, que el trasplante jurídico es una característica estructural de los sistemas jurídicos contemporáneos, que por regla general estos carecen de un nivel significativo de originalidad y autenticidad, y que todas las ramas del derecho, incluso aquellas tradicionalmente consideradas como “indemnes a la influencia externa”, son susceptibles de ser afectadas por otros ordenamientos, tal como ha ocurrido con el derecho de familia.²¹²

A propósito del análisis del modelo tradicional y de su metodología, sustentada en la clasificación de familias, sistemas y subsistemas jurídicos, el derecho, según los rasgos comunes de cada familia, tiene distintas concepciones y formas de evaluación.

En el caso de la escuela de pensamiento formalista, propia de los sistemas y subsistemas jurídicos de origen romano-germánico, el derecho debía

211 Cfr. Watson, *Legal Transplants*.

212 Claudia Escobar García, *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico* (Quito: CEDEC / CCPT, 2011), 138.

aplicarse de manera exegética siempre que este haya sido promulgado por el legislador en cumplimiento de los procedimientos formales de formación. Desde esta perspectiva, acorde con la postura de Norberto Bobbio, no podría condicionarse la aplicación de una norma que haya cumplido con estas características, a presupuestos axiológicos o sociológicos.

En consecuencia, se puede colegir que se trata de un modelo comparativo rígido, con características similares al modelo comparativo simple, pues se asume que el derecho u objeto de comparación siempre serán reglas jurídicas, principalmente aquellas que no tengan un nexo con la dimensión sociológica del derecho, siendo así excluiríamos, por ejemplo, a fuentes como la jurisprudencia. El ejercicio de trasplantes jurídicos, desde la dimensión de este modelo, tomará en consideración por lo tanto, a las fuentes tradicionalmente calificadas como “formales” y su fin será atender problemas particulares que se presenten en dichas fuentes. Se trata en definitiva, de un modelo comparativo que también demuestra insuficiencias y que desconoce principalmente el carácter interdisciplinario del derecho y la necesaria evaluación de los trasplantes jurídicos.

Los trasplantes jurídicos según el modelo valorativo: La dimensión abstracta del derecho

El segundo modelo comparativo que identifica la *ius* teoría comparativista es el modelo valorativo. Daniel Bonilla, con relación a este sostiene que para comprender los trasplantes jurídicos hay que concentrarse en los valores, principios e intereses políticos que los fundamentan.²¹³ Esto involucra un análisis de categorías conceptuales y prácticas adicionales a las instituciones jurídicas que se importan. A diferencia del modelo comparativo pragmático, que parte de la concepción de la autonomía del derecho y de los trasplantes jurídicos de la sociedad, este modelo comparativo advierte una necesaria verificación previa y posterior al trasplante jurídico, desde una serie de fuentes o parámetros intangibles que marcarán el éxito o fracaso del trasplante.

Se trata de un modelo comparativo que evalúa a los trasplantes jurídicos desde la dimensión de fuentes abstractas y no formales como aquellas en las que concentra su atención el modelo comparativo pragmático. Factores como los valores, los principios e intereses políticos que fundamentan un sistema jurídico, son determinantes y en consecuencia

213 Cfr. Mattei, “A theory of Imperial Law”, 21.

necesarios en los ejercicios de derecho comparado.²¹⁴ Aquellas fuentes, como vimos en el primer capítulo a propósito del análisis de los rasgos comunes de las distintas familias jurídicas, coincidentalmente son aquellos que rechaza el formalismo jurídico y que tradicionalmente se han invisibilizado.

Así por ejemplo, cabe recordar que en el caso de las familias socialista e islámica, la principal crítica desde el Occidente, particularmente desde la concepción de la familia romano-germánica, se materializaba en el carácter presuntamente no jurídico de estas familias, calificadas como políticas y religiosas, respectivamente. Dicha calificación fue conferida a partir del papel que desempeñan, tanto la política como la religión en el derecho. Se procuraba conservar la pureza del derecho romano-germánico y librarlo de injerencias externas. Los valores, los principios, y los intereses políticos, parámetros abstractos, no formaban parte del concepto de derecho romano-germánico y en consecuencia no podían ser parámetros de evaluación de las normas, particularmente de las leyes.

De esta manera, el ser y el deber ser del derecho eran tratados de manera diferenciada, siendo improcedente evaluar al derecho desde la segunda concepción. Con las características anotadas se puede colegir que se trata de un modelo comparativo cuyo centro de análisis gira en torno a la evaluación de los trasplantes jurídicos desde postulados *ius* naturalistas o axiológicos. En otras palabras, se trata de un modelo comparativo que cuenta con parámetros evaluativos de tipo intangible, necesarios de verificar previo a proceder a la selección de una fuente formal o pragmática.

Es el caso por ejemplo, de la *ius* teoría, la dimensión abstracta del derecho, que como se vio en el caso de las familias jurídicas, incide de manera determinante en los rasgos comunes de un sistema jurídico, particularmente en la estructura del sistema de fuentes, en las fuentes imperantes y en la técnica. Es decir, se trata de un componente que usualmente ha sido invisibilizado, que marca la concepción del derecho dentro de un sistema jurídico determinado. Para ejemplificar los aportes sustanciales de este modelo comparativo en los ejercicios de derecho comparado, cabe señalar que el jurista que pretenda emprender un ejercicio de trasplantes jurídicos, no podrá acudir directamente a cualquier fuente formal en donde se encuentre positivizada la institución u objeto de la comparación, necesariamente a efectos de seleccionar aquella adecuada, debe procurar hacer una aproximación a componentes intangibles, como es el caso, por ejemplo, de la *ius* teoría influyente en ese sistema jurídico.

214 Cfr. James Q. Whitman, "Western Legal Imperialism: Thinking About the Deep Historical Roots", *Theoretical Inquiries in Law* 10, No. 2 (2009).

A efectos de realizar esta aproximación, sin duda el modelo comparativo tradicional proporciona algunos aportes. Es necesario recordar que si bien la identificación de la escuela de pensamiento jurídico predominante en un sistema jurídico, no es una tarea sencilla, lo cierto es que se pueden generar aproximarnos a ella a partir de otros rasgos comunes con los que cuenta dicho sistema. Así por ejemplo, una primera aproximación a la estructura del sistema de fuentes, a sus fuentes y a la técnica será necesaria para definir de alguna manera cuál será la escuela de pensamiento jurídico predominante. También es preciso recordar el caso de las familias romano-germánica y del *common law*. En la primera, se identifica en el contexto histórico, un sistema de fuentes de estructura piramidal, con la predominancia de la ley como fuente hegemónica del sistema. La consecuencia de un sistema con esta estructura, devino en la concepción de un derecho, aparentemente pleno y coherente que ameritaba una labor mecánica y deductiva por parte del jurista. Un sistema con estas características permitía advertir que detrás contaba con una escuela de pensamiento jurídico determinante, era el caso de la escuela formalista.

Por otro lado, en el caso de la familia del *common law* se realizó un ejercicio similar. Se trata de un sistema de fuentes de estructura pre ordenada, pero con la hegemonía del *case law* o derecho jurisprudencial como fuente hegemónica. Con esas características, se asumía que el derecho se construía y evaluaba desde la dimensión sociológica, esto es, desde el derecho común, mostrando la hegemonía de un método inductivo. En cuanto a la técnica se refiere, la seguridad jurídica y la certeza se alcanzaban a partir de la analogía y en uso del principio *stare decisis* y la *rule of precedent* se aproximaba a la justicia a partir de la eficacia del derecho. Un sistema con esos elementos y características daba cuenta de que la escuela de pensamiento jurídico influyente era el realismo jurídico.

En analogía con los ejemplos citados, y en uso de este modelo comparativo valorativo, el jurista, previo a la selección directa de una fuente de comparación, debe procurar, a través del análisis de los rasgos comunes de ese sistema jurídico, aproximarse a la escuela de pensamiento jurídico predominante. En caso de ser un sistema marcado fuertemente por una escuela formalista, seguramente la fuente formal que se deberá seleccionar será la ley, no obstante, en caso de advertir la influencia del realismo jurídico, la fuente a seleccionar no será necesariamente una fuente de origen legislativo, sino más bien jurisprudencial.

Finalmente, en caso de advertir una influencia antiformalista, la comparación involucrará una labor más compleja, pues no es posible ceñir la selección a una sola fuente sino a varias, en ese caso puntual, a prescrip-

ciones normativas y a normas, asumiendo la diferencia que según esta escuela existe entre ambos conceptos. Como se puede apreciar, a partir de este modelo se muestra una primera metodología de comparación, que a diferencia del modelo pragmático, cuenta con filtros evaluativos intangibles que condicionan el ejercicio comparativo. Siendo así, se afirma que este modelo comparativo no asume una desconexión del derecho y de los trasplantes jurídicos de sus fundamentos abstractos.

Los trasplantes jurídicos desde el modelo contextual: La tesis del espejo

Finalmente, la *ius* teoría comparativa hace alusión al modelo comparativo contextual. Este modelo comparativo parte y se sustenta en la relación entre derecho y sociedad, estableciendo que el derecho refleja la sociedad que regula. El derecho desde la dimensión de este modelo, es consecuencia de variables culturales, políticas, económicas de una comunidad. Los trasplantes, en definitiva, tienen problemas serios para echar raíces y consolidarse en sitios de recepción. Su fundamento central es la tesis del espejo, esto significa que tiende a verse a las normas, conceptos o instituciones trasplantadas no como herramientas autónomas que pueden ser importadas y exportadas fácilmente para solucionar problemas particulares, sino como partes de un sistema coherente que responde y se entrecruza en un contexto determinado.²¹⁵

Desde el punto de vista de la *ius* teoría comparativa, sus principales exponentes son Otto Kahn-Freund y Pierre Legrand, quienes afirman que el derecho es un reflejo más o menos preciso de la sociedad. Reafirman desde la concepción de este modelo, que el contexto en que nace el objeto de la comparación es fundamental para comprender la finalidad que persigue. En consecuencia, el derecho no debe ser separado de los contextos en que surge y de los que depende, mostrando de esta manera un claro punto de quiebre con el modelo comparativo pragmático que, como ya se vio, parte de la noción de un trasplante jurídico que no está condicionado a la sociedad.²¹⁶

A diferencia de la postura autónoma de los trasplantes y la sociedad, el modelo contextual de trasplantes jurídicos, advierte que los trasplantes están atados a horizontes de perspectivas particulares, que permiten su aplicación eficiente y les dan sentido y legitimidad. Por ello afirman los *ius*

215 Mattei, "A theory of Imperial Law", 22.

216 Cfr. Legrand, "The Impossibility of Legal Transplants, 11 y s.

teóricos aludidos, que de no tomar en cuenta estos parámetros, se generará el fracaso de los trasplantes. Las diferencias en el contexto, muchas veces marcadas por las condiciones políticas imperantes en los sistemas que forman parte del diálogo comparativo, siguen siendo obstáculos importantes para el éxito de los trasplantes. Desde esta perspectiva de evaluación contextual de los trasplantes jurídicos o ejercicios de derecho comparado, Legrand y Kahn Freud, plantean una serie de críticas a la postura pragmática de Alan Watson, planteando en lo principal, que dicho modelo presenta debilidades descriptivas y normativas.²¹⁷

La tesis pragmática asume de antemano que existen similitudes entre sistemas y tradiciones, desconociendo que las dimensiones valorativas y contextuales son determinantes para establecer distinciones. Lo que en apariencia es la misma regla puede resultar en varias. Es así que los contextos en los que están inmersas les dan un sentido diferente. No son solo reglas las que se importan, incluyen también diseños, teorías y géneros de producción. En definitiva, se pueden advertir claras tensiones entre los modelos comparativos pragmático y contextual.

Daniel Bonilla identifica algunos puntos medulares entre ambos que marcan dicha relación. Primero, dicha tensión se sustenta en la lucha entre la difusión del derecho y el desarrollo paralelo de los ordenamientos

217 L. Mistelis, "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants, and Law Reform—Some Fundamental Observations", *The International Lawyer*, No. 34 (2000), 1067. Véase al respecto Federico Escobar, "Reseña del libro de Allan Watson, *Trasplantes Legales*", disponible en Juan Pablo Galeano Rey, <<http://trasplanteslegales.blogspot.com>>, consulta: 10 de abril de 2015. El autor señala que con el libro *Legal Transplants*, publicado en 1974, Watson mereció gran renombre internacional y convirtió la expresión epónima "trasplantes jurídicos" en un elemento usual dentro de la terminología jurídica contemporánea. Respecto al impacto de la obra, Federico Escobar resalta que si Watson tenía razón en su tesis central, —los trasplantes autónomos de la sociedad—, se derrumbarían muchas de las premisas básicas de disciplinas como la sociología del derecho. Algunos de los casos estudiados por Watson demuestran que muchas normas se han desplazado, individualmente o en grandes conjuntos, de una sociedad a otra culturalmente muy distinta, hecho que denotaría la inexistencia de un impacto sociológico de los trasplantes jurídicos. Una de las principales reacciones a la tesis de Watson viene dada por Legrand, quien resalta que una sociedad puede tomar reglas prestadas, pero al adoptarlas está cambiando la forma de entender esas reglas hasta el punto de convertirlas en reglas nuevas. Escobar muestra también una versión más prudente de esta tesis, aquella propia de Berman. Así menciona que en el capítulo tercero de su obra *Law and Revolution*, Berman señala diferencias tan profundas entre la conceptualización del derecho de los romanos y de los medievales que las reglas romanas pueden llegar a considerarse como una cantera de la cual los medievales extrajeron lo que más les convino. (Berman, 1983: capítulo 3, esp. 127-43). Finalmente, una tercera posición aludida por Escobar, es aquella reinterpretación radical que propone Pierre Giuseppe Monateri en "Gayo, el Negro" (2006) y que ofrece una buena forma de revitalizar la discusión sobre los trasplantes jurídicos. Para Monateri, la información que ha recopilado Watson debe aprovecharse para señalar que el derecho ha sido una creación de las élites, y para las élites, que ha ignorado la necesidad de la población en general.

jurídicos. Segundo, se advierte un claro conflicto en torno al camino del trasplante, mientras el modelo comparativo pragmático, con una clara influencia del modelo comparativo simple, defiende una postura autónoma de los trasplantes jurídicos con relación al entorno social o valorativo del sistema jurídico receptor, y en consecuencia se sustenta en un proceso de mera recepción, incluso mimético. El modelo contextual defiende la posibilidad de la innovación del objeto trasplantado desde la dimensión del sistema receptor. Es decir, mientras en el modelo pragmático asume una estructura de tipo vertical, en que el objeto del trasplante llega exactamente igual al sistema receptor y culmina en la inserción en una fuente formal, el modelo contextual parte de un proceso cuya estructura es horizontal y en consecuencia admite la posibilidad de una transformación o innovación del objeto a partir de las condiciones contextuales del sistema jurídico receptor.

Esta innovación, es una realidad acorde a la tesis contextual, considerando que los contextos –como se vio– le dan un sentido diferente. En definitiva, la tensión se sustenta en la concepción que se tenga del derecho. Así se puede optar entre el derecho concebido como espejo de la realidad o el derecho como unidad autónoma que poco tiene que ver con la sociedad que regula.

Como se ha visto, el modelo comparativo contextual se encuentra influenciado claramente por una corriente de pensamiento jurídico o teoría del derecho determinada. Considerando que se trata de un modelo comparativo cuyo centro de atención es la dimensión social, es claro que, tal como sucede con los trasplantes jurídicos en el campo de la medicina, su metodología prevé la necesidad de realizar una evaluación previa, posterior y permanente de los objetos del trasplante, tanto desde el contexto sociológico del sistema exportador así como desde la dimensión sociológica del sistema receptor. Esta evaluación, como se verá más adelante, se sustenta principalmente en la evaluación del derecho y de los trasplantes jurídicos desde la dimensión de eficacia, en uso de la tesis del espejo.

El derecho, en este caso los trasplantes jurídicos, deben ser un reflejo de la sociedad y no al contrario. El derecho debe ser dinámico, acorde a las cambiantes circunstancias sociales. Siendo así, el ejercicio comparativo no acaba con la inserción del objeto en una fuente del derecho, sino que debe estar sujeto permanentemente a filtros de evaluación a fin de verificar si el mismo es acorde a la sociedad del sistema importador. Desde esta perspectiva, los momentos de inicio y fin del ejercicio comparativo, a diferencia del modelo pragmático, no son claramente identificables.²¹⁸

218 Cfr. Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. (Cambridge, Massachusetts y Londres: Harvard University Press, 1983). Pierre Legrand, "What

Por otro lado, se aclara que este modelo parte de la posibilidad de un camino del trasplante distinto a los dos que plantea el modelo pragmático, reconociendo que sumado a la producción y recepción cabe la innovación o transformación del objeto, independientemente del sistema jurídico del que se trate, asumiendo de esta manera que no existe una diferencia justificable entre sistemas y subsistemas jurídicos. Todos los ordenamientos jurídicos del mundo deben ser considerados como sistemas jurídicos, y en consecuencia todos pueden ser importadores o exportadores según sea el caso, teniendo todos desde la concepción de este modelo, la legitimidad para modificar el objeto del trasplante. Con las consideraciones expuestas, una vez advertidas las tensiones existentes entre los modelos pragmático y contextual, se puede afirmar que son las mismas que se pueden vislumbrar entre las escuelas de pensamiento jurídico formalista y realista, cada una integrante de los rasgos comunes de la familia romano-germánica y *common law* respectivamente.

A efectos de ejemplificar los aportes de este modelo comparativo, particularmente de su metodología respecto a los ejercicios de comparación, se puede afirmar que siendo la dimensión sociológica desde la cual se debe evaluar a los trasplantes jurídicos, el jurista o destinatario de los ejercicios de comparación, podrá optar por recurrir a la fuente sociológica del derecho, esto es a la jurisprudencia, o en su defecto a cualquier fuente que permita mostrar los resultados de la aplicación de dicho objeto en el contexto sociológico de dicho sistema productor. En este marco, aportan los estudios sociológicos, estadísticos, antropológicos y, fundamentalmente, el de un actor que no hemos advertido comúnmente desde la lógica del modelo simple, estos son los grupos o movimientos sociales que constantemente reaccionan aduciendo una desconexión del sistema jurídico con la realidad.

Sin duda, se debe matizar estos filtros de evaluación según el destinatario del ejercicio comparativo. En caso de ser la academia el destinatario o quien recurre al derecho comparado, seguramente no contará necesariamente con los recursos económicos suficientes para optar por estudios de evaluación de tipo sociológico o antropológicos, en cuyo caso la utilización de la jurisprudencia será una forma ágil y efectiva para percibir el verdadero entendimiento de la institución u objeto del trasplante en ese contexto jurídico. Lógicamente la selección de la jurisprudencia como fuente sociológica dependerá necesariamente de su valor dentro del sistema de fuentes del derecho, asumiendo que su aporte será fundamental en la medida que

‘Legal Transplants?’”, en Nelken y Johannes Feets, edit., *Adapting Legal Cultures* (Oxford: Hart-Publishing, 2001).

esta jurisprudencia se entienda como una verdadera fuente del derecho no sometida a *priori* a la ley.

En el caso de otros agentes, como por ejemplo el legislador, u otros órganos con potestad normativa, resulta esencial que la evaluación contextual del trasplante involucre en la medida de las posibilidades, un análisis mucho más riguroso, recurriendo, como ya se mencionó, a estudios sociológicos, planes piloto entre otros. Esto presupone, claro está, una importante asignación presupuestaria por parte del Estado, asumiendo que de no hacerlo se corre el grave riesgo de atentar contra la sociedad. Se trata como se pudo ver, en ejercicio de la tesis del espejo, de que los objetos del trasplante se evalúen desde la sociedad, y en caso de detectarse una disfunción, sean modificados o reinterpretados; no se trata por tanto de implementar un objeto y pretender que sea la sociedad quien se acople o amolde a una institución traída del derecho foráneo.

Una vez analizados los cuatro modelos comparativos: simple, pragmático, valorativo y contextual, se puede afirmar que cada uno está marcado por la influencia de una escuela de pensamiento jurídico determinada, misma que trae una incidencia causal en los ejercicios de trasplantes jurídicos. Siendo así, se ha podido advertir el vínculo insoluble entre la teoría del derecho y los trasplantes jurídicos.

En lo relacionado a los tres últimos modelos, la *ius* teoría comparativa afirma que estos han sido estudiados desde distintas perspectivas, desde una dimensión multidisciplinaria, recurriendo según sea el caso, a la antropología, a los conceptos de pluralismo jurídico, a la historia del derecho, a las familias jurídicas, a la sociología. Se trata en definitiva, de modelos comparativos en permanente construcción y evaluación, destacando que en los últimos años se han iniciado investigaciones pragmáticas para analizar sus éxitos o fracasos. En el caso de los exportadores se destacan los aportes evaluativos del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio; mientras que en el caso de los sistemas de recepción, se destaca, como se mencionó, el rol de las organizaciones sociales e incluso de los movimientos de oposición política, que son constantes críticos de los trasplantes jurídicos y de los objetos que se han insertado en los sistemas producto de dichos ejercicios comparativos.²¹⁹

Acorde con la influencia *ius* teórica advertible en cada uno de los modelos, de la misma forma como lo sostiene Norberto Bobbio respecto a los parámetros de justicia, vigencia y eficacia del derecho, estos modelos han

219 Cfr. William Twining, "Diffusion of Law: A Global Perspective", 34-8, citado por Bonilla Maldonado, *Teoría del derecho*, 23.

sido tratados de manera independiente, asumiendo que una eventual mixtura entre ellos podría incurrir en reduccionismos y terminar por afectar los postulados centrales de cada escuela. En el caso del formalismo jurídico, se evita que la aplicación del derecho que ha sido dictado por la autoridad competente, en cumplimiento de los procedimientos formales, pueda condicionarse a parámetros de justicia o de cumplimiento.

A propósito de dicha dicotomía, analizamos en el primer capítulo de esta investigación, que a finales del siglo XIX, surge como producto de un diálogo comparativo insospechado, la escuela de pensamiento jurídico antiformalista. Esta escuela muestra la posibilidad de relacionar los componentes de justicia, validez y eficacia como formas de evaluación del derecho. Así, el antiformalismo no descarta ni menosprecia los componentes axiológicos o materiales del derecho, tampoco desconoce la importancia de los procedimientos de formación de las prescripciones normativas y principalmente, concentra su atención en la dimensión de eficacia del derecho. Es así, como las corrientes formalistas y realistas encuentran una tesis intermedia a partir de la cual se pueda abordar y reconocer el carácter tridimensional del derecho. Asumir que el derecho deba ser evaluado de manera individualizada desde las tres dimensiones aludidas, de manera independiente, resulta insuficiente. Si se asume que aquello pudo darse en el caso de las escuelas de pensamiento jurídico, y que estas están directamente relacionadas con los trasplantes jurídicos, podemos asumir que existe la posibilidad y resulta imprescindible también relacionar los modelos comparativos hasta aquí analizados, pues no necesariamente devienen en incompatibles.

En otras palabras, al asumir que las escuelas de pensamiento jurídico pudieron intercalarse entre sí, también lo podrían hacer los modelos comparativos. Siendo así cabe proponer, acorde a los postulados de evaluación del derecho, –justicia, validez y eficacia– un método de comparación que considere las dimensiones valorativas, pragmáticas y contextuales del derecho.

Tras lo expuesto, según lo analizado hasta el momento se podría señalar que el jurista o cualquier destinatario que pretenda emprender un ejercicio de derecho comparado debería asumir en su ejercicio un análisis de los postulados y dimensiones que muestran los tres modelos comparativos. Así, será necesario, previo a seleccionar una fuente ley o jurisprudencia, que el agente realice una aproximación a los parámetros o fuentes abstractas-valorativas que predominan en los sistemas jurídicos con los cuales se pretende hacer la comparación. Es el caso de la *ius* teoría o escuela de pensamiento jurídico predominante, dimensión que aportará, a partir de la identificación de los rasgos comunes de dicho sistema, a la verificación

del valor de las fuentes del derecho en ese sistema. Por ejemplo, en caso de advertir una influencia formalista, seguramente la ley mantendrá la hegemonía en el sistema de fuentes y la Constitución, de existir, seguramente desempeñará un valor de tipo político más que normativo.

Esto permitirá advertir, cuál es el valor de la jurisprudencia dentro de ese sistema; en caso de ser un sistema formalista, seguramente la jurisprudencia tendrá un efecto unitario. No obstante, si se evalúa desde la dimensión valorativa, que la escuela de pensamiento jurídico tiende a ser antiformalista o realista, será necesario seleccionar no solo la fuente ley, sino también otras fuentes que dotan de sentido a las mismas, por ejemplo, a la jurisprudencia. Es así, que primero se debe emprender una aproximación a la dimensión valorativa, realizar una aproximación a la escuela de pensamiento jurídico predominante, en cuyo caso el modelo de Estado asumido por ese sistema resulta ser una clave fundamental, en tanto principio rector del ordenamiento jurídico.

Solo luego de dicha aproximación se podría pasar a la dimensión pragmática, y así seleccionar las fuentes formales o prescripciones normativas, donde se encuentre positivizado el objeto del trasplante. Para finalmente recurrir a la dimensión contextual en cuyo caso el análisis de la jurisprudencia, en concordancia con las dos dimensiones previas, será fundamental para verificar el verdadero alcance y entendimiento de dicha institución en los sistemas jurídicos seleccionados para el ejercicio de comparación. Finalmente, el mismo procedimiento se debe emprender desde la comparación. Sin duda este proceso refleja mucha complejidad en el sistema jurídico donde se realiza el ejercicio de comparación, no obstante, es claro que este sería *a priori* un verdadero ejercicio de derecho comparado.

Una vez que se ha realizado un acercamiento teórico a los distintos modelos comparativos, se pasará a verificar, a manera de ejemplo, una de las obras más importantes en el contexto regional relacionado a la aplicación de los modelos comparativos contemporáneos, esta es la obra del profesor colombiano Diego Eduardo López Medina, la *Teoría impura del derecho*. Este texto, en particular su teoría comparativa, será fundamental para el análisis final de esta investigación, esto es, la verificación de la compatibilidad y suficiencia del modelo simple para el caso ecuatoriano. Además que será un instrumento que permitirá advertir, visibilizar y valorar los particularismos del sistema jurídico ecuatoriano

Producto de dichos particularismos se podrá evidenciar una metodología de comparación que respete la dimensión sociológica del sistema jurídico y que permita incursionar finalmente en el diálogo comparativo que impone la globalización.

La *Teoría impura del derecho*: Transmutación y manipulación

Diego Eduardo López Medina, *ius* teórico colombiano, es autor de una de las obras más importantes e influyentes en el contexto de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Su texto, la *Teoría impura del derecho* se erige como una fuente de consulta obligatoria para quienes deseen incursionar en el análisis del derecho comparado. En cuanto a su título se refiere, daría la impresión que la obra aludida se plasma como un texto crítico de una de las principales obras que ha influenciado al derecho en el mundo, nos referimos a la *Teoría pura del derecho* del *ius* teórico austriaco Hans Kelsen. Lo cierto es que el texto de López no es una respuesta a la obra de Kelsen, su motivación, tal como lo sostiene el autor en su obra, parte de una vivencia de tipo personal, y obedece principalmente al contenido de la misma.

El título de la obra surge particularmente cuando López Medina realizaba sus estudios doctorales en la Universidad de Harvard en EUA. En ese entonces, López, alumno del doctorado, con formación en el sistema jurídico colombiano –subsistema desde la metodología del modelo simple–, llevaba una propuesta de trabajo doctoral, se trataba de una investigación sustentada en una interpretación particular o local de la *ius* teoría de Herbert Hart.

López Medina planteaba en su investigación a un Hart antiformalista o realista, postura que sería cuestionada de plano por parte de su tutor, el connotado profesor representante principal de la teoría crítica del derecho –*Critical Legal Studies*–, Duncan Kennedy.²²⁰ Para Kennedy, *ius* teórico de origen estadounidense, la postura de López Medina no podía ser considerada menos que incorrecta. A partir de esta calificación de incorrección, se construye la denominada teoría impura del derecho, también conocida como una teoría comparativa para América Latina.

En cuanto a sus fines se refieren, la teoría impura del derecho busca ratificar que el derecho no se reduce al análisis de la ley, sino que aborda mucho más que eso. Esta teoría concentra su preocupación en demostrar la importancia e incidencia de la *ius* teoría en el estudio del derecho comparado. Se trata en definitiva, de entrar en uno de los campos de influencia del derecho comparado: la academia.

Cabe señalar que se podría cuestionar a su vez, ¿por qué es relevante el estudio de la *ius* teoría comparada?, pregunta que es respondida por el autor basándose en varios factores que obedecen particularmente a la di-

220 Cfr. Duncan Kennedy, "The International Style in Postwar Law and Policy", *Utah Law Review* (1994).

mención de los sistemas jurídicos latinoamericanos. En la actualidad, en la región existe un cambio en los métodos hermenéuticos y de las fuentes objeto de interpretación. Se trata de un nuevo ambiente jurídico que, conforme manifiesta el autor, atravesó un proceso particular:

En el nuevo ambiente teórico, sin embargo, los conceptos jurídicos, a pesar de su indeterminación, fueron entusiastamente saludados como maneras de dar fuerza normativa directa a los fines civilizatorios más preciados de la teoría política y moral, en el sentido de apuntar hacia una alineación de todo el derecho legal y codificado existente a principios jurídicos anhelados y a una interpretación finalista y sistemática de la ley de conformidad con tales principios. En el nuevo lenguaje constitucional, los conceptos jurídicos indeterminados (las metas civilizatorias del derecho) pasaron pronto a ser considerados como “principios jurídicos”, para finalmente ser positivizados bajo la nueva forma de “derechos fundamentales”. Este giro hermenéutico y político implicaba, quizás por primera vez, la recepción entusiasta de materiales *ius* teóricos y constitucionales anglosajones, rompiendo así el santuario inmunológico que, uniendo a Europa y América Latina, evitaba la contaminación jurisprudencial y dogmática por fuera de la familia del derecho civil.²²¹

Esta nueva realidad, marcada por una renovada concepción del derecho, que planteaba metas axiológicas utópicas, pasando por el reconocimiento de principios jurídicos para finalmente llegar a la positivización de los derechos fundamentales, ha permitido que el modelo comparativo simple o tradicional y su metodología puedan ser evaluados críticamente. En efecto, los componentes propios de los pequeños sistemas jurídicos han permitido que los tradicionalmente subsistemas jurídicos puedan emprender ejercicios de comparación que conlleven a la importación de teorías angloamericanas, rompiendo –en palabras del autor–, con aquella barrera que procuraba evitar la contaminación jurisprudencial de la familia del derecho civil.

Esta nueva concepción del derecho y la necesidad de recurrir a instituciones distintas a las tradicionales, forman parte de la escuela de pensamiento antiformalista analizada a detalle en el capítulo precedente. López Medina señala que la novedad que revistió la implementación en América Latina de *ius* teorías, como las de Ronald Dworkin, Herbert Hart, Robert Alexy y Jhon Rawls, se generó por las necesidades políticas y a causa de las influencias académicas disponibles. Si bien el autor escribe desde la dimensión del derecho colombiano, en particular desde la vigencia de la Constitución colombiana de 1991, se puede colegir una realidad similar para el caso del sistema jurídico ecuatoriano, desde la vigencia de la CRE de 2008, concretamente del reconocimiento del Estado ecuatoriano como constitucional de derechos. Como resultado a esta reformulación en el mo-

221 López Medina, *Teoría impura del derecho*, 4.

delo de Estado, se alteraron también, al menos desde el punto de las prescripciones normativas, los métodos de interpretación, y en concordancia con ello la concepción del derecho. De esta manera se tornó necesaria la remisión a teorías del derecho que tradicionalmente no eran leídas desde el contexto ecuatoriano, se revalorizó en definitiva, el papel de la teoría del derecho en la formación académica en armonía con una nueva escuela de pensamiento jurídico. Se debe precisar que este análisis será objeto de estudio más adelante.

Es así, como en el contexto colombiano –asimilable a otros sistemas jurídicos latinoamericanos– la filosofía del derecho y la teoría del derecho tradicionalmente no eran disciplinas asimilables a otras. Aquello ha cambiado y se concibe su incidencia en el sistema jurídico; este expresa su inconformidad con lo tradicional y manifiesta una sensibilidad constitucional, lingüística y social del derecho. A partir de este cambio de circunstancias, la recepción de dichas teorías se adjudican, inicialmente a Argentina y Colombia, respectivamente. López sostiene que esta influencia *ius* teórica se refleja principalmente en la recepción de un nuevo constitucionalismo de derechos, con límites morales y políticos a la ley.²²² El efecto de dicha recepción sin duda tendría como fin la transformación de la cultura jurídica latinoamericana.

En síntesis, la filosofía del derecho y el estudio pormenorizado de las *ius* teorías se constituirían, en palabras de López, en una revuelta antiformalista y humanista largamente esperada. De ahí la necesidad de reformular la concepción tradicional del derecho comparado, principalmente del objeto de la comparación, quedando en claro que la *ius* teoría no solo que podría sino que ya ha sido objeto de ejercicios de comparación que llevarían a la materialización de dicha influencia en América Latina. El cambio o reinterpretación de la nueva *ius* teoría influyente en los sistemas jurídicos latinoamericanos, está dado por influencias externas e internas. El campo interno se constituye por una nueva forma de ver e interpretar el derecho, mientras que el campo externo se compone por la influencia de la globalización y la desnacionalización del derecho. En suma, según el autor, la suma de los dos campos refleja la importancia del estudio de la *ius* teoría comparada.

Por otra parte, en cuanto a la influencia de la *ius* teoría en América Latina, López Medina, a propósito de la vivencia personal que inspiraría su teoría impura del derecho, expone una muestra de un ejercicio de *ius* teoría comparada cuyo principal destinatario es la academia, ejercicio que como se pudo apreciar no era advertido en el marco del modelo comparativo

222 *Ibid.*, 7.

simple. Así expone que los alumnos que realizan sus estudios en universidades foráneas, se constituyen en los principales agentes que contribuyen al cambio o transformación de la teoría del derecho local. Los alumnos en este proceso de aprendizaje, parten generalmente de un exponente de la teoría del derecho extranjera para iniciar su análisis antiformal o crítico del derecho nacional. En el camino de recepción de estas nuevas *ius* teorías, podrían presentarse variaciones, muchas de ellas marcadas por el ambiente o cultura legal del sitio de recepción.

Estas variaciones, acorde con el modelo y metodología del modelo comparativo simple, asumiendo que el objeto del trasplante se reduce a reglas jurídicas, no eran admisibles si provenían desde la dimensión de un “subsistema jurídico”. Se debe recordar que desde la metodología del modelo simple, se parte de una jerarquización de los sistemas jurídicos mundiales, lo que traería consigo una serie de consecuencias respecto al papel que desempeñan los subsistemas jurídicos en los ejercicios de trasplantes jurídicos o derecho comparado, entre ellas el constituirse en meras ramificaciones de los rasgos provenientes de los sistemas jurídicos prestigiosos o de producción. Es a partir de ello que la sola lectura crítica de una *ius* teoría foránea estaba vedada para los sistemas de recepción.²²³

En definitiva, para los grandes sistemas, un entendimiento distinto de la teoría del derecho en sitios de recepción, automáticamente era considerado como incorrecto o substandard, en consecuencia, no hay lugar a un argumento particularista. Siendo este el rol de los sistemas de recepción, y en consecuencia de los alumnos que se forman en su ambiente, caben dos opciones para el estudiante. El estudiante puede reclamar identidad ante la academia extranjera desde el punto de vista positivista, o desde el punto de vista multicultural. En el primer caso, este reclamo opera desde

223 Respecto al fenómeno de la recepción Jurídica, véase Andrea A. Meroi, “Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. No. 29 (2006), <www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/Revcent298.pdf>, consulta: 11 de marzo de 2015. La autora destaca las principales contribuciones teóricas que giran en torno al fenómeno de recepción y transformación. Señala: “En cada investigación jurídica que se emprende es habitual la pregunta por el origen o los antecedentes del instituto bajo estudio. También es habitual, particularmente en países como los nuestros, constatar que las respuestas jurídicas provienen de otros ordenamientos y que la originalidad es una cualidad casi excepcional. El hecho de la recepción, trasplante, intercambio, préstamo, copia, de un derecho a otro no es novedoso ni reciente. Si puede considerarse relativamente cercana la reflexión crítica acerca de este fenómeno. Esta profunda comprensión de las razones por las cuales ocurre la recepción jurídica, así como de los efectos que produce y los límites con que tropieza, es fundamental a la hora de investigar cualquier institución jurídica. Y más aún en la actualidad. Porque se vive la insatisfacción social por el funcionamiento del sistema y de la búsqueda de alternativas en experiencias ajenas que circulan vertiginosamente al igual que otros bienes de cambio. La ilusión normativista, sin embargo, puede deparar penosas sorpresas”.

la óptica de la legislación nacional, mientras que en el segundo escenario lo hace desde el punto de vista de la realidad cultural y sociológica de su sistema. Desde esta última, conforme lo señala López, se pretende defender la *ius* teoría latinoamericana, y que también es posible la generación de *ius* filosofía exportable.²²⁴

Si bien parece una tarea sencilla el reclamar identidad o una lectura particular de la *ius* teoría foránea desde un sitio de recepción, lo cierto es que al igual que sucede con otros objetos de trasplante, resulta ser una tarea sumamente compleja. Primero porque tal como sucede con cualquier otro objeto en el marco del modelo y estructura tradicional, la producción se asume como una tarea exclusiva para los sitios de producción. Así, en el caso de la *ius* teoría, el objeto de trasplante se asume como una empresa transnacional, una empresa de la que no todos forman parte o a la que no todos pueden acceder. Los autores, los argumentos llamados *ius* teóricos, ocupan un lugar encima de lo nacional, local o regional. Se trata de un conocimiento abstracto que se genera en desapego de minuciosidades regionales, nacionales o locales. Esta *ius* teoría en términos del autor, se construye ante la resistencia de la particularización, resulta ser un monopolio de los países centrales, determinado por una lectura estándar, objetiva o universal de un campo jurídico.

Desde la óptica del modelo simple de comparación, en particular desde su metodología, López cita que se considera ahora a los subsistemas jurídicos latinoamericanos como miembros de las familias occidentales, un gran paraguas que cubre tanto a la tradición romanista como al *common law*.²²⁵ Desde esta perspectiva no se cuenta con una *ius* filosofía o derecho distintivo que pueda ser usado para una contribución alternativa, somos en definitiva, meras ramificaciones. Al respecto, López Medina, con relación a este envilecimiento mimético, refiere un texto de Stephen Elkin, que sintetiza lo dicho:

América latina: al comienzo de nuestra vida republicana, cuando nuestros ideales de derecho y Estado imitaban cercanamente a los de la República francesa, éramos simplemente reproducciones imitativas de acontecimientos europeos. Y ahora, a comienzos del siglo XXI, cuando nuestros ideales de derecho y Estado imitan cercanamente a la “República Comercial” de los norteamericanos, nuestra *ius* filosofía parece una pálida sombra de nuevos autores y argumentos. Éramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás copias norteamericanas”.²²⁶

224 *Ibíd.*, 12-3.

225 *Ibíd.*, 12.

226 Cfr. Stephen L., “The Constitutional Theory of the Commercial Republic”, *Fordham Law Review* 69, No. 5. (2001), citado por López, *Teoría impura*, 13.

Frente a estas percepciones, resulta necesario señalar que si bien es cierto que la *ius* teoría se escribe desde un contexto geográfico determinado, también es cierto que no está construida para un sistema jurídico en particular; los sistemas están en la libertad de considerarla en sus ejercicios de comparación y en caso de requerirlo receptorla en sus sistemas jurídicos. Estas características de la *ius* teoría tornan necesaria una labor comparativa sumamente cuidadosa y crítica, pues los resultados de una recepción acrítica de *ius* teorías foráneas, por el solo hecho de su prestigio o grado de afinidad con el agente receptor, podría traer consigo un impacto determinante en los particularismos con los que cuentan todos los sistemas del mundo, sean estos sistemas de producción o de recepción.

López destaca algunas características relacionadas al rol de los estudiantes en los permanentes ejercicios de comparación que se emprenden diariamente desde la academia. Menciona que los estudiantes latinoamericanos de Teoría del derecho, tienen la tendencia a conformar sus propios estudios y esfuerzos a la estructura que esta visión transnacional les permite. Cita para la demostración de esta premisa, su vivencia personal. López presentó a la Universidad una propuesta de investigación que representaba una acusación contra la teoría de Hart, arraigada en un sistema prestigioso.²²⁷ Su visión particularista de un Hart con tendencia de centro a izquierda, se asumía como una lectura subestándar o particularista. Este criterio anticipado –según López– no toma en consideración que la época y cultura jurídica es trascendental para entender a Hart. Una cosa es tratar a Hart desde el punto de vista posrealista y otra dentro de una sociedad que aún no ha experimentado el antiformalismo.²²⁸

En definitiva, a los estudiantes se les concede frente a la teoría del derecho prestigiosa o transnacional, el derecho de participar en el debate aunque con la restricción de limitarse a ser seguidores y promotores fieles de alguna de sus *ius* teorías. Las contribuciones latinoamericanas a los estudios *ius* teóricos, desde esta perspectiva, se ubican como continuaciones, meras repeticiones de teorías transnacionales ya hiperestructuradas. Esta realidad, como ya se ha mencionado en líneas anteriores, no solo se ha presentado tradicionalmente en los sistemas jurídicos latinoamericanos para el caso de la importación de *ius* teorías foráneas, sino con todos los objetos de comparación que han sido parte de los ejercicios de trasplantes jurídicos que se realizan desde ese contexto. Por tanto, cabe cuestionarse nuevamente, ¿es esto un ejercicio de derecho comparado?

227 Cfr. César Rodríguez Garavito, *La decisión judicial el debate*; Hart-Dworkin, *Estudio Preliminar* (Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997).

228 *Ibid.*, 14.

Con las características expuestas se pueden definir y analizar algunos términos que utiliza el autor que resultan determinantes para comprender y estudiar críticamente la teoría impura del derecho en América Latina. En cuanto a la teoría transnacional del derecho, queda claro que se trata de un discurso abstracto, de carácter global en el que participan todos, pero no en igualdad de condiciones. En los sitios de producción se construye la teoría transnacional. Se trata de un ambiente compuesto por círculos intelectuales integrantes de Estados centrales o prestigiosos. Esta teoría circula por la periferia y se constituye paulatinamente en el “canon normalizado” del campo. Su ambiente hermenéutico es rico, en donde el lector y el creador de la teoría la entienden correctamente. Este ambiente hermenéutico rico está calificado como tal por la existencia, por ejemplo, de bibliotecas con obras originales, donde el lector puede acceder al verdadero contenido del texto y no a reinterpretaciones que podían haberse generado por distintos factores, entre ellos, por traducciones.²²⁹

Estas concepciones establecidas por el autor, se constituyen en un ejemplo de la forma como opera el modelo tradicional y su metodología de comparación. En contracara con esta realidad, particularmente contra la lógica de una teoría transnacional del derecho excluyente y su sitio de creación, López resalta la existencia de una teoría particularista cuyo origen se encuentra en los sitios de recepción. Se trataría de una teoría calificada por la teoría transnacional, como local, sin la persuasividad y circulación de la teoría transnacional del derecho, con un ámbito de predominio en sistemas periféricos. Las jurisdicciones periféricas se entenderían desde esta lógica, como hijas de las familias jurídicas y su misión como en las familias humanas es aprender mediante mimesis de sus padres.²³⁰ Su ambiente hermenéutico es pobre por carecer de la infraestructura académica necesaria para acceder a la *ius* teoría transnacional. El lector y el creador no estarían en un mismo nivel, su rol en consecuencia se limita a aplicar dichas teorías independientemente de la coyuntura política o intelectual en que nació dicha teoría.²³¹

Como respuesta a la mimesis, calificada así por la teoría transnacional, la teoría culturalista, sociológica o particular reacciona señalando que no puede existir un solo canon teórico en todos los lugares, que las ideas sufren variaciones, cambios en el viaje. Pueden sufrir cambios por las creencias y principalmente por la sociedad a la que llega. Se abre paso de esta manera a

229 López Medina, *Teoría impura del derecho*, 16.

230 Cfr. Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la postmodernidad* (Bogotá: Siglo del Hombre), 374-454.

231 *Ibid.*, 17.

una actividad que resalta la existencia de teorías particulares que impactan en la academia. Como se puede apreciar, se trata de una concepción muy similar a aquella que caracteriza a los modelos valorativo y contextual de trasplantes jurídicos. Desde esta concepción que resalta la importancia del contexto desde el cual surge y dónde llega la *ius* teoría, se deben cuestionar las características y rasgos propios de la teoría transnacional y su menosprecio por productos ajenos a su creación.²³²

Así por ejemplo, no se podría seguir asimilando que las ideas *ius* teóricas que se generen en sitios de producción sean calificadas como filosofía o teoría del derecho mientras que en los sitios de recepción no son consideradas más que antropología, sociología o historia del derecho.²³³

De esta manera, la teoría culturalista pone en duda la menor producción de teoría del derecho en sitios de recepción en relación con aquellos de producción. No se concibe que no exista desarrollo detallado e incluso sistemático de *ius* teoría en sitios jurídicos periféricos. Siendo así se pretende incursionar, a modo de una participación genuina, en el debate de la *ius* teoría transnacional del derecho. Para alcanzar tal objetivo el autor describe tres posiciones por las que podría optar un sistema periférico o subsistema jurídico, una de ellas no recomendable para alcanzar el cometido de esta investigación:

1. Reproducir la obra original, demostrando comprensión estándar de su significado.
2. Producir –con el calificativo de la teoría transnacional– una lectura substandard, mala lectura o transmutación que exige corrección, lecturas vulgares, distanciadas del verdadero significado del autor.
3. Originalidad, actividad raramente reconocida a sitios periféricos, pues se asume que son discípulos, vulgarizadores, simples ramificaciones. Cita como ejemplo para este caso al *ius* teórico Kunz, quien describe a los autores latinoamericanos como meros segui-

232 Vease al respecto, Athanase C. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique* (París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975). Para Papachristos, la recepción de derechos extranjeros es un fenómeno de sociología jurídica. Desde esta base apunta a dos caracteres: a) su condición de fenómeno excepcional, toda vez que en estos supuestos no se legisla según los datos sociológicos y teniendo en cuenta la realidad social fundamental para la sociología jurídica– sino que se recibe un derecho extranjero, b) su condición de fenómeno de aculturación jurídica, puesto que el proceso de reemplazo de un orden jurídico autóctono por otro extranjero importa que ambas culturas jurídicas entren en contacto, se confronten, se penetren. Disponible en Meroi, “Marcos teóricos sobre el fenómeno”, 88.

233 Cfr. Thomas Shannon, *An Introduction to World-System Perspectives*, 2a. ed. (Boulder: Westview, 1996).

dores.²³⁴ López cuestiona fuertemente esta caracterización y señala, en uso de un nuevo término “jurisprudencia pop” que la teoría transnacional del derecho está construida exclusivamente por la teoría de grandes eruditos, una teoría de teóricos abstracta. Su descripción –en palabras de López– deja de lado las ideas que han penetrado en la profesión legal. Esta jurisprudencia pop sería la forma de referirse a la materialización de aquellas lecturas calificadas como subestándar y que reflejarían los particularismos de los sistemas jurídicos latinoamericanos. En definitiva la jurisprudencia está compuesta por la transmutación o transformación de las *ius* teorías transnacionales desde el contexto del agente importador.²³⁵

En cuanto a la primera opción descrita, esto es la reproducción de la obra original, o del objeto originario, resulta claro que se trataría de un proceso de mimesis que no reflejaría una verdadera comparación. Un proceso de esa naturaleza, unidireccional, de estructura vertical, no involucra un verdadero diálogo y desconoce la necesidad de contar con filtros evaluativos de los trasplantes desde el contexto desde el cual surgen y del contexto al que llegan los objetos del trasplante. Prueba de esa postura, es por ejemplo, uno de los principales objetos de trasplante que llegó de manera mimética a Latinoamérica y, particularmente, al caso ecuatoriano, es el caso del Código Civil, obra a la que se han circunscrito tradicionalmente los estudios del derecho casi a modo de un dogma.

Este proceso, propio del modelo cuya metodología está sustentada en la clasificación y jerarquización de los derechos en el mundo, no puede ser concebido como un ejercicio de comparación sino de imposición o autoimposición. Una actividad mimética tiene altas probabilidades de oscurecer e incluso desaparecer los particularismos de los sistemas jurídicos.

En cuanto a la segunda opción, se debe mantener una postura cuidadosa, pues resulta claro que no toda transmutación o transformación necesariamente es positiva o respetuosa con los particularismos de los sistemas. No obstante de lo manifestado, resulta claro también que aceptar la posibilidad de una transmutación del objeto, o de una adecuación del mismo al contexto social del agente importador, ya es un avance notable para los ejercicios de comparación que se emprenden desde los sistemas jurídicos latinoamericanos. La transmutación llevaría consigo un cambio en el au-

234 Cfr. Joseph Kunz, “Latin American Legal Philosophy”, 20th, Century legal philosophy series, vol. III (Cambridge: Harvard University Press), XIX.

235 López Medina, *Teoría impura del derecho*, 29.

toestima de los sitios de recepción, consecuencia de ello se puede emprender un rescate de los particularismos que fueron aplastados producto del modelo comparativo tradicional. La transmutación se constituiría así, en el camino a partir del cual se podría asumir un proceso comparativo de tipo horizontal, y en consecuencia, el mecanismo para incursionar en el diálogo comparativo a partir del reconocimiento y muestra de los particularismos de los tradicionalmente calificados como sub sistemas jurídicos. De esta manera, podría alterarse también la concepción de que el pequeño sistema deba ser siempre el receptor del ejercicio comparativo.

Finalmente, en cuanto al proceso de originalidad, se trata como se concluyó previamente, de un proceso que no se ha asumido que pueda ser de creación de un sistema periférico, esa labor ha estado reservada tradicionalmente para los sistemas jurídicos de producción o prestigiosos. No obstante de aquello, si se asume la posibilidad de un camino del trasplante distinto al tradicional, un camino intermedio entre la producción y mera recepción, seguramente existirán mayores probabilidades de que el sistema de recepción pueda constituirse, a partir de su originalidad, en un agente de producción. Es así, que de ser tradicionalmente receptores pasivos de objetos de trasplantes se pasa a ser agentes críticos del objeto del trasplante, llevando de esta manera a la posibilidad de que el objeto salga como <a>, llegue como , y producto de la transmutación y de su evaluación contextual, se convierta en <c>. Lo complejo será, –como se ha mencionado– evaluar los efectos positivos y negativos de dicho proceso de transformación. La transmutación se convierte así, en una tesis ecléctica que se ubica en la mitad de los dos únicos caminos que originalmente admitía el modelo tradicional.²³⁶

López advierte, que la trayectoria original del objeto del trasplante se asumía que iniciaba en sitios de producción de Occidente, seguía por sitios intermedios de traducción y difusión en la semi periferia, para llegar a lugares de pasiva y total recepción. Siendo así, cabe preguntarse, desde el contexto ecuatoriano, ¿dónde podría ubicarse el Ecuador?, pues al parecer incluso entre los tradicionalmente subsistemas jurídicos existen algunos cuyo ejercicio comparativo no se reduce exclusivamente a recibir, mientras que otros no han asumido la necesidad de hacerlo y se conforman con

²³⁶ Véase, Miguel Ángel Ciuro-Caldani, *Lineamientos filosóficos del derecho universal* (Rosario: Fundación para las investigaciones jurídicas, 1979), 151, aclarando que “aunque las diferencias pueden llegar a ser muy sutiles, urge no confundir el fenómeno de recepción, apoyado en la ejemplaridad, con los fenómenos de dominación en que la transmigración es impuesta (152). Véase también del mismo autor “Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero”, *Revista de Direito Civil*, No. 8: 73 y s. Citado por Meroi, “Marcos teóricos sobre el fenómeno”, 92.

recibir cualquier objeto de trasplante bajo la calificación de un ejercicio de “derecho comparado”.

Diego López Medina, en lo relacionado a las posturas antes analizadas muestra su afinidad por la tesis ecléctica. Así, menciona que no es necesario mostrar un vibrante mundo intelectual local, criollo o precolombino para justificar la originalidad independiente de la influencia del centro. No se trata, en su criterio, que los sistemas periféricos reconstruyan una legalidad ancestral y terrígena que se oponga a la legalidad occidental. López muestra en este marco, dos estrategias insatisfactorias. La primera, una posición en que la reflexión sobre las realidades o la originalidad no son relevantes. Y una segunda postura que niega la dependencia, y pretende reinventar usualmente la historia el carácter completamente original de la teoría local. López frente a estas posturas, sostiene que no se trata de una mera copia, y tampoco de lograr pura originalidad. Una solución intermedia, en criterio del autor, sería lo más conveniente. Esta solución intermedia está constituida por el espacio entre la producción y la recepción de teorías, un espacio mucho más interesante que lo que tienen los conceptos extremos de dependencia y emancipación total. La *ius* teoría particular, en su criterio, es en sí misma una actividad de producción y no de mera recepción. La mala lectura originada en un ambiente hermenéutico pobre, –utilizando los términos peyorativos de la teoría transnacional– origina uno de los ambientes más fascinantes: “la *ius* teoría latinoamericana no simplemente copia o imita, cambia y transforma todo lo que toca”.²³⁷

De esta manera, las teorías imitativas periféricas, pueden terminar siendo tan importantes en sugerencias y desarrollo como la de las tradiciones fuertes. Su postura puede sintetizarse en los siguientes términos:

estas ideas, a pesar de ser transmutaciones o tergiversaciones no pueden ser desestimadas sin más, por tratarse de productos miméticos o traslaticos. No se trata de “errores” que requieran de corrección mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios. Las lecturas tergiversadas no pueden ser reemplazadas por lecturas normalizadas, hay que reconocer su posibilidad de transformación.

Las ideas expuestas por el profesor López Medina resultan muy importantes para el análisis crítico. Fundamentalmente porque cuestiona una concepción que usualmente provendría exclusivamente de los sitios de producción, se refiere al hecho de pensar que cualquier variación del objeto de trasplante original, necesariamente deviene en un error que debe ser corregido. Se considera que no en todos los casos dichas críticas

237 *Ibid.*, 34.

proviene desde los sistemas prestigiosos, sino que en muchas ocasiones es el propio sitio de recepción quien asume que una transformación de una *ius* teoría o cualquier otro objeto de trasplante a nivel local automáticamente es incorrecta o debe ser corregida. Lo más preocupante, es que se pretenda hacer dicha corrección desde la dimensión de una teoría u objeto foráneo, pues aquello terminaría por retomar el postulado central del modelo tradicional, esto es, que los sistemas jurídicos latinoamericanos conformen su actividad en repetir miméticamente teorías o prácticas foráneas, aquello también daría razón a la postura renuente al recurso al derecho comparado, pues sería una clara muestra de pérdida de soberanía y autonomía.

En razón de lo dicho resulta fundamental asumir que no toda transformación del objeto del trasplante es necesariamente un error, tampoco que deba ser corregido a partir de prácticas foráneas. Acorde al modelo contextual, en caso de requerirse, dichas correcciones deben emprenderse desde la dimensión sociológica de los sistemas jurídicos. Esta verificación se realizará más adelante a propósito de los rasgos comunes del sistema jurídico-constitucional ecuatoriano.

Así entonces, López define a la transmutación o la tergiversación, como la posibilidad de la variación, adaptación e incluso creación de objetos por parte de los sitios tradicionalmente concebidos como de recepción. Es necesario el estudio cuidadoso de estas transformaciones que revelarían usos locales tan, o incluso más interesantes que la historia de esas mismas ideas en sitios de producción. El estudio de dichas transformaciones advertibles en los sistemas latinoamericanos, producto de los ejercicios de comparación, deben necesariamente ser analizados, pues ahí está la teoría original con la que siempre han contado los sistemas jurídicos periféricos. Escritos, autores, como se verá más adelante, cambian su significado normalizado en contextos de producción y asumen nuevas responsabilidades y direcciones en contextos de recepción. Pueden convertirse en insignias de lucha para la aplicación de esa teoría en el ámbito local.²³⁸

En lo relacionado a la postura de López Medina, su coincidencia con el proceso de transmutación en los ejercicios comparativos, surge una postura sumamente crítica por parte del profesor argentino Roberto Gargarella. Las críticas de Gargarella se pueden resumir en dos posturas, la primera relacionada al origen de la teoría planteada por López Medina, haciendo alusión a que se trata de una teoría sintomática. Sostiene a partir de ello que los profesores de López se hubieran llevado la misma sorpresa ante su

238 *Ibid.*, 36-7.

lectura de Hart, si el autor hubiera escrito su tesis, digamos, no en Harvard, sino en la Universidad de Buenos Aires.²³⁹ La obra, según Gargarella, no ofrece apoyo empírico, sociológico; su obra debió apoyarse en algo más que recuerdos juveniles del autor. Críticas similares, respecto a la cientificidad de la *Teoría impura del derecho* de López Medina, son advertidas por las profesoras colombianas Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo:

Como se mencionó, una de las ganancias que el texto de López Medina le atribuye al ejercicio que supone la teoría impura es la ganancia en términos científicos. Aquí queremos argumentar que el esfuerzo por resaltar esta ganancia implica para el autor defender la intertextualidad, en desmedro de una crítica de las estructuras internas del saber, y oculta los efectos de distribución del poder que tiene la teoría impura en Latinoamérica. Para López Medina la teoría impura consiste en rastrear las transmutaciones que sufren los textos cuando “viajan” de contextos de producción a contextos de recepción. Esta exploración, sin embargo, no incluye la indagación por las razones y los fines de las transmutaciones más allá de lo que los textos mismos sugieren, esto es, no incluye un estudio de las motivaciones y efectos políticos y económicos de las tergiversaciones.²⁴⁰

En cuanto a la segunda crítica, esta se sustenta en el proceso de transmutación que defiende López Medina. Señala Gargarella que se menciona a los procesos de producción, transmutación, recepción, pero no se desarrolla con propiedad el modo en que las distintas teorías reaccionan dentro de una misma comunidad; la manera en que esas teorías son receptadas, el modo en que distintos grupos locales se disputan la apropiación del conocimiento. Para el autor argentino, la transmutación aludida por López no siempre es buena, y cuestiona que en su criterio no exista la advertencia de correcciones en caso de que el producto sea manipulado bajo el lema de transmutación.

Así menciona que la trasmutación positiva, tan solo es una de las múltiples formas posibles en las que un texto o una teoría pueden ser receptados. La mala lectura se genera por razones entendibles, pero no justificables, como por ejemplo crisis económicas que repercuten en la academia, bibliotecas y dificultad para acceder a un material o teoría jurídica actualizada. Las dificultades económicas, según Gargarella, influyen en el trabajo de la academia. Muchos de los integrantes de las comunidades jurídicas están obligados a trabajar en exceso, quitando tiempo y posibilidades a su formación intelectual. En Argentina, a diferencia de Colombia,

239 Roberto Gargarella, “Crítica del Estado del derecho. Comentario a ‘Por qué hablar de una teoría impura del derecho para América Latina’, en Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho*, 164.

240 Helena Alviar e Isabel Cristina Jaramillo, “Políticas de un particularismo transmutado”, en Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho*, 114-5.

casi no existe academia jurídica independiente, la mayoría de profesores deben dedicarse a la profesión simultáneamente para contar con un nivel salarial decente.²⁴¹

Según Gargarella, López se rehusaría a admitir la posibilidad de errores en el proceso de transmutación, y sugiere como aporte a su teoría, la incorporación de un proceso de corrección y crítica a esos errores. Fundamenta su crítica y los riesgos de asumir que toda transmutación es buena, a partir de algunos ejemplos. Por un lado señala que si por la razón que fuere, se comienza a difundir y materializar una interpretación de Dworkin en contra de homosexuales, inmigrantes, diferentes, aquello no puede concebirse como un proceso positivo de transmutación, debe ser objeto de corrección y rechazo, se trata de lecturas pobres y distorsivas. Aquella corrección, en su criterio, es justa con los autores originales, ser honestos, autocríticos en las discusiones, y más respetuosos con los derechos de los individuos afectados por la mala utilización de la teoría.²⁴²

La manipulación, conforme señala Gargarella, tal como sucede con la copia no puede ser objeto de legitimación bajo la denominación de transmutación. Muchos actores de la novela jurídica latinoamericana se apoyan en alguna teoría del derecho con el único objetivo de manipularla, poniéndola al servicio de las decisiones que quieren apoyar, y que intuyen, pero que carecen de sustento intelectual. Esta afirmación del autor encuentra sustento en un ejemplo propuesto desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación de Argentina, a propósito de la manipulación dada a la teoría de Ronald Dworkin y la suya propia:

La Corte consideró válida la decisión administrativa de denegarle la personería jurídica a la comunidad homosexual, en razón de que dicha institución tendría como fines algunos contrarios a lo que la Corte consideraba bien común.

En uno de los votos calificados como “uno de los más horribles de la historia”, el juez Boggiano citó para sustentar su decisión a Dworkin y Ely en apoyo de su postura ultra católica, activamente hostil hacia los derechos de los homosexuales.

Boggiano manipuló el trabajo de dos autores cuya obra se destaca justamente por una sistemática y fuerte defensa de los derechos de la minoría, teorías que servirían de respaldo para resolver posteriormente un caso como este de manera opuesta.

Por otro lado la Cámara Nacional de Casación citó un trabajo de autoría de Gargarella direccionado a argumentar en contra de la criminalización judicial de la protesta para dar fundamento a una decisión criminalizadora de la protesta.²⁴³

241 Gargarella, “Crítica del Estado de derecho”, 168.

242 *Ibid.*, 169.

243 *Ibid.*, 170.

Gargarella refiere que casos como este son muy frecuentes en los sistemas jurídicos latinoamericanos. A pretexto de la transmutación terminan utilizando la teoría del derecho de tal forma que pretenden legitimar con ella una decisión o cualquier otra forma de crear derecho. En criterio del autor debe mantenerse la guardia crítica ante las referencias hechas por las autoridades judiciales locales: los jueces en sus decisiones, los profesores en sus clases, los doctrinarios en sus escritos a las teorías trasplantadas. Muchas de las teorías presentadas como verdaderas y objetivas resultarían objetables y merecerían ser rechazadas, se tratan de casos de mala fe.²⁴⁴

El profesor argentino coincide con López en la existencia de casos buenos que son producto de la transmutación, también en la necesidad de cuestionar una actitud seguidista y pasiva frente a lo producido en el exterior. No obstante, aporta a su vez con un elemento adicional, este es, la necesaria actitud crítica por parte del jurista, pero no solo respecto a los textos provenientes de la denominada teoría transnacional del derecho, sino respecto a cualquier texto, sea este producido en el norte o en el sur, en Colombia o en Argentina. Gargarella insiste en que López no advierte la posibilidad de errores en el proceso de transmutación y enfatiza en la necesidad de explicar nuestro inventario de ideas, sus orígenes y desarrollo, y al mismo tiempo criticarlo y efectuar las correcciones en caso de ser necesario. Al respecto Gargarella señala:

Si nuestros jueces y profesores comienzan a utilizar los textos de Dworkin para justificar la opresión de las minorías, habrá que decirles una y mil veces que están equivocados y no aplaudirlos por el modo creativo que transmutan a dichos autores; habrá que decirles que están haciendo mala teoría, que están distorsionando el sentido original de aquellos textos.²⁴⁵

A partir de lo expuesto se puede concluir que existen más puntos de convergencia que divergencias entre López y Gargarella. Los dos *ius* teóricos cuestionan la actividad meramente receptiva, pasiva que tradicionalmente han tenido los sitios de recepción y destacan a partir de ello la necesidad de asumir una posición crítica que rescate la teoría particularista. En cuanto a la principal divergencia que existiría, se puede decir que incluso esta no resulta tal, Gargarella cuestiona que la teoría de López, particularmente su proceso de transmutación no admite la existencia de errores y en consecuencia aplaudiría cualquier tipo de mala lectura. Lo cierto es que López Medina sí advierte la posibilidad de errores en el proceso de trans-

244 *Ibid.*, 171.

245 *Ibid.*, 172.

mutación y en consecuencia también propone una corrección. Esta corrección, en criterio de López, debería realizarse desde el contexto del sistema de recepción y no a partir de *ius* teorías transnacionales.

Este punto resulta medular, pues –como ya se dijo anteriormente– de nada servirá el proceso de adaptación o transformación del objeto del trasplante si finalmente se termina evaluando dicho cambio a partir de una *ius* teoría abstracta y no se consideran los particularismos de los sistemas. Por otro lado, se debe considerar que el proceso de manipulación al que hace alusión Gargarella, si bien resulta cuestionable y requiere de correcciones, no puede ser asimilado al proceso de transmutación que propone López. La manipulación, tal como se vio con los ejemplos en la jurisprudencia de la Corte de la Nación Argentina, involucra una intencionalidad de utilizar indebidamente una *ius* teoría y a partir de interpretaciones antojadizas buscar legitimar una posición a través de ella.

Esta manipulación no asume un proceso de transmutación, pues en lugar de propiciar la generación de una teoría local, lo que hace es conservar la autoría y denominación de la *ius* teoría transnacional y aplicarla de manera antojadiza. El ejemplo de Dworkin es sumamente claro, el juez Boggiano no realizó una interpretación contextual de su teoría, lo que hizo fue citar al *ius* teórico y le atribuyó conceptos y posturas que el autor no sostiene. A diferencia de esto, la transmutación que propone López no involucra mantener la autoría del *ius* teórico transnacional que fue objeto del trasplante y utilizarla antojadizamente, sino transformarla a partir de su interpretación contextual para la configuración de una teoría local, que ya no mantendrá el nombre de la teoría transnacional sino que será la teoría del sitio de recepción.

En otras palabras, la teoría de Dworkin puede ser objeto del trasplante, no obstante, se asume que esta sufrirá necesariamente cambios ya sea en el camino o al momento en que llega al sitio de recepción, de esta manera la forma como se entenderá y aplicará dicha teoría ya no responderá necesariamente a la teoría original. Por esta razón cobra importancia el tipo de corrección que plantea López, pues si se trata de un objeto transmutado, particularista, esta no puede seguirse evaluando desde la *ius* teoría original, se trata de una nueva teoría –inadmisible para un sitio de recepción desde el modelo simple–, que debe necesariamente ser evaluada desde el contexto en el que se asumieron dichos cambios. La variación, adaptación ya es un proceso de creación.

Es así, que este proceso de transmutación no debe ser visto como el camino para distorsionar ilegítimamente las *ius* teorías transnacionales, sino como el camino necesario que deben asumir los sistemas de recepción para

recuperar su autoestima y mostrar al mundo sus particularismos. Sin duda que en estos procesos se encontrarán muchos errores, pero esta conclusión solo se puede alcanzar luego de un profundo análisis crítico contextual, no podríamos apresurarnos a cuestionarlos tan solo por ser diferentes al objeto original del trasplante jurídico. Una postura prejuiciada frente a los procesos de transmutación a lo único que llevará es a una auto imposición de rasgos o teorías foráneas, retomando de esta manera, el modelo simple y su metodología tan lesiva para los particularismos de los sitios de recepción. En esta línea, si bien Gargarella no coincide del todo con el camino de transmutación, lo cierto es que aporta a la teoría comparativa de López con la inserción de un concepto adicional que merece ser cuestionado y analizado en los ejercicios de comparación, esto con respecto a los casos de manipulación.

Una vez analizadas las posturas advertidas, es preciso para un mayor entendimiento del proceso de transmutación que plantea López, que se analicen algunos ejemplos que plantea el autor desde la noción del sistema jurídico colombiano y su proceso de recepción y transmutación de *ius* teorías foráneas. Así menciona, que Hart y Kelsen aparecen como positivistas en sitios de producción mientras que, producto de la interpretación de dichas teorías desde sitios de recepción, los dos teóricos podrían aparecer como rivales. Lo mismo sucede con el debate entre Hart y Dworkin, muchas veces asumido de manera mimética por parte de la academia latinoamericana, sin concebir que conforme al contexto latinoamericano, dicho debate quizás no existiría, ambos teóricos desde la lógica de un sistema influenciado tradicionalmente por el formalismo jurídico, serán vistos como promotores de una concepción amplia del derecho.²⁴⁶

Lo que interesa, conforme lo señala López, es no limitarse a la transmutación sino a la forma como el trasplante sirve para entender el concepto local del derecho. Es necesario detectar y describir las formas como la transmutación ha generado cultura jurídica local, para cumplir con los fines descriptivos, prescriptivos y predictivos que cualquier teoría está llamada a realizar. Se trata de generar un sentido de tradición, relevancia y autoestima de la teoría periférica, usualmente absorbida por la teoría transnacional del derecho. Cabe explorar sistemáticamente las malas lecturas, aquello permitirá, en palabras de López, la construcción de jurisprudencia pop. López enfatiza en la necesidad de estos procesos de transmutación a fin de conseguir la auto apropiación de jurisprudencias particulares, usualmente invisibilizadas.

246 López Medina, *Teoría impura del derecho*, 66-7.

Sin un análisis de dichas transmutaciones no será posible reconstruir una teoría cultural del derecho en América Latina. Se debe precisar que la transmutación es solo uno de los caminos del trasplante, que se muestra principalmente como una reacción a la tesis mimética de recepción, pero se debe ser enfáticos en que la teoría local del derecho no solo proviene de ejercicios de trasplantes jurídicos desde el exterior, sino que incluso existen muchos particularismos en los sistemas jurídicos que obedecen a la cosmovisión e historia de sus pueblos. Es así que aportaríamos a esta preocupación por la reconstrucción de la teoría local con la necesaria identificación y análisis de los particularismos que existen en los tradicionalmente denominados subsistemas, se trata de mostrar que los sitios de recepción también cuentan con las características y posibilidades para ser agentes de producción o referentes para ejercicios de comparación que se realicen desde otros contextos geográficos.

A propósito de esta necesaria revisión y análisis de los procesos de transmutación López da un paso adicional en sus planteamientos y propone técnicas de transmutación, es decir, formas como se pueden analizar los procesos de transformación desde los contextos latinoamericanos, en algunos casos de manera intencionada pero en otros a causa del ambiente hermenéutico. Se tratan de los procesos de clinamen, tessera y reinterpretación.²⁴⁷

En cuanto al clinamen²⁴⁸ se refiere, este es considerado por el autor como un proceso de desvío débil, influenciado categóricamente por el denominado ambiente hermenéutico pobre. El lector de una *ius* teoría transnacional no capta o no entiende una parte del argumento que un lector estandarizado sí entendería. López advierte que los desvíos incluso podrían ocasionarse como consecuencia de una mera traducción del texto original.

Como segundo proceso de transmutación, López identifica a las "piezas de mosaico o tessera"²⁴⁹ producida por una lectura selectiva o enfatizada de segmentos de la teoría transnacional. Se sustenta en la capacidad de seleccionar dos argumentos *ius* teóricos, dos autores e interrelacionarlos por medio de la transmutación, tomando interpretaciones aisladas de cada uno de ellos. Cita como ejemplo uno de los casos más importantes de recepción de *ius* teorías en América Latina, la influencia de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen en la región. Según López, Kelsen en Latinoamérica se plasma en los capítulos 1, 2, 3 y 5 de la primera edición de la *Teoría pura del derecho*, consecuencia de esa lectura se concluye que el derecho es una ciencia pura, no es moral ni justicia. Advierte López que en los sitios de recepción

247 *Ibíd.*, 55-60.

248 *Ibíd.*, 64.

249 *Ibíd.*, 65.

se han omitido otros argumentos de Kelsen, concretamente aquellos que constan en los capítulos 4 y 6 de la teoría pura, en donde se deja en claro la disolución de los dualismos tradicionales, y se reconoce que la interpretación exegética no puede resolver con certeza las indeterminaciones en el sistema, se ha enfatizado desde la academia en algunos argumentos de Kelsen y se ha desenfocado en otros. De esta manera el Kelsen latinoamericano es diferente al Kelsen que escribe desde un sitio de producción.²⁵⁰

A propósito de este ejemplo, en armonía con el análisis precedente, se puede concluir que este no sería un ejemplo de transmutación, sino de manipulación, pues se ha mantenido hasta la actualidad desde la lectura dada en sitios de recepción, una teoría calificada como “de Kelsen”, cuando lo cierto es que se trata de una teoría particularista que no responde a su creador pero que ha mantenido su presunta autoría. Sin duda se trata de un ejemplo preocupante que reafirma la postura de Gargarella relacionada a la necesidad de emprender una lectura crítica y asumir la existencia de manipulaciones que terminan en la utilización de teorías para justificar fines políticos o contextuales. Resulta asombroso que hasta hoy se sigan atribuyendo los rasgos de los sistemas latinoamericanos a Kelsen, cuando lo cierto es que su teoría no influyó de manera determinante y exclusiva en su concepción de derecho.

Finalmente, López hace alusión al tercer proceso de desvío, la reinterpretación. Esta técnica se sustenta en la interpretación que se realiza de la teoría transnacional en un sitio de recepción, una interpretación que difiere de aquella imperante en un sitio de producción. Los teóricos nacionales tienden a agrupar autores de la teoría transnacional de manera distinta, generan alianzas insospechadas entre teorías del derecho, es el caso del debate Hart vs. Dworkin.²⁵¹

A partir del análisis precedente se puede concluir que esta teoría comparada para el caso de los sitios de recepción, de autoría del profesor López Medina, cuenta con algunas características que merecen ser identificadas. Primero, se trata de una teoría que se construye sobre la base de la tesis cultural, aquella que propende a rescatar los particularismos de los sitios de recepción. Se constituye de esta manera en una tesis crítica del modelo simple y su metodología que invisibilizaron e invisibilizan aún los particularismos de los subsistemas jurídicos.

Segundo, cabe señalar que esta teoría comparada se sustenta principalmente en mostrar un camino distinto en el proceso del trasplante, se trata del proceso de transmutación, un camino intermedio entre la producción

250 *Ibid.*, 66.

251 *Ibid.*, 66 y 7.

y la mera recepción. A partir de transmutaciones, malas lecturas desde el contexto de los sitios de recepción, se erige la construcción de una técnica científica para el análisis comparativo del derecho. Se trata de una teoría que se preocupa por la forma como los abogados, académicos, adoptan, adaptan y transforman las ideas provenientes de la teoría transnacional del derecho. La forma como a partir de esa transmutación se alcanza la eficacia del derecho comparado en los sitios de recepción.

En cuanto al objeto del trasplante, la teoría de López muestra un nuevo alejamiento con el modelo simple de trasplantes jurídicos, pues muestra que el objeto no se limita a reglas jurídicas, en este caso se trata de una teoría que evidencia un proceso de comparación de *ius* teoría. Paralelamente a esta característica, el aporte de su teoría es fundamental para sistemas con una influencia originaria del formalismo jurídico, pues se puede advertir el nexo causal entre la teoría del derecho y los trasplantes jurídicos. La implementación de una teoría comparada intermedia a los procesos extremos. La *ius* teoría ha sido tradicionalmente excluida del análisis comparado. Generalmente, los abogados insisten en ejecutar ejercicios de comparación de baja intensidad, sustentados únicamente en la comparación de reglas jurídicas, particularmente de las leyes. René David denunció oportunamente una confusión entre derecho comparado y legislación comparada. Un ejercicio de legislación comparada obstaculiza una verdadera comprensión del sistema jurídico extranjero. Conocer la legislación de otros sistemas no equivale a una verdadera comprensión del sistema jurídico extranjero.²⁵²

Se trata en definitiva de reconstruir una teoría comparativa del derecho que no confunda la ley con el derecho. Para entender el derecho extranjero, antes que recurrir directamente a las normas, hay que entender los contextos culturales. David critica a juristas, que sin conocer el sistema de fuentes de otro país, dicen no encontrar leyes que regulen un tema, cuando, debido a su diversa estructuración de fuentes del derecho, la ley no es necesariamente el lugar primario de resolución jurídica de los conflictos.²⁵³

La metodología de legislación comparada, –según López–, proyecta el perjuicio legocéntrico francés a innumerables jurisdicciones que no tienen un sistema de fuentes reducido a la ley. El estudio de la legislación comparada, también llamado modelo pragmático, proyecta la idea según la cual se entiende el derecho como un conjunto de decisiones estatales, cuando no todos los sistemas son estatocéntricos ni legocéntricos. Realizar ejercicios de comparación a partir de la metodología de legislación comparada

252 *Ibíd.*, 73-4.

253 Cfr. René David, *Tratado de derecho civil comparado: Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo* (Madrid: Editorial de Derecho Civil Privado, 1953).

deviene en desconocer la historia, la cultura e incluso las religiones de los sistemas jurídicos.²⁵⁴

Esta teoría comparada de López Medina, también llamada Teocomp es un esfuerzo para poner sobre la mesa la importancia y significado del trasplante teórico en las estructuras de los sistemas jurídicos periféricos. Su propósito es generar una visión del derecho comparado basado en las teorías o concepciones del derecho que informan la práctica de los abogados y jueces de otras jurisdicciones. Con estos antecedentes, se puede responder al cuestionamiento que se hacía al inicio de este análisis, ¿la teoría impura del derecho es una teoría contraria a la teoría pura del derecho de Kelsen?, la respuesta es no. Su denominación de teoría impura obedece a una teoría comparativa que se construye a partir de la terminología peyorativa que proviene de la teoría transnacional, sobre malas lecturas, impurezas, transmutaciones generadas por los sitios de recepción. Una teoría que busca rescatar el autoestima de los tradicionalmente considerados subsistemas jurídicos a partir de la identificación de sus particularismos. Es un ejemplo categórico de la aplicación del modelo complejo de trasplantes jurídicos, donde se advierten nuevos objetos de trasplante, una nueva estructura comparativa, nuevos caminos de trasplante, en definitiva, muestra una nueva visión de la importancia y funciones del derecho comparado para los sitios de recepción.

254 López Medina, *Teoría impura del derecho*, 75.

Capítulo 3

UN MÉTODO DE COMPARACIÓN Y SU COMPROBACIÓN EMPÍRICA

A partir del análisis crítico de los modelos comparativos que marcan los trasplantes jurídicos, y del debate *ius* teórico que gira en torno a la construcción de una teoría comparativa latinoamericana, se procurará aportar con un método comparativo crítico que pueda ser utilizado para realizar ejercicios de derecho comparado que permitan visibilizar y evaluar los particularismos de los sistemas jurídicos periféricos. Esta metodología de comparación será de utilidad para los juristas, independientemente del destinatario y de la rama del derecho de la que se trate.

Finalmente, como muestra de la funcionalidad del método, se lo aplicará para la evaluación de las corrientes constitucionales presuntamente receptadas y subyacentes al sistema jurídico ecuatoriano; es el caso del neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo democrático. Para alcanzar tal objetivo, se seleccionarán dos instituciones, cada una de ellas esencial dentro de las corrientes antes advertidas, se trata del principio de aplicación directa de la Constitución y el concepto de rigidez constitucional, respectivamente. Producto del análisis, y como fase final del método propuesto, se realizará una aproximación a la teoría constitucional ecuatoriana.

Propuesta de un método comparativo crítico

A partir de las conclusiones obtenidas en los capítulos precedentes, se pudo advertir la necesidad de contar con un método de comparación del derecho. Un método que se traduzca en un instrumento que tenga como base el análisis de los principios filosóficos que subyacen detrás de la superficie de las reglas. Esto resulta necesario para comprender el derecho extranjero, la tarea fundamental es entender su teoría del derecho y no simplemente las normas del sistema. Una teoría del derecho, en términos de López, puede llegar a ser una ayuda imprescindible en el derecho comparado. No basta con aprender o describir las reglas menudas de un sis-

tema, es necesario entender que piensa la comunidad acerca de las reglas y cómo concibe el campo legal, es decir, se requiere comprender la teoría del derecho prevaleciente en el sistema.²⁵⁵

Una metodología de comparación, por lo tanto, no solo aporta en los ejercicios de comparación que diariamente deben emprender los juristas, sino que incluso se constituye en una herramienta para aproximarse a un rasgo fundamental de los sistemas jurídicos periféricos, un rasgo que influye y marca la concepción del derecho dentro del sistema, es el caso de la *ius* teoría predominante. La escuela de pensamiento jurídico predominante ha sido asumida generalmente como un producto que proviene necesariamente de la *ius* teoría transnacional. Lo cierto es que siempre se ha contado con rasgos particulares, se trata de visibilizarlos y emprender estudios académicos rigurosos para identificar sus aportes y perjuicios.

Es común por ejemplo, que en el caso ecuatoriano se haga referencia sin mayor análisis, a la predominancia de una escuela de pensamiento neoconstitucionalista de corte europeo, o a la influencia de un constitucionalismo democrático regional. Dichas denominaciones no son atribuidas en el mayor de los casos por *ius* teóricos periféricos, sino que han sido calificadas así por la propia *ius* teoría transnacional, en un nuevo intento de apropiación de la teoría local.²⁵⁶

255 Sobre la utilidad de la teoría del derecho para la comprensión de los sistemas jurídicos, véase, especialmente, Luigi Ferrajoli, “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”, en Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso, Manuel Atienza Rodríguez, edit., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008).

256 Muchos son los autores nacionales que han denominado de manera pasiva a la teoría constitucional ecuatoriana como neoconstitucionalismo. No obstante, existen otros, como el profesor Ramiro Ávila Santamaría, que a nuestro criterio plantea una visión crítica de dicha denominación necesaria para elaborar el marco de esta investigación. El profesor Ávila Santamaría asume la existencia de un neoconstitucionalismo no solo ecuatoriano, sino andino. Cabe precisar que el autor no parte de la noción de un trasplante teórico transnacional –neoconstitucionalista– sino que atribuye dicho calificativo a los rasgos particulares del constitucionalismo que se reflejan desde las dimensiones de las Constituciones de los países andinos. Si bien compartimos esta postura crítica, que procura visibilizar los particularismos del sistema constitucional ecuatoriano, y desvanecer una mimesis con el neoconstitucionalismo europeo. Véase Ramiro Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino* (Quito: UASB-E / Huaponi, 2016), 34 y 40), no coincidimos que la aproximación y evaluación de dichos particularismos deba darse desde las normas constitucionales y no desde la jurisprudencia o forma de aplicación de las mismas. En criterio del autor, este tipo de evaluación, devendría en una falacia de tipo realista. Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 36. En nuestro criterio, la evaluación de los particularismos del sistema constitucional ecuatoriano, así como la construcción o desciframiento de una teoría local –o regional–, si bien debe partir de la Constitución, debe concentrarse en su eficacia, siendo imposible desconectar el vínculo entre las prescripciones constitucionales y las normas que se generan producto de su interpretación o mutación –según sea el caso–. En definitiva, la realidad debe ser el parámetro de verificación y evaluación del sistema constitucional, –tesis del espejo– siendo claro que en muchas ocasiones los problemas de eficacia de la norma constitucional no necesariamente son generados por

Por estas razones, se ha considerado necesario proponer, con ayuda de los distintos modelos comparativos, de la teoría impura de Diego López y los aportes críticos de Roberto Gargarella, una metodología crítica de derecho comparado. Esta metodología debe tomar en consideración uno de los principales justificativos que marca la importancia del derecho comparado, es el caso de la globalización. Siendo así, con el aporte originario de las familias jurídicas, de sus distintas concepciones del derecho, se puede asegurar que esta metodología de comparación necesariamente debe considerar el carácter interdisciplinario del derecho y no ceñirse a una sola de las dimensiones de evaluación del derecho.

En consecuencia, con estas dos características, el modelo comparativo necesariamente debe permitir el diálogo comparativo entre todos y en igualdad de condiciones. De esta manera, en primer lugar se debe asumir que no existen subsistemas jurídicos, sino que todos los ordenamientos jurídicos del mundo son sistemas jurídicos. Segundo, no se puede seguir asumiendo que los ejercicios de comparación solo se pueden dar entre sistemas cuyo origen se encuentre en una sola familia jurídica, el derecho es dinámico y en consideración a ello no es posible calificar *a priori* la improcedencia de un ejercicio de comparación con un sistema jurídico que se asume anticipadamente como diferente. No debe olvidarse que de la diferencia es justamente de donde se obtienen los mejores réditos del ejercicio de comparación.

Finalmente, dicho método debe tener como función principal el rescate de los particularismos de los sistemas jurídicos periféricos. Tratándose de un ejercicio de derecho comparado el método de comparación debe agrupar necesariamente los distintos modelos comparativos analizados, estos son los modelos valorativo, pragmático y contextual. Producto de dicha metodología crítica, se podrá identificar el camino del trasplante y evaluar desde la transmutación, producción e incluso manipulación, los objetos de comparación.

Con estas consideraciones, la metodología de comparación propuesta a continuación está compuesta por varios pasos, todos ellos esquematizados acorde al análisis desarrollado a lo largo de esta investigación. Cabe precisar que el jurista puede utilizar indistintamente todos ellos a

los aplicadores o intérpretes, sino que también pueden ser producto de deficiencias en la técnica de redacción de las prescripciones constitucionales. En otras palabras, el constituyente también puede ser el responsable de la falta de eficacia de la Constitución. Así, el margen nacional de apreciación de un Estado que se llame constitucional no puede ni debe medirse exclusivamente desde las prescripciones constitucionales, sino desde su eficacia, caso contrario generaríamos una suerte de formalismo constitucional. Esto lo comprobaremos a lo largo de esta investigación.

efecto de realizar su ejercicio de derecho comparado, no obstante, como se verá a continuación, se sugiere un orden que metodológicamente puede aportar de mejor manera a alcanzar los resultados pretendidos con la comparación.²⁵⁷

Se debe precisar, antes de pasar a la descripción del método, que los pasos que se mostrarán en el método deberán constar en el ejercicio de derecho comparado, según la finalidad que se persiga, dependiendo si se trata de emprender un ejercicio de derecho comparado de cero, o si lo que se pretende es evaluar un objeto ya trasplantado al sistema. Finalmente, se debe rescatar que los parámetros de evaluación del trasplante que constan en la metodología deben aplicarse a todos los sistemas jurídicos que formarán parte del ejercicio de comparación, incluyendo aquel del lugar donde el agente emprende el ejercicio de comparación.

Paso 1: Identificación del tema u objeto del trasplante

El jurista debe asumir que el derecho no se reduce a reglas jurídicas, en consecuencia, su tema u objeto de investigación puede ser diverso e interdisciplinario. Para este efecto, el análisis de las familias jurídicas aporta sustancialmente.

Paso 2: Tertium comparationis

Selección de dos o más sistemas jurídicos mundiales: independientemente de su familia de origen. Se sugiere, de preferencia, sistemas que reflejen un tratamiento distinto del tema u objeto. Es preciso insistir que

²⁵⁷ Cabe precisar que existen varios métodos de comparación. Así por ejemplo, de conformidad con los trabajos de Giuseppe de Vergottini y Alessandro Somma, los cinco pasos de su metodología de comparación son: 1. Identificación del tertium comparationis o problema común. 2. Descripción sobre las instituciones jurídicas vinculadas con la comparación tanto en los sitios de producción como en los sitios de recepción. 3. Identificación de los contextos sociales, económicos, políticos y culturales. 4. Realizar el ejercicio de semejanzas y diferencia. 5. Identificar y explicar conclusiones como resultado de la comparación consistente en tipos de trasplantes jurídicos. Por su parte de acuerdo con Paolo Biscaretti di Ruffia, el derecho constitucional comparado se ha forjado con base en el método comparado, el cual se aplica básicamente de tres formas según el estudio del profesor paraguayo Jorge Silvero Salgueiro titulado "El método funcional en la comparación constitucional": 1, se comparan dos o más Constituciones, 2. Se estudia un tema específico en varios órdenes constitucionales o, 3. Se comparan de un modo funcional soluciones a problemas concretos. Por su parte, según Konrad Zweigert, el Método funcional, analiza la situación político constitucional de un país o región, se identifica un problema constitucional concreto o grupo de problemas y, se indaga en otros órdenes constitucionales la forma en cómo fue tratado o resuelto el problema en cuestión con la idea de encontrar la mejor solución posible. <<http://transplanteslegales.blogspot.com>>, consulta: 10 de abril de 2015.

acorde a este método no existen subsistemas jurídicos, todos los ordenamientos jurídicos del mundo son sistemas jurídicos.

Paso 3: Parámetro de evaluación del trasplante: Dimensión valorativa o abstracta del derecho

Con relación a este primer parámetro de evaluación, el jurista debe investigar la dimensión abstracta de los sistemas jurídicos que serán parte del ejercicio de comparación; tanto foráneos como nacionales. Aquella dimensión intangible que estaría compuesta por componentes históricos, políticos, teóricos, entre otros. Se trata de un primer ejercicio de aproximación a la que sería la escuela de pensamiento jurídico que subyace al sistema jurídico formalmente considerado. Para tal efecto, el jurista puede recurrir a la *ius* teoría transnacional como nacional que se ha escrito en torno a las características formales y contextuales de esos sistemas jurídicos; así como al modelo de Estado que se reconoce en esos sistemas, generalmente reconocido en el art. 1 de las Constituciones nacionales.

Esta primera aproximación servirá para tener una primera percepción de la que sería su corriente jurídica predominante. Entre las opciones de las escuelas de pensamiento que podrían advertirse están por ejemplo, corrientes *ius* naturalistas, formalistas, realistas, antiformalistas, neoconstitucionalistas, o simplemente corrientes particulares del derecho propias de esos sistemas jurídicos. En este primer momento se emprenderá, por tanto, un ejercicio en el que el objeto de la comparación será la *ius* teoría. No obstante, se debe precisar que acorde con un verdadero ejercicio de derecho comparado, crítico, como el que se propone, el jurista no podrá conformarse con asumir miméticamente las conclusiones que arroje dicha *ius* teoría con relación a la predominancia de una o varias corrientes jurídicas en particular.²⁵⁸

El deber del jurista será evaluar y comprobar críticamente en su ejercicio de derecho comparado, la certeza de esas conclusiones. Para alcanzar tal objetivo, el jurista deberá analizar necesariamente la dimensión pragmática o formal de ese sistema jurídico y principalmente, desde su dimensión de eficacia o contextual, aproximarse a la que sería realmente la escuela de pensamiento jurídico predominante. Si bien los resultados podrían reflejar una coincidencia entre las tres dimensiones: valorativa, pragmática y con-

258 Son muchas las contribuciones al ejercicio de la crítica antes de entrar al trasplante. Por ejemplo, para el caso de la justicia transnacional colombiano, Astrid Orjuela Ruiz y Carlos Lozano Acosta, "La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 14, No. 1 (2012). Para una valoración en términos económicos, Ugo Mattei, "Efficiency in legal transplants: An essay in Comparative Law and Economics". *International Review of Law and Economics*, No. 14 (1994).

textual, lo cierto es que, tal como se verá más adelante, en la mayoría de casos, producto de malas lecturas o reinterpretaciones de tipo pragmático o sociológico, aquello no sucede.

Es así como aparentemente se trataría de una metodología de tipo deductivo, no obstante, el principal aporte para evaluar e identificar dicha dimensión teórica o valorativa, se generará desde el contexto particular del sistema jurídico.

Paso 4: Parámetro de evaluación del trasplante: Dimensión pragmática-vigencia

En el caso de la dimensión pragmática o formalista, recordando que se trata de una postura que entiende al derecho como autónomo de su sociedad, el jurista deberá recurrir al análisis de las fuentes positivizadas del derecho.²⁵⁹ Esto se refiere particularmente a los enunciados normativos que componen el sistema y que demostrarían la influencia de una escuela o corriente de pensamiento jurídico determinada. Se trata en definitiva, de evaluar desde el punto de vista de las disposiciones normativas vigentes, a la dimensión valorativa antes analizada.²⁶⁰

Paso 5: Parámetro de evaluación del trasplante: Dimensión contextual, la tesis del espejo

Una vez que el jurista se ha aproximado a la dimensión valorativa del sistema, y haya confrontado la misma con la dimensión pragmática o formal, resultará fundamental pasar al análisis de la forma como la sociedad de aquellos sistemas entienden y aplican dichas instituciones.²⁶¹

Para alcanzar tal objetivo el agente –dependiendo de quién se trate– puede emprender algunas acciones tendientes a alcanzar dicha verificación. Si se trata de órganos estatales, se debe procurar recurrir a estudios sociológicos, estadísticas, informes de ONG grupos sociales entre otros. En el caso de la academia, que usualmente no cuenta con los recursos económicos suficientes, al menos no en el caso latinoamericano, la fuente fun-

259 En concreto sobre la cuestión de las fuentes y los trasplantes, véase Rodolfo Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law* 39, No. 2 (primavera de 1991).

260 Véase Alan Watson, *Legal Transplants (an Approach to Comparative Law)*, 2a. ed. (Georgia: The University of Georgia Press, 1993).

261 Una crítica temprana a los trasplantes en O. Kahn-Freund, “On uses and misuses of comparative law”, *The Modern Law Review* 37, No. 1 (enero de 1974): 1-27. Una contestación a este trabajo en Eric Stein, “Uses, Misuses-and Nonuses of Comparative Law”, *Northwest University Law Review* 77 (1977-1978): 198.

damental para procurar verificar la forma como se entiende el objeto del trasplante en aquellos sistemas, es la fuente sociológica del derecho, es el caso de la jurisprudencia. Lógicamente, como ya se mencionó en líneas anteriores, para este efecto será necesario verificar cuál es el valor de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho. En la jurisprudencia se podrán encontrar los particularismos de los sistemas jurídicos, aquellas malas lecturas o lecturas subestándar que permitirán la aproximación al verdadero entendimiento de dicha institución o corriente de pensamiento jurídico local.

Es importante precisar que si bien lo óptimo sería recurrir al análisis jurisprudencial, esto no obsta a que el estudiante pueda recurrir a otras fuentes del ordenamiento jurídico que permitan informar cómo las autoridades, principalmente aquellas con potestad normativa, entienden y aplican el objeto o materia del trasplante. En el caso ecuatoriano, por ejemplo, se puede recurrir a los dictámenes del Procurador General del Estado, circulares emitidas por el Servicio de Rentas Internas, resoluciones a consultas de aforo del Servicio Nacional de Aduanas del Ecuador, entre otras. Se trata en definitiva de analizar las normas, aquel producto que se genera a partir de la interpretación de las prescripciones o enunciados normativos.

Desde esta dimensión, tal como se mencionó a propósito del análisis de la dimensión valorativa, no solo se podrá evaluar el objeto del trasplante, sino que incluso será posible aproximarse a descifrar una teoría particular o local del derecho, que no necesariamente refleja aquella descrita desde la dimensión teórica. Sin duda, se trata de la dimensión principal desde la cual se debe evaluar al objeto del trasplante.

Paso 6: Selección de la fuente donde se encuentre reconocido el objeto de la comparación

Una vez que el jurista haya realizado estas evaluaciones del objeto del trasplante, desde las dimensiones de los sistemas jurídicos con los cuales pretende ejercer la comparación, debe hacer lo propio con su sistema jurídico. Consecuencia de ello podrá seleccionar la o las fuentes del derecho pertinentes y adecuadas, donde se encuentre materializado su tema de comparación y evaluar las condiciones para su inserción en el sistema jurídico. De esta manera, a partir del análisis previo de las dimensiones valorativa, pragmática y contextual, se procura reducir la probabilidad de fracasos en los ejercicios de derecho comparado o trasplantes jurídicos.

Paso 7: Evaluación postrasplante: Identificación del camino del trasplante y corrección

Producto del análisis comparativo, y de sus distintas dimensiones, el jurista podrá concluir, en caso de haber iniciado el ejercicio comparativo por primera ocasión, sobre la pertinencia de incorporar a un determinado objeto de trasplante al sistema receptor, destacando que se parte de la concepción de que el destinatario o agente del ejercicio comparativo puede ser diverso. Siendo así, esta metodología podrá ser utilizada desde cualquier ámbito del derecho donde se pretenda realizar un ejercicio de derecho comparado.²⁶²

Por otro lado, si de lo que se trata es de evaluar un objeto de trasplante ya incluido en el sistema jurídico, las dimensiones: valorativa, pragmática y contextual, aportarán sustancialmente a su evaluación, independientemente del objeto de comparación con el que se trate.²⁶³ Así por ejemplo, tal como se mencionó anteriormente, en caso de que sea la *ius* teoría el objeto de la comparación, el jurista a través de esta metodología podrá aproximarse a la que sería la escuela de pensamiento jurídico predominante. Esta aproximación se materializaría a partir de la identificación y análisis de las malas lecturas e incluso manipulaciones identificables en los sistemas receptores.

Asumiendo que, producto de la ausencia de una metodología comparativa para el caso ecuatoriano y regional, comúnmente los rasgos *ius* teóricos han sido producto de un ejercicio de imposición más que comparado, resulta fundamental cuestionar su verdadera hegemonía y descubrir, a partir de ello, si existe una corriente de pensamiento o teoría del derecho local. En esa línea, el análisis comparativo propuesto con esta metodología, permitirá verificar cuál ha sido el camino del trasplante, y si ha existido un proceso de mera recepción, transmutación, manipulación o incluso producción de derecho.

En este campo se podrán, por tanto, emprender las evaluaciones pertinentes de los objetos trasplantados y realizar las correcciones necesarias, pero desde la dimensión contextual, a efectos de evitar que el objeto del trasplante fracase. Estas evaluaciones con carácter postrasplante, podrán devenir en reformas formales, reinterpretaciones u otras formas de modificación del derecho, pero siempre atendiendo la dimensión sociológica del sistema y no necesariamente desde el componente *ius* teórico que se considera como estándar o correcto.

262 Véase, por ejemplo, Daniel Berkowitz, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard, "The Transplant Effect", *The American Journal of Comparative Law* 51, No. 1 (invierno de 2003).

263 Una propuesta metodológica para esta evaluación en Jonathan M. Miller, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", *The American Journal of Comparative Law* 51, No. 4 (octubre de 2003): 839-55.

El método de comparación antes expuesto, tal como se advierte, reúne los aportes más importantes de los distintos modelos comparativos, los principales aportes de la *Teoría impura del derecho*, de autoría del profesor López Medina, y las críticas expuestas a modo propositivo por parte del profesor argentino Roberto Gargarella. Sumadas a ellas se ha contribuido con aportes adicionales que permitirán asimilar que un ejercicio de derecho comparado resulta mucho más complejo que uno de legislación comparada.

De esta manera, se podrá asimilar la importancia radical que tiene el derecho comparado como instrumento para alcanzar por un lado la globalización del derecho –conocimiento–, y por otro para rescatar los particularismos de los sistemas que tradicionalmente, producto de la aplicación del modelo tradicional o de la ausencia de un modelo comparativo, han sido invisibilizados.

Será esta la mejor forma para aproximarse a una de las metas generales del derecho comparado: la generación de conocimiento. Se trata en definitiva, de una metodología de comparación que aporta a los ejercicios de derecho comparado desde la dimensión de los tradicionalmente denominados subsistemas jurídicos o sitios de recepción, y que a su vez resulta útil para la metodología de la investigación jurídica. El jurista podrá conocer los rasgos de su propio sistema jurídico y a partir de ellos ejercer de mejor manera su profesión.

Finalmente, cabe insistir en que la metodología que se ha construido puede tener dos funciones o utilidades. La primera de ellas relacionada a su aplicación a un ejercicio de derecho comparado desde el inicio, en este caso se deberán aplicar todos los pasos de la metodología antes descrita. Como segunda utilidad, se debe destacar que el método también aporta a la evaluación postrasplante. En otras palabras, en este segundo escenario se parte de un ejercicio de derecho comparado que ya ha iniciado y que ha podido devenir incluso en la inserción del objeto en el sistema. Aquella inserción, –como se vio–, no marca el fin del ejercicio comparativo; se trata fundamentalmente de evaluarlo constantemente con miras a alcanzar su eficacia.

En este cometido, la metodología aporta a la evaluación del objeto del trasplante que ha sido insertado en el sistema jurídico. Para tal efecto, no será necesario aplicar todos los pasos de la metodología comparativa, sino principalmente los pasos 3, 4, 5 y 7. Se trata, en definitiva, de evaluar desde las dimensiones valorativa, pragmática y contextual del sistema jurídico receptor, cómo está funcionando el objeto del trasplante y a partir de ello realizar las correcciones o reinterpretaciones necesarias a fin de garantizar su operatividad.

La comprobación empírica del método: Evaluación de la influencia del neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano en el sistema constitucional ecuatoriano

Ahora bien, hasta aquí se ha abordado el método de comparación desde la dimensión teórica, a continuación se aplicará dicha metodología para el caso del sistema jurídico constitucional ecuatoriano como una muestra contextual-empírica de su aporte. Se plantean puntualmente dos objetivos, primero, verificar a partir de él la posibilidad de continuar utilizando el modelo comparativo tradicional sustentado en la pertenencia y fidelidad a una familia jurídica determinada, y segundo, aproximarse a partir de los particularismos que refleja el sistema, a los rasgos particulares de la escuela de pensamiento jurídico predominante. Es así, que el objeto o materias del trasplante a verificar y evaluar a partir del método, serán las corrientes neoconstitucionalistas o de un nuevo constitucionalismo democrático que se ha asumido subyacen a nuestro constitucionalismo.

Para efectos de alcanzar estos objetivos, siendo que no se iniciará un nuevo ejercicio de comparación, sino que se evaluará un objeto aparentemente materializado en el sistema, se considerarán los puntos 3, 4, 5 y 7 de la metodología antes descrita.

Finalmente, cabe señalar que para fines metodológicos de evaluación de la teoría del derecho subyacente al sistema jurídico ecuatoriano, se seleccionarán puntualmente dos de los rasgos fundamentales que describen las corrientes *ius* teóricas propias del neoconstitucionalismo²⁶⁴ y nuevo constitucionalismo. Dichas corrientes *ius* teóricas transnacionales como nacionales, coinciden en que el sistema jurídico ecuatoriano está marcado por esa influencia. Es el caso puntualmente del principio de aplicación directa de la Constitución y el componente democrático plasmado en los mecanismos de reforma constitucional, la rigidez constitucional.

Debe quedar claro, que este no será más que un ejercicio ejemplificativo para demostrar la eficacia empírica de la metodología comparada, en ese sentido, el jurista podrá considerar otros rasgos del sistema jurídico

264 Entre muchas otras referencias, destacan Miguel Carbonell, edit., *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003); Miguel Carbonell, edit., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos* (Madrid: Trotta, 2007); Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição* (São Paulo: Método 2007); Ramiro Ávila Santamaría, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH), 2008); Susana Pozzolo, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación", trad. de Josep M. Vilajosana, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires, 1977), vol. II, No. 21 (1998): 339-53.

ecuatoriano a efectos de cuestionar o rebatir las conclusiones que arrojará el análisis que a continuación se realiza.

Evaluación del constitucionalismo ecuatoriano y su corriente de pensamiento jurídico predominante

Como ya se mencionó en líneas anteriores se procederá a demostrar de manera empírica la funcionalidad de este método de comparación. De esta manera se podrán evaluar los rasgos propios del sistema constitucional ecuatoriano y producto de ello aproximarse a la que sería su escuela de pensamiento jurídico predominante. Cabe precisar que se ha seleccionado este objeto *ius* teórico de trasplante, asumiendo la influencia categórica que tiene la *ius* teoría en la determinación y funciones que tiene el derecho dentro de un sistema jurídico.

Siguiendo los pasos de la metodología comparativa, se inicia con el análisis de la dimensión valorativa del sistema constitucional ecuatoriano. Para tal efecto se seleccionarán algunas posturas *ius* teóricas transnacionales como nacionales que han sido formuladas respecto del sistema jurídico ecuatoriano y, particularmente, a la que sería su corriente jurídica predominante. Una vez identificados dichos criterios teóricos, se procederá a evaluarlos desde las dimensiones pragmática y contextual del sistema, haciendo énfasis en que el análisis girará en torno a las características de normatividad de la Constitución y a sus mecanismos de reforma constitucional.

Como consecuencia del análisis de las dimensiones señaladas, y a partir de los particularismos que se podrán advertir en las fuentes pragmáticas y sociológicas del derecho constitucional ecuatoriano, puntualmente la Constitución de la República y la jurisprudencia dictada en la materia por la CC, se pasará a una tercera fase para evaluar críticamente el grado de influencia de estas características propias de las corrientes neoconstitucionalista y de un nuevo constitucionalismo en este sistema jurídico-constitucional. Producto de ello se verificará la existencia o no de una teoría local y la necesidad de corregir o no dicha teoría, así como los parámetros desde los cuales debería emprenderse dicha corrección.

Para efectos de la comprobación empírica del método comparativo, y sus distintos pasos, se precisa que se transcribirán los aportes teóricos y normativos necesarios. Así por ejemplo, en el caso de la dimensión valorativa, se expondrán, de manera literal, los aportes teóricos pertinentes relacionados a la corriente neoconstitucionalista, así como los propios del nuevo constitucionalismo democrático. En cuanto a la dimensión pragmática se refiere, se realizará una transcripción de las prescripciones constitucionales

y legales que resulten necesarias para la demostración empírica del método. Finalmente, en el caso de la dimensión contextual se hará lo propio con fragmentos de la jurisprudencia constitucional relevante en la materia.

El sistema constitucional ecuatoriano desde la dimensión valorativa: La influencia de la *ius* teoría transnacional y local en la definición de la escuela de pensamiento jurídico predominante

El sistema constitucional ecuatoriano, particularmente desde la vigencia de la CRE de 2008, ha sido objeto de atención y análisis tanto por *ius* teóricos nacionales como extranjeros. Es así que a partir de dichos criterios teóricos, se han generado aproximaciones e incluso definiciones categóricas de la que sería la escuela de pensamiento jurídico predominante en Ecuador. Como se verá a continuación se trata de una corriente constitucional que ha devenido de contextos no necesariamente propios, pero que se ha asumido es compatible con los rasgos propios del sistema. Será precisamente esta compatibilidad la que se verificará en el resto de esta investigación. Por tanto, se trataría de un caso de trasplante de una *ius* teoría transnacional al caso ecuatoriano.

En el caso de la *ius* teoría transnacional se ha considerado necesario recurrir a los aportes sustanciales de los profesores Roberto Viciano, Rubén Martínez Dalmau y Claudia Storini, en este último caso se trata de una profesora de origen italiano, que por su cercanía con el contexto jurídico ecuatoriano y por el lugar desde dónde reflexiona y escribe, se ha considerado justo exponer sus planteamientos en el marco de la *ius* teoría nacional.

Con esta precisión, a continuación se hará referencia a los principales aportes teóricos que ha generado la *ius* teoría transnacional a propósito del análisis del caso constitucional ecuatoriano y también latinoamericano.²⁶⁵

265 Entre las referencias básicas sobre el tema se señala a Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional", en *IUS: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 7-29; Carlos Manuel Villabella Armengol, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *IUS: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 49-76; Josefina Méndez López y Danelia Cutié Mustelier, "La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Una mirada desde la perspectiva de los derechos", *IUS: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 94-115; Francisco Palacios Romeo, *Nuevo constitucionalismo participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la crisis del Behemoth Occidental* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012); Marco Aparicio Wilhelmi, "Ciudadanías intensas: Alcances de la refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia", en Albert Noguera Fernández, edit., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013); Albert Noguera Fernández, "América del Sur: ¿democratizando la justicia constitucional?", en Albert Noguera Fernández, edit., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013); Roberto Viciano Pastor y

Antes de entrar en materia se ha considerado necesario mencionar que principalmente Roberto Viciano y Martínez Dalmau, son dos de los *ius* teóricos

Rubén Martínez Dalmau, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012); Carlos Villabella Armengol, "El derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma", en Viciano y Martínez, edit., *Estudios*; Martha Prieto Valdés, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Nuevos paradigmas político constitucionales", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*, 77-104; Josefina Méndez López y Martha L. Zaldívar Abad, "Revolución constituyente" en América Latina: Espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Lisette Pérez Hernández, "Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Liliam Fiallo Monedero y Abraham Zaldívar Rodríguez, "Un nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latinoamericana", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Josefina Méndez López y Daniela Cutié Mustelier, "La participación popular y los derechos. Fundamento y contenido del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Yuri Pérez Martínez, "La participación política como requisito funcional de la democracia Análisis desde el diseño constitucional de la República Bolivariana de Venezuela", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Joanna González Quevedo, "Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Teodoro Yan Guzmán Hernández, "Legados normativos para democratizar la revocatoria de mandato desde el (neo)constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Caridad Rosa Jiménez Morales, "La estructura distrital a la luz del nuevo constitucionalismo", en Viciano Pastor y Martínez Dalmau, edit., *Estudios*; Albert Noguera Fernández, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010); Roberto Gargarella, "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas", en Liborio Hierro, edit., *Autonomía individual frente a autonomía colectiva. Derechos en conflicto* (Madrid: Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco-Marcial Pons); Asier Martínez de Bringas, "Naturaleza de la(s) autonomía(s) indígena(s) en el marco de la Constitución boliviana: Una reflexión sobre el contenido de los derechos indígenas", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-20; Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-24; Marco Aparicio Wilhelmi, "Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011); Gonzalo Maestro Buelga, "Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011); Albert Noguera Fernández "Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011); Claudia Storini y Jhoel Escudero Soliz, "El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano" en *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011); Antonio de Cabo de la Vega, "Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-29; Marcos Criado de Diego, "El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011); Francisco Palacios Romeo, "El mito de la separación del poder Judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica: (En torno a una aporía del constitucionalismo clásico: *Quis custodiet ipsos custodes?*)", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011); Guillermo Escobar Roca, "Los derechos civiles y políticos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011). Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo", en Luis Ávila Linzán, edit., *Política, justicia y Constitución* (Quito: CEDEC / CCEP, 2010).

transnacionales que tuvieron participación en el proceso constituyente de Montecristi que terminaría en la expedición de la CRE de 2008. En este hecho se puede apreciar que se suscitó un claro ejercicio de derecho comparado, un ejercicio de *ius* teoría comparada que no consideraría el modelo simple de trasplantes jurídicos. Con este antecedente muy importante, es procedente pasar a identificar algunos postulados teóricos de autoría de los teóricos aludidos en relación con los rasgos atinentes a la que sería la corriente constitucional predominante en Ecuador.

En el marco de la obra *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, editada y compilada por la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) en 2010, se plasman memorias del que sería un ejercicio comparativo realizado en el encuentro internacional “El nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI”. Se ha considerado fundamental remitirse a esta obra, pues en ella se realizan algunas evaluaciones, tanto valorativas como pragmáticas del constitucionalismo ecuatoriano, destacando que no se advierte mayormente en dicha obra un análisis contextual o sociológico.

En uno de sus primeros ensayos, se encuentra la presentación de dos de los *ius* teóricos transnacionales, respecto a los “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Lo primero que cabe resaltar a partir del título del ensayo, es que se parte del hecho de la existencia de un constitucionalismo latinoamericano, afirmación que no encuentra mayor respaldo demostrativo pues se cita exclusivamente el caso de cuatro países latinoamericanos, los casos de Venezuela, Bolivia, Ecuador y Colombia. Segundo, se trata de un análisis que gira en torno a las dimensiones valorativas y pragmático-formales de los ordenamientos jurídicos aludidos, sin que se pueda advertir mayor análisis contextual o sociológico para evaluar la eficacia de dichos presupuestos analizados. No obstante de ello, su denominación incentiva a pensar que puede existir un producto teórico latinoamericano que no se conforme necesariamente con la reproducción mimética de corrientes de pensamiento jurídico foráneas.

Los profesores Roberto Viciano y Rubén Martínez emprenden su análisis destacando el origen y los principales aportes de la corriente neoconstitucionalista:

Desde el punto de vista de los cambios conceptuales producidos en el constitucionalismo de inspiración europea, podemos determinar cuatro grandes modelos de constitucionalismo, que se corresponden con otros tantos momentos constituyentes y que responden a una determinada concepción del constitucionalismo:

- La progresiva construcción del constitucionalismo liberal-revolucionario durante las revoluciones burguesas del siglo XVII.

- La reacción conservadora, desvirtuadora del constitucionalismo, fruto de la renovada coalición entre la clase burguesa y la aristocracia, que surgió con la reacción termidoriana en la Revolución francesa y se desarrolló durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX.
- La temporal recuperación del constitucionalismo democrático, durante las primeras décadas del siglo XX.
- La aparición del constitucionalismo social, después de la Segunda Guerra Mundial, que entiende que no puede consolidarse un modelo democrático de Estado sin un impacto de redistribución de la riqueza entre las clases dominantes y dominadas.
- Pero, desde hace unas décadas, ante el progresivo debilitamiento de un concepto fuerte de Constitución, el neoconstitucionalismo ha insistido en la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado constitucional. La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional aquel que cuenta con un texto que se autodenomina Constitución (concepto formal), sino el que cuenta con una Constitución en sentido propio (concepto material), es decir, fruto de la legitimidad democrática y que cuenta con instrumentos que garantizan la limitación del poder y la efectividad de los derechos contemplados en el texto constitucional.²⁶⁶

A partir del texto transcrito se puede obtener una primera conclusión desde el ejercicio comparativo. Esta es, que la corriente neoconstitucionalista no tendría su origen en Latinoamérica y, en consecuencia, tampoco en Ecuador. Este hecho comprobaría la percepción original relacionada a la existencia de un ejercicio de *ius* teoría comparada.²⁶⁷ En armonía con esta postura, Ramiro Ávila Santamaría cita algunos criterios de teóricos nacionales, muchos de ellos demuestran un desconocimiento de las verdaderas posturas teóricas transnacionales de ciertos autores que se citan –claros casos de malas lecturas, incomprensiones, de la *ius* teoría transnacional, en los términos del profesor López Medina o Roberto Gargarella–.²⁶⁸ Entre aquellos criterios –citados por Ávila– podemos mencionar los siguientes:

El neoconstitucionalismo nace en Europa y son europeos quienes tienen la autoridad para desarrollar sus teorías.²⁶⁹ El neoconstitucionalismo se restringe

266 Viciano y Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Ávila Linzán, edit., *Política, justicia*, 15.

267 Insistimos en señalar que esta es una perspectiva relacionada al origen del neoconstitucionalismo, pues como vimos previamente, Ramiro Ávila Santamaría, por citar un ejemplo, recurre a esta denominación para referirse a los rasgos del constitucionalismo ecuatoriano y andino.

268 Es el caso de Salim Zaidán, a quien critica por atribuirle criterios que jamás ha sostenido respecto al neoconstitucionalismo. (Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 36).

269 Salim Zaidán, citado por Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 39. Criterio que lejos de contribuir a demostrar la inconveniencia o déficits de una corriente foránea, daría a entender que el neoconstitucionalismo presuntamente aceptado en el Ecuador, solo podría interpretarse por la teoría transnacional. Hecho que consolidaría un proceso comparativo mimético-acrítico.

a tres o cuatro teóricos del norte y basta leer a Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, para comprender al neoconstitucionalismo.²⁷⁰ “Da miedo y algo de lástima” tener que recurrir a teorías y modelos de Estado que nunca se ha tenido en Ecuador, no tiene sentido confiar en “mesías y profetas”.²⁷¹

Estas posturas, muestran de alguna manera que habría existido un trasplante de una corriente foránea al Ecuador. Frente a este presunto trasplante, el *ius* teórico, Ramiro Ávila admite una influencia del constitucionalismo europeo de posguerra y hasta del sistema constitucional norteamericano, pero concentra su atención en los particularismos que refleja la Constitución de Montecristi. En otras palabras, el neoconstitucionalismo no sería más que una terminología utilizada para calificar al constitucionalismo ecuatoriano, pudiendo *ser* otras las denominaciones que podría ostentar.²⁷²

Por otro lado, retomando los criterios expuestos por Viciano y Martínez, en este intento por definir los rasgos determinantes de la corriente neoconstitucionalista, los autores, a modo de un nuevo ejercicio de *ius* teoría comparada transformadora, muestran un “mosaico o una reinterpretación de la teoría de Guastini” con la particularidad de que esta vez –a diferencia de los ejemplos descritos previamente desde la teoría nacional– dicha lectura selectiva o transmutada, es ejercida por parte de *ius* teóricos que escriben desde un ambiente hermenéutico rico haciendo uso de la terminología del profesor López Medina. Así, aseveran que Riccardo Guastini es un insigne representante del neoconstitucionalismo. Contrario a lo señalado, cabe destacar que Guastini no es un neoconstitucionalista, su postura, identificada con la escuela genovesa de la que es incluso uno de sus principales exponentes, se inclina por la corriente del realismo jurídico redefinido.²⁷³ Guastini se

270 Juan Esteban Ponce Villacís, *El neoconstitucionalismo en Ecuador* (Quito: CEP, 2010). Citado por Ávila Santamaría, en *El neoconstitucionalismo andino*, 39. Llama la atención la facilidad que tiene el autor para establecer coincidencias teóricas insospechadas, como el hecho de mencionar que Ferrajoli sea un representante del neoconstitucionalismo y la facilidad de restringir su estudio a tres autores transnacionales.

271 Juan García Amado. “Prólogo”, en Jorge Zavala Egas, *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica* (Lima: Edilex, 2010, 31). Citado por Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 39.

272 Véase Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, 39-40. Para Ávila Santamaría, la palabra neoconstitucionalismo no es lo importante. De hecho existen autores a los que hay que admirar por su lucha por un derecho que transforme realidades de exclusión, como Boaventura de Sousa Santos y el mismo maestro Ferrajoli, y en nuestra región Roberto Gargarella, que reniegan del término. Respecto a ello cabe ser cuidadosos, pues el nombre puede generar confusiones, y devenir equívocamente en un síntoma de recepción mimética. Cabe precisar, que esta postura mimética, no es la que defiende el profesor Ávila Santamaría. El solo hecho de definir la existencia de un neoconstitucionalismo andino ya daría cuenta de la mixtura entre postulados neoconstitucionalistas con aquellos rasgos propios que se atribuyen al constitucionalismo andino.

273 Cfr. Riccardo Guastini, “El realismo jurídico redefinido”, en Álvaro Núñez Vaquero, coord., *Modelando la ciencia jurídica* (Lima: Palestra, 2013).

limita a describir los presupuestos que serían propios de la corriente neoconstitucionalista, lo que no lo hace un neoconstitucionalista, menos aún un insigne representante de esta corriente. Cabe precisar que esta lectura selectiva o transformadora de la teoría de Guastini, demostraría que no son únicamente las teorías nacionales de los tradicionalmente sitios de recepción quienes transforman o alteran las *ius* teorías transnacionales. A pesar de lo dicho resulta importante citar las siete condiciones que, según Viciano y Martínez Dalmau, establece Guastini a efectos de calificar las condiciones de constitucionalización efectiva propias del neoconstitucionalismo:

Para ello, Guastini, un insigne representante del neoconstitucionalismo, determina siete condiciones de constitucionalización efectiva, lista que el autor entiende que puede no ser completa y presenta como una propuesta de inicio para el debate doctrinal, y que comprende: la rigidez constitucional, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su fuerza vinculante, la sobre interpretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.²⁷⁴

Más adelante, los mismos *ius* teóricos, con relación al camino del trasplante de esta corriente neoconstitucionalista a Latinoamérica señalan lo siguiente:

Pero esta reacción garantista, surgida en Europa ante el vaciamiento del concepto de Constitución en las últimas décadas del siglo XX, ha quedado reducida a una posición doctrinal de escasa influencia real en el contexto histórico y social en el que apareció. Por el contrario, y a partir del inicio de la década de 1990, en América Latina, dichas teorías garantistas han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano que, además, ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución.

Desde este punto de vista, se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente –la soberanía popular– expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado, pero también de la propia sociedad.²⁷⁵

Como se puede apreciar, destaca desde la dimensión valorativa, que el neoconstitucionalismo llegó a Latinoamérica en la década de los 90, aparentemente, conforme el contenido del texto transcrito, a modo de una mera recepción, para posteriormente ser transmutado añadiendo a los postulados neoconstitucionalistas una visión democrática de la Constitución. Estas afirmaciones merecen ser destacadas, pues mostrarían la legitimidad que tienen los tradicionalmente subsistemas jurídicos para transformar el

²⁷⁴ Viciano y Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo, 16.

²⁷⁵ *Ibid.*

objeto trasplantado, evidenciando de esta manera una aparente utilización de la tesis compleja del derecho comparado desde Latinoamérica.

No obstante de este aparente avance, no existe en el texto aludido, tampoco a lo largo del ensayo, un sustento empírico que demuestre tales afirmaciones. En consecuencia, el texto transcrito, particularmente la mención a un nuevo constitucionalismo latinoamericano democrático, se limita a ser una definición establecida por la *ius* teoría transnacional para el caso de Latinoamérica.

Ahora bien, en el marco de esta definición *ius* teórica transnacional, los autores conceptualizan el que sería el nuevo constitucionalismo democrático, e incluso atribuyen esa calidad a los procesos constituyentes llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador, veamos:

El nuevo constitucionalismo va más allá y entiende que para que el Estado constitucional tenga vigencia efectiva no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el procedimiento constituyente adecuado y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución. El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político, pero también de los poderes sociales, económicos o culturales que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía.

Ese nuevo constitucionalismo teórico ha encontrado su plasmación, con algunas dificultades, en los recientes procesos constituyentes llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador. Al menos en cuanto a la fundamentación de la Constitución. Está por verse si también se consigue llevar a la práctica todo lo diseñado en esos textos constitucionales respecto a su efectividad y normatividad.²⁷⁶

Nuevamente, el texto transcrito demuestra uno de nuestros planteamientos iniciales, esto es, que el estudio publicado en 2010, casi dos años después de la vigencia de la Constitución de Montecristi, se limita a exponer una dimensión valorativa y a evaluar la misma desde su positivización en las disposiciones normativas constitucionales. Resulta claro, conforme al método propuesto, que el análisis contextual resulta fundamental para evaluar si los componentes valorativos y pragmáticos resultan o no eficaces. Incluso, desde el punto de vista formal o pragmático. Se analizará más adelante si las disposiciones de la Constitución ecuatoriana garantizan los

276 *Ibid.*, 19.

postulados de aquella teoría democrática de la Constitución que subyace a al sistema jurídico constitucional ecuatoriano.

Por otro lado, en cuanto a otras características particulares con las que contaría el nuevo constitucionalismo democrático, cuya mención resulta necesaria para los fines de esta investigación, los autores señalan:

A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del artículo (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez) (cfr. Martínez Dalmau, 75 y s).²⁷⁷

Se trata en definitiva de un nuevo constitucionalismo sustentado en conceptos diferentes a los tradicionalmente concebidos desde el constitucionalismo clásico. Así por ejemplo, en cuanto a la rigidez se refiere, no se propugna la existencia y ratificación exclusivamente de procedimientos agravados de reforma constitucional, sino que se procura que dichos procedimientos cuenten siempre con la participación del poder constituyente, el pueblo. Es así que el concepto de rigidez, acorde con esta teoría de la Constitución, parte de la noción de una Constitución viva que debe ser reflejo de su sociedad. Siendo así, la Constitución podría cambiarse cuantas veces sea necesario, pero siempre con la participación directa del pueblo. Este criterio es compartido por el profesor Luis Prieto Sanchís, quien sin ser un exponente de la teoría democrática de la Constitución sostiene que [...] una Constitución puede ser tan flexible como para permitir su reforma mediante la regla fundamental de la democracia y no por ello dejar de existir como norma suprema.²⁷⁸

En armonía con lo expuesto, no existe, desde esta concepción la noción de un poder constituyente derivado legitimado para hacer modificaciones sin recurrir a la voluntad popular. Acorde a esta corriente, sería el pueblo, único poder constituyente, a través de su participación en la toma de decisiones y en el escrutinio público, quien se encuentra legitimado exclusivamente para autorizar dichas reformas constitucionales. Es por ello que conforme lo señalan los propios autores, esta corriente constitucionalista ha sido objeto de críticas y calificada como una forma de populismo constitucional. Desde esta perspectiva siempre se recurre al pueblo para legitimar cualquier decisión, llevando incluso el peligro inminente de pasar de una democracia constitucional a una democracia plebiscitaria.

277 *Ibíd.*, 28.

278 Luis Prieto Sanchís, "Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución", en Heber Campos Bernal, edit., *Control constitucional y activismo judicial* (Lima: Ara, 2012), 275.

Frente a estas críticas, en criterio de los *ius* teóricos Viciano y Martínez, la respuesta de la teoría democrática está en que cualquier modificación se hará siempre en el marco de la Constitución. Finalmente, los autores se refieren entre otros aspectos, al rasgo particular del sistema constitucional ecuatoriano que demostraría la influencia de la teoría democrática, este es el reconocimiento constitucional del quinto poder, la función de transparencia y control social.

En el caso de la *ius* teoría nacional también podemos identificar varios aportes relacionados a la corriente de pensamiento jurídico que prevalecería en el caso ecuatoriano. Entre ellos, hemos optado por seleccionar los aportes teóricos sustanciales de autoría del profesor Ramiro Ávila Santamaría y de la profesora Claudia Storini. De esta manera, una vez verificadas las definiciones y características que atribuye la *ius* teoría transnacional a nuestro constitucionalismo, será preciso verificar a modo de comparación, si la *ius* teoría nacional coincide con dichos planteamientos.

Entre las razones que han motivado la selección de los planteamientos del profesor Ávila, se encuentra una fundamental, su activa participación en el proceso de Montecristi que llevaría a la expedición de la CRE de 2008. Ávila, en lo relacionado a la identificación de la corriente de pensamiento predominante en Ecuador ha generado aportes muy importantes. Principalmente para demostrar que habríamos pasado de una corriente de pensamiento formalista o positivista propia de un Estado liberal, a una concepción del derecho amplia que parte de la influencia de los rasgos propios de la corriente neoconstitucionalista y de una serie de crisis en los modelos de Estado en el contexto histórico, hasta llegar al reconocimiento formal del Estado constitucional de derechos en el art. 1 de la CRE de 2008.²⁷⁹

En consonancia con lo dicho, Ramiro Ávila, en uno de sus varios textos escritos a propósito de la materia en análisis señala:

Entonces, cuando uno dice se pasa del Estado legal al Estado constitucional, la consecuencia es que (1) la Constitución es norma y (2) tiene un juez de cierre, un juez de última instancia, que en este caso y en todos los casos es la CC. El parlamento cede y no tiene la arbitrariedad ni tampoco la voluntad para hacer cuestiones que sean contrarias a la Constitución; si el parlamento hace una ley inconstitucional, entonces, la CC declara que se excedió en su poder. Y más adelante, señala: [...]. Por fin tenemos una CC en el modelo teórico, en el modelo constitucional que nos evite pasarnos ese trago amargo de que alguien afuera nos diga: "el poder Judicial violó derechos". Ahora ya se puede impugnar sentencias; esa es la lógica. Todas las emanaciones del poder público: Judicial, Ejecutivo, Legislativo, pueden violar derechos y por lo tanto, están sometidos a control.²⁸⁰

279 Ávila Santamaría, "Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia".

280 *Ibid.*, 46.

Por un lado, el profesor Ávila muestra su coincidencia con dos de los postulados que advertía la *ius* teoría transnacional, y que caracterizan al neoconstitucionalismo, es el caso del reconocimiento de la Constitución como norma y a la existencia de un juez de cierre que controle la constitucionalidad de esta norma. En este segundo escenario, puntualiza la existencia de garantías incluso para aquellos actos que tradicionalmente, en el caso del constitucionalismo ecuatoriano, estaban exentos de un control de constitucionalidad, las decisiones judiciales.

Por otro lado, en cuanto al reconocimiento de un Estado de derechos, se pueden destacar algunos postulados que plantea el profesor Ávila:

El Estado de derecho tiene referencia al sistema jurídico. En el Estado de derechos, la referencia ya no es exclusivamente al sistema jurídico, sino son los derechos de las personas y eso me lleva del texto jurídico a la realidad y eso es una enorme diferencia. Más adelante sostiene: [...] La otra diferencia, es que en el Estado de derecho, la única fuente que existe es la fuente legislativa; es decir, la ley, la pura ley. En el sistema constitucional existe lo que se llama ahora la pluralidad jurídica, las fuentes y ustedes van a ver la Constitución, es eso, hay una común vivencia de sistemas jurídicos que hace que el sistema sea complejo, complicada su ley, que requiere una actitud distinta de los juristas, de los jueces, de las juezas, de los abogados y abogadas. Si antes yo tenía la ley y tenía el Código Civil que era lo máximo y lo único y el Código Penal y algunas derivaciones que eran propiedad intelectual, el inquilinato y por ahí, ahora ustedes sepan que tienen derecho indígena que es un sistema jurídico del que tenemos que aprender muchísimo ahora que estamos con un principio de oralidad; por ejemplo, yo siempre digo: ¿dónde está el sistema oral, por excelencia, del que tenemos que aprender? La gente va a decir: “váyanse a EUA que es un sistema oral”, la verdad es que la tenemos aquí ancestralmente, si algo tenemos que aprender de ellos es la oralidad y si algo ellos no tienen que aprender de nosotros es lo estructural.²⁸¹

Los criterios expuestos son fundamentales para efecto de esta investigación. Como se pudo apreciar el reconocimiento del Estado de derechos, en palabras del profesor Ávila, denota un cambio sustancial en la concepción tradicional del derecho, en la estructura del sistema de fuentes y en las fuentes. Se parte de postulados antiformalistas del derecho que cuestionan la plenitud y coherencia del derecho reducido a la ley, para conferir a la concepción de derecho elementos de tipo axiológico y moral. Se reconoce a su vez, que el Estado de derechos, lleva implícita una teoría democrática de la Constitución, toda vez que a través de la tutela de los derechos de las personas se muestra una sensibilidad y preocupación de la realidad. Este postulado mostraría la existencia de un modelo constitucional que tiene como parámetros de evaluación del derecho a componentes *ius* naturalis-

281 Ibid., 47-8.

tas, positivistas y realistas, escuelas de pensamiento, que como se vio en el caso de la familia romano-germánica, se entendían como antagónicas.

Esto resulta ser una muestra palpable de un alejamiento de los rasgos comunes que propiciaba la familia jurídica originaria, asumiendo incluso la presencia de varios postulados de corte angloamericano. Esto como se verá más adelante, marcará necesariamente la necesidad de evaluar la compatibilidad y conveniencia de recurrir al modelo simple y su metodología para efectos de realizar ejercicios de derecho comparado desde el contexto ecuatoriano.

Finalmente, en armonía con algunos de los postulados hasta aquí analizados, la profesora Claudia Storini, en el marco de análisis de la nueva CRE de 2008, destaca algunos de sus rasgos diferenciadores, es el caso de las garantías constitucionales y el valor normativo de los derechos constitucionales. A diferencia de la *ius* teoría transnacional, inicialmente analizada, el texto de la profesora Storini se preocupa por la dimensión de eficacia de la Constitución y puntualmente de sus mecanismos de protección. En este marco de análisis, la autora ratifica el carácter normativo de la Constitución y hace énfasis en la necesaria eficacia de las garantías constitucionales a efectos de materializar la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionales. En esta línea, destaca los avances sustanciales que se pueden evidenciar desde las distintas disposiciones constitucionales. Al respecto la profesora Storini sostiene:

En la Constitución no se establece una gradación con respecto a la protección de los derechos y libertades. Todos los derechos gozan de un régimen de protección jurídica reforzada que se logra a través de garantías normativas o abstractas, jurisdiccionales o concretas e institucionales.²⁸²

En el caso de las garantías normativas o abstractas, la profesora Storini las define como: aquellas que atienden, en abstracto, a evitar que la actuación de los poderes públicos pueda causar un desconocimiento o vulneración de los derechos fundamentales, o en un menoscabo del contenido mínimo que la norma constitucional atribuye a dichos derechos. Su finalidad fundamental es evitar que las normas de rango inferior a la Constitución, que desarrollan derechos los derechos fundamentales despojen a estos del contenido y de la eficacia que la Constitución le ha otorgado. Se trata de garantías cuyo destinatario no es el individuo, sino los poderes públicos, aunque el individuo puede utilizarlas o invocarlas si contraviene a su derecho.²⁸³

282 Claudia Storini, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008", en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (Quito: UASB-E / Corporación Editora Nacional, 2009), 287-8

283 *Ibid.*, 289.

Por su parte, en el marco de análisis de estas garantías genéricas o abstractas, particularmente en el caso de la eficacia normativa de la Constitución, la profesora Storini sostiene:

La eficacia normativa y la aplicación directa de la Constitución, constituyen, para la doctrina, los pilares fundamentales del nuevo paradigma constitucional. Uno de los problemas clave de los ordenamientos en los que la Constitución tiene verdadero carácter de norma es el de resultar o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, fundamentalmente por los jueces –aplicación directa– o si, por el contrario, constituye solo un mandato dirigido al legislador y que solo afectará a la actividad de los demás órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a leyes –aplicación indirecta–. Se trata, en definitiva de la problemática inherente a si la Constitución es o no en sí misma fuente del derecho.²⁸⁴

Esta postura que expresa su preocupación por la eficacia de la normatividad de la Constitución, a través de la materialización del principio de aplicación directa de la Constitución, resulta fundamental para la calificación de un Estado como constitucional así como para aseverar que un sistema jurídico determinado tiene la influencia de la corriente neoconstitucionalista y en consecuencia de la teoría democrática de la Constitución.

A partir del análisis teórico realizado se pueden obtener algunas conclusiones. Primero, desde la dimensión valorativa descrita por los *ius* teóricos transnacionales Viciano y Martínez, Ecuador habría tenido en su momento la influencia inicial de la corriente neoconstitucionalista para a partir de esta llegar con algunas añadiduras e innovaciones, al nuevo constitucionalismo sustentado en una teoría democrática de la Constitución. Entre algunos de los rasgos fundamentales que se destacan, tanto en la corriente neoconstitucionalista como en el nuevo constitucionalismo democrático, está el principio de aplicación directa de la Constitución y el concepto de rigidez constitucional condicionado por la necesaria participación del poder constituyente en la toma de decisiones.

Dichos presupuestos y características son de alguna manera compartidos por Ramiro Ávila al exponer algunos de los rasgos propios del sistema constitucional ecuatoriano, que denotarían cambios en la técnica, fuentes y en la forma de evaluación de las normas, destacando la importancia de la normatividad de la Constitución y fundamentalmente de los derechos como mecanismo para alcanzar la eficacia de la misma. Se muestra en consecuencia, un constitucionalismo cuyo preocupación principal gira en torno a la realidad y la plena efectividad de los derechos de las personas.

284 *Ibid.*, 296.

Finalmente, la profesora Storini, concentra su análisis en la importancia que tienen las garantías como medios para asegurar la normatividad y fundamentalmente la plena justiciabilidad de los derechos declarados en la Constitución. En este marco de garantías destaca también la importancia de la normativización de la Constitución y, principalmente, de su aplicación directa.

Siendo así, se ha considerado, como se mencionó en líneas anteriores, la necesidad de seleccionar dos de las características o rasgos cuya importancia es compartida por las distintas *ius* teorías hasta aquí analizadas, a efectos de alcanzar la eficacia de la Constitución. Son los rasgos de normatividad de la Constitución, particularmente el principio de aplicación directa, punto medular en la corriente neoconstitucionalista, y el concepto de rigidez constitucional propio de la teoría democrática de la Constitución. A partir de ellos, se evaluará inicialmente desde la dimensión pragmática o formal y luego desde la dimensión contextual jurisprudencial, si es el neoconstitucionalismo o el nuevo constitucionalismo democrático –según sea el caso– la corriente subyacente al sistema jurídico constitucional ecuatoriano. Se insiste en que esta selección ha sido realizada con fines metodológicos, es así que esto no obsta a que el jurista pueda verificar otros rasgos propios de dichas corrientes y verificar su hegemonía a partir de la utilización del método comparativo que se ha propuesto.

El principio de aplicación directa de la Constitución y la rigidez constitucional desde la dimensión pragmática: Su reconocimiento en las disposiciones normativas constitucionales y legales

Si bien se pueden asumir de manera mimética los rasgos propios de la corriente neoconstitucionalista y aquellos inherentes al nuevo constitucionalismo democrático, hasta aquí descritos, el aspecto fundamental será evaluar críticamente la existencia o no de dichos postulados en el constitucionalismo ecuatoriano. Para alcanzar tal objetivo se recurrirá a un método inductivo, es decir, se procurará una aproximación a la identificación de la escuela de pensamiento jurídico predominante en el sistema jurídico ecuatoriano, a partir de la verificación de los rasgos propios del sistema. Estos rasgos pueden ser verificados desde el contenido de las disposiciones o enunciados normativos y fundamentalmente desde su dimensión de eficacia.

En esta primera parte, desde la dimensión pragmática o formal, que considera al derecho y a los trasplantes jurídicos como autónomos de su

sociedad, se identificarán los enunciados normativos constitucionales y legales relacionados al principio de aplicación directa de la Constitución y al presupuesto de rigidez constitucional. A partir de dicha identificación se podrán obtener algunas conclusiones respecto a su coincidencia con los postulados teóricos que fueron identificados desde la dimensión valorativa. En el caso del principio de aplicación directa de la Constitución, este se constituye en uno de los ejes fundamentales sobre los cuales se sostiene la corriente neoconstitucionalista. Por su parte, el concepto de rigidez constitucional, propio de la teoría democrática de la Constitución, traducido en la necesidad de contar siempre con el poder constituyente para cualquier modificación constitucional, resulta un punto focal de esta concepción.

En este marco se podrá evaluar si estos postulados teóricos se plasman o no con esa claridad en las disposiciones constitucionales y legales relacionadas a la materia. Para tal efecto las fuentes de análisis serán la CRE y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

El principio de aplicación directa de la Constitución desde las disposiciones constitucionales y legales

Considerando la importancia del principio de aplicación directa como un elemento esencial no solo de la corriente neoconstitucionalista sino fundamentalmente del modelo Estado constitucional asumido por el constituyente en el año 2008, ase asumiría que las disposiciones normativas constantes en la propia Constitución, como en la ley de la materia deberían traducir claramente su concepto y principalmente su alcance.²⁸⁵

En el caso de la CRE de 2008 se pueden identificar varios enunciados normativos relacionados a la materia, iniciando fundamentalmente con el principio constitucional esencial sobre el cual se levanta la estructura jurídica y política del Estado ecuatoriano, el modelo Estado constitucional de derechos.

Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

285 Sobre aplicación directa de la constitución, véase, en general, Miguel Carbonell Sánchez, Rubén A. Sánchez Gil, "¿Qué es la constitucionalización del derecho?", *Quid Iuris*, No. 15 (2011); análisis de casos concretos en José Manuel Díaz Lema, "Restricciones subjetivas de derechos fundamentales y aplicación directa de la Constitución", en Manuel Arenilla Sáez, coord., *La administración pública entre dos siglos: Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar* (Madrid: Instituto Nacional de

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.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a un patrimonio intangible, irrenunciable e imprescriptible.²⁸⁶

A partir del texto descrito resulta claro que, tratándose de un mandato de optimización materializado en un principio constitucional, Ecuador se erige como un Estado cuyo centro de atención y finalidad es asegurar la normatividad constitucional y la tutela efectiva de los derechos. Como se pudo apreciar a partir del análisis de la dimensión teórica, uno de los efectos de haber asumido esa denominación es que toda disposición normativa, acto del poder público, e incluso de los particulares está sometida a la Constitución, de esta manera se reconoce su supremacía y aplicación normativa.

En armonía con el artículo antes descrito, el art. 11 de la Constitución reconoce una serie de principios de aplicación de derechos que ratifican algunos ya constantes en la Constitución Política del Ecuador (CPE) de 1998 y desarrolla e incorpora otros acorde al modelo Estado constitucional. En lo relacionado a la normatividad de la Constitución, y en consecuencia al principio de aplicación directa de la Constitución, el art. 11 en sus numerales 3, 4, y 5 determina:

Artículo 11, numeral 3.- 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 las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse la falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su conocimiento.

Administración Pública, 2010); Eduardo G. Esteva Gallicchio y Santiago Hildebrando Carnelli Mutuberría, "Enriquecimiento sin causa: Aplicación directa por el juez de la Constitución o de las normas infraconstitucionales", *Anuario de derecho civil uruguayo*, No. 38 (2007); Fabián Huepe Artigas, "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario. Sentido y alcance", *Revista de Derecho: Universidad de Concepción*, No. 227-8 (enero-junio y julio-diciembre de 2010); Fernando Sáinz Moreno, "Un caso de aplicación directa de la Constitución: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", *Revista española de derecho administrativo*, No. 24 (1980); Miguel Sánchez Morón, "La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales", *Revista española de derecho administrativo*, No. 22 (1979). Una crítica frontal para el caso ecuatoriano en Hernán Salgado Pesantes, "¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008? Primer balance de la «Corte Constitucional en transición»", en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 17 (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales -CEPC-) (2013).

286 Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) de 2008. (RO), No. 449, Quito, 20 de octubre de 2008, art. 1.

Artículo 11, numeral 4.- Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Artículo 11, numeral 5.- En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.²⁸⁷

Las disposiciones citadas se constituyen en auténticos enunciados normativos, que al ser calificados por el constituyente como parte de los principios de aplicación de los derechos, cruzan transversalmente todo el accionar de autoridades públicas y también de particulares. El derecho, su técnica y forma de interpretación debe estar ceñida al cumplimiento de estos principios constitucionales. En cuanto a su efecto, siendo disposiciones normativas constitucionales que pretenden asegurar el cometido del art. 1 de la CRE, su efecto es vinculante u obligatorio con carácter directo e inmediato.

Por otro lado, desde una lectura literal de su contenido, se podría concluir en el caso de los numerales citados, que la aplicación directa estaría ceñida únicamente a los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta lectura literal de los principios aludidos, devendría en que no podría aplicarse directamente cualquier disposición normativa constitucional, asumiendo que la Constitución no solo está compuesta por derechos y garantías, sino también por otras reglas, valores y principios constitucionales. Los derechos se plasman en principios, pero estos no se reducen a los derechos. Por otro lado, cabe también evidenciar que a partir de la referencia expresa a los instrumentos internacionales, se reconoce la cláusula de favorabilidad. Esto marca un cambio sustancial en el sistema de fuentes del derecho, pues se asume que en caso de existir un reconocimiento más favorable del derecho en un instrumento internacional, que en el propio marco de la Constitución, el intérprete deberá optar por la aplicación directa del contenido plasmado en el instrumento internacional.

Esta cláusula de favorabilidad tiene un impacto sustancial en el connotado principio de supremacía constitucional. Dependiendo de las circunstancias fácticas que se presenten en un caso determinado, la propia Constitución podría estar subsumida al instrumento internacional a partir de una condición de materialidad. Nótese que se hace alusión al genérico “instrumento internacional”, parámetro amplio que podría involucrar inclusive aquellas normas internacionales calificadas como *soft law*. Se trata en definitiva, de una referencia que podría asumir que el parámetro de convencionalidad sería todo el *corpus iuris* interamericano e incluso aquellas normas atinentes a otros instrumentos internacionales relacionadas

287 *Ibid.*, art. 11.

a derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano. Consecuencia de lo dicho, es claro el vínculo de causalidad entre el contenido del principio de aplicación directa con el control de constitucionalidad y la procedencia y alcance del control de convencionalidad a nivel nacional, lo que la teoría denominaría el control difuso de convencionalidad de competencia de los Estados.²⁸⁸

En cuanto a sus destinatarios se refiere, las disposiciones transcritas refieren expresamente a cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Su espectro es sumamente amplio, pues no se limita a servidores judiciales, sino también a servidoras o servidores administrativos, quienes deben guiar su accionar siempre con referencia en los derechos y garantías reconocidos Constitución e inclusive en aquellos constantes en instrumentos internacionales de derechos humanos. De esta manera, considerando la amplitud de destinatarios, se concluiría claramente la procedencia del principio de aplicación directa de derechos y garantías constitucionales por parte de cualquier servidor judicial o administrativo e incluso se admitiría la procedencia de un control de constitucionalidad y convencionalidad difuso y permanente en manos de dichos destinatarios. No obstante de lo dicho, se insiste en que a partir de una lectura literal de los principios de aplicación aludidos, tan solo cabría la aplicación directa de los derechos y garantías y no respecto a cualquier norma constitucional.

Es necesario advertir que las disposiciones citadas hacen alusión a que no podría alegarse la falta de norma jurídica para justificar la violación o desconocimiento de los derechos y garantías establecidas en la Constitución. Este presupuesto estaría directamente conectado con el alcance del principio de aplicación directa, esto es, cuándo es procedente recurrir a él. Puntualmente se referiría a la falta de norma, o ausencia de norma infraconstitucional para resolver el caso que se presenta. En este escenario el servidor judicial o administrativo debería aplicar directamente la Constitución. De la redacción literal de los textos aludidos, se podría deducir que los servidores administrativos o judiciales no estarían facultados para aplicar directamente la Constitución en caso de existir una norma infraconstitucional que pueda servir para resolver el caso en análisis.

Esta postura, formal e incluso positivista, podría sustentarse en el viejo y conocido aforismo que sostiene que en el caso del derecho público se puede hacer solo aquello que se encuentra expresamente reconocido en las disposiciones normativas, sin que quepa una interpretación de ca-

288 Cfr. <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>, consulta: 15 de mayo de 2016.

rácter extensivo. Lo cierto es que a propósito del rol de la interpretación constitucional, existe una disposición constitucional expresa contenida en el art. 427 de la CRE de 2008:

Artículo 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.²⁸⁹

De la lectura literal del texto de la disposición normativa, se puede desechar de plano la vigencia del viejo aforismo del derecho público en el marco del Estado constitucional de derechos, pues, la misma disposición advierte la posibilidad de dudas en el proceso de interpretación de la Constitución. En ese caso de indeterminación o duda, lejos de asumir de plano que se encuentra prohibida cualquier posición interpretativa extensiva, la propia Constitución advierte que se deberán interpretar las normas en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que respete la voluntad del constituyente y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Este criterio de interpretación denota claramente un alejamiento de uno de los rasgos propios de la familia romano-germánica atinente a la técnica o forma de interpretar el derecho. En el caso de la familia romano-germánica la hegemonía de la escuela formalista del derecho tenía como consecuencia asumir que no cabía la posibilidad de interpretaciones con carácter dinámico o que puedan alterar el sentido literal de las disposiciones normativas. Este resulta ser un nuevo rasgo que puede conducir a cuestionar la correspondencia del sistema jurídico ecuatoriano con los postulados originales de la familia romano-germánica.

En uso de esta regla de interpretación constitucional, resulta claro que el primer criterio al que debe recurrir el intérprete es el método literal, pero este se condiciona al sentido integral de la Constitución. Solo en caso de duda se podrá atender a otros criterios de interpretación como por ejemplo, el criterio genealógico. Siendo así, los contenidos normativos de los principios de aplicación de derechos hasta aquí analizados, deben ser leídos de manera sistemática con otros presupuestos también constitucionales que guarden relación con la materia. El criterio de interpretación integral o sistemático pretende que el intérprete no se limite a leer de manera aislada uno o varios preceptos constitucionales, pues aquello puede devenir en la privación de eficacia de otras disposiciones constitucionales. Es así como

289 CRE, art. 427.

cualquier criterio de interpretación debe considerar reglas, valores y principios constitucionales, todos ellos normas constitucionales sin perjuicio de su grado de aplicación.

Con este antecedente, se procederá a identificar otros preceptos constitucionales que puedan guardar relación con el principio de aplicación directa de la Constitución, y a partir de ellos verificar si las conclusiones obtenidas a partir de la lectura de los principios de aplicación de derechos es la adecuada y la que más respeta el modelo de Estado y a los derechos y las garantías constitucionales.

Es el caso de los art. 424, 425, 426 de la CRE, destacando que en el art. 428 del mismo cuerpo normativo se reconoce una tipología de control constitucional directamente relacionado con el principio de aplicación directa de la Constitución.

Artículo 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos de la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.²⁹⁰

En líneas anteriores se advirtió la posibilidad de un déficit relacionado a las normas constitucionales que podrían ser aplicadas directamente. Desde la interpretación literal de los principios de aplicación, solo cabría con relación a los derechos y garantías constitucionales. No obstante, en el caso de esta regla constitucional, se deja en claro que la aplicación directa es respecto a la Constitución, asumiendo por tanto a reglas, valores y principios constitucionales. Por otro lado la regla constitucional ratifica la cláusula de favorabilidad que se analizó en líneas anteriores.

En cuanto al art. 425 de la Constitución, relacionado a la estructura del sistema de fuentes y fuentes del sistema jurídico-constitucional ecuatoriano, se tiene lo siguiente:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la CC, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

290 *Ibíd.*, art. 424.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.²⁹¹

Este artículo constitucional resulta sumamente importante. En él se definiría una estructura ordenada del sistema de fuentes del derecho ecuatoriano. Como se vio a propósito del análisis de los rasgos propios de la familia romano-germánica, uno de ellos era justamente la estructura jerarquizada u ordenada. Se observó también que la estructura ordenada de un sistema de fuentes generaba automáticas consecuencias con relación a la concepción del derecho dentro del sistema y en la técnica o forma de interpretación del mismo. Estos rasgos formales nos daban cuenta que en la familia jurídica romano-germánica la escuela de pensamiento jurídico era el formalismo jurídico.

Un sistema de fuentes ordenado, organizado en orden de prelación, daría cuenta que la labor del intérprete se reduciría a aplicar en orden de descarte cada una de las fuentes pre establecidas por el constituyente. Esta labor exegética por parte del intérprete mostraría la posición de un juez mecánico aplicador de reglas. Dicha postura, relacionada a la existencia de un juez pasivo, resultaría contraria a los presupuestos teóricos propios del Estado constitucional de derechos, y por tanto, subyacentes a la corriente neoconstitucionalista. Por otro lado, si bien esto será materia de análisis en la dimensión contextual, se puede advertir que la jurisprudencia, sea esta constitucional, ordinaria o electoral no encuentra reconocimiento expreso en el artículo antes descrito. Quizás en uso de una interpretación literal del texto del artículo, el jurista podría concluir que se encontraría en el último peldaño del sistema de fuentes del derecho, como parte de los “demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

Cabe preguntarse al respecto, ¿sería acorde a la lógica del Estado constitucional y de sus presuntas teorías subyacentes –el neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo democrático– asumir que la jurisprudencia haya descendido en el sistema de fuentes y que incluso una ordenanza prevalezca sobre ella? ¿Podría operativizarse o alcanzarse la denominada teoría material de la Constitución, de los derechos y garantías, en caso de que se considere que dentro del sistema de fuentes la jurisprudencia no existe expresamente, o en el mejor de los casos, se encuentre sometida, de antemano, a todas las fuentes del ordenamiento jurídico? Definitivamente no, el texto constante en el artículo citado denotaría una incompatibilidad con otras normas constitucionales, entre ellas los art. 1; art. 11, num. 8; art. 436, num. 1; art. 184, num. 2; art. 185 y art. 221 último inciso, entre otros

291 *Ibid.*, art. 425.

enunciados constitucionales. Todo ello se analizará a propósito del análisis correspondiente al parámetro de la dimensión contextual ecuatoriana.

La estructura rígida que se desprendería de este artículo con respecto al sistema de fuentes del derecho, asume de antemano, al más puro estilo formalista, cuáles serán las fuentes que deberán aplicarse a los casos futuros que puedan presentarse, desconociendo las particularidades que cada uno puede tener. Es el caso por ejemplo de los tratados internacionales de derechos humanos. Mientras en los artículos constitucionales analizados previamente se advertía la presencia de la cláusula de favorabilidad en materia de protección de derechos humanos, este artículo denotaría que siempre la Constitución prevalecerá sobre dichos instrumentos, conclusión que no se desprendería desde una lectura integral de la Constitución. Dicha lectura también desconocería la existencia del control de convencionalidad y del bloque de constitucionalidad, parámetros que alteran sustancialmente el orden jerarquizado asumido de antemano por el constituyente.²⁹²

A este respecto, Claudia Storini, también emprende una crítica con relación a la eventual supremacía –a priori– de las leyes orgánicas por sobre las leyes ordinarias, jerarquía que no se sustenta en una cuestión material, y tampoco formal. Se pre asume desde el contenido de la Constitución –entre otras razones– que las leyes orgánicas rigen por sobre las leyes ordinarias, por cuanto las primeras desarrollan derechos y garantías. Cabe cuestionarse al respecto, ¿qué normativa infraconstitucional no regula derechos y garantías? No cabe esa posibilidad en el marco de un Estado constitucional, toda la normativa debería desarrollar en el marco de sus competencias los postulados constitucionales a modo de ramificaciones que nacen de un núcleo o semilla llamada Constitución.²⁹³

Tras lo dicho, este articulado reafirmaría las concepciones de plenitud y coherencia propias del formalismo jurídico, y lo más grave desconocería el carácter interdisciplinario del derecho. En efecto, es necesario recordar que una estructura ordenada de las fuentes asume que es derecho únicamente lo que se encuentra dentro de esa estructura, no cabe la búsqueda de soluciones fuera de él. Más allá del reconocimiento expreso de la Constitución como fuente, no existe ninguna referencia expresa, tal como si lo hace respecto a otras fuentes, a los derechos y principalmente a la noción fundamental de pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico resulta ser un rasgo particular fundamental del sistema jurídico ecuatoriano, sustentado en las nociones de interculturalidad, plurinacionalidad reconocidas en el princi-

292 Cfr. Rodrigo Uprimny, “Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, <http://dejusticia.org/index.php>, consulta: 23 de septiembre de 2015.

293 Cfr. Storini, “Las garantías constitucionales”, 293.

pio constitucional básico positivizado en el art. 1 de la Constitución, pero también desarrollado en los arts. 56, 57 y siguientes de la CRE de 2008.

A todas luces, como se ha analizado desde el punto de vista formal, el contenido del artículo en cuestión, particularmente en lo relacionado a su estructura y a las fuentes que refiere, no es concordante con aquellos postulados teóricos que se analizaron a propósito de la dimensión valorativa. En otras palabras, desde una lectura aislada de este precepto constitucional se puede concluir que no existe coincidencia entre él y los postulados teóricos analizados en el parámetro de la dimensión contextual. Esta conclusión desde una interpretación literal y aislada, sería que en Ecuador subyace una corriente formalista, distinta a aquellas que se advertían desde la teoría. No obstante, conforme se ha insistido previamente, el art. 427 reconoce la necesidad de interpretar las normas constitucionales de manera literal, pero en el sentido que más se ajuste a su integralidad, y a breves rasgos se ha podido concluir que en uso de dicho criterio de interpretación integral las conclusiones sobre la estructura del sistema de fuentes y sus fuentes difieren de aquel que se desprendería de una lectura aislada del artículo citado.

En otras palabras, si se asume un criterio de interpretación literal y aislado del art. 425 de la Constitución, en lo relacionado a la estructura del sistema de fuentes y fuentes, el resultado se traduciría en la existencia de una disposición constitucional inconstitucional.²⁹⁴ Este análisis contribuye a cuestionar nuevamente si nuestra estructura del sistema de fuentes es ordenado, o si más bien, se trata de un sistema mixto, en que todas las fuentes del derecho podrían utilizarse indistintamente para resolver un caso determinado, siendo el criterio para su selección cuál de ellas resulta más garantista o reconoce de manera más favorable derechos constitucionales. Así lo dijo incluso la CC en la sentencia No. 002-09-SAN-CC, pronunciamiento en el que a partir del contenido implícito de los derechos en todo el ordenamiento jurídico, se determinó que el derecho de las personas con discapacidad para importar vehículos ortopédicos o no ortopédicos, nuevos o usados, de hasta tres años de fabricación, libres de impuestos, reconocido en la Ley Ordinaria de Discapacidades, prevalecía sobre el derecho al medio ambiente sano que procuraba tutelarse a través de la Ley Orgánica de Aduanas mediante la exigencia de la presentación de una factura comercial.²⁹⁵

Como se puede ver el reconocimiento del Estado constitucional, y del contenido de las disposiciones normativas hasta aquí analizadas, ge-

294 Ver Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. por Leonardo Álvarez (Lima: Palestra, 2010).

295 Cfr. Corte Constitucional del Ecuador –CCE–, Sentencia No. 002-09-SAN-CC.

neraría un claro alejamiento de los rasgos rígidos que concebía la familia romano-germánica. Parece ser, que el art. 425 es un rezago de la concepción positivista del derecho, puntualmente de aquel art. 272 de la CPE de 1998, no obstante, al ser la Constitución y los instrumentos internacionales sus principales fuentes, esto deviene en que su lectura siempre deberá darse desde una visión integral de la Carta Fundamental. Debe precisarse que las críticas emprendidas respecto a esta disposición constitucional, no buscan la prescindencia de la Constitución como norma fundamental, o del resto de fuentes del derecho, lo que pretenden es justamente garantizar su predominio en el sistema de fuentes, pero ubicándose como centro y base del sistema a modo de una raíz desde la cual emergen el resto de fuentes del derecho, de esta manera se asume que todas las fuentes tienen una presunción de constitucionalidad. En definitiva, un sistema de fuentes del derecho de estructura pre ordenada limitan al Estado constitucional y sus postulados.²⁹⁶

Ahora bien, resulta necesario señalar que el artículo en mención, en su totalidad, no es del todo contraproducente, principalmente en lo relacionado al principio de aplicación directa de la Constitución. En efecto, cabe recordar que en el caso de los principios de aplicación se advierte un déficit relacionado a cuáles contenidos constitucionales pueden ser objeto de aplicación directa, pues se desprendía que serían solo derechos y garantías constitucionales. Este déficit fue superado desde una lectura integral con el art. 424 de la Constitución y se ratifica particularmente con el contenido previsto en el segundo inciso del art. 425. En este segundo inciso se deja en claro que en caso de existir una contradicción entre cualquier norma infraconstitucional, con respecto a la Constitución, esto es, reglas, valores y principios constitucionales, prevalecerá la Constitución. Siendo así, en cuanto al alcance de del principio de aplicación directa, quedaría claro a partir de este artículo, que su invocación no se da exclusivamente cuando no existe una norma infraconstitucional, sino también para el caso de la existencia de una norma infraconstitucional que pueda ser contraria a la Constitución.

Lógicamente, dicha declaratoria de “contradicción” tendrá distintos efectos y alcances según quien sea el agente que detecte dicha inconformidad y en consecuencia quién la declare. A pesar de lo dicho se destaca nuevamente la rigidez y ligereza con la que se trata a los instrumentos internacionales, asumiendo de plano que siempre los contenidos constitucionales prevalecerán sobre los aportes en materia axiológica del *corpus iuris*

296 Véase al respecto, Juan Montaña Pinto, *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano* (Quito: CEDEC / CCPT, 2012).

interamericano. Esta postura denotaría la inclinación por una concepción dualista del sistema nacional y el sistema interamericano de derechos humanos, y el resguardo de una posición fuerte de un margen nacional de apreciación.²⁹⁷

Finalmente, el contenido del art. 426 de la Constitución, guarda armonía y conformidad con el texto correspondiente a los principios de aplicación de derechos y el contenido del art. 424 de la Carta Fundamental. La disposición normativa ratifica a los destinatarios del principio de aplicación directa de la Constitución. Expresamente señala que serán las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos quienes tienen la obligación de aplicar directamente las normas constitucionales y aquellas que sean más favorables cuyo reconocimiento se encuentre en instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sumado a lo dicho, el segundo inciso del mismo articulado enmienda los problemas que se generan como consecuencia de una lectura literal del art. 425 de la Constitución. En efecto, en el caso del art. 424 se deja en claro la procedencia del control de constitucionalidad y el de convencionalidad, al establecer que los derechos consagrados en la Constitución y en instrumentos internacionales serán de inmediato cumplimiento y aplicación. Ahora bien, no todo resulta tan claro, principalmente desde el punto de vista de los agentes obligados a aplicar directamente aquellos derechos, pues si se lee dicho inciso en armonía con el primero, se concluiría que el control de constitucionalidad y de convencionalidad no solo está en manos de juezas y jueces sino también en autoridades administrativas e incluso en el genérico servidoras y servidores públicos. A partir de esta amplitud, que denotaría una coincidencia con los postulados propios del Estado constitucional y las que serían sus corrientes subyacentes, también surgen inquietudes como por ejemplo cuál sería el efecto de dichos controles, según sea el caso, y segundo, cuál sería el impacto en los derechos a la seguridad jurídica e igualdad si asumimos que todos los jueces, autoridades y servidores en general pueden ejercer dicho control.

Como respuesta a la primera interrogante se puede señalar que es un efecto propio de la constitucionalización del sistema y de reconocer el carácter normativo de la Constitución. Esto es así porque la Constitución no solo vincula a juezas y jueces, sino a todo servidor público e incluso parti-

²⁹⁷ Cfr. Francisco Barbosa Delgado, *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 43. El autor define al margen nacional de apreciación de la siguiente manera: La noción del margen de apreciación puede ser definida como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales.

culares. Este último caso no advertido expresamente en la norma. Resulta lógico que cada uno de los agentes mencionados debe tener como referente de su diario accionar a la Constitución, no obstante dependerá de sus competencias y funciones el establecimiento de los efectos que podrían traer consigo la materialización de dichos controles. Es así que no tendrá el mismo efecto el control de constitucionalidad o convencionalidad que pueda ejercer cualquier servidor público a aquel que traerá consigo el control constitucional o convencional por parte de un juez, esto se analizará inmediatamente a continuación.

Hasta el momento se ha hecho una aproximación formal/pragmática, a los contenidos normativos previstos en la Constitución, en lo relacionado al principio de aplicación directa de la Constitución. A partir de ello se han visibilizado algunas imprecisiones en los textos atinentes a la regulación de este principio, producto de dichas imprecisiones han surgido también algunas dudas. Una de ellas es quiénes deben recurrir al principio de aplicación directa y cuál sería el efecto de dicha aplicación directa. Para tratar de generar una aproximación a una respuesta es necesario verificar el vínculo de dicho principio de aplicación con los tipos de control constitucional que se desprenden desde el contenido de las disposiciones normativas constitucionales pertinentes. Producto de este análisis también se podrán plantear algunas respuestas relacionadas al modo en que operaría el control de convencionalidad desde el contenido de las disposiciones constitucionales.

En cuanto al primer tipo de control constitucional el art. 428 de la Constitución señala:

Artículo 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.²⁹⁸

Dada la amplitud del tema concerniente a esta disposición normativa, se verificará su relación con el principio de aplicación directa de la Constitución. Lo primero a destacar es que esta disposición normativa se encuentra reconocida en el texto constitucional en el capítulo primero, referente a los principios de Supremacía Constitucional, inmediatamente después de los artículos que se han analizado formalmente en líneas ante-

298 CRE, art. 428.

riores. Es así que se podría advertir su vínculo con el principio de supremacía constitucional y en consecuencia con el control de constitucionalidad y convencionalidad. Segundo, el artículo en cuestión, a diferencia de la amplitud que mostraban las disposiciones normativas respecto al destinatario del principio de aplicación directa, ciñe este tipo de control para el caso de juezas o jueces. Consecuencia de la redacción expresa del artículo, el tipo de control reconocido en el art. 428 no es una atribución conferida a autoridades administrativas y tampoco a cualquier servidor público en general. Cabe preguntarse al respecto, si esta regla constitucional guarda armonía, en su sentido integral, con aquellas disposiciones constitucionales que se han analizado hasta el momento, destacando que entre ellas existen reglas y principios constitucionales que establecen la obligación que tienen otras autoridades administrativas y cualquier servidor público de aplicar directamente la Constitución.

Por otro lado, la exclusión del control concreto de constitucionalidad a cualquier autoridad pública o servidor público, que no sea juez, si bien parecería lógico y positivo, se traduce en una diferenciación no justificable y peligrosa. En efecto, esta exclusión desconoce nuevamente que la propia Constitución en su art. 84 atribuye potestades normativas a otros órganos y que estos tienen la obligación de adecuar formal y materialmente su contenido a los derechos previstos en la Constitución. Esta exclusión se torna sumamente peligrosa, pues se asumiría que dichos servidores públicos con potestad normativa –no judiciales– sí podrían aplicar directamente la Constitución y como consecuencia de ello inaplicar las normas infraconstitucionales que consideren, sin necesidad de consultar previamente a la CC. En otras palabras, aquellos límites impuestos por el art. 428 de la Constitución, a las juezas y jueces, no se aplican a otras autoridades que en ejercicio de su potestad normativa pueden lesionar con carácter subjetivo y objetivo derechos constitucionales de las personas.

Lógicamente a pesar de que dichas disposiciones normativas no hagan alusión expresamente a un control de constitucionalidad, lo cierto es que cuando se les obliga a aplicar directamente la Constitución o un Instrumento Internacional de Derechos Humanos que reconozca derechos más favorables a los constitucionales, están ejerciendo un control de constitucionalidad y convencionalidad en sus actividades diarias. Tercero, cabe precisar que el texto hace alusión de manera general a juezas o jueces, sin especificar su nivel, por ejemplo, jueces de primer nivel, de Corte Provincial o Nacional, Tribunal Contencioso Electoral, con la única exclusión de la CC quien tiene a su cargo el control concentrado y abstracto de constitucionalidad conforme lo prevén los art. 429 y 436, num. 1, 2, 3 y 4 de la misma Constitución.

Siendo así, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, cuando considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, debe suspender la tramitación de la causa y remitirla en consulta a la CC, órgano que en el marco de las competencias advertidas deberá resolver sobre la constitucionalidad de la norma.

Esta redacción tiene claras implicaciones respecto al principio de aplicación directa, tanto respecto a su eficacia como a su alcance. En cuanto a la eficacia se refiere, la disposición normativa señala que en el escenario de encontrar en el conocimiento de un caso una norma contraria a la Constitución, no podría directamente inaplicarla, sino que debería suspender la tramitación de la causa y remitirla en consulta a la CC. El centro de análisis será entonces descifrar a que se refirió el constituyente cuando hizo alusión a “cuando considere” y si este escenario brindaría o no la opción al juzgador para que en alguna circunstancia pueda inaplicar dicha norma para aplicar directamente la Constitución.

Líneas atrás se concluía a partir del texto constante en los art. 424, 425 y 426, que la aplicación de la Constitución o de los Instrumentos Internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables, deberá darse en casos de ausencia de norma infraconstitucional e incluso si existiera una norma que fuera contraria a estos postulados. Esta actividad asegura la normatividad y supremacía de la Constitución. No obstante, en este escenario puntual, se advierte una disconformidad con dichas disposiciones constitucionales, pues el art. 428 presupondría que si existe una norma infraconstitucional que pueda ser contraria a la Constitución, la jueza o juez, “garante de la Constitución y de los derechos”, no podría aplicar la Constitución directamente y resolver el caso puntual, sino que debería suspenderlo y remitirlo a la Corte.

Dicha suspensión tiene un impacto directo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 75 de la Constitución, pues las causas se encontrarán suspensas hasta tener un pronunciamiento de constitucionalidad por parte de la CC. Este escenario generaría dos consecuencias que por lo pronto simplemente se mencionarán. Primero, que este escenario incentive a los juzgadores a ver a la consulta de norma como un mecanismo de escape, legitimado por la propia Constitución, para evitar la congestión judicial en sus judicaturas. El segundo efecto, sería un nuevo incentivo para el juzgador, esta vez para evitar dilatar el proceso. En este último escenario a pesar de que el juzgador considere que la norma es contraria a la Constitución, a efectos de no tener que elevar en consulta a la

Corte la constitucionalidad de la norma, se limitará a aplicarla, contrariando de esta manera los postulados materiales que irradia el Estado constitucional y que formarían parte de sus corrientes constitucionales subyacentes.

Se puede decir que el segundo inciso del art. 428 de la CRE establece un límite temporal para el pronunciamiento de la Corte, en cuyo caso el juzgador estaría en competencia para inaplicar la norma y de ser el caso, la persona que se sienta perjudicada podrá presentar una acción extraordinaria de protección. No obstante, lo cierto es que existe el art. 9 de la Codificación al Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la CC. Dicha norma está relacionada con la contabilización de los plazos y términos previstos en la LOGJCC, que en lo pertinente sostiene que dichos plazos y términos deberán contarse a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la providencia de avoco, pudiendo suspenderse nuevamente cuando el Pleno de la Corte, salas de admisión, selección y revisión, y las juezas y jueces constitucionales soliciten apoyo técnico jurisdiccional, ordenen la práctica de diligencias y/o soliciten estudios especializados. Términos y plazos que conforme la disposición reglamentaria aludida, se reanudarán por medio de providencia.

En el caso de la LOGJCC, el segundo inciso del art. 142, ratifica el contenido del art. 428 de la Constitución y determina que la CC tendrá un plazo no mayor a cuarenta y cinco días para resolver sobre la constitucionalidad de la norma. En consecuencia, dicho plazo se contabilizará en los términos previstos en el art. 9 del Reglamento de la Corte.

Ahora bien, retomando lo dicho en líneas anteriores, el centro de análisis normativo gira en torno a descifrar a que se refirió el Constituyente con la palabra “considere”. Al respecto es preciso revisar lo que señala el art. 142 de la LOGJCC referente al control concreto de constitucionalidad:

Artículo 142.- Procedimiento.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido.

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la CC, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la CC no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la CC resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de

protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la CC.

No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia.

El tiempo de suspensión de la causa no se computará a efectos de la prescripción de la acción.²⁹⁹

En ese intento por buscar una respuesta, y a partir de los textos normativos transcritos, puede surgir un tercer escenario interpretativo, quizás o aparentemente acorde con los principios de aplicación de derechos y las normas constitucionales referidas en líneas anteriores. Esta sería asumir que cuando el juzgador tenga certeza, no solo considere, o cuando no tenga duda de la contrariedad de la norma con la Constitución, tenga legitimidad para inaplicarla a modo de un control difuso de constitucionalidad y remitir un informe paralelamente para conocimiento de la CC.

Cabe precisar al respecto, que de manera sorpresiva, este control difuso –en el marco del control mixto de constitucionalidad– a diferencia de los problemas que trae consigo el art. 428, sí se encontraba claramente establecido en el art. 274 de la CPE de 1998, norma fundamental de la época hasta ahora juzgada como “legalista o liberal”:

Artículo 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, son perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal resuelva con carácter general y obligatorio.³⁰⁰

El problema de tal conclusión –la presunta existencia de un control difuso desde el punto de vista formal– en estricto apego al contenido de las normas constitucionales, tanto de manera literal como en su integralidad, es que dentro de las competencias de la CC previstas principalmente en el art. 436 de la Constitución, no existe una que permite a la Corte conocer sobre dicho informe de constitucionalidad y pronunciarse con efectos generales, competencia que sí tenía el antiguo Tribunal Constitucional bajo la vigencia del art. 274 de CPE de 1998.

Es así, que desde el punto de vista formal no existe una competencia para aceptar dicha interpretación y sobre todo materializarla. Aquí se evidencia claramente un problema de tipo normativo en el texto de la CRE de

299 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (en adelante, LOGJCC). RO (S2), art. 142.

300 Constitución Política del Ecuador (CPE) de 1998, art. 274.

2008 que genera sin duda la necesidad de una interpretación por parte del órgano legitimado para hacerlo, este es la CC. Se debe señalar que resulta inadmisibles y sorprendente que el constituyente no haya regulado de manera clara un tipo de control que lleva implícito la eficacia del principio de aplicación directa, y de manera subyacente de la normatividad de la Constitución, ambos rasgos característicos del Estado constitucional. Si bien se podría señalar que detrás de la lógica del control concreto y concentrado de constitucionalidad su fin sería asegurar el principio de seguridad jurídica e igualdad, al evitar la dispersión de criterios judiciales sobre la aplicación o inaplicación de una misma disposición normativa para casos similares, lo cierto es que la eficacia de otros derechos como la tutela judicial efectiva, expedita, y la justicia material, serán de difícil consecución al excluirse al control difuso en el marco de un control mixto de constitucionalidad. Por otro lado, esta modificación normativa, que denota una clara diferencia entre el contenido del art. 274 de la CPE de 1998 y el contenido del art. 428 de la CRE de 2008 vigente, demuestra claramente que se ha receptado de manera acrítica un tipo de control constitucional que no era propio del Ecuador. Producto de la inserción de dicho artículo se ha generado incertidumbre en su aplicación, y lo más grave se ha desconocido un particularismo propio del constitucionalismo ecuatoriano como era el control mixto de constitucionalidad. No se pretende excluir la opción de un cambio de control constitucional, pero dicho cambio, en caso de ser producto de un trasplante jurídico, no puede desconocer la dimensión contextual ecuatoriana.

Con ese antecedente se puede asimilar la importancia que tendrá el resultado de dicha interpretación constitucional en los postulados antes advertidos. De ello dependerá el mantener o no un rasgo propio y fundamental del Estado constitucional y de las corrientes neoconstitucionalistas o de un nuevo constitucionalismo democrático. Esta aproximación de tipo sociológico será objeto de análisis a propósito del siguiente filtro de evaluación del trasplante.

Finalmente, solo a modo de referencia, se debe advertir que no todo es malo en el ámbito de este articulado, pues de alguna manera ratifica la procedencia de un control concreto –en los términos de la LOGJCC– de convencionalidad, en manos de cualquier jueza o juez del país. Es decir, si algo está claro a partir de la redacción normativa de dicho artículo, es que cualquier jueza o juez podrá al menos suspender la tramitación de una causa cuando considere que una norma es contraria a instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables que la propia Constitución, lógicamente con la debida fundamentación que acredite la aplicación del parámetro de favorabilidad.

La rigidez constitucional según las disposiciones normativas de la CRE

Es importante ahora, desde la dimensión pragmática formal, realizar un análisis similar al realizado a propósito del principio de aplicación directa de la Constitución, esta vez relacionado a uno de los elementos sustanciales descritos por la corriente neoconstitucionalista, principalmente por la teoría democrática de la Constitución, que según la *ius* teoría transnacional prevalecería en el constitucionalismo ecuatoriano.³⁰¹

Se identificarán los enunciados constitucionales relacionados a la rigidez constitucional, para a partir de ellos verificar y evaluar su coincidencia con los postulados de rigidez que promueve la teoría democrática de la Constitución, misma que, junto con otros rasgos –según Viciano y Martínez– se advertiría claramente desde el punto de vista formal, en la CRE de 2008.

Para recordar un poco el análisis valorativo-teórico expuesto en líneas anteriores, se puede citar nuevamente el concepto de rigidez que según los profesores Viciano y Martínez Dalmau caracteriza a la teoría democrática de la Constitución:

Al respecto, es fácil entender que las nuevas Constituciones en esencia se fundamentan en principios que, tanto implícitos como explícitos, abundan en sus textos, en detrimento de las reglas que, aunque presentes, ocupan un lugar limitado a los casos concretos en que su presencia es necesaria para articular la voluntad del constituyente.³⁰²

[...] Por último se ha hecho referencia a la eliminación del conocido poder constituyente constituido, poder constituyente derivado, o poder de reforma; esto es, a la prohibición constitucional de que los poderes constituidos dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos.

Se trata de una fórmula que conserva en mayor medida la fuerte relación entre la modificación de la Constitución y la soberanía del pueblo, y que

301 Sobre rigidez constitucional, véase, además del estudio clásico de Lord Bryce (James Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962), Miguel Ángel García Herrera, "Rigidez constitucional y estado social", en Perfecto Andrés Ibáñez, dir., *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho* (Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 1999); Víctor Ferreres Comella, "Una defensa de la rigidez constitucional", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 23 (2000): 29-48, luego en VV. AA., *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, 2002, Madrid, 227-46; Josep Aguiló Regla, "Sobre la resistencia constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 6 (2003); Sergio Díaz Ricci, "Supremacía de la Constitución", en Raúl Morodo y Pedro de Vega, coord., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. 2, 895-930 (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001); Sergio Díaz Ricci, "Rigidez constitucional: Un concepto total", en Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés, coord., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 1 (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM– Instituto de Investigaciones Jurídicas –IIJ–, 2015).

302 Viciano y Martínez Dalmau, "Aspectos generales del nuevo constitucionalismo", 29.

cuenta con su explicación política en el propio concepto de Constitución como fruto del poder constituyente y, complementando el argumento teórico, en la experiencia histórica de cambios constitucionales por los poderes constituidos propia del viejo constitucionalismo y tan entendida por el constitucionalismo europeo.³⁰³

La *rigidez constitucional*, entendida como se ha definido anteriormente, no busca la perdurabilidad de la Constitución, sino la modificación de esta exclusivamente por el poder constituyente, esto es, el originario. Las condiciones con las que han nacido los nuevos textos constitucionales –entre ellas, principalmente, su capacidad innovadora, su amplitud y su complejidad– y, por otro lado, el hecho de que hayan provenido de una ruptura democrática y, por lo tanto, que su principal objetivo consistiera en levantar una nueva legitimidad jurídica sobre las cenizas de la anterior y no en la construcción de un proyecto definido de nuevo Estado, condicionan su existencia futura[...]³⁰⁴

Si bien en este acápite se estudia la rigidez constitucional desde el contenido de los enunciados constitucionales, es necesario hacer estas referencias a efectos de facilitar el análisis y que sea de mayor comprensión para el auditorio universal. Tanto Viciano como Martínez parten del proceso fundacional suscitado puntualmente en Bolivia, Venezuela y Ecuador, mostrando fuertes críticas al caso de la Constitución colombiana, al calificarla de *tibia* por permitir que un órgano constituido pueda estar legitimado para reformar la Constitución.

Los *ius* teóricos aludidos –como se dijo previamente– aseveran que el caso ecuatoriano es una muestra clara de la materialización de esta corriente en su constitucionalismo. Para aseverar aquello se fundan en el origen de la Constitución ecuatoriana como en el contenido de sus normas. En el primer caso se hace mención constante a un proceso inédito en el que el poder constituyente, entendido el pueblo, se dio a si una Constitución, pues participó activamente tanto en la aprobación de un cambio constitucional como en la aprobación de los textos elaborados por los asambleístas constituyentes, que desde esta postura serían meros representantes que no ostentan la calidad de constituyentes.

En el caso puntual, se concentrará el análisis en el segundo escenario, esto es, verificar si los postulados descritos por los *ius* teóricos se plasman claramente desde el contenido de las normas constitucionales. El primer artículo que destaca en la CRE de 2008, y que de alguna manera mostraría su coincidencia con la democratización de la Constitución es el caso del

303 Viciano y Martínez Dalmau, a propósito de esta cita sostienen: [...] La Constitución colombiana de 1991, al ser el primer intento de ruptura con el viejo constitucionalismo, aún está muy basada en los viejos principios dogmáticos y es la más tibia en este sentido porque deja paso a la reforma constitucional a través de los poderes constituidos.

304 *Ibid.*, 32-3.

inciso segundo del art. 1 de la CRE de 2008: [...]. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad [...].³⁰⁵

En uso de una lectura no autorizada por la propia Constitución, es decir, una lectura a modo de piezas de mosaico de este inciso, se puede advertir que el titular de la soberanía es el pueblo; el poder constituyente según la teoría democrática de la Constitución. En ese marco, tal como lo señala la propia Constitución, su voluntad es el fundamento de la autoridad. Consecuencia de esa lectura obtendríamos seguramente una percepción de identidad o al menos aproximación a los postulados del nuevo constitucionalismo democrático. No obstante el inciso segundo, en su plenitud, señala:

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.³⁰⁶

A partir de una lectura completa de dicho artículo, nuestra conclusión no sería la misma. En este caso, si bien se reconoce que la soberanía radica en el pueblo y que su voluntad es el fundamento de la autoridad, la misma Constitución determina que esta se ejerce a través de los órganos del poder público y de las demás formas de participación directa previstas en la Constitución. Es así que se reconoce claramente que se trata de una democracia representativa que reconoce el papel fundamental del constituyente o pueblo, pero que también reconoce la existencia y legitimidad de los órganos del poder público. No obstante de ello, la interpretación de dicho artículo debe atender necesariamente al origen inédito de la CRE de 2008. Se trata de una Constitución aprobada por el pueblo, en cuyo caso, las modificaciones que se puedan emprender deberían también contar con su autorización. Este particular se analizará más adelante desde la dimensión contextual.

Finalmente, un aspecto que sí muestra coincidencias claras con los postulados de conexión directa entre Constitución y sociedad, es el componente de participación ciudadana que se puede advertir a lo largo de la Constitución. Es el caso por ejemplo, del reconocimiento formal en la Constitución de un cuarto poder, según el orden de tratamiento en la Constitución, denominada Función de Transparencia y Control Social (art. 204 y s.), sustentado en la caracterización del pueblo como mandante y primer fiscalizador del poder público. También se puede advertir este nexo, por citar solo un ejemplo de muchos, en la legitimación activa de las garantías constitucionales, que han sido ampliadas en su acceso a efectos de que cualquier persona que considere que sus derechos, o cualquier derecho

305 CRE, art. 1.

306 *Ibíd.*, art. 1.

se encuentre amenazado o vulnerado, o advierta una inconformidad de una norma infraconstitucional con la Constitución, pueda acceder al sistema de administración de justicia y solicitar tutela (art. 86, num. 1; art. 439).³⁰⁷

Sin embargo, de dichas coincidencias se sigue advirtiendo una tensión entre los postulados de la teoría democrática con el reconocimiento de una democracia representativa en manos de los poderes públicos. El pueblo puede fiscalizar sus actos, efectuar constante escrutinio público, pero aquello no es asimilable a pensar que actúa por sí solo. Es a partir de esta democracia representativa que el Estado invierte cuantiosas sumas económicas para la realización de elecciones de autoridades, y de esta manera garantizar que sea el pueblo quien determine quién los representa. Respecto a esta tensión entre la noción de un poder constituyente permanente, propio de la teoría democrática y la inexistencia de un poder constituido, parece ser que el constituyente se decantó por una tesis ecléctica que da cuenta que dichos postulados no son contradictorios desde la lógica de un Estado constitucional de derechos.

El reconocimiento expreso de un poder constituido y de un poder constituyente, es claramente advertible con la sola lectura del art. 1 de la Constitución ecuatoriana, principio que como se analizó previamente, genera un efecto de irradiación respecto al resto de disposiciones constitucionales. Con esta explicación, y en sustento de una interpretación integral de la Constitución, es procedente revisar el contenido de los enunciados constitucionales relacionados a la rigidez constitucional y poder de reforma de la Constitución:

Artículo 441.- La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará:

1. Mediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral.
2. Por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional. El proyecto se tramitará en dos debates; el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días

307 Cfr. Ávila Santamaría, "El amparo Constitucional, entre el diseño liberal y la práctica formal", en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional* (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador -TCE-, 2007). Ávila Santamaría, "Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008", en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva* (Quito: MJDH / TCE, 2008). Pablo Alarcón Peña, "El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales", en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: CEDEC / CCE 2013).

siguientes al año de realizado el primero. La reforma solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional.

Artículo 442.- La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales, ni modifique el procedimiento de reforma de la Constitución tendrá lugar por iniciativa de la Presidenta o Presidente de la República, o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la Asamblea Nacional.

La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea Nacional en al menos dos debates. El segundo debate se realizará al menos noventa días después del primero. El proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional. Una vez aprobado el proyecto de reforma constitucional se convocará a referéndum dentro de los cuarenta y cinco días siguientes.

Para la aprobación en referéndum se requerirá al menos la mitad más uno de los votos válidos emitidos. Una vez aprobada la reforma en referéndum, y dentro de los siete días siguientes, el Consejo Nacional Electoral dispondrá su publicación.

Artículo 444.- La asamblea constituyente solo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la Presidenta o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de los representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.³⁰⁸

Cabe precisar que se ha omitido citar el contenido del art. 443 atinente a la competencia que tiene la CC en el marco de la reforma de la Constitución. Esto obedece a razones metodológicas, se inicia analizando formalmente los mecanismos de reforma de la Constitución para luego analizar el rol que cumple una CC, en tanto órgano contra mayoritario.³⁰⁹

Como se puede apreciar, la CRE de 2008 prevé puntualmente tres mecanismos de reforma constitucional, utilizando esta terminología para referirse a todos los procedimientos que involucren cambios en mayor o menor grado en el texto constitucional. No obstante, ciertamente es necesario cuestionar hasta qué punto el cambio constitucional reconocido en el art. 444 de la Constitución puede ser asimilado como una reforma

308 CRE, art. 441, 442 y 444.

309 Cfr., en Herber Campos Bernal, edit., *Control constitucional y activismo judicial*, (Lima: Ara Edit., 2012), 297. [...] De acuerdo con esta línea de argumentación, la Constitución, por una parte, establece (suele establecer al menos) ciertos derechos con la finalidad de que las mayorías encuentren límites a sus ambiciones y, por otra, organiza el poder Judicial con el objetivo, de asegurar el respeto de tales derechos.

constitucional, toda vez que su efecto podría ser la emisión de una nueva Constitución. Destacando que este mecanismo de cambio constitucional obedece generalmente a crisis de tipo político, económico, social o jurídico en un sistema determinado.³¹⁰ Se tiene así, a la enmienda constitucional, la reforma parcial y el cambio constitucional que podría incluir hasta la emisión de una nueva Constitución.³¹¹ En cuanto a la iniciativa de reforma de la Constitución se refiere, se debe precisar que esta puede ser impulsada, con los requisitos establecidos en la normativa, por el presidente de la República, la Asamblea Nacional (AN) y por la ciudadanía. En este último caso se destaca claramente la participación ciudadana en la toma de decisiones que cruza transversalmente a la CRE de 2008.

310 Véase, Rafael Oyarte, *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado* (Quito: CEP, 2014), 104-8. EL profesor Oyarte es partícipe de la diferenciación entre poder constituyente originario y otro derivado. En el caso del poder constituyente originario, refiere que “[...] las características que tiene el poder constituyente originario en general, esto es, tanto en fase de simple organización como en ejercicio fundacional, siguiendo a Saá Velasco, entre otras, estas consisten en que es fuente y punto de partida de la normatividad jurídica; su competencia no deriva de normas anteriores, es positivamente ilimitado; supone una situación de hecho; su ejercicio es extraordinario; y su labor es intrínsecamente válida”. Las características descritas por el profesor Oyarte, como vemos, son de orden general respecto al poder constituyente. No obstante, el mismo autor diferencia en su obra que existe un poder constituyente que si tiene un antecedente normativo, se trata del poder constituyente originario de simple organización. En nuestro criterio, las cláusulas constitucionales relacionadas a los mecanismos de reforma constitucional, al reconocer al cambio constitucional de competencia de la Asamblea Constituyente como un mecanismo de reforma, está reconociendo implícitamente límites, principalmente un orden normativo preexistente. Sin embargo de lo dicho, es claro que si lo que se pretende es cambiar la totalidad de la Constitución, deberíamos referirnos a un poder constituyente originario o fundacional, un poder que, conforme lo señala el profesor Oyarte, implicaría el ejercicio de un poder de hecho, pues no hay norma jurídica positiva anterior. Se trata de un poder para fundar un Estado, y luego para organizarlo jurídicamente, no es recibido de nadie, pues ninguna norma o poder lo otorga, es ejercicio de hecho, como poder constituyente originario que es. (Oyarte, 12) Es así como la positivización normativa del cambio constitucional tornaría automáticamente en incompatibles los postulados de la teoría democrática de la Constitución que defienden un único poder constituyente en manos del pueblo. Desde la lógica de una democracia constitucional la diferenciación entre poder constituyente originario fundacional y otro de mera organización, resulta fundamental, en el marco de un Estado constitucional que reconoce expresamente a este mecanismo como “de reforma”, sus límites están impuestos en la misma Constitución, asumiendo que los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador, forman parte de la normativa interna. En otras palabras, el cambio constitucional establecido en el art. 444 de la Constitución, guarda relación con un poder constituyente originario de simple organización. Si se pretende recurrir a un poder constituyente originario fundacional, no será esta la norma constitucional invocable, se debería implementar como una vía de hecho, asimilable a lo sucedido con el origen de la Constitución 2008, norma constitucional que obedeció a una crisis de tipo económico, político, social y jurídico. Se trataba de refundar al Estado, por ello la necesidad de un poder constituyente de plenos poderes. La referencia a una “nueva Constitución”, que hace el art. 444 también podría endilgarse a los procesos de enmienda y reforma parcial, finalmente, producto de las enmiendas o reformas parciales que se implementen, estaremos frente a una nueva Constitución.

311 Véase al respecto Enrique Ayala Mora, *¿Por qué la Asamblea Constituyente?* (Quito: La Tierra, 2015).

Del mismo modo, se advierte que la Constitución confiere una participación en el proceso de reforma de la Constitución a los poderes constituidos, como es el caso del Presidente de la República y la AN. Ahora bien, su sola participación en el poder de reforma de la Constitución no acreditaría una contradicción con el postulado de la teoría democrática que advierte la imposibilidad de realizar modificaciones a la Constitución sin la participación del pueblo.

Es el caso por ejemplo, de la enmienda solicitada por el Presidente de la República, que deber ser sometida necesariamente a referéndum aprobatorio, o el caso de la reforma parcial de iniciativa de la AN. No obstante, se advierte un claro problema normativo en el num. 2 del art. 441 de la Constitución. A partir de la redacción textual de dicho numeral, se encuentra que cuando se trata de una enmienda de iniciativa de la AN, los requisitos ahí estipulados son dos, el primero que se tramite en dos debates, especificando que el segundo debate se realizará de modo impostergable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. Segundo que su aprobación estará sujeta a la obtención del respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la AN. A diferencia de la redacción constante de manera expresa para el caso de la reforma parcial de iniciativa de la AN, particularmente en su segundo inciso líneas finales, el articulado claramente establece la necesidad de someter el proyecto aprobado por la Asamblea a un referéndum aprobatorio dentro de los cuarenta y cinco días siguientes. En el caso de la enmienda de iniciativa de la Asamblea no consta dicha necesidad de someter el producto aprobado por la Asamblea, “ya no denominado proyecto sino reforma”, a un referéndum aprobatorio. Es así que si se asume dicha conclusión claramente se muestra un mecanismo de reforma constitucional que no requiere de legitimación del poder constituyente: el pueblo.

Si es la conclusión interpretativa, *–contrariu sensu* a lo sostenido por Viciano y Martínez– será evidente que en el caso de las normas constitucionales ecuatorianas relacionadas a los procedimientos de reforma constitucional, no existe una influencia del concepto de rigidez constitucional propio de la teoría democrática de la Constitución, todo lo contrario, la Constitución debería ser calificada por ellos, tal como lo hicieron con el caso de la Constitución colombiana, como una tibia muestra sustentada en viejos principios dogmáticos.

Ahora bien, la pregunta central al respecto es: ¿es esa la lectura interpretativa que se debe asumir? En procura de una respuesta, nada fácil por cierto, se deberá recurrir nuevamente al contenido del art. 427 de la Constitución, que fija la necesidad de interpretar las disposiciones consti-

tucionales en el sentido literal que más se ajuste a su integralidad, en este caso, desde el contenido del mismo articulado y capítulo donde se encuentra inserta la regla, así como desde el contenido de otras normas constitucionales relacionadas a la materia.

En el caso puntual, se trata de un numeral, dentro del art. 441 y de todo el capítulo III de la Constitución, referido a la Reforma Constitucional, que resulta ser la excepción a la forma como se legitiman las modificaciones constitucionales. Desde una lectura literal del num. 2 del art. 441 es evidente que no existe una mención expresa a la necesidad de someter dicho producto proveniente de la AN a un referéndum aprobatorio, pero tampoco dice que no se deba. Lo que sí sucede, y que complejiza la interpretación, es que se califica al producto debatido y aprobado por la Asamblea como “reforma” y no “proyecto”.

Como se vio a propósito del análisis de los enunciados normativos relacionados al principio de aplicación directa, el aforismo del derecho público en el marco del Estado Constitucional y particularmente del art. 427 de la Constitución ha perdido asidero, es así que un argumento que sostenga que solo se puede hacer lo que expresamente dice el texto resulta una lectura incorrecta. Si se asumen los parámetros de interpretación previstos en el art. 427 de la Constitución, resulta necesario, previo a aplicar exegéticamente dicho precepto, la interpretación de dicho numeral en el sentido integral que más se ajuste a la Constitución, y finalmente en caso de duda, deberá ser interpretado en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de a interpretación constitucional.

Se refleja así, un grave conflicto, incluso para poder encontrar la voluntad del constituyente, pues la redacción del artículo incluso marcaría un trato diferenciado para el caso de la enmienda de iniciativa del Presidente de la República, en cuyo caso expresamente se advierte la necesidad de un referéndum. También se encuentra un trato diferenciado respecto a la reforma parcial de iniciativa de la propia AN, en cuyo caso, como se mencionó, ya no se alude al producto votado en la Asamblea como “reforma” sino proyecto.

Luego, desde la interpretación integral de la Constitución, es evidente que se debe iniciar por leer el art. 442 en armonía con el art. 1 de la Constitución antes descrito. En este caso, a partir del reconocimiento de una democracia representativa y en consecuencia a que la voluntad del pueblo se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución, podría concluirse que la AN está legitimada por el pueblo a través del voto popular para efec-

tuar enmiendas a la Constitución sin someterlas a aprobación del pueblo. Sustentarían su accionar en el concepto de democracia representativa.

Aun así, sigue sin justificarse porqué el constituyente en el caso de una enmienda de iniciativa del Presidente de la República, que también es electo por voto popular, deba someterse a referéndum. Luego, necesariamente se deberán confrontar estos postulados normativos identificados, con los distintos artículos de la Constitución que informan el papel crucial de la participación ciudadana que atraviesa la Constitución. Lo cierto es, que lejos de lo afirmado por los *ius* teóricos Viciano y Martínez, no es para nada claro que el concepto de rigidez propio de la teoría democrática, en lo relacionado a la no tolerable existencia de un mecanismo de reforma exclusivamente a cargo de un poder constituido, se refleje en la CRE de 2008.

Por otro lado, el concepto de rigidez que promulga la teoría democrática de la Constitución sostiene que no se pretende a través de ella evitar que la Constitución pueda ser modificada, todo lo contrario debería ser actualizada constantemente acorde a las cambiantes circunstancias de la sociedad. La Constitución según esta teoría, debe ser reflejo de su sociedad, mostrando de alguna manera una concepción realista del derecho.

En el caso de la normativa constitucional relacionada a la materia, se puede apreciar que existen tres mecanismos o procedimientos de reforma constitucional, organizados en un orden triádico, según el contenido y número de cambios que se pretendan hacer. Así, se encuentran establecidos en orden a cambios menores, cambios mayores y finalmente cambios fundamentales o incluso la necesidad de modificar la Constitución en su totalidad. En el caso de la enmienda constitucional, el constituyente ha establecido una serie de blindajes, pues se asume que a través de ella lo que se pretende es hacer cambios menores que no podrán restringir derechos y garantías, alterar la estructura fundamental de la Constitución, o alterar los elementos constitutivos del Estado, y tampoco cambiar su procedimiento de reforma. La enmienda puede materializarse mediante referéndum solicitado por el Presidente, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. También podría darse por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la AN y el proyecto se tramitará en dos debates, el segundo a realizarse de modo impostergradable en los treinta días siguientes al año de realizado el primero. Finalmente, la reforma, solo se aprobará si obtiene el respaldo de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea.

Por su parte en este orden triádico, en el caso de la reforma parcial, que considera la necesidad de cambios mayores a los que puede pretenderse a través de una enmienda, esta cuenta con dos de los cuatro límites

propios de la enmienda. Es así que en el caso de la reforma parcial, no se advierten las prohibiciones de alteración de la estructura fundamental de la Constitución y de los elementos constitutivos del Estado, manteniendo los límites relacionados a imposibilidad de restringir los derechos y garantías constitucionales o devenir en modificaciones en el procedimiento de reforma. Cabe precisar que en el caso de la reforma parcial, conforme el segundo inciso del art. 442, siempre debe ser tramitada por la AN, en los términos ahí establecidos, independientemente de donde provenga la iniciativa.

En cuanto a la iniciativa se refiere, esta podrá darse por pedido del Presidente de la República o a solicitud de la ciudadanía con el respaldo de al menos el uno por ciento de ciudadanas y ciudadanos inscritos en el registro electoral, o mediante resolución aprobada por la mayoría de los integrantes de la asamblea.

Finalmente se tiene la figura del cambio constitucional, para lo cual necesariamente deberá convocarse a través de consulta popular a una asamblea constituyente y el resultado deberá también necesariamente ser aprobado por el pueblo con la mitad más uno de los votos válidos. Esta podrá ser presentada por el Presidente de la República, por las dos terceras partes de la AN, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En cuanto a los límites que tendría este mecanismo de reforma constitucional, si bien no son mencionados en la Constitución, lo cual resulta incoherente desde la lógica de una democracia constitucional y de un Estado constitucional que involucra límites y vínculos a la democracia, sí se puede señalar, a cuenta de no coincidir con posturas teóricas relacionadas a la materia, que siendo que se trata de un procedimiento de reforma constitucional positivizado en la propia Constitución, tiene límites implícitos y explícitos. Entre ellos fundamentalmente contar con la aprobación del pueblo tanto para su inicio como para su aprobación, y segundo, un límite material que está dado por los derechos y garantías constitucionales y los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de protección de derechos humanos. Es así que en el marco de una democracia constitucional,³¹² es necesario mantener la división entre poder constituyente originario fundacional y poder constituyente derivado cada uno con sus límites, tal como lo presupone el reconocimiento de estas posturas en la Constitución ecuatoriana.

En consecuencia del análisis se pueden obtener algunas conclusiones. Entre ellas que según el texto de la Constitución, existen procedimientos sumamente agravados de reforma de la Constitución, todos ellos con lími-

312 Cfr. Prieto Sanchís, "Supremacía, rigidez y garantía".

tes principalmente materiales. Siendo así, desde la redacción de las normas constitucionales analizadas se puede llegar a una conclusión *sui géneris*. La Constitución no tiene mecanismos de modificación constitucional sencillos que permitan adecuar la misma a las cambiantes circunstancias sociales como pretende la teoría democrática, tan solo existiría, desde una lectura literal y aislada, un mecanismo que permitiría que la Constitución pueda ser cambiada constantemente, nos referimos al caso de la enmienda constitucional de iniciativa de la AN, que a diferencia de todas las demás no requiere de un referéndum aprobatorio. Conclusión *sui géneris* desde todo punto de vista, pues el mecanismo que permitiría alcanzar el postulado de dinámica constitucional que propende la teoría democrática es justamente aquel que no concibe su teoría, este es, un procedimiento de reforma constitucional realizado por un órgano constituido sin pasar por la aprobación del pueblo.

Con estas características, el concepto de rigidez constitucional, desde los enunciados normativos-constitucionales, ¿es aquel propio de la teoría democrática de la Constitución?, la respuesta es, definitivamente no.

Finalmente, por razones metodológicas, para concluir se ha dejado el análisis del art. 443 de la CRE, que determina: art. 443.- La CC calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde a cada caso.³¹³

Este postulado resulta fundamental en el marco de análisis que se ha realizado, pues lo cierto es que es la CC, a través de su control de constitucionalidad es quien debe clarificar las dudas interpretativas y concluir si la Constitución ecuatoriana es o no rígida desde la óptica de la teoría democrática de la Constitución, y segundo, si cabe la posibilidad en el marco de nuestra Constitución y del Estado constitucional, de contar un mecanismo de reforma constitucional que no tenga la necesidad de someterse a aprobación del pueblo. Todo esto se analizará desde la dimensión contextual de la evaluación del trasplante, producto de ello, se podrán exponer mayores conclusiones. Lo que sí se puede advertir en este momento es que el solo hecho que la Constitución admita la participación de la Corte en la calificación de los procedimientos de reforma, ya muestra *per se*, una tensión con la teoría democrática, pues un órgano constituido, a través de sus decisiones, podrá establecer cuándo y cómo se puede reformar la Constitución.

Esto significa que la Corte, en el marco de una democracia constitucional y no plebiscitaria, está llamada a poner límites a la democracia y a las decisiones de las mayorías, ese límite está dado por el respeto a los derechos y garantías constitucionales, por ello su denominación de órgano contra mayoritario.

313 CRE, art. 443.

El principio de aplicación directa de la Constitución y la rigidez constitucional desde la dimensión contextual: Su reconocimiento en las normas jurisprudenciales

La jurisprudencia: Una de las fuentes de evaluación de los trasplantes jurídicos

Una vez que se han analizado los principios de aplicación directa de la Constitución y de rigidez constitucional desde las dimensiones valorativa y pragmática, corresponde ahora abordar la denominada tesis del espejo, es decir, la evaluación del presunto objeto del trasplante desde la dimensión sociológica o contextual. Como se mencionó en líneas anteriores, la evaluación contextual de los objetos del trasplante resulta fundamental acorde al método comparativo. Esta aproximación contextual debe darse desde las dimensiones de los sistemas jurídicos con los que se pretende iniciar la comparación, así como desde el sistema desde el que se realiza el ejercicio de comparación.

Para alcanzar tal objetivo también se mencionó que dependiendo del agente que emprende el ejercicio de trasplante jurídico, el tipo de evaluación sociológica puede diferir. Se mencionó, por ejemplo, el caso de los agentes estatales que realizan constantemente ejercicio de comparación, en cuyo caso se hacía énfasis en la necesidad de asignar el presupuesto necesario a fin de utilizar mecanismos de evaluación sociológica que permitan evaluar el entendimiento y la forma de aplicación del objeto del trasplante.

Reconociendo el carácter interdisciplinario del derecho, el agente estatal podría recurrir, entre otros, a estudios sociológicos, antropológicos, que permitan dar cuenta de cómo está siendo asumido el objeto del trasplante o los riesgos que existen en su incorporación al ordenamiento jurídico. De esta manera la evaluación del objeto se generará desde la dimensión del principal destinatario del derecho que es la sociedad. Por otro lado, conscientes de la realidad presupuestaria de la academia latinoamericana, se sugirió que en el caso de los ejercicios comparativos que llevan adelante docentes y estudiantes, podrían optar por otros medios para la evaluación de los objetos de comparación, es el caso puntual de las fuentes sociológicas del derecho, por ejemplo, la jurisprudencia o cualquier otro acto emanado de una autoridad con potestad normativa.

En el caso de la jurisprudencia, esta se constituye en la fuente que permite evaluar cómo se está entendiendo y aplicando el derecho en la práctica. De esta manera se podrá evaluar si el objeto desde la dimensión teórica y pragmática resulta ser el mismo que se plasma en la dimensión

contextual. Para tal efecto, previo a seleccionar cualquier sentencia o resolución, tal como se mencionó a propósito de la descripción del método comparativo, el jurista debe optar por verificar cuál es el valor de la jurisprudencia como fuente en el marco de ese sistema jurídico. Pues caso contrario se podría optar por seleccionar una decisión que no refleje con carácter normativo el verdadero sentido del objeto del trasplante en ese sistema jurídico. Si bien es cierto que la jurisprudencia en sí podría reflejar interpretaciones interesantes sobre el modo de entender o aplicar determinada institución, también es cierto que si sus efectos son exclusivamente inter partes no reflejarán el verdadero sentido o entendimiento de la institución en el sistema.

En este orden de ideas, y considerando que las temáticas objeto de esta comprobación empírica, guardan relación directa con el constitucionalismo ecuatoriano, se procederá con un análisis jurisprudencial relacionado a los criterios emitidos en la materia por parte del máximo órgano de la Justicia constitucional en Ecuador. No obstante, antes de ello, acorde con el método comparativo se verificará previamente cuál es el valor de la jurisprudencia dentro del sistema jurídico, destacando su valor y evolución en el ámbito constitucional. Esta aproximación permitirá dar cuenta si se mantiene o no la pureza de los rasgos originarios de la familia romano-germánica en lo relacionado particularmente al valor de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho ecuatoriano.

A propósito del análisis correspondiente a la dimensión formal del principio de aplicación directa de la Constitución, se analizó el art. 425 de la CRE, atinente a la presunta estructura del sistema de fuentes del derecho ecuatoriano, y se concluyó que dicha disposición no podía ser interpretada de manera aislada sino en el sentido integral que más se ajuste a la Constitución. Es así como se concluyó también que no es acertado atribuir a la jurisprudencia el último peldaño dentro de la estructura del sistema de fuentes, pues aquello desconocería otras tantas disposiciones constitucionales que guardan directa relación con el modelo constitucional Estado constitucional de derechos, mismas que revalorizan el valor de la jurisprudencia como fuente. Entre ellas, por citar algunos: los art. 11, num. 8; art. 436, num. 1 y 6 entre otros.

El valor de la jurisprudencia en tanto fuente del derecho puede ser analizado desde distintas perspectivas. Entre esa gama de posibilidades se ha optado por una aproximación al derecho judicial ecuatoriano desde los particularismos que se advierten tanto en la estructura del sistema de fuentes ecuatoriano como en el papel que el juez está llamado a desempeñar dentro de él. En estos puntos en particular se podrá colegir *aparente-*

mente la coexistencia e influencia de dos familias jurídicas mundiales, por un lado la familia romano-germánica y por otro la familia del *common law* particularmente el caso del derecho angloamericano. En ese contexto se analizarán algunos de los problemas más significativos que evidencia la jurisprudencia en tanto fuente del derecho ecuatoriano.

Consecuencia del análisis se pueden obtener algunas ideas sobre el modelo de trasplantes jurídicos *simple o complejo* que ha sido tradicionalmente utilizado en Ecuador.

El 20 de octubre de 2008, Ecuador aprobó una nueva Constitución sustituta de la CPE codificada de 1998. Respecto a esta última, la Carta Fundamental vigente marca una diferencia de carácter sustancial, pues como se vio desde la dimensión valorativa, evidencia una novedosa denominación o calificación de Estado, que no es común en el contexto constitucional comparado, y que por cierto, como lo señalan los *ius* teóricos referenciados en líneas anteriores, habría generado una serie de modificaciones en la escuela de pensamiento jurídico que tradicionalmente ha prevalecido en el sistema jurídico ecuatoriano. Es el caso concreto del art. 1 de la CRE, principio constitucional que califica al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos*.

En cuanto a la primera acepción de Estado, *el constitucional*, se ha dicho en Ecuador³¹⁴ que el ordenamiento jurídico tiene ahora como referente una Constitución vinculante, y por consiguiente, valores y principios que más allá de las reglas de estructura hipotética tornan necesaria una labor hermenéutica distinta a la tradicional. Es así como muchas técnicas de interpretación reducidas a conflictos entre reglas, como los métodos de jerarquía, especialidad o temporalidad, todos ellos reconocidos en el Código Civil del Ecuador se tornan insuficientes para atender conflictos o choques entre normas de estructura tética.³¹⁵ También se ha dicho que ante esa realidad no puede continuarse hablando de un juez mecánico aplicador de reglas, sino que por el contrario muchas veces será necesario construir una regla que guarde conformidad con derechos, principios y valores constitucionales, es decir, con la dimensión axiológica del derecho.³¹⁶

Es así como en Ecuador la *ius* teoría constitucional influyente, tanto nacional como transnacional y, principalmente, desde la jurisprudencia constitucional ecuatoriana que se ha emitido desde la vigencia de la Constitución 2008 –muestra aparente de un ejercicio comparativo *ius* teó-

314 Ávila Santamaría, “Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia”, 37-52.

315 Cfr. LOGJCC, ROSS No. 52, 22 de octubre de 2009, art. 3.

316 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 1999), 15-35.

rico– se refieren a un juez creador de derecho y de una relativización y reformulación de los tradicionales conceptos independientes de justicia, validez y eficacia.

Es en este punto donde el Estado Constitucional destaca la importancia de la interconexión entre distintas escuelas de pensamiento jurídico, entre ellas el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el realismo jurídico. En esa línea el nuevo constitucionalismo aún a cuenta de ser calificado por la corriente iuspositivista como reduccionista,³¹⁷ reformularía el concepto de validez formal y lo sujetaría al respeto del carácter deontológico y sociológico del derecho.

Desde la óptica *ius* teórica las corrientes neoconstitucionalistas o anti-formalistas del derecho con las que parece identificarse el sistema jurídico ecuatoriano vigente, –al menos desde el punto de vista de la fuente constitucional– recalca que una disposición normativa aun cuando se encuentre vigente corre el riesgo de ser inaplicada e incluso expulsada si no guarda conformidad con los contenidos axiológicos reconocidos en la Constitución; o en su defecto, si desconoce el papel dinamizador del derecho.³¹⁸

Consecuencia de ello, el nuevo constitucionalismo que imperaría en el sistema constitucional ecuatoriano cuestionaría los conceptos de plenitud y coherencia de las prescripciones normativas que tornaban innecesaria una labor hermenéutica judicial poslegislativa, –provenientes principalmente de la influencia formalista francesa– y abre paso a la jurisprudencia como fuente trascendental para la operatividad de las disposiciones normativas y como medio para garantizar los derechos de las personas.

A pesar de ello, la realidad legal ecuatoriana parece no coincidir con los postulados que definen al Estado constitucional y a la escuela de pensamiento que se encontraría inmersa en él. Así por ejemplo, aun cuando se ha resaltado un avance importante por parte de la *ius* teoría constitucional generada desde el contexto ecuatoriano en el reconocimiento de principios de interpretación constitucional en el art. 3 de la LOGJCC del Ecuador –acordes aparentemente con el paradigma neoconstitucionalista–, dicha circunstancia denota una fuerte carga formalista y una tensión entre dos fuentes del derecho: la jurisprudencia y la ley.

En este caso la ley en sentido formal de origen parlamentario nuevamente limita y establece el marco de acción del juez. Por otro lado la ley mentada, parte de un criterio de subsidiariedad para la utilización de mé-

317 Bobbio, *Teoría general*, 23-4.

318 LOGJCC, art. 3.- “Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a reglas o principios constitucionales”.

todos de interpretación constitucional únicamente cuando no sean suficientes los métodos hermenéuticos tradicionales de fuente codificada, circunstancia que retoma nuevamente las concepciones de plenitud y coherencia del formalismo jurídico que consolidaron a la jurisprudencia como una fuente de conocimiento o subordinada del derecho.³¹⁹ De la misma forma, los efectos de la jurisprudencia constitucional, así como su trascendencia en tanto fuente de derecho nuevamente parten del reconocimiento y autorización de la ley.³²⁰

En definitiva, se evidencia en el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano un conflicto permanente para identificar la *ius teória* que se halla detrás del sistema jurídico ecuatoriano, pues la corriente de pensamiento jurídico neoconstitucionalista transnacional o de un nuevo constitucionalismo democrático, difundidas en Ecuador al parecer no compatibilizan con los particularismos atinentes a la realidad nacional y tampoco con las instituciones y principios que se han receptado y permanecen vigentes como consecuencia de la influencia inicial de la familia romano-germánica. En esa línea, producto de dicha incompatibilidad entre las dimensiones abstractas, pragmáticas y contextuales o sociológicas del derecho, y quizás de la ausencia de un auténtico ejercicio de derecho comparado se puede advertir una tensión en el papel que se ve obligado a desempeñar el juez constitucional desde la óptica neoconstitucional o de un nuevo constitucionalismo, y aquel que le impone la escuela formalista aún vigente en Ecuador.

Mientras la corriente neoconstitucionalista nacional y transnacional que se lee desde el contexto ecuatoriano destaca constantemente que la actividad de los jueces debe pasar de una labor exclusivamente deductiva, mecánica, a la creación de derecho jurisprudencial, inductiva, con argumentación científica cuando aquellas técnicas tradicionales resulten insuficientes o violatorias a los contenidos axiológicos vinculantes que irradia el Estado Constitucional respecto a todo el ordenamiento jurídico, el Código Integral Penal, en su art. 268 prevé en defensa de la plenitud y coherencia de las disposiciones jurídicas un tipo penal por el delito de prevaricato, el mismo que impide al juez fallar en contra de *ley* expresa, reduciendo en consecuencia el derecho a la tradicional forma de producción normativa, la ley.³²¹

319 LOGJCC, art. 3, num. 2 [...] Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad.

320 Cfr. LOGJCC, art. 2, num. 3; art. 5; art. 76, num. 3, 5 y 6; art. 95.

321 Cfr. Manuel Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (Madrid: CEPC, 1991). Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo andino*, en Ávila Santamaría y otros, edit., *Neoconstitucionalismo y sociedad*.

En definitiva, la ausencia de un modelo comparado del derecho que considere las dimensiones abstractas, pragmáticas y contextuales del derecho ecuatoriano³²², ha tenido como consecuencia un ejercicio receptivo-mimético, acríptico inicialmente de escuelas e instituciones romano-germánicas y ahora del *common law* o angloamericanas, instituciones e *ius* teorías que tradicionalmente han sido incompatibles y que obedecían a contextos históricos y jurídicos distintos. Fue por ello, que de manera general, con excepción de los *sistemas híbridos* que destaca la *ius* teoría comparada del derecho,³²³ los sistemas pertenecientes a la familia romano-germánica se veían impedidos de realizar ejercicios comparativos con sistemas parte de las familias del *common law*, socialista, o religiosas. Son elementos que el constitucionalismo ecuatoriano que se difunde en Ecuador no ha tomado en consideración y que merecen ser analizados críticamente para corregir, de ser el caso, todos aquellos conflictos que ya se advierten desde la dimensión sociológica del derecho ecuatoriano.

Con respecto a la segunda acepción, el *Estado de derechos*, la más novedosa al parecer desde el punto de vista del derecho comparado, y que incluso daría la impresión de un error tipográfico por parte del constituyente en la redacción del tan conocido Estado de derecho que se preveía en el art. 1 de la CPE de 1998, este evidencia también una serie de incompatibilidades entre los objetos de comparación *ius* teóricos transnacionales y la dimensión contextual comparativa, especialmente en el tratamiento de la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes. Para demostrar ello será necesario que previamente se analice cuáles son las características que tiene ahora el sistema de fuentes desde la óptica del Estado de derechos.

Este modelo de Estado procura perfeccionar al Estado de derecho reducido exclusivamente a la ley en sentido formal y asume la existencia de derechos que se consolidan como medios y fines a ser respetados por toda autoridad o particular. Consecuencia de ello, los operadores jurídicos deben atender al contenido axiológico implícito en todas las disposiciones normativas del ordenamiento jurídico.

En armonía con el papel central de los contenidos axiológicos, la Constitución ecuatoriana más allá de mantener algunos derechos previstos en la CPE de 1998, genera la mutación denominativa tradicional de los derechos para romper con aquellas barreras que impidieron bajo la óptica de la CPE de 1998 y del reconocimiento de derechos *por generaciones*, la

322 Bonilla Maldonado, "Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos", 11-35.

323 González Martín, "Sistemas jurídicos contemporáneos". Dentro de las familias jurídicas, que pudiéramos llamar occidentales, tenemos casos particulares con una posición intermedia entre la familia jurídica romano-germánica y la familia jurídica del *common law*.

justiciabilidad de todos los derechos constitucionales, en concreto aquellos de dimensiones de exigencia colectiva. Como consecuencia de ello amplía su catálogo dogmático a derechos de protección, participación y buen vivir; en esta última categoría se reconocen incluso derechos a la naturaleza.

El reconocimiento del Estado de derecho(s), da cuenta que en Ecuador conviven una serie de sistemas de fuentes de derecho, entre ellas, la ley, fuente predominante en los sistemas integrantes de la familia romano-germánica; el derecho indígena de características consuetudinarias y exponente de una fuente ajena a la producción normativa Estatal (pluralismo jurídico), la jurisprudencia, con una importante influencia angloamericana, las políticas públicas, el bloque de constitucionalidad, entre otras.

Es así que el concepto tradicional de fuentes del derecho que prevalecía en el Estado legalista a partir del principio de legalidad y del tratamiento indistinto entre norma y disposición normativa, ha sufrido una serie de modificaciones en el contexto constitucional ecuatoriano. En efecto, desde la óptica del Estado liberal el concepto de fuentes se reducía a la ley o disposición normativa de carácter exclusivamente Estatal, creado por el legislador y generadora de efectos generales y abstractos. En antítesis a ello el Estado constitucional de derechos adoptado en la Constitución ecuatoriana parte de *la diferencia entre disposición normativa y norma*,³²⁴ de la crisis legislativa y de la pérdida del carácter general y abstracto de la ley,³²⁵ para construir un nuevo concepto de sistemas de fuentes de derecho. Este último podría definirse de la siguiente manera: Disposiciones normativas (prescripción normativa) y normas (producto de la hermenéutica), no exclusivamente Estatales y generadoras de derecho objetivo.

Es este el concepto de fuentes de derecho que se desprendería de la CRE, marco que sin duda permite y abre el camino a la investigación de otras tantas formas de creación de derecho objetivo que no se reducen al estudio exclusivo del derecho legislado, entre ellas la *ius* teoría y la jurisprudencia.³²⁶ Producto de ello se genera también una transformación en el campo de estudio y recurso al derecho comparado, pues en el caso ecuatoriano

324 Luis Prieto Sanchís, *Apuntes de teoría*, 50. [...] En el lenguaje de los juristas es corriente emplear la palabra "norma" para referirse indistintamente a los enunciados o disposiciones y a sus significados. Aunque muchas veces ello no plantea problema alguno, conviene insistir en que propiamente la norma es el significado que atribuimos a un enunciado; lo que media entre la disposición y la norma se denomina interpretación: cuando interpretamos postulamos un significado (o varios) para un cierto enunciado. Sobre este aspecto habremos de profundizar, pero a fin de comprender el alcance de la distinción baste pensar en que una sola disposición puede contener o dar lugar a más de una norma y que no siempre resulta claro qué normas constituyen el significado de una disposición."

325 Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 16.

326 CRE, art. 11, num. 8.

riano su ámbito de estudio no se podrá reducir al análisis de legislaciones comparadas. Los ejercicios de derecho comparado ecuatoriano, considerando esta revalorización de las fuentes tradicionalmente de conocimiento o secundarias, tornará necesario por tanto, que los objetos del análisis comparativo se aborden de manera interdependiente desde las dimensiones valorativas, pragmáticas y contextuales del derecho, dimensiones que van de la mano con la influencia también interdependiente de las escuelas de pensamiento *ius* naturalista, positivista y realista que se plasman en el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano.

Por consiguiente, asumiendo la conexión entre la *ius* teoría predominante en Ecuador y el modelo comparativo a utilizarse, este método comparativo que se ha construido permitirá evaluar los objetos de trasplante y lo más importante generar un derecho que sea reflejo de la sociedad a la que se pretende regular.³²⁷

La dimensión sociológica del derecho –tesis del espejo–, materializada en su fuente dinamizadora, se constituye por tanto, en el mecanismo principal de evaluación de los trasplantes jurídicos y en el camino necesario de conexión entre las dimensiones valorativa, formal y la contextual directamente vinculada con los derechos de las personas.³²⁸ Esta necesaria conexión entre derecho y sociedad debe partir del reconocimiento de la revalorización de la jurisprudencia como fuente del derecho, dimensión normativa que fue desatendida durante la vigencia de la CPE de 1998 como se demuestra a continuación.

En cuanto a la justicia constitucional, no existía cosa juzgada constitucional en materia de control de constitucionalidad, los Tribunales Constitucionales se limitaban a ser legisladores negativos. No se concebía la existencia de sentencias constitucionales atípicas, interpretativas, manipulativas: reductoras, aditivas, sustitutivas, sustractivas y exhortativas.³²⁹ Las garantías constitucionales se caracterizaron por su naturaleza meramente cautelar, es decir, no ponían fin al asunto controvertido y el juez constitucional se encontraba vedado para analizar el fondo de la *Litis*.³³⁰ La naturaleza cautelar de las garantías, trajo como consecuencia

327 Brian Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society* (Nueva York: Oxford University Press, 2001).

328 Véase al respecto los aportes al concepto de Constitución material que plantean Claudia Storini y Marco Navas, *La acción de protección en el Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: CCE / CEDEC, 2013) 34 y s.

329 Néstor Pedro Sagués, “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor normativo”, en *Un cambio ineludible: La Corte Constitucional* (Quito: TCE, 2007), 71-83.

330 Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT), sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP, juez constitucional ponente, Dr. Roberto Bhrunis, Gaceta Constitucional, ROSS, No. 351, 29 de diciembre de 2010.

que las decisiones adoptadas por los extintos Tribunales Constitucionales del Ecuador sean calificadas como resoluciones y no sentencias constitucionales. Las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, producto de su naturaleza cautelar y administrativa, se caracterizaron por sus efectos exclusivamente interpartes.

La misma realidad se percibía en la justicia ordinaria, pues los fallos que dictaba la antigua Corte Suprema de Justicia de conformidad con la CPE de 1998 tampoco reunían las condiciones necesarias para consolidar un verdadero derecho jurisprudencial. Más allá de una especie de reconocimiento de precedentes jurisprudenciales al más puro estilo de las tradicionales fuentes ordenadas del derecho atinentes al sistema español, la ley determinaba cuando y bajo qué circunstancias la jurisprudencia podía generar derecho objetivo.

Así, no existía el reconocimiento de precedentes jurisprudenciales si no se acreditaba la figura del triple fallo reiterativo –doctrina legal– previsto en el art. 19 de la Ley de Casación; los efectos de los fallos dictados por la antigua Corte Suprema de Justicia previo al triple fallo reiterativo generaban efectos *inter partes*; y, no existían al amparo de la propia Ley de Casación precedentes jurisprudenciales con efectos vinculantes horizontales, aun cuando se haya generado un triple fallo reiterativo en la materia.

Como consecuencia de lo expuesto, queda claro que dentro de la estructura del sistema de fuentes del derecho prevaleciente en la CPE de 1998 la jurisprudencia no desempeñó la función de adaptación del derecho formal a la realidad social. Ahora bien, cabe señalar que las deficiencias expuestas desde el punto de vista constitucional y legal, han sido objeto de una serie de cambios sustanciales, mismos que permitirán concluir sobre la posibilidad de implementación de un método de derecho comparado que tenga como parámetro de evaluación de los trasplantes jurídicos a la dimensión sociológica.

Contrarii sensu, en el caso de la justicia constitucional, en la Constitución 2008, acorde con los efectos que genera el principio del Estado constitucional de derechos se pueden advertir modificaciones sustanciales.

El art. 11, num. 8 de la Constitución determina que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Por su parte, los art. 429 y 436, num. 1 de la Constitución reconoce a la CC como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Esto trae como consecuencia que la Corte, a diferencia de lo sucedido durante la vigencia de la CPE de 1998, –en que el Congreso Nacional tenía la competencia de interpretación de la Constitución–, se erige como el órga-

no intérprete auténtico de la Constitución. En consecuencia, sus decisiones tienen carácter vinculante, pudiendo incluso generar efectos *erga omnes*.

Se debe precisar además que el efecto vinculante de la jurisprudencia aludida por la disposición constitucional antes expuesta, no es sinónimo de *erga omnes*, tan solo expresa la obligatoriedad de las mismas, pudiendo tener alcances para el caso concreto, para casos similares, o efectos generales y abstractos. Siendo la Corte el máximo órgano de interpretación constitucional, las decisiones que dicte como producto de la interpretación de las disposiciones constitucionales, tendrán el carácter de normas constitucionales y se ubicarán al mismo nivel de la Constitución. Así lo dijo la Corte en la sentencia No. 071-16-SEP-CC:

La caracterización del recurso de casación como extraordinario ha sido un criterio uniforme de la CC dentro de su jurisprudencia. En varias de sus decisiones, la Corte además ha reiterado la importancia de que los jueces nacionales conserven la esencia del recurso, observando el ámbito de análisis que este presenta, el cual se contrae al análisis de legalidad de la sentencia en relación con los fundamentos aportados por las partes. Por consiguiente, los jueces nacionales se encuentran impedidos de valorar prueba y efectuar nuevos juicios respecto de los hechos que originaron el caso concreto; ya que, en caso de hacerlo, desbordarían su ámbito de análisis y desnaturalizarían al recurso de casación, además de que atentarían contra el principio de independencia interna de la función judicial. [...] Cabe precisar que estos criterios fijados por la CC en sus reiterados precedentes, han sido producto de un ejercicio de interpretación de la Constitución y de una interpretación conforme de las disposiciones normativas infraconstitucionales relacionadas al recurso de casación, en armonía con la CRE. En consecuencia, dichos criterios se ubican al mismo nivel de la CRE y prevalecerán sobre cualquier fuente normativa infraconstitucional que sea contraria a estos lineamientos de carácter vinculante.³³¹

Por otro lado, se reconoce en el art. 436, num. 10 de la CRE, la figura de la inconstitucionalidad por omisión, quizás el elemento más controversial en manos de la justicia constitucional y generador del tradicional debate derechos vs. democracia. En este caso, cuando una autoridad pública inobserve en forma total o parcial los mandatos contenidos en normas constitucionales, la CC está facultada en primer término, para conminar al cumplimiento; y segundo, si este se mantiene, puede incluso redactar de manera temporal la disposición normativa.

A partir de la figura citada, la CCE, reconociendo la importancia que ha adquirido la jurisprudencia, más allá de recurrir exclusivamente a sentencias típicas y encasillar su actividad a la de un legislador negativo, cuenta en la actualidad con la potestad *de modular los efectos de sus fallos en el tiem-*

331 CCE, sentencia No. 071-16-SEP-CC.

*po, materia y espacio; y hacer uso de las sentencias interpretativas, manipulativas: aditivas, sustitutivas, sustractivas y exhortativas.*³³² Aquello conduce a determinar que en Ecuador existe una nueva forma de crear derecho objetivo en materia de control de constitucionalidad, y que no fue considerado por la jurisprudencia de los extintos Tribunales Constitucionales del país. Es decir, se ha abierto el camino para iniciar con un análisis dinámico y estático de precedentes sobre este novedoso tipo de control constitucional.

Las garantías jurisdiccionales de los derechos, sustitutas de las antiguas garantías constitucionales, finalmente dejan atrás su carácter exclusivamente cautelar y se convierten en garantías de conocimiento, ampliamente reparatorias, expeditas y no residuales. Como consecuencia de este sustancial cambio en la naturaleza de las garantías, el juez constitucional no solo que puede, sino que debe analizar el fondo del asunto controvertido, y en caso de constatar vulneraciones a derechos constitucionales determinar, vía sentencia, la reparación integral, material e inmaterial de los derechos conculcados.³³³

En cuanto a los efectos de la jurisprudencia se refiere, si bien se parte del principio general de que las garantías son *inter partes*, se ha reconocido a través de la jurisprudencia de la CCE,³³⁴ la posibilidad de generar efectos *inter pares e inter communis*; es decir, un efecto que va más allá de la reparación a derechos subjetivos y que por consiguiente, torna a esta sentencias en una nueva fuente de derecho objetivo.

Por otro lado, el principal reconocimiento a la jurisprudencia como fuente de derecho en materia de garantías jurisdiccionales –que no son de conocimiento directo ni en apelación por parte la CC–, se evidencia en el art. 436, num. 6 de la CRE;³³⁵ pues la CC, a partir de las novedosas Salas de Selección y Revisión debe desarrollar jurisprudencia vinculante con efectos horizontales y verticales, en materia de hábeas corpus, acción de protección, acción de acceso a la información pública, hábeas data y medidas cautelares autónomas y demás procesos de su conocimiento. Sobre la base de este notable avance de la jurisprudencia como fuente de derecho, con una evidente influencia de la familia del *common law* o angloamericana.

332 CCPT, sentencia No. 001-10-SIN-CC; LOGCJCC, art. 3 y 76.

333 CRE, art. 86.

334 Cfr. CCPT, sentencias No. 001-10-PJO-CC; 031-09-SEP-CC.

335 CRE, art. 436, num. 6.- “[...] La CC ejercerá, además de las que le confiere la ley, las siguientes atribuciones: 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión. (nota: las garantías citadas, de conformidad con la CPE de 1998 llegaban en apelación al Tribunal Constitucional; actualmente, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución

En cuanto a los criterios de selección el art. 25 de la LOGJCC nuevamente confiere importancia a la jurisprudencia dictada por la CC y vela por el respeto vertical de dichos precedentes “La Sala de Selección tendrá en cuenta los siguientes parámetros para la selección, que deberán ser explicados en el auto de selección: a) gravedad del asunto; b) novedad del caso e inexistencia de precedente judicial; c) negación de los precedentes fijados por la CC; y d) la relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia.

Por su parte, la LOGJCC en su art. 2, num. 3, prevé entre los principios de la justicia constitucional, la obligatoriedad del precedente constitucional y determina que *los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento (refiriéndose a todos los detallados previamente) tendrán fuerza vinculante* y lo más importante, en uso del análisis estático del precedente y reconociendo el efecto horizontal de sus decisiones determina que *la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del Estado constitucional de derechos y justicia.*

Finalmente la LOGJCC, en su art. 62, num. 8, establece entre los elementos a ser verificados por la Sala de Admisión de la CC en materia de acción extraordinaria de protección (tutela contra sentencias) la posibilidad de “*solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la CC (efecto vertical) y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional*”. La CCE, en ejercicio de esta competencia ha fijado innumerables precedentes en materia de acciones extraordinarias de protección.³³⁶ Esto demuestra que lejos de lo que equívocamente se ha señalado, la CC no solo emite precedentes a través de los procesos de selección y revisión, sino mediante de todos los procesos que son de su competencia. Así lo ratificó la CC en la sentencia No. 001-16-PJO-CC:

De las fuentes que informan esta sentencia

20. En atención a lo dispuesto en el artículo 11, numeral 8, de la Constitución de la República, la jurisprudencia constituye fuente generadora de derecho objetivo, en tanto: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas”. De esta manera, la CC, mediante su jurisprudencia, tiene la obligación consti-

vigente, son conocidas en apelación por las Cortes Provinciales, y tan solo llegan a la CC, para el desarrollo de jurisprudencia vinculante a través de las salas de Selección y Revisión de la Corte Constitucional.

³³⁶ CCE, Sentencias No.: 102-13-SEP-CC; 131-15-SEP-CC; 155-15-SEP-CC; 182-15-SEP-CC; 0258-15-SEP-CC; 974-14-SEP-CC; 113-14-SEP-CC; 0016-13-SEP-CC; 045-13-SEP-CC; 080-13-SEP-CC; 029-14-SEP-CC; 110-14-SEP-CC, entre otras.

tucional de desarrollar los contenidos de los derechos y sus garantías, dando respuestas concretas a los problemas surgidos en torno al carácter subsidiario de la acción de protección.

21. La CC, luego de un análisis acerca de las fuentes que informan esta sentencia, advierte sobre la existencia de jurisprudencia en que se desarrolla la garantía jurisdiccional de la acción de protección 001-10-JPO-CC; 013-13-SEP-CC; 016-13-SEP-CC; 043-13-SEP-CC; 102-13-SEP-CC; 006-16-SEP-CC; entre otras. Vale destacar que la jurisprudencia identificada corresponde a sentencias de jurisprudencia vinculante, así como a sentencias emitidas dentro de las acciones constitucionales que conoce la CC, sobre la base de que todos los criterios de la CC son vinculantes.

22. La Constitución de la República en su artículo 436, numerales 1 y 6, establece que la CC tiene la atribución de: “1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante” y “6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

23. El artículo 436, numeral 6, de la CRE, en concordancia con el artículo 2, numeral 3, de la LOGJCC, configuran la potestad de la CC para crear precedentes constitucionales en sus sentencias, mediante el establecimiento de parámetros interpretativos de la Constitución que tienen fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos:

De conformidad con el numeral 6, del artículo 43, numeral 6 de la Constitución de la República, y artículo 2, numeral 3 de la LOGJCC, la CC, a través de la Sala de Revisión, emite sentencias que contengan jurisprudencia vinculante, o precedente con carácter *erga omnes*, en los casos que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección.³³⁷

24. Por su lado, el artículo 436, numeral 1, de la Constitución de la República determina el carácter vinculante de todas las decisiones que emita la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento, considerando que en sus sentencias el máximo órgano de la administración de justicia constitucional al ser el intérprete final y auténtico de la Constitución, desarrolla criterios interpretativos que deben ser observados por los operadores jurídicos. Esto, con el objeto de lograr la unificación en las decisiones constitucionales, evitando así la generación de criterios contradictorios en circunstancias jurídicas iguales, en atención al principio de igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley.³³⁸

25. De lo cual se colige entonces que todas los criterios de decisiones jurisdiccionales, esto es sentencias de acciones extraordinarias de protección, de incumplimiento, por incumplimiento, consultas de norma, control de cons-

337 CCPT, sentencia No. 001-10-PJO-CC, caso No. 0999-09-JP; Primera CC, sentencia No. 0001-14-PJO-CC, caso No. 0067-11-JD.

338 CCPT, sentencia No. 045-11-SEP-CC, caso No. 0385-11-EP; Primera CC, sentencia No. 0016-13-SEP-CC, caso No. 1000-12-EP; sentencia No. 0016-13-SEP-CC, caso No. 1000-12-EP; sentencia No. 004-13-SAN-CC,

titucionalidad, de interpretación constitucional, dirimencia de competencias, y dictámenes constitucionales emanados por este órgano de administración de justicia son de obligatorio cumplimiento, en virtud de que la CC al interpretar la Constitución al decidir cada caso crea normas jurisprudenciales que se ubican al mismo nivel que la Constitución.³³⁹

Sin duda, a partir de lo expuesto el avance más importante en materia constitucional ha sido la recepción del principio angloamericano *stare decisis*, que en armonía con los efectos del Estado constitucional de derechos, ha revalorizado a la jurisprudencia constitucional como fuente capaz de generar derecho objetivo. Así, la CCPT, determinó:

27. La Constitución vigente finalmente reconoce de manera expresa el principio *stare decisis* en el art. 436, num. 1 y 6 de la Carta Fundamental. El conocido principio *stare decisis* se ha entendido como aquel deber de las juezas y jueces de adherirse a lo decidido por ellos mismos en el pasado o por las juezas y jueces superiores de la misma jurisdicción; o dicho en otras palabras, en virtud de este principio, el juez debe decidir de acuerdo a lo resuelto en el pasado y no contradecir lo decidido sin una razón poderosa debidamente fundamentada.

28. En razón a esta innovación constitucional y al reconocimiento del principio *stare decisis*, y por tanto, de la jurisprudencia como fuente directa de derecho, es preciso que la CC a partir de esta nueva competencia constitucional marque el camino para la consolidación del derecho jurisprudencial ecuatoriano.³⁴⁰

Lastimosamente los adelantos no son del todo prometedores desde el punto de vista del derecho jurisprudencial nacional, puesto que la misma realidad, salvo determinados avances importantes, no se constata en la Constitución de 2008, con relación a la justicia ordinaria. En efecto, aquellos problemas identificados previamente y que se generaron a partir del art. 19, de la Ley de Casación no han sido del todo subsanados.

Se confirma en el art. 185, de la Constitución que un precedente jurisprudencial parte del requisito previo *sine qua non* de la figura del triple fallo reiterativo que reconocía el art. 19, de la Ley de Casación, esta última acorde con la CPE de 1998. Se ha previsto en el art. 186 de la Constitución el reconocimiento del efecto horizontal de los precedentes que dicta la Corte Nacional de Justicia (CNJ) –siempre que se acredite el triple fallo–, aspecto que no existía al amparo de la CPE de 1998 y de la mentada Ley de Casación.

Consecuencia de lo expuesto se puede identificar que la problemática central más evidenciable en Ecuador es el tratamiento distinto que tiene la jurisprudencia como fuente de derecho. En efecto, mientras desde el pun-

caso No. 0015-10-AN; sentencia No. 034-13-SCN-CC, caso No. 0561-12-CN.

339 CCE, sentencia No. 001-16-PJO-CC, 6 y 7.

340 CCE, sentencia No. 001-10-PJO-CC, 7 y 8.

to de vista constitucional es claro que se parte de la concepción de fuentes paritarias del derecho para la generación directa de precedentes jurisprudenciales por parte de la CC (influencia angloamericana),³⁴¹ en el caso de la justicia ordinaria se parte nuevamente de la estructura tradicional de las fuentes ordenadas del derecho en la que solo a partir de la generación de un triple fallo reiterativo es posible hablar de un precedente jurisprudencial.

Este doble valor de la jurisprudencia como fuente, en el caso de la jurisprudencia constitucional *stare decisis*, mientras que en el caso de la Justicia ordinaria doctrina legal, denotan a su vez una necesaria reformulación de la metodología tradicional de análisis comparativo del derecho,³⁴² puesto que el Ecuador, aun cuando históricamente ha sido considerado como un vástago de los grandes sistemas jurídicos integrantes de la familia romano-germánica –francés, germano y escandinavo–, al parecer ha superado el proceso mimético tradicional y encuentra ahora una fusión de las escuelas de pensamiento jurídico predominantes en las distintas familias y sistemas jurídicos mundiales, características que harían del sistema jurídico ecuatoriano un sistema jurídico impuro. En el caso particular se constata la influencia clara del sistema angloamericano, y segundo, la permanencia de la doctrina legal³⁴³ de origen español conviviendo en el sistema de fuentes del derecho ecuatoriano.

Este tipo de impurezas, que denotarían incluso un proceso de extinción de las tradicionales familias jurídicas analizadas en el primer capítulo de esta investigación, no solo se advierten en el caso ecuatoriano. En el caso colombiano, por ejemplo, la CC, de manera semejante a lo dicho por su semejante ecuatoriana, ha reconocido las impurezas de su sistema refiriéndose por un lado al acercamiento de las familias jurídicas y en consecuencia de ello reconociendo el valor distinto que tiene la jurisprudencia como fuente del derecho. Es el caso de la sentencia No. C-836/01, donde se explican a detalle los conceptos de doctrina probable, doctrina legal, y el análisis dinámico de la jurisprudencia, destacando conceptos anglosajones, particularmente angloamericanos, como la *ratione decidendum obiter dicta, decisum*. En lo pertinente de dicha sentencia se puede resaltar:

Uno de los argumentos más comunes contra el reconocimiento del valor y la fuerza jurídica que tienen los precedentes judiciales por parte del derecho

341 Tunc y Tunc, *El derecho de los Estados Unidos*, 11-28.

342 Miriam Lorena Henríquez Viñas, “Las principales transformaciones del sistema de fuentes del derecho”, en Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 16-19 de septiembre de 2009: 594-605.

343 Diego López Medina, “La jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada”, *UMBRAL: Revista de Derecho Constitucional*, No. 1 (enero-junio de 2011).

comparado, o mejor, de una visión particular de las diferencias que existen entre el sistema de derecho común anglosajón y el sistema romano-germánico o de derecho civil. Esta visión que tiende a subrayar las diferencias no tiene en cuenta los desarrollos que se han presentado en ambos sistemas o familias jurídicas durante el siglo XX, los cuales han acortado la distancia entre ellos, así subsistan importantes distinciones.

Así, una de las principales diferencias sobre las cuales recaban quienes se oponen a reconocer el valor del precedente en nuestro derecho es precisamente que el derecho común anglosajón es jurisprudencial, lo cual explica el valor que tiene el precedente en dicho sistema, mientras que el derecho romano-germánico es legislado, lo cual explica el lugar predominante de la ley. De esa constatación general se concluye que otorgarle valor del precedente a las sentencias en nuestro ordenamiento jurídico sería extraño a sus rasgos esenciales.

Sin embargo, no puede perderse de vista que principalmente, a partir de la segunda posguerra mundial del siglo XX, se ha presentado una convergencia entre las dos familias jurídicas en punto a la importancia de la jurisprudencia y de la ley. La disminución de la distancia entre ambas familias torna en inadecuada e incompleta la visión diferenciadora anteriormente descrita.³⁴⁴

Aun cuando está claro que las materias que se ventilan en los dos órganos, constitucional y ordinario, no son las mismas y que incluso la justicia constitucional no forma parte de la Función Judicial, es claro también que a partir de los efectos que genera el Estado constitucional de derechos, no hay razón alguna para que la jurisprudencia desempeñe papeles distintos en la generación de derecho objetivo, menos aún si constatamos que los dos órganos, CC y CNJ son finalmente los encargados de administrar justicia y tutelar los derechos constitucionales de las personas, cada uno en el marco de sus competencias constitucionales y legales.

En todo caso, más allá de los conflictos que se han mostrado desde la dimensión contextual ecuatoriana, en lo relacionado al sistema de fuentes y particularmente al valor de la jurisprudencia como fuente, queda claro que la jurisprudencia constitucional ha sido objeto de un proceso de revalorización. En consecuencia de ello se puede afirmar que en el caso ecuatoriano se torna absolutamente necesario realizar un análisis contextual de sus instituciones, en este caso de la jurisprudencia constitucional dictada por la Corte, pues será en esa dimensión donde se encontrarán sus principales particularismos.

Por consiguiente, teniendo el escenario jurisprudencial claro, es procedente pasar al análisis contextual-jurisprudencial, de los dos temas atinentes al ejercicio de comparación, mismo que permitirá comprobar si se ha receptado en un primer ejercicio comparativo la corriente neoconstitu-

344 Cfr. CC de Colombia, sentencia No. C-836/01.

cionalista y en un segundo momento si esta ha sido transformada hasta llegar a un nuevo constitucionalismo.

Antes de iniciar el análisis se debe señalar que la jurisprudencia del máximo órgano de interpretación constitucional del Ecuador, particularmente en los fallos emitidos inicialmente por la CCPT, abundaban en referencias constantes a los elementos propios del Estado constitucional de derechos, destacando entre ellos los rasgos relacionados al principio de aplicación directa de la Constitución y la rigidez constitucional. Incluso en dichos fallos expresamente se asumió la hegemonía en el sistema constitucional ecuatoriano, de la corriente neoconstitucionalista:

Contrario a lo dicho, el art. 1 de la Constitución de la República (2008) establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la CPE de 1998. [...] *Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia*. Así, Ecuador, ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (Legislativo y Ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social.³⁴⁵ Entre los símbolos característicos del Estado Constitucional se pueden identificar a los siguientes:

- a) La existencia de una Constitución rígida que, en consecuencia, no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;
- c) Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas, sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;
- e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del Estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;
- f) Interpretación constitucional de las leyes;
- g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas.³⁴⁶

345 Patricio Pazmiño Freire, "Presentación", en Ávila Santamaría, Grijalva y Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales*, 11.

346 Riccardo Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en Carbonell Sánchez, *Neoconstitucionalismo(s)*, 49-70; Juan Pablo Morales, "Democracia Sustancial:

Bajo esas características, el neoconstitucionalismo incorpora contenidos materiales o sustanciales vinculantes dentro de la Carta Fundamental. El aspecto material de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la consabida recepción en el sistema jurídico de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales. En otras palabras, el derecho ha adquirido una fuerte carga axiológica; se ha rematerializado. El constitucionalismo tradicional era, sobre todo, una ideología, una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del derecho opuesta al positivismo jurídico como método.³⁴⁷ Aquel contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico.³⁴⁸

Como se puede apreciar, la CCE, a partir de la recepción de *ius* teorías transnacionales como la de Riccardo Guastini, Alfonso García Figuerola e incluso Miguel Carbonell, ha reconocido expresamente la influencia de la corriente neoconstitucionalista, lo que daría cuenta que las premisas teóricas que establecían los profesores Viciano, Martínez y Ávila se plasmarían también desde la dimensión contextual del sistema jurídico constitucional ecuatoriano. Lo cierto es que dichos criterios jurisprudenciales, en la mayoría de casos como se verá, solo se limitaban a ser argumentos accesorios u *obiter dicta* que servían para la construcción de su razonamiento central o *ratio decidendum*. Siendo así, dichos criterios no necesariamente reflejarían el rasgo particular de la *ius* teoría subyacente al sistema jurídico ecuatoriano.

Con esta aclaración se procederá a continuación al análisis contextual del principio de aplicación directa de la Constitución y del concepto de rigidez constitucional.

El principio de aplicación directa según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En el marco de análisis del principio de aplicación directa desde la dimensión pragmática o formal, se pudo detectar algunos problemas relacionados a los destinatarios de la aplicación de este principio, las disposiciones constitucionales objeto de la aplicación directa, el alcance de este principio y fundamentalmente la forma cómo operaría el mismo desde el ámbito del control de constitucionalidad. Estos problemas surgían princi-

sus elementos y conflicto en la Práctica”, en Ávila Santamaría, *Neoconstitucionalismo y sociedad*, 88.

347 Alfonso García Figuerola, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell Sánchez, *Neoconstitucionalismo(s)*, 165.

348 CCE, sentencia No. 002-09-SAN-CC: 28-30. Entre otras Cfr. 001-10-SIN-CC; 001-08-SI-CC; 001-09-SEP-CC; 002-08-SI-CC, entre otras.

palmente a causa de la redacción de las distintas disposiciones normativas que reglan dicho principio.

Algunos de estos conflictos pudieron ser solventados en uso de un criterio de interpretación sistemática de la Constitución, es el caso por ejemplo, de los contenidos constitucionales o convencionales que podrían ser aplicados directamente, concluyendo a partir de una lectura integral, que todas las normas constitucionales deben ser aplicadas directamente en ausencia de norma infraconstitucional o incluso ante la existencia de una.

No obstante, otras inquietudes no pudieron ser absueltas, ni aun con un criterio de interpretación integral de la Constitución. Es el caso por ejemplo, de los destinatarios del principio de aplicación directa. Mientras algunos enunciados constitucionales, principios como reglas, sostienen que cualquier servidor público está en la obligación de aplicar directamente la Constitución, otras disposiciones aludían a que solo los jueces tienen la competencia para, en caso de considerar que una norma infraconstitucional es contraria a la Constitución, suspender la tramitación de sus causas y elevar en consulta la misma a la CC, para que sea esta finalmente quien decida sobre su constitucionalidad.

En este último caso, el control concreto de constitucionalidad, calificado así por la propia LOGJCC, ha sido la institución que más dudas ha generado en lo relacionado al alcance del principio de aplicación directa y quién tendría a su cargo la competencia para recurrir a él, ya sea a modo de control de constitucionalidad o control de convencionalidad. Se analizó en este marco que existen claras dudas sobre el tipo de control existente en Ecuador, pues algunas normas darían la impresión que existe un control mixto de constitucionalidad, concentrado y difuso, y otras muestran que solo existiría un control concentrado. En consecuencia con dicha problemática, es claro que el principio de aplicación directa se encontrará en problemas y en consecuencia de ello la propia Constitución.

Frente a estas problemáticas, particularmente producidas por la ambigüedad en la redacción de las disposiciones constitucionales relacionadas a la materia, resulta necesario recurrir a la interpretación del máximo órgano de control e interpretación constitucional a fin de obtener el verdadero entendimiento de dicho rasgo esencial del Estado Constitucional. Se analizarán los problemas que presenta el art. 428 de la Constitución en lo relacionado al tipo de control constitucional que rige en Ecuador, a los destinatarios del principio y finalmente a la facultad que tienen los jueces según este artículo, para aplicar directamente la Constitución.

Para procurar aproximaciones posibles soluciones, se analizarán los principales criterios dictados por la CC, en orden cronológico, iniciando por

su sentencia fundadora de línea hasta llegar a las últimas decisiones dictadas por la primera CC, que expresamente se han referido al caso. Se debe precisar que si bien existen innumerables sentencias dictadas por la Corte en las que se ha referido al principio de aplicación directa, se analizarán aquellas que no se remiten a este principio a modo de *obiter dicta* o argumentaciones accesorias.

En primer lugar está la sentencia No. 001-10-SIN-CC, dictada por la CC en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, el 18 de marzo de 2010. En ella la Corte realiza importantes aportes en torno al principio de aplicación directa, principalmente respecto a los destinatarios del principio y a las circunstancias en las que este puede ser invocado.

Como se mencionó, esta sentencia fue dictada como consecuencia de la presentación de una serie de acciones de inconstitucionalidad en contra de la entonces Ley de Minería. Entre los planteamientos constaban argumentos en torno a vicios de forma y fondo. Así, por ejemplo, se puede destacar, en lo pertinente, que la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador acusaba que la AN no realizó la consulta pre legislativa prevista en el art. 57, num. 17 de la Constitución. Al respecto, el entonces presidente de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea, Fernando Cordero –último presidente de la Asamblea Constituyente de Montecristi de 2008, que aprobaría el proyecto de Constitución que sería posteriormente sometida a referéndum– justificó dicho proceder así:

Los demandantes alegan violación al derecho a la Consulta Previa de las nacionalidades indígenas, aduciendo lo establecido en el art. 57, num. 17 de la Constitución de la República, que establece el derecho de las nacionalidades y pueblos indígenas a ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pudiese afectar sus derechos colectivos; empero, en la legislación ecuatoriana, a más de la norma constitucional, no se han definido los denominados “derechos colectivos”, y la Ley de Propiedad Intelectual, según el Presidente de la Comisión “única que se refiere a ello”, establece que los derechos colectivos se regirán en una ley, y la misma no se ha dictado al efecto, y que de igual forma no se ha dictado la Ley referente a las Nacionalidades Indígenas.³⁴⁹

La CC frente a estas alegaciones, a todas luces contrarias al propio modelo de Estado Constitucional, principalmente a la normatividad de la Constitución y su aplicación directa, sostuvo lo siguiente:

Para esta Corte es preciso dejar en claro que la Constitución ecuatoriana está dotada de fuertes instrumentos que garantizan la plena vigencia de los derechos reconocidos. Entre esos, los más relevantes para el presente caso son la directa e inmediata aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando estos son más favorables a la vigencia de los derechos, aún a falta de ley (art. 11, num. 3 y art. 426 CE); y a la

349 CCPT, sentencia No. 001-10-SIN-CC: 9.

supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico (art. 424 CE). En tal sentido, a la luz de esta reflexión, el argumento expuesto por el representante de la Comisión de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional no es correspondiente a la nueva realidad constitucional.³⁵⁰

Por otro lado, la Corte, a propósito de la absolución de su primer problema jurídico, “1. ¿Cómo debe entenderse el principio de aplicación directa de la Constitución?”, estableció lo siguiente:

Tal como lo ha señalado esta Corte en ocasiones anteriores,³⁵¹ los artículos: 11, numerales 3 y 5; artículo 424 y 426 de la Constitución de la República, establecen los principios de eficacia normativa, aplicación directa e inmediata y de favorabilidad para la efectiva vigencia de los derechos y las normas de la Constitución, principalmente aquellas referidas a las garantías de los derechos, sin que pueda alegarse inexistencia de normativa secundaria para inaplicar los derechos, justificar su violación o desconocimiento, negar su reconocimiento o desechar las acciones provenientes de su ejercicio.

Con el nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en norma jurídica, directamente aplicable, al tiempo que constituye fuente del resto del ordenamiento jurídico, lo que para Kelsen significaba que las Constituciones no son solamente “reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material”.

La Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado constitucional de derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1. el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución; 2. la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica; 3. el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.

La actual Constitución es norma suprema, porque según el artículo 424 está por encima del resto de las normas jurídicas y vincula a todos los sujetos públicos y privados en todas sus actividades; asimismo, el artículo 426 de la Carta Fundamental habla de aplicación directa de las normas constitucionales y se refiere esencialmente al ejercicio y aplicación directa de los derechos constitucionales, en ausencia de normas para su desarrollo.

La aplicación y eficacia directa de la Constitución implica que todas las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; por lo tanto, legisladores, jueces y demás servidores públicos, así como los particulares, habrán de tomar a la Constitución como una norma de decisión, 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 provocados por ausencia de ley o por evidentes contradicciones respecto de la Constitución, habrá de aplicarse directamente la Carta Fundamental; y c) habrá de interpretarse todo el ordenamiento conforme a la Constitución³⁵².

350 *Ibíd.*, 29.

351 Resolución aprobada por el Pleno de la CCPT y publicada en *RO* de 22 de octubre de 2008.

352 Ignacio de Otto, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1997), 76.

En ejercicio de dicho principio de aplicación directa e inmediata de la Constitución, podemos hacer alusión a distintos procesos en el ámbito ecuatoriano, entre ellos, la conformación de la CNJ, la CCPT, la Fiscalía General del Estado, el Consejo de la Judicatura, entre otros, todas ellas instituciones que encuentran como factor común la ausencia de un acto normativo infraconstitucional que permita el ejercicio de las atribuciones previstas en la Carta Fundamental, sin embargo, al amparo de los principios analizados, aplicaron directamente la norma suprema puesta en vigencia el 20 de octubre de 2008, lo que les ha permitido ejercer sus nuevas competencias constitucionales.³⁵³

Hasta este punto de la argumentación de la Corte, sus criterios son claros en torno a los destinatarios del principio de aplicación directa así como en lo relacionado a su alcance. Respecto al primer escenario la Corte muestra claramente con este pronunciamiento que la aplicación directa de la Constitución corresponde a todos, y en este caso puntual hace énfasis en que el representante de la comisión debió aplicar directamente la norma constitucional que regula como derecho colectivo a la consulta pre legislativa. Esta conclusión resulta sumamente importante pues deja en claro que la invocación no es una obligación que recae exclusivamente sobre los jueces, pues resulta claro, como pasó en este caso, que la no aplicación de la Constitución por parte de un servidor público, concretamente una autoridad de la AN, acarrearía una vulneración de derechos que podría ser demandada mediante de una garantía constitucional.

Por otro lado, en caso que la Corte hubiese avalado la justificación convalidada por el Representante de la Comisión, habría configurado un cambio en el modelo de Estado, pues aquella justificación habría devenido en la necesidad de una ley para poder aplicar los contenidos de la Constitución, hecho que se traduciría en re asumir a la ley como principal fuente del ordenamiento jurídico. En cuanto al alcance del principio de aplicación directa, la Corte lo relaciona directamente con el principio de supremacía constitucional, en consecuencia advierte que la Constitución prevalecerá sobre cualquier norma infraconstitucional y deberá ser aplicada directamente.

Es así que hasta este punto, se aclararían algunas de las dudas que se planteaban desde la dimensión pragmática, el principio de aplicación directa de la Constitución y de los Instrumentos internacionales que reconozcan derechos más favorables, debe darse frente a la inexistencia de norma infraconstitucional pero también ante la existencia de la misma, en el evento de que sea contraria a la Carta Fundamental.

Ahora bien, llama la atención que a pesar de que la Corte haya hecho estas apreciaciones claras sobre el principio de aplicación directa, y la ne-

353 CCPT, sentencia No. 001-10-SIN-CC: 25 y 26.

cesidad que tenía la Asamblea de aplicar directamente el art. 57, num. 7 de la Constitución, más adelante en la misma decisión, no haya declarado la inconstitucionalidad de la norma. En su defecto, la Corte, por las circunstancias excepcionales que vivía el país, puntualmente un régimen de transición de las instituciones,³⁵⁴ calificado como *rebuc sic standibus*, avaló una serie de socializaciones, cartas, invitaciones realizadas por la Comisión a las comunidades indígenas, y asumió que si bien formalmente no fue una consulta pre legislativa dicho accionar mostraba un intento por aplicar directamente el art. 57, num. 17 de la Constitución.

Finalmente la Corte en su sentencia, producto de la invocación del principio de aplicación directa de la Constitución, y en calidad de intérprete autorizado de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, dictó reglas jurisprudenciales de procedimiento para la aplicación, en el futuro, de las consultas previa y pre legislativa reconocidas en los num. 7 y 17 del art. 57 de la Constitución, respectivamente.

También cabe precisar que la Corte no declaró la inconstitucionalidad de la norma, pues asumió que la actividad minera en el país no se desarrolla exclusivamente en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sino también en otros territorios del país, en cuyo caso la aplicación de la norma es plenamente válida. Para alcanzar tal objetivo la Corte recurrió a una sentencia atípica, manipulativa, interpretativa, basada en los principios *pro legislatore*, de interpretación conforme y de inconstitucionalidad como última ratio, y determinó que esta ley no era aplicable en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. En consecuencia de ello conminó a la AN a dictar la correspondiente ley que regule las consultas previas y pre legislativa para el caso de las actividades mineras que se pretendan realizar en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.³⁵⁵

Siguiendo el orden cronológico, la segunda sentencia hito relacionada al principio de aplicación, es la sentencia No. 055-10-SEP-CC dictada por la CCPT el 18 de noviembre de 2010. Esta sentencia sería el sustento principal para la que sería la sentencia hito de la Corte respecto a la temática, es el caso de la sentencia No. 001-13-SCN-CC, donde expresamente se cita dicho precedente y se absuelven para algunos, y se recrudescen para otros, las dudas hasta aquí advertidas en torno a este principio fundamental.

En el caso de la sentencia No. 055-10-SEP-CC, dictada por la CC en ejercicio de su competencia prevista en los art. 94 y 437 de la Constitución

354 Un buen marco teórico para el concepto de transición del sistema legal en Esin Örcüci, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition* (Deventer: Kluwer, 1999).

355 CCPT, sentencia No. 001-10-SIN-CC: 6-7.

de la República, esto es, a través de una sentencia de acción extraordinaria de protección, se puede resaltar lo siguiente:

En definitiva, esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 de la CRE vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la CPE de 1998, los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso *sub iudice*. Finalmente, a partir de la disposición constitucional citada, es evidente también que no existe la posibilidad de que un juez efectúe en la sustanciación de una causa, un control constitucional respecto a actos administrativos con efectos particulares e individuales por no encontrar sustento constitucional.³⁵⁶

Primero cabe resaltar que se trata de un pronunciamiento relativamente antiguo, aproximadamente dos años después de la vigencia de la Constitución de Montecristi, y posterior a la sentencia Ley de Minería, sin embargo, no ha sido una sentencia comúnmente aludida para referirse al art. 428 de la Constitución y al principio de aplicación directa reconocido en la Constitución. Segundo, se debe precisar que este criterio fue producto de una garantía jurisdiccional presentada ante la Corte, es decir, que es producto del análisis de las circunstancias fácticas que se presentaban en la demanda de acción extraordinaria. Siendo así, y a partir del lenguaje imperativo que utiliza la Corte en el texto transcrito, se puede concluir que no se trata de un *obiter dicta*, sino de la razón de la decisión o *ratio decidendi*. Es en otras palabras, un criterio interpretativo de la Constitución, particularmente del art. 428 dictado en ejercicio de la dimensión objetiva de la acción extraordinaria de protección.

Tercero, en lo relacionado a su contenido, este criterio de la Corte deja absolutamente claro que en Ecuador no existe control difuso de constitucionalidad, proscribiendo expresamente que las juezas o jueces constitucionales, en caso de considerar que una norma infraconstitucional es contraria a la Constitución, puedan inaplicarlas directamente y resolver la causa. Desde el punto de vista de la estructura del sistema de fuentes, siendo que este criterio interpretativo proviene del órgano intérprete auténtico de la Constitución, es claro que se ubicará al mismo nivel de la Carta Fundamental. En consecuencia, prevalecerá sobre cualquier fuente normativa infraconstitucional que pueda ser contraria a ella.

Esta aseveración es necesaria porque seguramente podría cuestionarse que el art. 142 de la LOGJCC hace alusión a que juezas y jueces suspenderán la tramitación de la causa solo en el escenario de que tengan una duda razonable y motivada de que la disposición infraconstitucional es contraria

356 CCPT, sentencia No. 055-10-SEP-CC: 22.

a la Constitución. No obstante, desde la lógica del sistema de fuentes, y de las competencias constitucionales de la Corte, se insiste en que este pronunciamiento prevalece sobre los contenidos de la Ley, y en consecuencia esta última deberá leerse en armonía con este pronunciamiento constitucional.

En cuanto a los problemas que refleja este criterio, se puede mencionar que no deja en claro cuál es el tipo de control constitucional que existe en Ecuador, dando la impresión que sería concentrado, sin embargo la Corte no se refiere a él, se limita a enfatizar que no existe control difuso de constitucionalidad en Ecuador. Por otro lado, dicho pronunciamiento tiene un claro impacto en el principio de aplicación directa de la Constitución, pues se asumiría que una jueza o juez que considere que una norma es contraria a la Constitución, o a instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables a los establecidos en la Constitución, deberá suspender la tramitación de la causa y remitirla a la Corte, o en su defecto aplicar la disposición normativa para la resolución del caso.

Esto lleva a que el juzgador no tiene facultades reales de aplicar directamente la Constitución, aquella labor estaría exclusivamente en manos de la CC. Se asumiría, en el mejor de los casos, que los jueces, producto de su control de la constitucionalidad, y de una aplicación débil de la Constitución, estarían facultados solo para suspender la tramitación de la causa y remitirlo en consulta a la Corte, circunstancia que como se ha visto, no guarda armonía con el derecho a la tutela judicial efectiva y principalmente expedita establecida en el art. 75, de la Constitución. En otras palabras, este criterio devendría en que los jueces, u otros servidores públicos pueden aplicar la Constitución, pero solo en el caso de ausencia de norma infraconstitucional, contrariando en parte, los criterios dictados por la misma Corte en el caso Ley de Minería.

Finalmente, en armonía con su postura, sostiene la forma cómo operaría la cláusula derogatoria de normas preconstitucionales prevista en la Constitución de la República. Por otro lado, en la misma línea, a partir de la aplicación de un erróneo método hermenéutico, y aun cuando los señores Jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha niegan haber realizado un control de constitucionalidad de un acto normativo (insistimos, conforme al control difuso de la derogada CPE de 1998) el fallo expedido por ellos demuestra lo contrario:

Fs. 26 [...] y si, en virtud de la Disposición Derogatoria General de la Constitución, se trata de un instrumento normativo que ha quedado derogado ipso iure, por ser contrario a ella y vulnerar el principio de jerarquía normativa, establecido en la Constitución, en su art. 425 [...].

Lo primero que cabe advertir con la utilización de un criterio de interpretación sistemática de la Constitución es que la Disposición Derogatoria a partir de la cual la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha ha considerado que se trata de un instrumento normativo que ha quedado derogado *ipso iure*, debe ser leído en armonía con el art. 428 de la Carta Fundamental, regla constitucional que determina categóricamente que:

Artículo 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los Instrumentos Internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, *suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional*, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. (Las cursivas son del autor).

La regla constitucional es clara. En el evento de que los señores Jueces de la Primera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha hayan constatado una eventual contradicción de la norma respecto a la Constitución, debieron suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente a la Corte Constitucional. En cuanto a la disposición derogatoria reconocida en la Constitución de la República, queda claro también que para que una norma del ordenamiento jurídico sea contraria a la Constitución, deberá ser declarada como tal por parte de la CC.³⁵⁷

Como se aprecia, la Corte insiste en que incluso en el caso de la disposición final derogatoria, no existe la posibilidad para que ningún juzgador pueda asumir que una norma por el hecho de ser preconstitucional automáticamente se encuentre derogada. Según la Corte dicha cláusula derogatoria debe ser leída en armonía con el art. 428, en consecuencia, en caso de advertir contradicciones de una norma sea esta preconstitucional o no, debe suspender la tramitación de la causa y elevarla en consulta a la Corte para que sea esta quien ejerza el control constitucional pertinente y determine o no su invalidez.

Finalmente, se recalca que la Corte expresamente señala que no existe control difuso de constitucionalidad, a diferencia del caso de la CPE de 1998. La Corte ha asumido que la regla constitucional contenida en el art. 428 debe ser el parámetro central para las interpretaciones que puedan generarse en torno al tipo de control constitucional que tienen las juezas y jueces.

Al hacer un recuento de los dos criterios hasta aquí analizados la conclusión sería que el control concreto de constitucionalidad previsto en el art. 428 de la Constitución, solo puede ser ejercido por jueces, es decir, no por cualquier servidor público. Finalmente, el principio de aplicación di-

357 *Ibid.*, 21 y 22.

recta de la Constitución o de instrumentos internacionales que reconozcan derechos más favorables en la Constitución, podrá ser invocado siempre en caso de ausencia de norma infraconstitucional. En el caso de existir una norma infraconstitucional contraria a la Constitución, la Corte sería la única competente para aplicar directamente la Constitución, y en consecuencia de ello ejercer su control de constitucionalidad de tipo concentrado.

En el caso de la sentencia No. 001-13-SCN-CC, dictada el 6 de febrero de 2013 por la Primera CC, cabe precisar que se trata de la sentencia hito en la materia, pues confiere una serie de criterios relacionados no solo al principio de aplicación directa de la Constitución sino también respecto al tipo de control constitucional que rige en Ecuador. Se debe rescatar que hasta antes de la fecha de emisión de esta sentencia no se tenía claro en Ecuador cuál era el tipo de control constitucional prevaleciente, para algunos se trataba de un control mixto mientras que para otros resultaba ser un control concentrado de constitucionalidad.³⁵⁸ Es así que con estos antecedentes se pueden advertir una serie de particularismos relacionados al principio de aplicación, mismos que contribuirán sustancialmente a la aproximación a la teoría constitucional prevaleciente en el sistema jurídico ecuatoriano.

En cuanto a las particularidades del principio de aplicación directa de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables, y su relación con los agentes que deben recurrir a él, la Corte emprende su análisis en el marco del tipo de control constitucional que rige en Ecuador:

En Ecuador existe únicamente el control concentrado de constitucionalidad, por lo que le corresponde solo a la CC la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De este modo, si bien las juezas y jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución, siempre deben consultar a la CC para que sea esta la que se pronuncie respecto a su constitucionalidad. Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto, pues siempre debe, necesariamente, elevar la consulta ante la Corte.³⁵⁹

358 Como ya se mencionó en líneas anteriores, a propósito del análisis de la dimensión pragmática del principio de aplicación directa, este desconocimiento y confusión que se ha generado en torno al control de constitucionalidad que rige en el Ecuador, es producto de la recepción acrítica de un tipo de control constitucional ajeno a nuestro contexto; se trata del control concreto de constitucionalidad de origen español. Al respecto, véase Pablo Pérez Tremps. *La cuestión de constitucionalidad en el derecho español* (Santiago: CCE, 2006), 127-48. Véase también Tribunal Constitucional de España, Proceso STC 127/1987, citado por Tremps, *La cuestión*, 129.

359 Pamela Aguirre, "Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva", en Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana* (Quito: CEDEC / CCE, 2013).

Con esta precisión la CC es enfática en señalar por un lado, que en Ecuador rige únicamente el control concentrado de constitucionalidad. Así queda descartada la posibilidad de la existencia de un control difuso o mixto de constitucionalidad. Por otro lado, reafirmando el contenido de la sentencia No. 055-10-SEP-CC –*stare decisis*– deja en claro también que bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, un juez podría implicarla directamente dentro del caso concreto, advirtiendo la necesidad de siempre remitir en consulta a la CC.³⁶⁰

De esta manera, no solo la Corte ha dejado en claro el tipo de control constitucionalidad, sino que ha hecho una apreciación fundamental relacionada al principio de aplicación directa de la Constitución. En efecto, el momento en que la Corte determinó que en caso de certeza sobre la inconstitucionalidad de una disposición normativa la jueza o juez está imposibilitado de inaplicar la disposición, ha proscrito también su posibilidad de aplicar directamente la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables que la propia Constitución. Y esto es así pues la inaplicabilidad a la que se refiere la Corte no se ciñe a la disposición normativa, sino principalmente al efecto de aplicar directamente la norma constitucional.

De esta manera la CC, ha interpretado el art. 428 de la Constitución con carácter vinculante y con efectos generales, y ha determinado que el tipo de control que se reconoce en dicha disposición constitucional es el control concreto de constitucionalidad, un tipo de control que forma parte del control concentrado que según la propia Corte, es el tipo de control constitucional que rige en Ecuador.

En el marco del control concreto de constitucionalidad, las juezas o jueces que consideren que una norma es contraria a la Constitución, ciñen su actividad a suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la CC la constitucionalidad de la misma. Siendo así, es la CC el órgano competente para, en ejercicio del principio de aplicación directa de la Constitución, pronunciarse sobre su inconstitucionalidad. Es así como el control concreto se materializa en competencia de los jueces para advertir en la tramitación de sus causas disposiciones normativas que puedan ser contrarias a la Constitución, y producto de su control de constitucionalidad, tienen la competencia para suspender la tramitación de la causa y remitir su consulta a la Corte.

Al respecto, cabe preguntarse si este tipo de control constitucional es consecuente con los fines que plantea el Estado constitucional de derechos, entre uno de ellos, el que juezas y jueces se conviertan en garantes de los

360 CCE, sentencia No. 001-13-SCN-CC: 4 y 5.

derechos y garantías constitucionales. También cabe reiterar que acorde con el tipo de control constitucional reconocido en la Constitución, y ratificado por la CC en su jurisprudencia, las juezas y jueces del país no tienen competencias para ejercer un amplio control de convencionalidad, pues el efecto de dicho accionar se reducirá a que puedan suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta la convencionalidad de la norma a la CC.

Este tipo de control aparentemente tendría sustento en buscar garantizar seguridad jurídica e igualdad de las personas, y evitar así que juezas y jueces del país, producto de un control difuso de constitucionalidad o convencionalidad, terminen contradiciendo sus criterios en casos que puedan contar con analogías fácticas. No obstante de ello, se desconocen los impactos en el derecho a la tutela judicial efectiva y expedita reconocida en el art. 75 de la Constitución, pues en caso de ejercer dicho control las causas quedarán supeditadas a un pronunciamiento de la Corte. Piénsese en materias tan sensibles como penales o constitucionales, y las consecuencias que traería frente a los derechos de las personas y a la naturaleza expedita de las garantías que una causa quede suspensa hasta que se ejerza el control de constitucionalidad por parte de la CC.

Por otro lado, partiendo nuevamente de la proscripción de inaplicabilidad de normas que sean contrarias a la Constitución, por parte de los jueces, y la posibilidad de resolver directamente las causas ante la certeza de inconstitucionalidad, se debe recordar que la LOGJCC, en su art. 142, inciso segundo se refería a que la consulta cabía solo en los casos de duda razonable y motivada, y entendíamos que a partir de ello se podía haber asumido la existencia de un control difuso y mixto de constitucionalidad. No obstante frente a dicho escenario, la CC en ejercicio de una interpretación conforme de dichas frases “solo en caso de duda razonable y motivada” contenidas en el art. 142, de la mentada ley, conforme a la CRE, y determinó:

Por otra parte, de conformidad con lo previsto en la LOGJCC, en su artículo 142, el juez ordinario planteará la consulta “solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución [...]”. Esto quiere decir que el juez, en el conocimiento de un caso concreto, suspenderá el proceso jurisdiccional cuando advierta que una norma es o puede ser inconstitucional; no obstante, para elevar la consulta a la CC, deberá plantearla bajo los parámetros establecidos en el art. 76, num. 7, lit. l) de la Constitución de la República; es decir, debe ser motivada y justificar claramente que no existe posibilidad de recurrir a una interpretación conforme del enunciado normativo a la luz de lo dispuesto en la Constitución. Debe justificar de manera suficiente, razonada y coherente que la norma no cumple con los principios constitucionales y por tal no puede ser aplicada en el caso concreto.

Dado que la incorporación de la “*duda razonable y motivada*” como requisito del art. 142 de la LOGJCC no ha brindado mayor certeza respecto de su alcance, es obligación de esta Corte dotar de contenido a este requisito legal para así garantizar su adecuada comprensión y evitar dilaciones innecesarias de justicia ante consultas de norma que no cumplen con los requisitos legales y constitucionales. De este modo, para que una consulta de norma dentro del control concreto de constitucionalidad pueda considerarse adecuadamente motivada, deberá contener al menos los siguientes presupuestos:

1. *Identificación del enunciado normativo pertinente cuya constitucionalidad se consulta*: Las juezas y jueces tienen la obligación de remitir en consulta a la CC la disposición normativa aplicable a un caso concreto que consideren inconstitucional; por lo que los jueces deben identificar con claridad absoluta cuales son los preceptos normativos que consideran inconstitucionales, ya que solo sobre ellos la Corte Constitucional podrá ejercer un control de constitucionalidad. Bajo esta consideración no caben consultas propuestas sobre interpretaciones infraconstitucionales que se realicen en el caso concreto, que no denoten un problema de relevancia constitucional.
2. *Identificación de los principios o reglas constitucionales que se presumen infringidos*: La tarea de las juezas y jueces, al momento de elevar una consulta a la CC, no se reduce a la identificación del precepto normativo supuestamente contrario a la Constitución, sino que además deben identificar qué principios o reglas constitucionales se presumen infringidos por la aplicación de dicho enunciado normativo.
El deber de motivación, contenido en el art. 76, num. 7, lit. 1) de la CRE, obliga a todos los poderes públicos y sus operadores a motivar sus decisiones, lo cual no solo conlleva a la exposición de las disposiciones normativas aplicables al proceso, sino que además a exponer las circunstancias y razones por las cuales dichos enunciados son determinantes en el proceso. De esta manera, las juezas y jueces deben establecer la forma, circunstancias y justificación por las cuales dichos enunciados contradicen la Constitución.
3. *Explicación y fundamentación de la relevancia de la norma puesta en duda, respecto de la decisión de un caso concreto*: El juez debe detallar y describir, de manera pormenorizada y sistemática, las razones por las cuales el precepto normativo es indispensable para la decisión de un proceso judicial, lo cual no solo implica identificar el enunciado normativo que presuntamente debe ser aplicado al proceso, sino que también conlleva a la determinación de cómo la interpretación de la norma es imprescindible para la toma de la decisión, en consideración a la naturaleza misma del proceso y momento procesal en que se presenta dicha consulta. Esto supone que las juezas y jueces no pueden elevar una consulta de constitucionalidad tan pronto sea presentada una demanda, sino sustanciar dicho proceso hasta que la aplicación de una disposición normativa de dudosa constitucionalidad, sea absolutamente necesaria para continuar con el proceso, o para decidir la cuestión.³⁶¹

361 *Ibid.*, 5, 6 y 7.

La Corte ha dado una interpretación determinada respecto a la duda razonable y motivada al que refiere el art. 142 de la Ley, entendiendo a este tipo de control como parte control concentrado de constitucionalidad previsto en la Constitución. La Corte estableció que las frases duda razonable y motivada constante en la ley, no devienen en la posibilidad de inaplicabilidad de disposiciones normativas en caso de certeza de inconstitucionalidad, sino en la necesidad que tienen los juzgadores de argumentar sólidamente las razones por las cuales consultan a la Corte.

Estos criterios interpretativos procuran salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva y evitar que la consulta de constitucionalidad de las normas se convierta en una vía de escape de las judicaturas que atente causalmente contra los derechos de las personas involucradas en los procesos como consecuencia de la suspensión de los procesos.

Cabe precisar que estos criterios jurisprudenciales obedecieron en su momento a la cantidad de consultas de norma que llegaban a conocimiento de la Corte, la mayoría de ellas sin argumentación, incluso sin identificar la norma que sería contraria a la Constitución. Al respecto la profesora Pamela Aguirre, sostiene:

En efecto, del análisis sociológico realizado de las sentencias cargadas en la página web de la CCE, entre el período de 6 de febrero y 30 de junio de 2013, de 35 sentencias, en 30 de ellas se establece que las consultas planteadas por los juzgadores no cumplen con los parámetros formales mínimos que le permitan a la CC pronunciarse sobre la materialidad de las disposiciones normativas consultadas, y tan solo en cinco de ellas, la Corte pudo realizar el examen de constitucionalidad propiamente dicho. Muestreo que justifica la imposición de las reglas interpretativas dadas en la sentencia hito No. 001-13-SCN-CC, de 6 de febrero de 2013, toda vez que los juzgadores no han utilizado correctamente esta garantía constitucional.³⁶²

Consecuencia de ello la Corte fija en esta sentencia una serie de parámetros a efectos de que solo en caso de cumplir con ellos, puedan suspender la tramitación de la causa y remitirlos en consulta a la Corte. Siendo así, lo primero que la Corte establece es que el juzgador que remita dicha consulta debe en primer término identificar la disposición normativa que considera contraria a la Constitución. Segundo, establece la necesidad de identificación de los principios, valores o contenidos constitucionales que se encontrarían amenazados por la disposición normativa, para finalmente demostrar en su argumentación la utilización de una interpretación diná-

362 Aguirre, "Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva", en Benavides Ordóñez y Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia*, 311-12. La autora cita para demostrar sus afirmaciones las siguientes sentencias dictadas por la CC, sentencia No. 001-13-SCN-CC, 008-13-SCN-CC, 0033-09-CN-CC, 0026-13-SCN-CC, 0030-13-SCN-CC y 0034-13-SCN-CC.

mica y conforme de las normas a efectos de demostrar a la Corte que no tiene otra disposición normativa para resolver la causa.

También cabe resaltar que en esta sentencia la CC fijó un nuevo procedimiento para la sustanciación de las consultas de norma que ingresen a la CC. A efectos de salvaguardar la tutela judicial efectiva, y procurar cumplir con el plazo no mayor de 45 días establecido en la ley, la Corte determinó que todas las consultas de norma deben pasar por el análisis formal de la Sala de Admisión. La Sala, en este caso, deberá verificar el cumplimiento de las reglas antes descritas y pronunciarse sobre su admisibilidad o inadmisibilidad. Como consecuencia de estas reglas jurisprudenciales, el número de consultas de norma que ingresaron posteriormente a la CC se redujo ostensiblemente. Así, a partir de la información conferida por la Secretaría General de la CC, se pueden proyectar los siguientes datos.

AÑO	NÚMERO DE CASOS PRESENTADOS A LA CORTE
2012	737
2013	194
2014	141
2015	21
2016 (corte mayo)	7

Cabe precisar que previo a esta sentencia, las consultas de constitucionalidad de normas pasaban directamente al sorteo de una jueza o juez ponente en el Pleno de la CC, es decir, entraban directamente a una fase de sustanciación. Esta circunstancia, sumada a la cuantiosa cantidad de casos en trámite en la CC, devenía en una dilación en las decisiones que se adoptaban en materia de consultas de norma, destacando que muchas de ellas no ameritaban siquiera un análisis de fondo.

Finalmente, cabe precisar que en la sentencia No. 034-13-SCN-CC de 30 de mayo de 2013, la CC ratificó su criterio relacionado al tipo de control constitucional y la imposibilidad que tienen juezas y jueces para inaplicar normas que consideren contrarias a la Constitución y continuar la sustanciación de la causa. Concretamente en este caso la Corte hizo énfasis en el momento en el cual se debía remitir en consulta la constitucionalidad de la norma en cuestión, siendo este, antes de tomar una decisión en la causa y no de manera posterior:

El señor juez cuarto de Trabajo de Guayas ¿incumplió con su obligación de suspender la causa y remitir el expediente en consulta, una vez que consideró que las normas eran contrarias a la Constitución?

De la lectura que se realiza al art. 428 de la Constitución y 142 de la LOGJCC, así como de la interpretación que hace la Corte de los mismos, se colige que la consulta por medio de la que se inicia un proceso de control concreto de constitucionalidad deberá ser planteada de manera previa a la resolución final dictada por el juez. De ahí que la propia ley señala la suspensión de dicho proceso hasta que la CC se pronuncie dentro de un plazo específico, con lo cual la consulta tiene un efecto suspensivo respecto de la resolución que se tomará respecto del caso que se ventila.

La consecuencia directa de la aplicación del criterio interpretativo de la CC a un caso como el que se presenta en la especie es que el juez o jueza que encuentre una norma que considere podría vulnerar un precepto constitucional, no tiene facultad para inaplicarla. De conformidad con el art. 141 de la LOGJCC, el control concreto de constitucionalidad tiene como finalidad “garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales”; en otras palabras, la posibilidad de verificar en un caso específico la compatibilidad de una norma legal con la Constitución. En un sistema de control concentrado de constitucionalidad como el ecuatoriano, dicho pronunciamiento únicamente puede corresponder a la CC, órgano que ostenta la potestad privativa para, a través de los procesos de control constitucional y por medio de sus sentencias, destruir la presunción de constitucionalidad de la que gozan las normas del ordenamiento jurídico. En este sentido, la CCPT, ya se ha pronunciado con anterioridad:

“En definitiva, esta Corte deja en claro que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 428 de la Constitución de la República vigente, y a diferencia del control constitucional difuso previsto en la CPE de 1998, los jueces están vedados para inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa, circunstancia que se ha generado en el caso sub iudice”.³⁶³ (El énfasis corresponde a la CC).

Respecto a la resolución dictada por el juez cuarto de trabajo del Guayas en la que se aceptó parcialmente las medidas cautelares, se aprecia que el juzgador, acogiendo el derecho a la resistencia invocado por el accionante, resolvió actuar fuera de sus competencias y facultades e inaplicó el art. 27 de la LOGJCC. Posteriormente, se negó a aceptar la revocatoria de las medidas, argumentando que el proceso ya había subido a consulta. La norma inaplicada en el trámite de la causa prohíbe la solicitud de medidas cautelares cuando se trata de ejecución de órdenes judiciales, tal como acontecía en el caso, en el que la accionante solicitaba expresamente la “cesación de manera inmediata de los efectos del ilegítimo e injusto acto de poder público, contenido en el auto de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional”. Por tanto, el señor juez consultante transgredió la norma constitucional del art. 428 en dos momentos: cuando declaró parcialmente con lugar la solicitud de medidas, y cuando desechó la solicitud de revocatoria de las mismas.

En definitiva, el juez cuarto del Trabajo del Guayas inaplicó una norma legal bajo la consideración de que la misma presentaba vicios de inconstitucionalidad en relación al derecho a la resistencia del accionante, frente a acciones del poder público que en su consideración vulneraron derechos constitucionales,

363 *Ibid.*

circunstancia que, según se ha analizado en el presente fallo, extralimita las competencias que posee un juez en virtud de la naturaleza del control concreto de constitucionalidad.

La omisión de la obligación de suspender la causa y remitirla a la CC constante en el art. 428 de la Constitución, reafirmada por el art. 142 de la LOGJCC, así como los pronunciamientos de la Corte emitidos en casos análogos, por medio de la inaplicación del precepto, no solo constituye una mera inobservancia sin consecuencias jurídicas, sino una actuación contraria a la misma Constitución y configura un incumplimiento a criterios emitidos por la CC.³⁶⁴

Esta sentencia ratifica la línea jurisprudencial de la Corte respecto a la materia y de manera puntual proscribire la posibilidad de un control difuso en Ecuador. A partir de este análisis jurisprudencial se pueden obtener varias conclusiones. Primero, desde el punto de vista del sistema de fuentes, particularmente desde el rasgo de la técnica, nuevamente se advierte la aplicación del principio de corte angloamericano, *stare decisis*.

En consecuencia de ello, la CC ratifica con esta línea jurisprudencial de consultas de norma, que no solo emite precedentes jurisprudenciales en ejercicio de las competencias de selección y revisión, lo hizo en este caso a través del control de constitucionalidad. Segundo, en lo relacionado a los agentes que deben recurrir al principio de aplicación directa se puede concluir que según la sentencia Ley de Minería, no solo los jueces están llamados a aplicar directamente la Constitución, sino que es una obligación de todas las autoridades, en ese caso puntual del presidente de la entonces Comisión de la AN. No obstante en cuanto a su alcance se refiere, ha quedado claro a partir de las sentencias 055-10-SEP-CC, 001-13-SCN-CC y 034-13-SCN-CC, que el control concreto de constitucionalidad es una competencia exclusiva de los jueces y no de cualquier autoridad o servidor público. Luego, en el marco de dicho control concreto, ha quedado también en evidencia, a partir de las sentencias en mención, que los jueces están legitimados para aplicar directamente la Constitución pero solo en el caso de inexistencia de una disposición normativa constitucional que regule la materia.

Por el contrario, en el caso que exista una disposición normativa que se considere contraria a la Constitución, no tendrá competencia para aplicar directamente la Constitución y en consecuencia de ello inaplicar directamente la norma y resolver el caso; deberá necesariamente, aun cuando tenga certeza de su inconstitucionalidad, suspender la tramitación de la causa y remitirla en consulta a la Corte. Con estos razonamientos los jueces, ante el caso de existencia de una disposición normativa contraria a la

364 CCE, Sentencia No. 0034-13-SCN-CC, 10-2.

Constitución, no tienen a su cargo la aplicación directa de la Constitución, tan solo la obligación de realizar interpretaciones conformes y dinámicas de la disposición que consideren contraria a la Carta Fundamental para efectos de justificar su consulta a la Corte.

Finalmente, como consecuencia de lo dicho, resulta claro que los jueces tienen competencias de control de convencionalidad pero en el marco del control concreto de constitucionalidad –no difuso–, siendo la CC el único órgano competente para declarar que una disposición normativa es contraria a una norma convencional, y en consecuencia, declarar su invalidez y expulsión del ordenamiento jurídico.

A partir de todo lo expuesto, cabe formularse dos preguntas relacionadas a la naturaleza y alcance del principio de aplicación directa de la Constitución. La primera es, ¿quién es el causante o generador de estas concepciones limitadas del principio de aplicación directa y del tipo de control exclusivamente concentrado en Ecuador? Para resolver esta interrogante se debe recordar el análisis pragmático–formal que realizamos de las disposiciones constitucionales atinentes a la materia, muchas de ellas contradictorias y excesivamente ambiguas. Si bien una de las características propias de la Constitución es la textura abierta de sus enunciados normativos, eso no obsta a que se cuestione severamente la falta de tecnicidad en la redacción en muchas de ellas. Y es así porque como se ha visto esas indeterminaciones o confusiones generadas por las disposiciones normativas dan lugar necesariamente a la interpretación.

En el caso del art. 428, enunciado normativo en torno al cual se han generado las mayores discusiones relacionadas al principio de aplicación directa, resulta claro que se trata de una regla constitucional cuya redacción es sumamente ambigua. Se habría pensado que dicha indeterminación iba a ser subsanada por la LOGJCC, no obstante, lo único que hizo dicha ley en su art. 142, fue recrudescer el problema al contar con una redacción incluso más ambigua que aquella constante en la regla constitucional, es el caso de las frases “solo en caso de duda razonable y motivada.”

A partir de esta redacción, nuevamente se dejó en cuestión, si dichas palabras se referían a una certeza de inconstitucionalidad o simplemente a la necesidad de argumentar las consultas de norma a la Corte de manera razonable y motivada. Frente a este escenario, el único órgano competente para interpretar la Constitución con carácter obligatorio, asumió su rol y a propósito de una de las sentencias analizadas, se inclinó por ratificar el contenido del art. 428 de la Constitución, que claramente difería del art. 274 de la CPE de 1998. Es decir, determinó que se trataba de un control concreto y no difuso de constitucionalidad en manos de los jueces.

Por otro lado, también se advierte desde los enunciados constitucionales, que en caso de aseverar que el art. 428 de la Constitución reconoce un control difuso, lo cierto es que no existe ninguna norma constitucional que haga mención al informe que deberían elevar los jueces a conocimiento de la Corte, de manera simultánea a la inaplicación de a disposición contraria a la Constitución. Esto para efectos de salvaguardar la seguridad jurídica e igualdad a partir de un control constitucional con efectos generales. En consecuencia con esta omisión constitucional relacionada al informe, que si era aludido expresamente en el art. 274 de la CPE de 1998, tampoco existe desde las competencias que le atribuye la Constitución a la Corte, alguna para ejercer el control producto de ese informe. La competencia de la Corte está relacionada a las consultas de norma que se remitan como consecuencia de la suspensión a trámite de las causas, no de un informe que se genere como consecuencia de la inaplicabilidad de una ley, pues sencillamente la Constitución no hace alusión a él.

Es así que la principal deficiencia que daría cuenta de un principio de aplicación directa de la Constitución cercenado, no acorde al modelo Estado constitucional, de un control exclusivamente concreto en manos de los jueces, de la imposibilidad que tienen para aplicar la Constitución e inaplicar una disposición normativa contraria a ella, de la eliminación del control difuso de constitucionalidad, provino del constituyente.

Si bien es cierto que la CC pudo llegar quizás a interpretaciones distintas, también resulta claro que por el contenido de las reglas constitucionales atinentes a la materia, –más allá de los principios de aplicación y de supremacía constitucional analizados– si la Corte se hubiese decantado por establecer la existencia de un control mixto de constitucionalidad, habría incurrido en la esfera de una mutación constitucional, un mecanismo de reforma informal de la Constitución que no es competencia de la CC.³⁶⁵

Estas conclusiones se corroboran al verificar el contenido de la LOGJCC, normativa aprobada por la AN, integrada por muchos asambleístas que fueron parte del proceso constituyente de Montecristi. En su contenido expresamente confirieron el nombre de control concreto de constitucionalidad al capítulo IV de la LOGJCC.

La segunda y fundamental pregunta para efectos de la evaluación del trasplante sería, ¿el principio de aplicación directa de la Constitución que se advierte desde la dimensión pragmática o formal de la Constitución, y su entendimiento contextual, dan cuenta de la hegemonía de la corriente neoconstitucionalista en Ecuador? Para ello es preciso recordar que los

365 Cfr. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>>.

ius teóricos analizados a propósito de la dimensión valorativa sostenían que la aplicación directa de la Constitución resulta ser un principio fundamental para asumir la normatividad y supremacía de la Constitución y en consecuencia de los derechos y garantías allí reconocidas. Ha quedado demostrado que si se le quita la facultad de aplicación directa y de control constitucional difuso a los jueces de todo el país, sería contradictorio asumir que rige del todo la normatividad y supremacía de la Constitución. Siendo así también queda claro que el principio de aplicación directa de la Constitución que prevalece en el caso del sistema jurídico ecuatoriano es distinto a aquel que se desprende desde la dimensión teórica neoconstitucionalista.

Esta conclusión resulta fundamental, pues si bien no se califica aún la conveniencia o no de dichos desvíos particularistas del principio de aplicación, si se pueden conectar dichos desvíos con la existencia o no del nuevo constitucionalismo democrático. Como se pudo apreciar desde la dimensión *ius* teórica, tanto Viciano como Martínez, aseveraban que el nuevo constitucionalismo ratifica los rasgos propios de la corriente neoconstitucionalista que llegó a Latinoamérica, pero suma a ella parámetros democráticos. En atención a ese nexo entre ambas corrientes, ¿se podría hablar de nuevo constitucionalismo democrático si no se encuentran coincidencias con uno de los rasgos principales del neoconstitucionalismo antecesor? A pesar de que la respuesta, demostrada empíricamente, podría ser negativa, y quizás sería suficiente para demostrar que las corrientes antes citadas no subyacen del todo al sistema constitucional ecuatoriano, se ha considerado necesario mantener la rigurosidad metodológica del análisis, y cumplir con la evaluación sociológica o contextual del concepto de rigidez previo a confirmar esta hipótesis.

La rigidez constitucional según la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En la dimensión valorativa, a propósito de los planteamientos de los profesores Viciano y Martínez, se pudo advertir la afirmación categórica de que en Ecuador rige una teoría democrática de la Constitución, misma que daría cuenta de un avance en la corriente neoconstitucionalista y que recibe la denominación de nuevo constitucionalismo. Para los *ius* teóricos transnacionales citados, dicha corriente de nuevo constitucionalismo era claramente identificable al menos desde la dimensión formal de los enunciados normativos constitucionales. Dicha aseveración, como pudimos comprobar desde la dimensión pragmática, no es del todo acertada.

No es acertada al menos desde el punto de vista del concepto de rigidez constitucional que se atribuye a la teoría democrática de la Constitución y tampoco a la presunta desaparición de las diferencias entre poder constituyente originario fundacional y derivado. A propósito de dicho análisis se pudo concluir que en el sistema jurídico ecuatoriano, particularmente en su Constitución, se hace alusión expresa a la existencia de una democracia representativa, a tres mecanismos de reforma constitucional sumamente agravados, con límites claros, y el rasgo más diferenciador, uno de esos mecanismos, desde una lectura literal, no advierte la necesidad de recurrir a la aprobación del pueblo para realizar modificaciones a la Constitución, es el caso de la enmienda constitucional de iniciativa de la AN.

Como consecuencia del análisis ya advertido se puede cuestionar enfáticamente la existencia de un concepto de rigidez constitucional acorde a la teoría democrática de la Constitución. Se corroboró la influencia de esta teoría en el origen de la Constitución de 2008, en otros mecanismos de participación, incluso en el acceso a las garantías constitucionales, pero no en los mecanismos de reforma constitucional. También se concluyó con sorpresa que a diferencia de los postulados de rigidez propios de la teoría democrática, el único mecanismo de reforma previsto en la Constitución ecuatoriana, que podría resultar menos agravado, y que permitiría una modificación constitucional relativamente a corto plazo para alcanzar el carácter dinámico de la Constitución, sería justamente aquel que no cuenta expresamente con la necesidad de ser sometido a un referéndum aprobatorio, es el caso de la enmienda de iniciativa de la AN.

Desde esa perspectiva, con los particularismos ya analizados desde la dimensión pragmática, corresponde ahora verificar si dicho concepto de rigidez se mantiene desde la dimensión contextual, particularmente desde la jurisprudencia de la CC. Para alcanzar tal objetivo, se identificarán primero las decisiones más relevantes dictadas por la CC en la materia. Posterior a ello, en el marco del análisis jurisprudencial, se verificará si alguna de ellas ha hecho mención a la presunta hegemonía subyacente de la teoría democrática de la Constitución en el caso ecuatoriano.

Con esa verificación, se constatará desde la jurisprudencia de la Corte, si existe algún mecanismo de reforma constitucional que permita que la Constitución pueda ser modificada de manera ágil y sin mayor limitación. En consecuencia de ello, se podrá corroborar qué ha dicho la CC sobre la posibilidad de que exista un mecanismo de reforma constitucional que no deba ser sometido a un referéndum aprobatorio. Finalmente, producto de todo el análisis, se podrán obtener algunas conclusiones sobre el rol del órgano constituido, CC, en el control constitucional del poder de reforma de la Constitución.

En cuanto a la identificación de las sentencias más relevantes dictadas en la materia, se procedió a realizar una investigación en el sistema de gestión de causas de la CC y se ha considerado que existen dos sentencias en particular que merecen especial atención, pues son los principales pronunciamientos dictados a propósito de dos de los cambios que ya ha sufrido la Constitución ecuatoriana desde su promulgación en el año 2008, hecho que por cierto daría cuenta, *prima facie*, que es posible cambiar la Constitución de manera ágil y dinámica. Estas decisiones son los dictámenes No. 0001-11-RC y 0001-14-RC, emitidos por la CCPT y la primera CC, respectivamente. Tal como se hizo previamente, se procederá al análisis de dichas decisiones en orden cronológico.

El dictamen No. 001-11-RC, fue emitido el 15 de febrero de 2011 por el Pleno de la CCPT, a propósito del pedido de enmienda constitucional solicitada por el presidente de la República, Rafael Correa Delgado. A partir de la fecha de dicho dictamen, se puede colegir que las primeras modificaciones constitucionales a la Constitución aprobada el 20 de octubre de 2008, fueron aproximadamente a dos años de vigencia de la misma, hecho que como se mencionó, *prima facie* daría cuenta de la presencia de los postulados de la teoría democrática de la Constitución en lo relacionado al concepto de rigidez constitucional.

En cuanto a las temáticas que pretendían ser tramitadas vía enmienda constitucional, estaban las siguientes:

Reformas en materia penal

Respecto a las reformas en materia penal señala que: el Estado no ha podido dar cumplimiento a la garantía de seguridad pública, prevención y reducción de la criminalidad en la sociedad; tampoco se ha garantizado el acceso a la justicia ni ha sido posible crear y ejecutar los mecanismos necesarios para la sanción del delito, en virtud de que en varias ocasiones los procesos investigativos no pueden determinar la existencia del delito, la responsabilidad de quien lo comete, así como la aplicación y ejecución de la correspondiente sanción, *“debido a que los plazos de caducidad de las medidas cautelares privativas de libertad establecidos en la Constitución, no concuerdan con la realidad procesal”*, situación que ha causado que desde enero de 2007 a octubre de 2010, miles de personas privadas de su libertad por orden judicial hayan obtenido su libertad, sin ser juzgadas.

El Presidente de la República enfatiza que es necesario que se diferencie la aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva, con el propósito de que el Estado pueda garantizar el acceso a la justicia y la sanción de los responsables de la comisión de delitos.

Propiedad de instituciones financieras y medios de comunicación

Sobre la propiedad de instituciones financieras y medios de comunicación, manifiesta que lo que pretende la Constitución es que *“los grupos financieros y de*

comunicación privados se dediquen exclusivamente a las funciones que como tales les corresponde, y no tomen parte en otro tipo de actividades ajenas a su objeto”, pero la norma actualmente vigente del artículo 312 de la Constitución de la República del Ecuador ha permitido que surjan interpretaciones equívocas que en ciertos casos pueden contradecir el espíritu y finalidades que tiene la Constitución; por lo que es necesario reformar el artículo referido para que establezca una prohibición más clara y ajustada a los parámetros constitucionales, con el objeto de garantizar la independencia, tanto del sistema financiero, como de los medios de comunicación privados.

Administración de Justicia-Consejo de la Judicatura

En lo referente a la administración de justicia, señala que es necesaria una depuración de los servidores judiciales, a fin de que el Estado pueda ejercer una administración de justicia correcta y eficaz.

El actual Consejo de la Judicatura transitorio no tiene facultades para evaluar a los funcionarios, comenzar nuevos concursos para la designación de jueces y otras atribuciones propias de este organismo, debido a que estas deberán ser realizadas por el nuevo Consejo de la Judicatura designado luego del proceso correspondiente.

Para agilizar los cambios necesarios y poner en marcha la reestructuración de la Función Judicial es indispensable disolver al actual Consejo de la Judicatura, y en su reemplazo se debe crear una Comisión Transitoria, conformada por tres delegados: uno de la Función Ejecutiva, un representante de la Asamblea Nacional y uno proveniente de la Función de Transparencia y Control Social, órgano al cual se debe dotar de todas las funciones que las Disposiciones Transitorias del Código Orgánico de la Función Judicial le otorgan al nuevo Consejo de la Judicatura.

El nuevo Consejo de la Judicatura se integrará por el Presidente de la CNJ, quien lo presidirá; el Fiscal General del Estado, el Defensor Público, el delegado de la Función Pública y un delegado de la Asamblea Nacional. Los delegados de las Funciones Ejecutiva y Legislativa, titular y suplente, serán ratificados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, a través de un proceso público de escrutinio, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana.

Fundamentos sobre el Procedimiento

El Presidente Constitucional de la República, de conformidad con lo estipulado en los artículos 104, incisos primero y segundo, artículo 441, artículo 442 y artículo 443 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 99 al 106 de la LOGJCC, considera que la CC debe resolver que el presente proyecto de reforma constitucional se realice a través de referendo.

El fundamento para ello es que no existe restricción de derechos constitucionales, considerando los métodos de ponderación, debido a que su ejercicio no está siendo impedido, sino regulado bajo nuevos parámetros, sin que esto implique un retroceso ni menoscabo de ninguna naturaleza.³⁶⁶

Como se puede advertir, las temáticas propuestas por el presidente de la República y su contenido evidenciaban tensiones principalmente con el

366 CCPT, dictamen No. 001-11-DRC-CC: 2-4.

mecanismo de reforma que se proponía, es el caso de la enmienda. Así, en el caso del análisis pragmático de los mecanismos de reforma, la enmienda constitucional es el mecanismo a través de cual se deberían realizar pequeños o mínimos cambios a la Constitución, es por ello que tiene tantos límites marcados como son la imposibilidad de generar restricciones en materia de derechos y garantías, la imposibilidad de modificar la estructura fundamental de la Constitución y el carácter o elementos constitutivos del Estado, sumado a que su aprobación debería darse a través de un referéndum aprobatorio.

Más allá de cuestionar o no los criterios que le servirían a la Corte para emitir su dictamen lo cierto es que dichas propuestas de enmienda fueron negadas pero luego aceptadas. En efecto, a pesar de la sorpresa que genera lo dicho, lo cierto es que la Corte en ejercicio del control previo de constitucionalidad del oficio remitido por el presidente de la República, se declaró competente para interpretar la voluntad del proponente y en el marco del control de constitucionalidad, modificar el texto de todas las preguntas a fin de que puedan ser tramitadas vía enmienda constitucional.³⁶⁷

La Corte expresamente determinó que las preguntas 1 y 2 propuestas por el Presidente no podían ser tramitadas vía enmienda o reforma parcial pues evidenciaban restricción de derechos, no obstante, en lugar de limitarse a devolverlas al proponente, procedió a cambiar los textos de oficio. La Corte se limitó a señalar que lo hacía en el marco del control de constitucionalidad que ejercía. Aquello no fue todo, pues la Corte en los num. 2 y 3 de su parte resolutive determinó lo siguiente:

2. Remítase al Presidente de la República para que expida el Decreto Ejecutivo de conformidad con lo dispuesto en el presente Dictamen.

3. Se dispone que una vez expedido el Decreto Ejecutivo, el Consejo Nacional Electoral, organice el proceso electoral de referéndum, atendiendo estrictamente las disposiciones contenidas en la Constitución de la República, en la ley pertinente y en el presente Dictamen de constitucionalidad.³⁶⁸

Es decir, no solo que la CC, órgano constituido, procedió a interpretar la voluntad del proponente, y a partir de ello cambiar los textos remitidos a fin de que se puedan tramitar vía enmienda, sino que incluso en los numerales citados advertiríamos un mandato hacia el Presidente de la República para que expida el correspondiente decreto de convocatoria con el contenido del dictamen emitido por la Corte. Posterior a ello, una vez emitido el decreto, la Corte también dispone que el Consejo Nacional organice el proceso electoral de referéndum, atendiendo las disposiciones

367 Cfr. *Ibíd.*, 36, 38 y 39.

368 *Ibíd.*, 53 y 54.

de la Constitución, ley y este dictamen. En definitiva, la Corte no se limitó a calificar la constitucionalidad de la vía, sino que asumió que era su obligación interpretar y modificar dichos textos para que puedan ser tramitados vía enmienda constitucional.

Es decir, la Corte a través de una interpretación, generó una nueva iniciativa de reforma constitucional de competencia de la CC. Es así que finalmente las preguntas modificadas por la Corte, junto con sus anexos, fueron las que se sometieron a votación en el referéndum aprobatorio. Esto sin lugar a dudas deviene en una reforma informal de la Constitución que como se dijo en líneas anteriores, se denomina mutación constitucional. En todo caso, en armonía con el concepto de rigidez constitucional que propone la teoría democrática, todo este procedimiento de reforma constitucional fue puesto en consideración y aprobación del pueblo a través de referéndum.

Finalmente se debe precisar que en el caso en análisis existe un voto de minoría, es decir, un criterio que no recibió la mayoría de votos contemplada en la ley y en consecuencia no tuvo efectos jurídicos. No obstante de ello es pertinente mencionarlo pues demuestra los criterios disidentes con el criterio de mayoría. Entre ellos cabe destacar uno sumamente peligroso relacionado al cambio constitucional que debe tramitarse a través de la Asamblea Constituyente. En el caso del voto de mayoría la Corte modificó las preguntas a fin de que puedan tramitarse vía enmienda, no obstante en el voto de minoría de ponencia de la Dra. Nina Pacari, se limitó a señalar que por evidenciar restricciones a derechos y garantías, su inclusión no era procedente vía enmienda, tampoco vía reforma parcial pero sí a través de Asamblea Constituyente.

Este criterio, que no produjo efectos jurídicos, asumió que la asamblea constituyente podría restringir derechos y garantías, posibilidad que no guarda congruencia con la democracia constitucional que impera en el Estado constitucional de derechos ecuatoriano. Fue el caso puntual de las preguntas 2, 3, 4 y 5.

Es así como a partir de este dictamen se pueden obtener algunas conclusiones. La primera de ellas es que la enmienda constitucional de iniciativa del Presidente de la República, conforme la Constitución y la jurisprudencia de la CC, necesariamente debe ser sometida a referéndum aprobatorio. Segundo, también se puede concluir que a pesar de que la Corte evidenció restricciones a derechos y garantías en la propuesta de enmienda remitida por el Presidente de la República, no calificó su inconstitucionalidad sino que buscó la manera para que puedan ser objeto de una enmienda. Esto mostraría desde la dimensión contextual que una

solicitud de enmienda, a pesar de incurrir en los límites establecidos en la Constitución, podría ser modificada por parte de la Corte a fin de que se logre su tramitación a través de esta vía. Esto deviene en que –según la dimensión contextual– el mecanismo de enmienda constitucional, a diferencia de lo que plantea el artículo 441, no es un mecanismo rígido de modificación constitucional.

Finalmente, se puede aseverar que el mecanismo de enmienda de iniciativa del Presidente permitiría modificaciones de la Constitución a corto plazo, no obstante necesariamente debe someterse a consideración y aprobación del pueblo. En otras palabras, desde la dimensión contextual, producto de este dictamen, el mecanismo de enmienda constitucional de iniciativa del Presidente de la República resulta coincidente con el concepto de rigidez constitucional propio de la teoría democrática.

Una vez que se ha analizado el dictamen emitido por la CCPT, corresponde hacer lo propio con el dictamen 001-14-DRC-CC, emitido por la Primera CC, el 31 de octubre de 2014. A diferencia del primer caso, en este se trató con una iniciativa de enmienda de la Constitución pero de iniciativa de un grupo de asambleístas. Como se recordará, este mecanismo de reforma constitucional, fue justamente aquel que desde la dimensión pragmática llevó a determinar la inexistencia del concepto de rigidez constitucional propio de la teoría democrática, en el constitucionalismo ecuatoriano.

Se trata del mecanismo de reforma reconocido en el art. 441, num. 2 de la Constitución, regla constitucional donde no se advierte la referencia expresa a referendo aprobatorio, y en el que el producto tramitado por la Asamblea ya no recibe la denominación de proyecto sino de “reforma”. Es así que se pudo comprobar claramente a partir de la redacción del artículo, que no se trató de una omisión, sino que el constituyente claramente quiso incorporar un mecanismo de reforma en manos de un poder constituido, en este caso de un grupo de asambleístas, cuyo producto, lejos de lo que plantea la teoría democrática, no debe someterse a aprobación del pueblo.

Ahora bien, a pesar de que ya se cuenta con una conclusión clara desde la dimensión pragmática, resulta necesario verificar qué ha sucedido desde la dimensión contextual, si la CC en este nuevo dictamen hizo referencia a la teoría democrática de la Constitución y finalmente si ratificó o no la existencia de un mecanismo de reforma que no requiere de aprobación del pueblo.

Para alcanzar tales objetivos resulta necesario verificar las temáticas que se plantearon por parte de la AN, a fin de que sean tramitadas vía

enmienda constitucional, alertando que nuevamente es la enmienda el mecanismo de reforma al que se recurre para modificar la Constitución:

Expresan que las enmiendas hacen relación a las siguientes temáticas:

1. De conformidad con el artículo 88 de la Norma Suprema, el fin de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución. La enmienda propone evitar el abuso de esta acción a través del establecimiento de parámetros en la ley.
2. El Capítulo IV del Título V, Organización Territorial del Estado, establece el régimen de competencias exclusivas para los diferentes niveles de Gobierno: la enmienda pretende fortalecer este derecho en el ámbito de las competencias de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.
3. El artículo 39 de la Constitución establece como obligación del Estado, garantizar los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promover su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular, en los espacios del poder público, reconociéndoles, en consecuencia, como actores estratégicos del desarrollo del país.
4. En aplicación de dicho mandato constitucional se propone enmendar el artículo 142 de la Constitución, con la finalidad de propiciar una mayor participación e inclusión de las jóvenes y los jóvenes en los espacios de poder público, reduciendo la edad, de “treinta y cinco” a “treinta años”, asegurando adicionalmente, el derecho consagrado en el artículo 61, numerales 1, 2 y 7.
5. Uno de los derechos constitucionales garantizados a las y los ecuatorianos, es elegir y ser elegido, previsto en el artículo 66, numeral 1 de la Carta Suprema. La elección y posterior reelección es el derecho que le asiste a la ciudadanía para volver a elegir a través del sufragio a quien ha ejercido alguna función pública con anterioridad.
La reelección asegura la continuidad de políticas públicas y una mayor responsabilidad y compromiso de la gestión gubernamental, contribuyendo a una mayor estabilidad económica, política y social. Asimismo, promueve que en un ejercicio democrático, sea el pueblo el que decida con toda libertad los mandatarios idóneos para cumplir las funciones determinadas en la Carta Suprema.
El artículo 3, numeral 8 de la Constitución establece como deberes del Estado, garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral; para ello, es necesario contar con las Fuerzas Armadas para optimizar el uso de sus recursos y así cooperar con la seguridad integral del Estado de manera conjunta con la Policía Nacional, en circunstancias en las que es evidente la amenaza del crimen organizado, delincuencia transnacional, el narcotráfico, entre otros.
6. De conformidad con el artículo 34 de la Constitución, la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas y un deber y responsabilidad primordial del Estado, por lo que en cumplimiento de este mandato, se busca proteger a través de la enmienda, las pensiones jubilares de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

7. Los fondos a los cuales se refiere el artículo 372 de la Constitución corresponden al sistema previsional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por lo que es necesario precisar que son “previsionales”.
8. Es necesario concentrar todos los esfuerzos de la Contraloría General del Estado en el control del uso de los recursos del Estado por parte de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos, evitando duplicar esfuerzos con otros organismos que también tienen como función, verificar el cumplimiento de los objetivos y gestiones de cada entidad del Estado.
9. De conformidad con los artículos 214 y 215 de la Constitución, la Defensoría del Pueblo es el órgano de protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y de la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país; por ello, es necesario que su organización administrativa se defina conforme con la realidad y la demanda ciudadana.
10. Es preocupante que persista un sistema laboral que sigue generando desigualdad entre obreros del sector privado y obreros del sector público, y entre estos últimos y los servidores públicos sujetos a la normativa que los regula, razón por la que es necesario que las disposiciones que rigen al sector público se apliquen sin discriminación alguna, toda vez que es necesario garantizar la igualdad material consagrada en el artículo 66 numeral 4 de la Constitución.
11. El Estado central, como ente rector de las políticas de educación y salud, debe asegurar la realización del Buen Vivir y los derechos a la salud y educación. Por ello, se vuelve necesario un cambio constitucional en este ámbito que permita la coordinación de los esfuerzos del Gobierno central y los gobiernos autónomos descentralizados.
12. Para fortalecer los derechos a la comunicación e información que la Constitución reconoce a partir del artículo 16 al 20, entre los que se encuentran una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa; buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior; entre otros, es necesario reconocer a la comunicación que se realiza a través de los medios públicos, privados y comunitarios, como un servicio público.
13. El análisis y la socialización que se requiere para constituir las regiones tiene un plazo que no garantiza que factores como el equilibrio interregional, la afinidad histórica y cultural, la complementariedad ecológica y productiva, el manejo integrado de cuencas, sean efectivamente considerados, razón por la cual se propone eliminar la limitación temporal existente.³⁶⁹

A partir del texto se puede concluir que el pedido de enmienda contemplaba varios temas, desde la corrección de errores tipográficos en determinado enunciado constitucional, hasta la posibilidad de modificar o limitar una garantía constitucional, o permitir la postulación de servidores

369 CCE, dictamen No. 001-14-DRC-CC: 2, 3 y 4.

de elección popular, sin limitaciones. Esto demuestra, acorde con lo dicho en líneas anteriores, que la enmienda constitucional resulta ser el mecanismo más recurrido para realizar modificaciones en la Constitución.

Por otro lado, en este marco de análisis, advertiríamos que si nos fijáramos a lo dicho por la CCPT en el caso del dictamen que analizamos en líneas anteriores, concluiríamos en que si estas solicitudes de enmienda revistieran restricciones a derechos y garantías o sobrepasaran algún otro límite de aquellos establecidos en el art. 441 de la Constitución, la Corte debería modificar los textos a fin de lograr que su conformidad con el mecanismo de enmienda. No obstante, en este caso la primera Corte determinó que una de las trece propuestas de enmienda, no podía ser tramitada por esta vía, tampoco vía reforma parcial y determinó que de ser el caso deberán someter dicho análisis a un debate en la asamblea constituyente, lo que es muy distinto a señalar que se puede limitar la garantía a través de la asamblea constituyente. Esto refleja un cambio en cuánto al trámite de control constitucional llevado a cabo por la CCPT.

En cuanto al concepto de rigidez constitucional y los mecanismos de reforma que se advertían desde la dimensión pragmática, la CC en su dictamen realiza el siguiente análisis acudiendo a la interpretación genealógica:

En el caso ecuatoriano, en la Constitución de la República se establecen tres procedimientos gradados para reformar el texto constitucional: enmienda constitucional, reforma parcial y asamblea constituyente, los mismos que se encuentran normados en los art. 441, 442 y 444 de la Constitución, respectivamente. Corresponde, por tanto, dentro del caso concreto a esta Corte determinar cuál de los tres mecanismos se encasilla en cada una de las propuestas presentadas, de conformidad con lo previsto en el art. 443 de la Constitución.

Los constituyentes debatieron y establecieron mecanismos que hagan efectivo el principio de supremacía y rigidez constitucional, como se evidencia en el Acta 54 de la Asamblea Constituyente, cuando se manifestó:

así una Constitución es condición de validez y de unidad del ordenamiento jurídico positivo, la condición de validez implica que toda norma debe fundamentarse formal y materialmente en una superior de la que derivan las inferiores; la ley y las demás normas que conforman parte del ordenamiento jurídico están subordinadas, porque a la Constitución se la compara con un árbol cuyas ramas que son las leyes forman parte de ella, pues de la Constitución se extrae la sabia jurídica, la esencia de la normatividad que es el elemento necesario para cumplir debidamente sus mandatos. Esta supremacía constitucional se garantiza a través de dos mecanismos indispensables: la rigidez constitucional y el control de la constitucionalidad, a efectos de que la misma Constitución pueda establecer los preceptos, los procedimientos para que pueda ser reformada; si por el contrario una norma inferior determinase los procedimientos de reforma constitucional, se estaría dejando gran parte de la supremacía de la Constitución en la voluntad del legislador ordinario, por lo que su carácter de norma superior no se encontraría resguardado por

la propia carta fundamental. Asimismo, los principios que integran el Estado Social de Derecho, la juridicidad) en este caso la supremacía de la Constitución y su contenido, no será nada más que una declaración de buenas intenciones. Si no existe un órgano que controle dicha supremacía en la especie, anulando las normas inferiores que se opondan.

En efecto, en nuestro esquema constitucional existe un sistema *gradado de procedimiento de rigidez* de los mecanismos para reformar el texto constitucional, según la pretensión que se persiga. La gradación inicia desde el procedimiento de modificación del texto constitucional menos *riguroso*, enmienda constitucional, para pasar a continuación con la reforma parcial de la Constitución, y llegar finalmente al cambio de la Constitución mediante la instalación de una asamblea constituyente. De igual manera, la propia Constitución establece en cada uno de estos tres procedimientos la legitimación activa para presentar las propuestas de modificación; es decir, para que proceda la enmienda, reforma parcial o asamblea constituyente se debe cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución.

De acuerdo a este sistema *gradado de rigidez* de los procedimientos de reforma del texto constitucional, en los casos en los que la modificación, supresión o incorporación de uno o varios artículos de la Constitución, que no impliquen la alteración de su estructura fundamental y elementos constitutivos del Estado y que no establezcan restricciones a los derechos y garantías, ni se altere el procedimiento de reforma de la Constitución, podrá ser tramitada vía enmienda.

La enmienda constitucional se distingue entonces de los otros procedimientos de reforma constitucional, por el efecto que se persigue de mantener el texto constitucional, debiendo tener en cuenta que vía procedimiento de enmienda constitucional no se puede alterar el contenido esencial de la Constitución. Sobre esta base, este procedimiento tiene como objetivo principal garantizar la efectividad de la Constitución en aspectos concretos y puntuales de relevancia constitucional que no impliquen modificaciones sustancialmente complejas. Según el constituyente y de conformidad con el Acta No. 087 de la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi, en el artículo 441, previó que pueda ser posible la inclusión o adición de uno o varios artículos, así como la modificación o enmienda que propenda a fortalecer el marco normativo constitucional.

A partir del pensamiento de la Corte, se confirman las conclusiones previas; según la dimensión pragmática existe un sistema gradado de rigidez constitucional que denota que la Constitución no puede ser modificada sin limitaciones. No obstante, en el caso puntual de la enmienda, la Corte sostiene que es el mecanismo de reforma menos riguroso desde el punto de vista del trámite. La interpretación genealógica que realiza la Corte a través de las actas de la Asamblea Constituyente demuestra que aquel concepto de rigidez que advierte mecanismos de reforma que permitan que la Constitución pueda ser modificada constantemente sin mayor limitación que la autorización del pueblo, no corresponde al concepto de

rigidez constitucional inserto en la Constitución del Ecuador de 2008. Se advierte por parte de la Corte que la Constitución puede ser modificada en aras de ser acoplada a la realidad social, pero siempre en el marco de los procedimientos de reforma previstos en la Constitución.

En cuanto a la remisión a la teoría democrática de la Constitución, la Corte se sustenta en ella para el control de constitucionalidad de la tercera propuesta de iniciativa de los asambleístas, relacionada a la prohibición de candidatura de las personas que han ejercido cargos de elección popular, veamos:

Aquello se ve afianzado dentro de lo que en la doctrina se conoce como teoría democrática de la Constitución, en virtud de la cual, es el soberano quien decide y legitima las actuaciones de los poderes públicos a partir de mecanismos democráticos, como la elección por medio del sufragio, procesos de revocatoria del mandato, consultas populares; por tanto, la limitación a las personas que han ejercido un cargo público de elección popular y que han sido reelectas, comporta una medida que no denota razonabilidad, dado que afecta a los derechos de participación, tanto del candidato a reelegirse como a la ciudadanía para poder pronunciarse sobre esa candidatura.

Se colige, por tanto, que a través de esta propuesta se busca el ejercicio democrático de los derechos de participación en cuanto al derecho al voto sin limitar la facultad de “ser elegidos” para quienes participen por la reelección por más de una ocasión. En conclusión, la propuesta de modificación garantiza el derecho de los ciudadanos para elegir a sus representantes, sin que exista discriminación hacia las personas que deseen candidatizarse para un cargo público de elección popular que hayan sido reelectos, en virtud de sus derechos constitucionales de participación, en la especie, a ser elegidos.³⁷⁰

En definitiva, la Corte recurre a la connotada teoría democrática, pre-suntamente un rasgo a resaltar del nuevo constitucionalismo latinoamericano y ecuatoriano, no para analizar o interpretar el alcance del mecanismo de reforma contemplado en el art. 441, num. 2, de la Constitución, que no advierte la necesidad de recurrir al pueblo, sino para legitimar la propuesta antes indicada. Aquí cabe cuestionarse si la teoría democrática fue invocada de manera acertada por parte de la Corte o si esto devino en una manipulación de la misma. La respuesta a dicha interrogante no es sencilla, pues tal como se analizó en la dimensión valorativa, es una consecuencia que se predecía desde las críticas a la teoría democrática.

Finalmente, en cuanto al mecanismo de reforma constitucional previsto en el art. 441, num. 2 de la Constitución, que sería el claro ejemplo para demostrar que no rige la teoría democrática en la Constitución ecuatoriana, desde el concepto de rigidez, la Corte no realizó ningún argumento sobre

370 *Ibid.*, 63.

la presunta incompatibilidad de dicho mecanismo con sus similares. No se analizó si resulta justificable la diferenciación entre la iniciativa de enmienda a cargo del Presidente de la República, que sí se somete a referéndum aprobatorio, y esta a cargo de un órgano constituido que al igual que el Presidente fue electo popularmente pero que no requiere de referéndum aprobatorio. Tampoco se analizó si puede existir desde una interpretación integral de la Constitución un mecanismo de reforma constitucional exento de aprobación popular, si aquello era acorde o no al art. 1 de la Constitución. Lo cierto es que la Corte en su parte resolutive reafirma que la AN está legitimada para tramitar las 12 de 13 enmiendas y la obligatoriedad de informar a la Corte el desarrollo de la misma. Esto legitima la existencia de este mecanismo de reforma que definitivamente no es coincidente con el concepto de rigidez constitucional del nuevo constitucionalismo.

Con respecto a esto cabe preguntarse, ¿la Corte podía determinar que esta iniciativa de enmienda debía someterse a referendo?, ¿o aquello habría devenido en una nueva mutación constitucional? Lo único cierto es que fue el constituyente quien estableció este mecanismo sui generis, y la Corte lo ratificó. Cabe precisar que en el marco de este proceso exento de aprobación popular, la Corte, a modo de verificación de su dictamen, en los términos del art. 436, num. 9 de la Constitución, conoció el informe final de la Asamblea antes de su publicación en el *Registro Oficial*, hecho que más allá de su resultado final, denota al menos la existencia de un límite adicional al mecanismo de enmienda de iniciativa de los asambleístas.³⁷¹

Como consecuencia de este análisis se puede determinar que el papel de la CC en tanto órgano constituido decidor en el poder de reforma de la Constitución, ha coincidido en sus dos pronunciamientos en que la enmienda constitucional resulta ser el mecanismo menos riguroso para poder modificar la Constitución, destacando que el caso de iniciativa de los asambleístas es aquel que menos límites tiene. Por otro lado, queda confirmado que en el caso ecuatoriano el constituyente, con ratificación de la CC, previó un mecanismo de reforma constitucional atribuido exclusivamente a un poder constituido. De esta manera se reafirma la diferencia entre el poder constituyente originario fundacional y un poder constituyente derivado en manos de los poderes constituidos. También se ha podido corroborar que la CCPT como la primera Corte mostraron que el proceso de cambio constitucional en manos de la Asamblea Constituyente, sí tiene limitaciones, con excepción del voto salvado en el caso del dictamen No. 001-11-DRC-CC a través del cual se procuró avalar –no tuvo efectos en

371 CCE. Auto de Verificación de Cumplimiento del Dictamen No. 001-14-DRC-CC.

tanto voto salvado— que vía Asamblea Constituyente se puedan restringir derechos y garantías.

Finalmente, en consecuencia del análisis se puede señalar con seguridad que desde la dimensión pragmática y contextual, no existe un concepto de rigidez constitucional propio de la teoría democrática y en consecuencia del nuevo constitucionalismo. Esto lleva a confirmar la hipótesis inicial, esto es, la inconveniencia e improcedencia de asumir de manera mimética la influencia de una teoría determinada calificada como democrática por la corriente transnacional, y asumir de plano que esta rija en el sistema constitucional. Se ha demostrado con dos ejemplos, y en uso del método comparativo, que no subyace la corriente neoconstitucionalista descrita por la teoría transnacional y en consecuencia del mismo, tampoco el nuevo constitucionalismo atribuido al sistema constitucional ecuatoriano.

Evaluación postrasplante: Identificación del camino del trasplante y corrección

Previo a iniciar con la comprobación empírica del método, se determinó que su aplicación permitiría evaluar la hegemonía de la corriente constitucionalista que subyacería a la Constitución ecuatoriana. De manera paralela también se anticipó que la aplicación del método permitiría advertir las impurezas del sistema jurídico constitucional ecuatoriano y a partir de ellas cuestionar la hegemonía de los rasgos propios del derecho romano-germánico en el sistema jurídico ecuatoriano. Para efectos metodológicos, se iniciará por el final, advirtiendo a partir del análisis pragmático y contextual, que la estructura del sistema de fuentes no es ordenado, no rige en él la ley como fuente hegemónica del derecho, y en consecuencia el papel de la interpretación o técnica ha sufrido cambios importantes desde la asunción del modelo Estado constitucional de derechos.

Se pudo comprobar a partir de las dos instituciones que han servido para evaluar la teoría constitucional predominante, que se encuentra un sistema de fuentes con una jurisprudencia constitucional reconocida como auténtica fuente del derecho. Se muestra también la recepción en la jurisprudencia constitucional del connotado principio *stare decisis* de origen *common law*. Es preciso recordar que el valor de la jurisprudencia constitucional como fuente guarda similitudes ostensibles con el derecho angloamericano, principalmente con el sistema de fuentes del derecho federal.

Paralelamente también se advirtió la existencia de rasgos incompatibles en el sistema, muchos de ellos rezagos de la influencia formalista que

devino de la familia romano-germánica y sus sistemas predominantes. Por otro parte, se pueden encontrar otros rasgos que fueron incorporados en la CRE de 2008 y que demuestran su conexión con características propias de diferentes familias jurídicas. Ha quedado claro que la Constitución ecuatoriana concibe un derecho interdisciplinario, en donde se reconoce un valor importante a la religión en su preámbulo el momento en que invoca a un dios o en el caso de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a la pachamama.³⁷²

De la misma forma, en su art. 1, a propósito del tipo de modelo de Estado se muestra también una influencia clara de los postulados del Estado social, demostrando que el componente político no puede ser ajeno a una Constitución, pues finalmente marca el camino y los intereses del Estado. Es el caso, por ejemplo, de la noción de un Estado intervencionista en la economía, del concepto de propiedad limitado al interés general, la redistribución de la riqueza, la justiciabilidad de los derechos sociales, entre otros.³⁷³

Es así como se ha comprobado la presencia de rasgos diversos, muchos de ellos aparentemente producto de ejercicios comparativos con sistemas cuyo origen está en distintas familias jurídicas. Esto destaca que el derecho comparado no es una cuestión de nacionalidad o de fidelidad a una familia jurídica sino una cuestión de necesidad. La única manera de generar conocimiento, meta fin del derecho comparado, es conocer lo diferente, allí se encontrarán los principales aportes en los ejercicios de comparación. Se puede señalar, que sin desconocer la importancia original y los aportes que generan las familias jurídicas, su existencia en el mundo contemporáneo resulta cuestionable, hecho que ya fue analizado en su momento por la CC de Colombia en su jurisprudencia, llevando a concluir un acercamiento entre las familias jurídicas aparentemente antagónicas.

Este acercamiento resulta lógico en un mundo globalizado en el que producto de la dinámica del derecho es necesario el diálogo jurídico mundial. Claro está, que dicho diálogo debe ser eso, y no una imposición o un ejercicio de mera recepción. La única manera de alcanzar un verdadero derecho comparado es asumir un ejercicio comparativo siempre crítico y alerta, con permanentes filtros de evaluación como los que se proponen en este método.

En cuanto al primer objetivo que se perseguía con la aplicación empírica del método, esto es, la verificación del objeto de trasplante: la hegemonía de las corrientes neoconstitucionalistas y de un nuevo constitucionalismo

372 CRE, art. 71.

373 *Ibíd.*, art. 1, 11, 66, num. 26.

en el constitucionalismo ecuatoriano, se pudo obtener algunas conclusiones. Estas conclusiones darían cuenta también del camino que habría sufrido el objeto del trasplante hasta llegar al constitucionalismo ecuatoriano. La gran mayoría demuestran la inexistencia de dicha hegemonía y, más bien, denotan una teoría constitucional local basada en transformaciones e incluso probables manipulaciones.

En el caso del principio de aplicación directa de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconozcan derechos más favorables que la Constitución, se pudo comprobar la existencia de problemas en sus destinatarios y alcance, tanto desde la dimensión pragmática como desde la dimensión contextual. Las conclusiones que se obtuvieron dan cuenta que el principio de aplicación directa descrito desde la teoría o dimensión valorativa no coincide con aquel principio que se advierte en las dimensiones antes descritas. Así se tiene desde lo pragmático y contextual, un Estado constitucional de derechos en el que el principio de aplicación directa de la Constitución no tiene como destinatarios a todos y cuyo alcance está condicionado a la existencia o inexistencia de una disposición normativa infraconstitucional que pueda ser contraria a la Constitución.

Como efecto de esto se trata de un Estado constitucional de derechos con un control concentrado de constitucionalidad. No existe un control difuso en manos de los jueces, si no un control concreto en el que de advertir la existencia de una disposición normativa contraria a la Constitución deberán suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la CC. Los jueces en definitiva, solo podrán aplicar directamente la Constitución para resolver sus causas en el evento de que no exista una norma infraconstitucional. Se trata en definitiva, de un Estado constitucional sin control difuso, en el que a pesar de que se impone la obligación de aplicar la Constitución a toda autoridad o servidor público, el control de la Constitución solo lo tienen los jueces y de manera limitada. Es un Estado constitucional de derechos en el que el control abstracto de convencionalidad está exclusivamente en manos de la CC. Todas estas particularidades, advertibles principalmente desde el producto del constituyente y avalado por la CC llevan a cuestionar hasta qué punto el neoconstitucionalismo de corte europeo fue receptado en Ecuador. El camino del trasplante, según se comprobó, no fue la recepción, el objeto sufrió variaciones que se pueden advertir, tan solo con un ejemplo, en el caso del principio de aplicación directa.

En el caso de la rigidez constitucional, temática que se seleccionó para verificar la hegemonía de la teoría democrática de la Constitución, también se obtuvieron algunas conclusiones. El concepto de rigidez constitucional del nuevo constitucionalismo democrático no consta en la Constitución

ecuatoriana. Claramente se advierte el reconocimiento de una democracia representativa en el art. 1 de la Constitución y la existencia de un mecanismo de reforma que no requiere del pueblo para ser legitimado.

La enmienda constitucional de iniciativa de la AN, reconocido en el art. 441, num. 2 de la Constitución, rompe con ese concepto y más bien denota que el único mecanismo que no se pone a consideración del pueblo es el que permitiría de manera más ágil que la Constitución sea actualizada constantemente. Desde la dimensión contextual se ha reafirmado el producto del constituyente, particularmente la existencia de un mecanismo de reforma al que se puede recurrir para constantes cambios de la Constitución sin necesidad de recurrir al poder constituyente para su aprobación.

Es desde este punto de vista, una Constitución relativamente rígida, que cuenta con mecanismos agravados como la enmienda de iniciativa del Presidente o de la ciudadanía, reforma parcial en todas sus iniciativas y cambio constitucional, pero con una enmienda de competencia de los asambleístas que no reviste mayores limitaciones en la práctica. Es en definitiva un Estado constitucional de derechos en el que su Constitución puede ser fácilmente modificable por los órganos constituidos.

Para algunos, cambios o interpretaciones desde el sistema jurídico ecuatoriano, particularmente desde sus dimensiones pragmática –constituyente– y contextual –CC–, devendrían *per se* en una manipulación, para otros, como nosotros, aquella calificación solo podría conferirse luego de un análisis investigativo riguroso de dichos particularismos, fundamentalmente de su eficacia, teniendo esta última con un parámetro esencial de evaluación, la tutela eficaz de los derechos.

En otras palabras, aseverar de plano que se trata de una manipulación tanto del principio de aplicación directa como del concepto de rigidez constitucional, o incluso de la teoría democrática, por el solo hecho de no coincidir su particularización con todos los postulados de una teoría transnacional o con criterios de Cortes foráneas prestigiosas, simplemente resultaría apresurado y peligroso. Es el caso de la profesora Claudia Escobar, quien en su obra *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*, confiere a dichos particularismos ecuatorianos, calificativos como: recepción acrítica de instituciones foráneas, malos entendidos, incomprensiones, recepción desestructurada del derecho foráneo, por el solo hecho de que la jurisprudencia constitucional ecuatoriana no reproduce los postulados interpretativos o argumentativos estandard de la *ius* teoría transnacional o las líneas interpretativas de Cortes foráneas como la colombiana.³⁷⁴

374 Cfr. Escobar, *Transconstitucionalismo*.

Resultaría peligroso desatender los particularismos u objetos del trasplante y evaluarlos de esta manera por dos razones. La primera porque plantear esos filtros de evaluación de lo particular desde lo general, sería retomar de alguna manera el tradicional ejercicio de comparación en el que la actividad comparativa se reducía a ser meros receptores de instituciones e *ius* teorías foráneas. Se emprendería así, en otras palabras, un proceso de auto imposición para conformarnos en ser seguidores discípulos de una corriente o sistema jurídico determinado. Segundo, producto de esa evaluación equívoca, se descartaría de plano la posibilidad de una transmutación –desviación positiva– proceso necesario para verificar la existencia de una teoría local.

Los particularismos propios de estas instituciones, así como muchos otros, merecen ser analizados y evaluados a profundidad, pero no desde la dimensión de las corrientes transnacionales neoconstitucionalistas o de un nuevo constitucionalismo latinoamericano que se han pretendido asignar al caso ecuatoriano y latinoamericano. Se trata de evaluar dichos rasgos desde la dimensión sociológica nacional, fundamentalmente desde su eficacia en la protección y tutela de los derechos. En ese proceso de evaluación la academia desempeña un papel fundamental. Los estudios críticos de los particularismos del sistema constitucional ecuatoriano, así como de todas las ramas del derecho, son necesarios a efectos de aproximarnos a nuestra teoría local, una teoría que fue aplastada como consecuencia del modelo simple o de ejercicios de *ius* teoría de tipo receptivo. Muestras de esos análisis sociológicos son los estudios cuantitativos y cualitativos que se han emprendido ya para verificar la eficacia de varias instituciones de la Constitución. Dichos estudios contribuyen a las instituciones a emprender evaluaciones de sus decisiones y producto de ello generar cambios. Son claras muestras de un análisis sociológico necesario de los trasplantes jurídicos.³⁷⁵

La academia debe mantener su visión crítica de las teorías foráneas, su deber es analizarlas, pero principalmente reinterpretarlas acorde a la realidad de nuestros sistemas, destacando que para evitar incurrir en manipulaciones, el producto de dicha reinterpretación no es más el objeto

375 Cfr. Storini y Navas, *La acción de protección en Ecuador*; Alfredo Ruiz, *Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales* (Guayaquil: CCE, 2015). “Rendición de Cuentas Proceso de Selección: Corte Constitucional del Ecuador período 2008-2013”, Serie Jurisprudencia Constitucional No. 4, Quito, 2013. CCE, Secretaría Técnica Jurisdiccional “Garantías Jurisdiccionales: Análisis Cuantitativo de las Decisiones de los Jueces de Instancia y Apelación en el año 2013”, Serie Jurisprudencia Constitucional, No. 5 (2014). CCE, Secretaría Técnica Jurisdiccional, “Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la Primera Corte Constitucional”, Serie Jurisprudencia Constitucional, No. 6. Quito, 2015.

original sino un producto local, en consecuencia no debería mantener su denominación original. Se deben generar, en uso del método comparativo, aportes doctrinarios empíricos, que evalúen las normas jurídicas desde la dimensión sociológica. No se puede seguir asumiendo una concepción del derecho eminentemente valorativa o pragmática, se requiere su conexión con la realidad.

Producto de los resultados de la aplicación empírica del método, se puede afirmar que los temas analizados dan cuenta de transmutaciones en evaluación. Una evaluación que requiere ser profundizada con otros objetos y en distintas ramas del derecho, previo a calificarlas como manipulaciones y descartarlas. Lo cierto es que estos y más ejemplos en uso del método comparativo que se ha construido darán cuenta de la necesidad de asimilar la importancia del derecho comparado y sus aportes en el rescate de los particularismos de los sistemas periféricos. Parece ser que acorde a la formación formalista siempre se ha tendido a encasillar a los sistemas dentro de un modelo o teoría, quizás buscando seguridad, lo cierto es que la teoría local es eso, una teoría particular que no puede recibir la denominación de una teoría foránea.

Conclusiones

Como consecuencia de la investigación y del análisis debidamente fundamentado en cada uno de sus capítulos, que comprueban la hipótesis inicialmente planteada, es decir, la ausencia de una metodología de derecho comparado, se pueden puntualizar los siguientes hallazgos:

El modelo comparativo tradicional y su metodología, aportan para la identificación del objeto y para el análisis de la dimensión abstracta del ejercicio de comparación.

El ejercicio de derecho comparado no puede ceñirse al modelo tradicional y su metodología.

La recepción o importación mimética de instituciones o cualquier otro objeto de vanguardia foráneo no involucra un ejercicio de derecho comparado.

El derecho comparado no es sinónimo y tampoco se reduce a un ejercicio de legislación comparada.

El fin principal del derecho comparado no es la construcción de un mapamundi, su objetivo es la generación de conocimiento.

El agrupamiento o inserción pasiva de los sistemas y subsistemas jurídicos en una u otra familia jurídica, acorde al cumplimiento de rasgos comunes -propio de la metodología tradicional-, desvirtúa sus particularismos o impurezas.

El encasillamiento de un sistema o subsistema jurídico dentro de una familia jurídica tiene una incidencia directa con el ejercicio de comparación, particularmente con la selección del objeto de la comparación. Se reducen las fuentes que podrían ser parte de un ejercicio comparativo.

La escuela antiformalista de finales del siglo XIX, es una prueba teórica de la insuficiencia del modelo tradicional y de la existencia contemporánea de las familias jurídicas.

El modelo tradicional y su metodología no permiten que los subsistemas jurídicos incursionen en el diálogo comparativo, consecuentemente no es adecuado para la realización de ejercicios de derecho comparado desde el contexto de un sub sistema.

Los modelos comparativos, al igual que sus escuelas de pensamiento jurídico subyacentes, deben conectarse, son interdependientes.

Existe un vínculo de causalidad entre la escuela del derecho imperante en el sistema desde el cual se emprende el ejercicio de comparación y la selección del método y la función del trasplante jurídico.

El proceso de transmutación se traduce en un proceso creacional, en consecuencia los rasgos originales del objeto del trasplante deben ser modificados, incluyendo su denominación original. Esto a efecto de evitar incurrir en manipulaciones o transmutaciones de mal intencionadas.

La interdependencia entre los modelos comparativos valorativo, pragmático y contextual, permiten la construcción de una metodología crítica de comparación, con filtros evaluativos antes, durante y después del ejercicio de trasplante jurídico.

La metodología de comparación construida en esta investigación persiguen principalmente alcanzar la eficacia del objeto del trasplante, en consecuencia, la eficacia del ordenamiento jurídico.

Producto de la aplicación de la metodología para la evaluación de las corrientes neoconstitucionalistas europeas y de un nuevo constitucionalismo democrático, se advierten claras desviaciones pragmáticas y contextuales.

Desde la dimensión valorativa las corrientes propias del neoconstitucionalismo de corte europeo, o quienes la describen, establecen que los principios de aplicación directa de la Constitución, supremacía constitucional y la rigidez constitucional, entre otros, son elementos característicos de un Estado neoconstitucional.

Desde la dimensión pragmática, particularmente desde los principios de aplicación de los derechos previstos en el art. 11 de la Constitución ecuatoriana, el principio de aplicación directa de la Constitución es amplio, está dirigido incluso a autoridades administrativas. No obstante, en cuanto a su vínculo con el tipo de control constitucional reconocido en el art. 428 constitucional, se concluye que este se ciñe a los jueces.

Desde la dimensión pragmática, art. 428 de la Constitución de la República vigente, y de su relación con el art. 274 de la CPE de 1998, se concluye que el constituyente eliminó el control difuso de constitucionalidad.

El control concreto de constitucionalidad previsto en el art. 274 de la Constitución da cuenta de un mal ejercicio de derecho comparado, pues se desconocieron de manera previa los antecedentes pragmáticos y contextuales históricos del sistema receptor, particularmente del tipo de control constitucional que ha regido en Ecuador. Tampoco han existido filtros evaluativos posteriores que verifiquen la conveniencia de mantener este tipo de control constitucional.

La inserción de este tipo de control constitucional de corte europeo, generó confusiones en el sistema receptor y sus agentes o destinatarios,

principalmente respecto al tipo de control constitucional que regiría en el Estado Constitucional de derechos y justicia ecuatoriano.

Desde la dimensión contextual-jurisprudencial, concretamente desde el año 2010, aproximadamente dos años después de la vigencia de la Constitución vigente, la CC ratificó el contenido de la regla constitucional prevista en el art. 428 de la Constitución y determinó expresamente que en Ecuador no rige el control difuso de constitucionalidad, si el control concreto en el marco del control concentrado de constitucionalidad.

Si la CC hubiese determinado vía jurisprudencial que en Ecuador rige el control mixto de constitucionalidad, concentrado en competencia de la Corte y concreto de competencia de los jueces en general, habría configurado una mutación constitucional, es decir, un mecanismo informal de reforma de la Constitución que no está en el marco de sus competencias constitucionales y legales.

En cuanto a la evaluación de la presunta hegemonía de la corriente del nuevo constitucionalismo en Ecuador, particularmente del concepto de rigidez constitucional que esta promueve –dimensión valorativa–, es decir, que cualquier modificación constitucional debe contar con la participación y aprobación popular cabe señalar que este no es coincidente con el concepto de rigidez constitucional que se plasma desde las dimensiones pragmáticas y contextuales del constitucionalismo ecuatoriano.

Desde la dimensión pragmática, el concepto de rigidez constitucional que promueve la corriente del nuevo constitucionalismo, se desvanece con la lectura de la regla constitucional constante en el art. 441, num. 2 de la Constitución de la República vigente, pues la enmienda de iniciativa de la AN, no requiere de aprobación popular.

Este mecanismo de enmienda constitucional, sumado al control constitucional que está llamada constitucionalmente a realizar la CC, materializa la distinción entre poder constituyente originario permanente y poderes constituidos, diferenciación que desde la dimensión valorativa no admite la teoría democrática de la Constitución.

Desde la dimensión contextual la CC ratificó tácitamente –no fue objeto de un análisis individualizado– que la enmienda constitucional de iniciativa de la AN, no debe pasar por aprobación del pueblo.

La CC no tenía competencia para determinar que este mecanismo de reforma constitucional deba pasar a aprobación del pueblo, pues conforme los art. 441 y 442 de la Constitución, no se podría alterar el procedimiento de reforma de la Constitución ni siquiera a través del proceso de enmienda o reforma parcial de la Constitución. En caso de que la Corte

hubiese procedido de esta manera habría configurado una mutación a la Constitución.

Como consecuencia de la evaluación postrasplante se concluyen claros desvíos de la dimensión valorativa que muestran particularismos del constitucionalismo ecuatoriano, un constitucionalismo en construcción.

Como consecuencia de la utilización del método comparativo se concluye que no es posible aseverar o asumir pasivamente que el neoconstitucionalismo de corte europeo o nuevo constitucionalismo rijan de manera imperativa en Ecuador, tampoco que pueda ser considerado como latinoamericano a menos que tengamos claras pruebas valorativas, pragmáticas y contextuales para aseverar que se trate de un “nuevo” o “neo” constitucionalismo.

Los desvíos generados deben ser evaluados fundamentalmente desde las dimensiones pragmáticas y contextuales, y a partir de ellas emprenderse las correcciones necesarias.

En el caso concreto, producto de la evaluación postrasplante podemos concluir que es necesario cambiar la Constitución ecuatoriana, retomar expresamente el control mixto de constitucionalidad, concentrado en competencia de la Corte y difuso en competencia de los jueces, caso contrario el control de constitucionalidad y convencionalidad se verán relativizados.

De la misma forma, se debe modificar la Constitución y establecerse de manera clara que el mecanismo de enmienda constitucional de iniciativa de la AN debe ser aprobado por el pueblo.

Las correcciones deben generarse no para guardar coincidencia con la corriente neoconstitucionalista de corte europeo o con la teoría democrática de la Constitución, sino para guardar armonía con el modelo Estado constitucional de derechos plasmado en el art. 1 de la CRE, de esta manera se asegurará la normatividad de la Constitución, del principio de aplicación directa, supremacía y fundamentalmente de la tutela judicial efectiva de los derechos.

Estos particularismos deben ser el centro de análisis en las investigaciones jurídicas que se emprendan en Ecuador, el derecho comparado, y esta metodología, son un aporte para rescatar y desarrollar esos particularismos que fueron desvirtuados producto de procesos de comparación acrílicos. La teoría del espejo es el fundamento principal para garantizar la eficacia de nuestros sistemas jurídicos de los trasplantes jurídicos.

Es necesario asumir que las teorías del derecho no se escriben para un país o contexto en particular, es el sistema quien tiene la elección de

asumirlas o no, pero siempre producto de un ejercicio comparativo crítico y evaluativo.

Finalmente un llamado respetuoso a la academia ecuatoriana y regional, para que se asuma la relevancia del estudio del derecho comparado o trasplantes jurídicos en las mallas curriculares, su vínculo con la teoría local, con sus particularismos y fundamentalmente con la eficacia del sistema jurídico es una realidad que no puede ser desatendida. Se trata de generar conocimiento y recuperar el auto estima de nuestros sistemas jurídicos.

Bibliografía

- A An-Na'im, Abdullahi. *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*. Nueva York: Zed Books, 2002.
- Anderson, James Norman Dalrymple. *Islamic Law in the Modern World*. Londres: Stevens & Sons, 1959.
- Aguiló Regla, Josep. "Sobre la resistencia constitucional". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, No. 6 (2003): 9-33.
- Aguirre, Pamela. "Consulta de norma: Garantía de la tutela judicial efectiva". En Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, 294-318. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC) / Corte Constitucional del Ecuador (CCE), 2013.
- Alarcón Peña, Pablo. "El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales". En Jorge Benavides Ordóñez y Jhoel Escudero Soliz, coord., *Manual de justicia constitucional*, 99-110. Quito: CEDEC / CCE, 2013.
- Aliste Santos, Tomás Javier. *Sistema de common law*. Salamanca: Ratio Legis, 2013.
- Alviar, Helena, e Isabel Cristina Jaramillo. "Políticas de un particularismo transmutado". En Daniel Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, 91-118. Bogotá: Siglo del Hombre, 2012.
- Aparicio Wilhelmi, Marco. "Ciudadanías intensas: Alcances de la refundación democrática en las Constituciones de Ecuador y Bolivia". En Albert Noguera Fernández, edit., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, 245-72. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- . "Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia", *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-24.
- Arenilla Sáez, Manuel, coord., *La administración pública entre dos siglos: Ciencia de la administración, ciencia política y derecho administrativo. Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública –INAP–, 2010.
- Atienza Rodríguez, Manuel. *Sobre la analogía en el derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Madrid: Civitas, 1986.
- . *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales –CEPC–, 1991.
- Ávila Linzán, Luis Fernando, edit. *Política, justicia y Constitución*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición (CCPT) / CEDEC, 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro. "Del Estado social de derecho al Estado constitucional de los derechos y justicia: Modelo garantista y democracia sustancial del Estado". En *Jornadas de Capacitación Constitucional*, 37-52. Quito: CCPT, 2008.

- “Las garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. En Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 89-110. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MJDH) / Tribunal Constitucional del Ecuador (TCE), 2008.
- *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) / Huaponi. 2016.
- Ávila Santamaría, Ramiro, edit. *Neoconstitucionalismo y sociedad*. Quito: MJDH, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva, y Rubén Martínez Dalmau, edit. *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*. Quito: MJDH / TCE, 2008.
- Ayala Mora, Enrique. *¿Por qué la Asamblea Constituyente?* Quito: La Tierra, 2015.
- Bachof, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Trad. por Leonardo Álvarez. Lima: Palestra, 2010.
- Barbosa Delgado, Francisco. *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Barrera Martínez, Carlos Helver. *Introducción al derecho comparado: Las familias jurídicas, los sistemas jurídicos y los pluralismos jurídicos*, 2a. ed. Bogotá: Fundación Universitaria Juan de Castellanos / Grupo Ibáñez, 2011.
- Beaton, Jack. “Common Law: Statute Law and Constitutional Law”. *Statute Law Review* 27, No. 1 (2006): 1-14.
- Berkowitz, Daniel, Katharina Pistor y Jean-Francois Richard. “The Transplant Effect”, *The American Journal of Comparative Law* 51, No. 1 (invierno de 2003): 163-203.
- Bernitz, Ulf. “What is Scandinavian Law?: Concept, Characteristics, Future”. *Scandinavian Studies in Law*, No. 50 (2007): 13-29.
- Bell, John, Sophie Boyron, y Simon Whittaker. *Principles of French Law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- Benavides Ordóñez, Jorge, y Jhoel Escudero Soliz, coord. *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: CEDEC / CCE, 2013.
- Berman, Harold J. *Faith and Order: The Reconciliation of Law and Religion*. Atlanta: Scholar's Press, 1993.
- *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.
- *The Interaction of Law and Religion*. Londres: Hardcover, 1974.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1999.
- Bogdan, Michael. *Comparative Law*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1994.
- Bonilla Maldonado, Daniel. “Introducción. Teoría del derecho y trasplantes jurídicos: La estructura del debate”. En Daniel Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, 11-35. Bogotá: Siglo del Hombre, 2012.
- “Pluralismo jurídico y propiedad extralegal: Clase, cultura y derecho en Bogotá”. *Revista de Derecho Privado*, No. 36 (Bogotá: Universidad de los Andes) (junio de 2006): 207-233.

- . “Propiedad extralegal, monismo y pluralismo jurídico”. En *Derecho y propiedad*, 193-214. Buenos Aires: Librería, 2008.
- . *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2012.
- Brutti, Massimo. “Antiformalismo e storia del diritto: Appunti in memoria di Riccardo Orestano”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 18, No. 1 (1989): 675-728.
- Bryce, James. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.
- Cabra Apalategui, José Manuel. “Antiformalismo y argumentación jurídica”. *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, No. 24 (2011): 67-91.
- Carbonell Sánchez, Miguel, edit. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- . *Teoría del constitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- Carbonell Sánchez, Miguel, y Rubén A. Sánchez Gil. “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”. *Quid Iuris*, No. 15 (2011): 33-55.
- Ciuro-Caldani, Miguel Ángel. *Lineamientos filosóficos del derecho universal*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.
- Criado de Diego, Marcos. “El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: Distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador”. *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9. (2011): 1-44.
- Dadomo, Christian, y Susan Farra. *The French Legal System*. Wallingford: Sweet & Maxwell, 1996.
- David, René. *Tratado de derecho civil comparado: Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo*. Madrid: Editorial de Derecho Civil Privado, 1953.
- . *Traité élémentaire de droit civil comparé*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.
- David, René, y Camille Jauffret-Spinozi. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed. París: Dalloz, 2002.
- David, René, y Pedro Bravo Gala. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos: Derecho comparado*. Madrid: Aguilar, 1969.
- David, René, y otros. *International Encyclopedia of Comparative Law. The Legal Systems of the World: Their Comparison and Unification*, vol. II. Tubinga: Mohr Siebeck Lehrbuch, 1972.
- De Cabo de la Vega, Antonio. “Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-40.
- De Cruz, Peter. *Comparative Law in a Changing World*, 3a. ed. Londres: Routledge-Cavendish, 2007.
- . *A Modern Approach to Comparative Law*. Deventer: Kluwer Law and Taxation, 1993.
- De Sousa Santos, Boaventura. *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1998.
- . “The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada”. *Law and Society* 12, No. 1 (otoño de 1977): 6-124.

- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1997.
- Díaz Lema, José Manuel. "Restricciones subjetivas de derechos fundamentales y aplicación directa de la Constitución". En Manuel Arenilla Sáez, coord., *La administración pública entre dos siglos (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo): Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, 1123-54. Madrid: INAP, 2010.
- Díaz Ricci, Sergio. "Supremacía de la Constitución". En Raúl Morodo y Pedro de Vega, coord., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. 2, 895-930. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- . "Rigidez constitucional: Un concepto total". En Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés, coord., *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, vol. 4, t. 1, 1551-87. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), 2015.
- Doi, Abdur Rahman. *Shariah: The Islamic Law*. Londres: Ta Ha, 1984.
- Du Plessis, Jacques. "Comparative Law and the Study of Mixed Legal Systems". En Mathias Reimann y Reinhard Zimmerman, edit., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 477-512. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Dupré, Cathérine. "The Perspective of Law Importation: The Hungarian Experience". En Andrew Harding y Esin Öricü, edit., *Comparative Law in the 21st Century*, 267-281. Londres: La Haya; Nueva York: Kluwer Law International, 2002.
- Dutton, Yasin. *The Origins of Islamic Law: The Qur'an, the Muwatta', and Madinan 'Amal*. Nueva York: Routledge Curzon.
- Elkin, Stephen L. "The Constitutional Theory of the Commercial Republic". *Fordham Law Review* 69, No. 5 (2001): 1933-68.
- Elliott, Catherine. *French Legal System*. Harlow: Longman, 2000.
- Emon, Anver M., Marc S. Ellis y Benjamin Glahn, edit. *Islamic Law and International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Escobar García, Claudia. *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico*. Quito: CCPT/CEDEC, 2011.
- Escobar Roca, Guillermo. "Los derechos civiles y políticos en el nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-50.
- Esquirol, Jorge. "At the Head of the Legal Family: René David". En Annelise Riles, edit., *Re-Thinking the Masters of Comparative Law*, 221-38. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- Esteva Gallicchio, Eduardo G., y Santiago Hildebrando Carnelli Mutuberría. "Enriquecimiento sin causa: Aplicación directa por el Juez de la Constitución o de las normas infraconstitucionales". *Anuario de derecho civil uruguayo*, No. 38 (2007): 849-60.
- Ewald, William. "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", *The American Journal of Comparative Law*, No. 43 (1995): 489-510.
- Facio, Alda. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal". En Alda Facio y Lorena Frías, edit., *Género y derecho*, 99-136. Santiago de Chile: LOM, 1999.

- Fauvarque-Cosson, Bénédicte. "Development of Comparative Law in France". En Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann, edit., *The Oxford Handbook of Comparative law*, 35-68. Oxford: Oxford University Press, 2006 35-68.
- Fernández de Córdova, Pedro. *Estudios de derecho comparado*, 2a. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 1977.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- . "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos". En Luigi Ferrajoli, Josep Joan Moreso, Manuel Atienza Rodríguez, edit., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, 25-70. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- Ferreres Comella, Víctor. "Una defensa de la rigidez constitucional". *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, No. 23 (2000): 29-48.
- Fletcher, George. "Comparative Law as a Subversive Discipline". *The American Journal of Comparative Law*, No. 46 (1998): 683-700.
- Frankenberg, Günter. "The Innocence of Method-Unveiled: Comparison as an Ethical and Political Act". *Journal of Comparative Law*, No. 9 (2014): 222-58.
- Foster, Nigel, y Satish Sule. *German Legal System and Laws*, 4a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- García Amado, Juan Antonio. "Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho". *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, No. 3 (2012): 13-43.
- García Figueroa, Alfonso. "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo". En Miguell Carbonell Sánchez, edit., *Neoconstitucionalismo(s)*, 159-86. Madrid: Trotta, 2003.
- García Herrera, Miguel Ángel. "Rigidez constitucional y estado social". En Perfecto Andrés Ibáñez, dir., *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, 33-88. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- Gargarella, Roberto. "Crítica del Estado del derecho: Comentario a 'Por qué hablar de una teoría impura del derecho para América Latina'". En Daniel Bonilla Maldonado, edit., *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, 161-71. Bogotá: Siglo del Hombre, 2012.
- . "La dificultad de entender el control judicial de las leyes", en Herber Campos Bernal, edit., *Control constitucional y activismo judicial*, 290-315. Lima: Ara Edit., 2012.
- . "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas". En Liborio L. Hierro, edit., *Autonomía individual frente a autonomía colectiva: Derechos en conflicto*, 129-44. Madrid: Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco-Marcial, 2014.
- Garth, Bryant G., e Yves Dezalay, edit. *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2002.
- Gessner, Volkmar, Armin Hoeland y Csaba Varga. *European Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth Publishing, 1997.
- Ginsburg, Jane. *Legal Methods Cases and Materials: Westbury*. Nueva York: The Foundation Press, 1996.

- Giraldo Ángel, Jaime, y Oswaldo Giraldo López. *Manual de texto jurídico: La lógica del discurso jurídico. I parte*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia / Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1994.
- Grassman Günther, y René David. *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*. Munich: Aufl, 1988.
- Griffiths, Jhon. "What is Legal Pluralism?". *The Journal of Legal Pluralism* 18, No. 24 (1986): 1-55.
- Glendon, Mary Ann, Paolo Carozza y Colin Picker. *Comparative Legal Traditions: Text, Materials and Cases on Western Law*, 3a. ed. San Paul: Thomson West, 2007.
- Glenn, Patrick. "Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions". En Mathias Reimann y Reinhard Zimmerman, edit., *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 421-40. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- . *Legal Traditions of the World*, 4a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *El principio de la antijuridicidad material*. Bogotá: Giro Ed., 2005.
- González Martín, Nuria. "Sistemas jurídicos contemporáneos: Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica". *Jurídica: Anuario* No, 30 (s. f.): 621-72. <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt27.pdf>>. Consulta: 10 de junio de 2014.
- González Quevedo, Joanna. "Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia. En Roberto Viciano Pastor, y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 269-99. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- González Vicen, Felipe. "Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo". *Anuario de filosofía del derecho*, No. 8 (1961): 47-76.
- Guastini, Riccardo. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano". En Miguel Carbonell Sánchez, coord., *Neoconstitucionalismo(s)*, 49-74. Madrid: Trotta, 2003.
- . "El realismo jurídico redefinido". En Álvaro Nuñez Vaquero, coord., *Modelando la ciencia jurídica*, 87-114. Lima: Palestra, 2014.
- Gutteridge, Harold Cooke. *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2a. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1974.
- Guzmán Hernández, Teodoro Yan. "Legados normativos para democratizar la revocatoria de mandato desde el (neo)constitucionalismo latinoamericano". En Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 299-329. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Hadden, Sally F., y Alfred L. Brophy, edit. *A Companion to American Legal History*. Malden: Wiley-Blackwell, 2013.
- Harding, Andrew, y Esin Orücü, edit. *Comparative law in the 21st Century*. Londres: Kluwer Law International, 2002.
- Hall, Kermit L., edit. *The Oxford Companion to American Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2002.

- Henríquez Viñas, Miriam Lorena. "Las principales transformaciones del sistema de fuentes del derecho". Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Lima (16-19 de septiembre de 2009): 21-54.
- Hertel, Christian. "Sistemas y familias jurídicas del mundo". *Notarius Internacional: Journal of the International Union of Latin Notaries*, No. 1-2 (2009): 185-200. <http://212.63.69.85/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf>. Consulta: 16 de noviembre de 2015.
- Hierro, Liborio L., edit. *Autonomía individual frente a autonomía colectiva: Derechos en conflicto*. Madrid: Cátedra de Estudios Iberoamericanos Jesús de Polanco-Marcial, 2014.
- Horatia, Muir Watt. "La Fonction Subversive du Droit Comparé". *Revue Internationale de Droit Comparé* 52, No. 3 (julio-septiembre de 2000): 503-27.
- Huepe Artigas, Fabián. "La aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario: Sentido y alcance". *Revista de Derecho: Universidad de Concepción*, No. 227-228 (enero-junio / julio-diciembre de 2010): 169-205.
- Ianello, Pablo. "Eficiencia y recepción de los trasplantes legales: El caso del Cramdown Power". *Revista de Análisis Institucional* No. 2 (marzo de 2008): 289-341.
- Jiménez Morales, Caridad Rosa. "La estructura distrital a la luz del nuevo constitucionalismo". En Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 329-72. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Jolowicz, Herbert Félix. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967.
- Kaser, Pierre. "La vie et l'œuvre de François Gény". *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 20, No. 1 (1991): 53-76.
- Kahn Freund, Otto. "Comparative Law as an Academic Subject". *Law Quarterly Review*, No. 82 (1966): 40-61.
- . "On uses and misuses of comparative law", *The Modern Law Review* 37, No. 1 (enero de 1974): 1-27.
- Kenedy, Duncan. "The International Style in Postwar Law and Policy". *Utah Law Review* (1994): 29-59.
- Kunz, Joseph. *Latin American Legal Philosophy. 20th: Century legal philosophy series*, vol III. Cambridge: Harvard University Press, 1950.
- Lan Arredondo, y Arturo Jaime. *Sistemas jurídicos*. México DF: Oxford University Press, 2011.
- Legrand, Pierre. "The Impossibility of 'Legal Transplants'". *Maastricht Journal of European and Comparative Law* No. 4 (1997): 111-24.
- . "What 'Legal Transplant'?" En David Nelken y Johannes Feets, edit., *Adapting Legal Cultures*, 55-70. Oxford: Hart-Publishing, 2001.
- Legrand, Pierre, y R. Munday, edit., *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- López Medina, Diego. *Derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2006.
- . "La jurisprudencia como fuente del derecho: Visión histórica y comparada". *Umbral: Revista de Derecho Constitucional*, No. 1 (Quito: CCPT / CEDEC), (enero-junio de 2011): 21-54.

- . *Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis / Universidad de los Andes / Universidad Nacional de Bogotá, 2008.
- López Monroy, José de Jesús. *Sistema jurídico del common law*, 5a. ed. México DF: Porrúa, 2011.
- Maestro Buelga, Gonzalo. "Estado y mercado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano." *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-30.
- Markesinis, Basil. "The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer". En *Foreign Law and Comparative Methodology: A Subject and a Thesis*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- Martínez de Bringas, Asier. "Naturaleza de la(s) autonomía(s) indígena(s) en el marco de la Constitución boliviana: Una reflexión sobre el contenido de los derechos indígenas". *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-20.
- Mattei, Ugo. "A Theory of Imperial Law: A Study on US: Hegemony and the Latin Resistance", 2003. <http://works.bepress.com/ugo_attei/1>. Consulta: 2 de noviembre de 2014.
- . "Efficiency in legal transplants: An essay in Comparative Law and Economics". *International Review of Law and Economics*, No. 14 (1994): 3-19.
- Méndez López, Josefina, y Martha L. Zaldívar Abad. "'Revolución constituyente' en América Latina: Espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos". En Roberto Viciano Pastor, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 105-70. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Méndez López, Josefina, y Danelia Cutié Mustelier. "La participación popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Una mirada desde la perspectiva de los derechos", *IUS: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 94-115.
- Mendoza Díaz, Juan. "Las fuentes formales del derecho procesal civil". En *Lecciones de derecho procesal civil*. La Habana: Félix Varela, 2001.
- Mensky, Werner. *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2a. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Merino Acuña, Roger. *Comparative Law from Below: The Construction of a Critical Project in Comparative Legal Studies*. Saarbrücken: Lambert Academic Publishing, 2012.
- Meroi, Andrea A. "Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica". *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, No. 29 (2006). <www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/Revcent298.pdf>. Consulta: 11 de marzo de 2015.
- Merry, Sally Engle. "Legal Pluralism". *Law and Society Review* 22, No. 5 (1988): 869-96.
- Merryman, John Henry, y Rogelio Pérez Perdomo. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*, 3a. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.
- Miller, Jonathan M. "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process". *The American Journal of Comparative Law* 51, No. 4 (octubre de 2003): 839-86.
- Mistelis, L. "Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization. Legal Trasplants, and Law Reform-Some Fundamental Observations". *The International Lawyer*, No. 34 (2000): 1067.

- Monateri, Pier Giuseppe. "Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental". En Pier Giuseppe Monateri y Geoffrye Samuel, edit., *La invención del derecho privado*, 95-216. Bogotá: Siglo del Hombre, 2006.
- Monateri, Pier Giuseppe, edit. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar Publishing, 2012.
- Montaña Pinto, Juan. *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: CEDEC / CCPT, 2012.
- Moreira, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição*. Sao Paulo: Método, 2007.
- Morodo, Raúl, y Pedro de Vega, dirs., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. 2, 895-930. Madrid: IJ-UNAM / Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- Nelken, David, edit. *Comparing Legal Cultures*. Aldershot: Dartmouth, 1997.
- Nelken, David, y Esin Örüçü, edit. *Comparative Law. A Handbook*. Portland: Hart Publishing, 2007.
- Nelken, David, y Johannes Feets, edit. *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- Noguera Fernández, Albert. "Derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano: Indivisibilidad de las obligaciones y justicia equitativa". *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-33.
- . *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- . "América del Sur: ¿democratizando la justicia constitucional? En Albert Noguera Fernández, edit., *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, 273-316. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- O'Dair, Richard, y Andrew Lewis, edit. *Law and Religion: Current, Legal Issues*, vol. 4. Londres: Oxford University Press, 2001.
- Orjuela Ruiz, Astrid, y Carlos Lozano Acosta. "La indeterminación del campo de la justicia transicional en Colombia". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 14, No. 1 (2012): 255-81.
- Örüçü, Esin. *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*. Deventer: Kluwer, 1999.
- Oyarte, Rafael. *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito: CEP, 2014.
- Palacios Romeo, Francisco. "El mito de la separación del poder Judicial en el constitucionalismo clásico y la nueva configuración participativa en Latinoamérica: (En torno a un aporía del constitucionalismo clásico: *Quis custodiet ipsos custodes?*). *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9. (2011): 1-49.
- . *Nuevo constitucionalismo participativo en Latinoamérica. Una propuesta frente a la crisis del Behemoth Occidental*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- Papachristos, Athanase C. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

- Pasukanis, Evgeni B. *Teoría general del derecho y marxismo*. Madrid: Labor, 1976.
- Pazmiño Freire, Patricio. "Presentación". En Ramiro Ávila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Desafíos constitucionales: La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 9-11. Quito: MJDH / TCE, 2008.
- Pegoraro, Lucio, y Angelo Rinella. *Introducción al derecho público comparado*. Lima: Palestra, 2006.
- Pérez Hernández, Lisette. "Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela". En Roberto Viciano Pastor, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 171-96. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Pérez Tremps, Pablo. *La cuestión de constitucionalidad en el derecho español*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2006.
- Philip, James. *Introducción al derecho inglés*. Bogotá: Temis, 1996.
- Ponce Villacís, Juan Esteban. *El neoconstitucionalismo en el Ecuador*. Quito: CEP, 2010.
- Pound, Roscoe. "The Development of American Law and its Deviation from English Law". *Law Quarterly Review* (1951): 49-67.
- Pozzolo, Susana, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación". Trad. por Josep M. Vilajosana. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 1977, II, No. 21 (1998): 339-53.
- Prieto Sanchís, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*, 5a. ed. Madrid: Trotta, 2005.
- . "Supremacía, Rigidez y garantía de la Constitución". En Heber Campos Bernal, edit., *Control constitucional y activismo judicial*, 261-8. Lima: Ara, 2012.
- Prieto Valdés, Martha. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Nuevos paradigmas político constitucionales". En Roberto Viciano Pastor, edit. *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. 77-104. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Rautenbach, Christa, Jan Christoffel Bekker y Nazeem Muhammad Ismail Goolam, edit. *Introduction to Legal Pluralism in South Africa*. Durban: LexisNexis / Butterworths, 2002.
- Reimann, Mathias, y Reinhard Zimmerman, edit. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Riles, Annelise, edit. *Re-Thinking the Masters of Comparative Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001.
- Rodríguez Garavito, César A. "Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: El regreso de los programas de derecho y desarrollo". En Mauricio García Villegas, Rodrigo Uprimny y César A. Rodríguez Garavito *¿Justicia para todos?: Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, 13-42. Bogotá: Norma, 2006.
- . *La decisión judicial el debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar*. Bogotá: Siglo del Hombre / Universidad de los Andes, 1997.
- Rosett, Arthur. "Unification Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law". *The American Journal of Comparative Law* 40, No. 3 (verano de 1992): 683-97.

- Ruiz, Alfredo. *Aproximación al estudio de las garantías jurisdiccionales*. Guayaquil: CCE, 2015.
- Sacco, Rodolfo. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. París: Económica, 1991.
- . “Diversity and Uniformity in the Law”. *The American Journal of Comparative Law*, No. 49 (abril de 2001): 171-90.
- . “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”. *The American Journal of Comparative Law* 39, No. 2 (primavera de 1991): 343-401.
- Sack, Peter, y Jonathan Aleck, edit. *Law and Anthropology*. Aldershot: Dartmouth, 1992.
- Sagués, Pedro Néstor. “Las sentencias atípicas de la jurisdicción constitucional, y su valor normativo”. En Dunia Martínez, edit., *Genealogía de la justicia constitucional ecuatoriana*, 113-34. Quito: CEDEC / CCPT, 2012.
- Sáinz Moreno, Fernando. “Un caso de aplicación directa de la Constitución: El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”. *Revista española de derecho administrativo*, No. 24 (1980): 118-2.
- Salgado Pesantes, Hernán. “¿Guardianes o sepultureros de la Constitución 2008?”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, No. 17 (Madrid: CEPC) (2013): 311-24.
- Sánchez Morón, Miguel. “La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales”. *Revista española de derecho administrativo*, No. 22 (1979): 442-52.
- Schlesinger, Rudolf, Ugo Mattei, Teemu Ruskola y Antonio Gidi. *Schlesinger’s Comparative-Law: Cases, Text, Materials*. Nueva York: Thomson Reuters, 2009.
- Serjeant, R. B. *Customary and Shari’ah Law in Arabian Society*. Aldershot: Ashgate/Variorum, 1991.
- Shannon, Thomas. *An Introduction to World-System Perspectives*, 2a. ed. Boulder: Westview, 1996.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México DF: Porrúa, 2006.
- Slaugther, Anne-Marie. *A New World Order*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2004.
- . “Judicial Globalization”. *Virginia Journal of International Law* (verano de 2000): 1103-24.
- Stein, Eric. “Uses, Misuses-and Nonuses of Comparative Law”, *Northwest University Law Review* 77, No. 2 (1977-1978): 198-216.
- Storini, Claudia “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008”. En Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini, edit., *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, 287-312. Quito: UASB-E / CEN, 2009.
- Storini, Claudia, y Marco Navas. *La acción de protección en el Ecuador: Realidad jurídica y social*. Quito: CCE / CEDEC, 2013.
- Stucka, P. I. *La función revolucionaria del derecho y el Estado*. Barcelona: Península, 1969.
- Swift, Jonathan. *Viajes de Gulliver*. Madrid: Verbum, 2015.
- Tamanaha, Brian. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Nueva York: Oxford University Press, 2001.

- . “Custom and Traditional Leaders Under the Yap Constitution”. *University of Hawaii Law Review*, No. 10 (verano de 1988): 81-104.
- Taylor Von Mehren, Arthur. *The Civil Law System: Cases and Materials for the Comparative Study of Law*. Nueva York: Prentice-Hall, 1957.
- Taylor Von Mehren, Arthur, y James Gordley. *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*. Nueva York: Little Brown, 1977.
- Tunc, André. “La contribution possible des études juridiques comparatives á une meilleure compréhension entre nations”. En Konrad Zweigert y Hans-Jürgen, edit., *Rechtsvergleichung*, 282-306. Damstadt: Wissenschaftliche. 1978.
- Tunc, André, y Suzanne Tunc, *El derecho de los Estados Unidos de América*. México DF: Imprenta Universitaria, 1957.
- Twinning, Willian. “Difussion of Law: A Global Perspective”. *The journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 36, No. 49 (2004): 1-45.
- . “Lecture IV. Generalizing about Law: The Case of Legal Transplants”. *The Tilburg-Warwick Lectures General Jurisprudence* (2000): 1-60. <http://www.ucl.ac.uk/laws/jurisprudence/docs/twi_til_4.pdf>. Consulta: 3 de octubre de 2015.
- Umaña Luna, Eduardo. *El derecho (poder, dominación, control social)*. Bogotá: Colectivo de Abogados, 1989.
- Uprimny, Rodrigo. “Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”. <<http://dejusticia.org/index.php>>. Consulta: 23 de septiembre de 2015.
- Vallarta, José Guillermo. *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, 2a. ed. México DF: Porrúa, 2002.
- Viciano, Roberto, y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Luis Ávila, edit., *Política, justicia y Constitución*, 207-38. Quito: CEDEC / CCPT, 2011.
- . *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- . “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 11-50. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- . “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”. *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 9 (2011): 1-24.
- . “Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional”. *IUS: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 7-29.
- Villabella Armengol, Carlos. “El derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: Un cambio de paradigma”. En Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, edit., *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, 51-76. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- . “Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *IUS: Revista de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 25 (2010): 49-76.
- Vyshinski, Andrei. *The Law of the Soviet State*. Nueva York: Ed. MacMillian, 1948.

- Watson, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edimburgo: Scottish Academic Press, 1974.
- . “Aspects of Reception of Law”, *Am, J. Comp. L.* 44 (1996): 334-52.
- . *Legal Transplants (an Approach to Comparative Law)*, 2a. ed. Georgia: The University of Georgia Press, 1993.
- . *Legal Transplants and European Private Law*. Maastricht: Ius Commune Lecture, 2000.
- Whitman, James Q. “Western Legal Imperialism: Thinking About the Deep Historical Roots”. *Theoretical Inquiries in Law* 10, No. 2 (2009): 305-32.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*. Lima: Edilex, 2010.
- Zimmermann, Reinhard, Daniel Visser y Kenneth Reid, edit. *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Zweigert, Konrad, y H. Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung: Auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3a. ed. Tubinga: Mohr Siebeck Lehrbuch, 1996.
- . *Introducción al derecho comparado*. Trad. por Arturo Aparicio Vásquez. México DF: Oxford University Press, 2002.

Fuentes normativas

- Constitución de la República del Ecuador de 2008. Registro Oficial (RO) No. 449. Quito, 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política del Ecuador de 1998. Decreto Legislativo 000, RO, No. 1. Quito, 11 de agosto de 1998.
- Constitución Política de Colombia de 1991. *Gaceta Constitucional* No. 114. Bogotá, 4 de julio de 1991.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. San José, 1969.
- Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial Suplemento*, No. 180. Quito, 10 de febrero de 2014.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). RO (S2) No. 52. Quito, octubre de 2009.

Sentencias Corte Constitucional del Ecuador

- Sentencia No. 002-09-SAN-CC.
- Sentencia No. 071-16-SEP-CC.
- Sentencia No. 001-10-SIN-CC.
- Sentencia No. 001-10-PJO-CC.
- Sentencia No. 031-09-SEP-CC.
- Sentencia No. 102-13-SEP-CC.
- Sentencia No. 155-15-SEP-CC.
- Sentencia No. 182-15-SEP-CC.
- Sentencia No.0258-15-SEP-CC.
- Sentencia No. 974-14-SEP-CC.

Sentencia No. 113-14-SEP-CC.
Sentencia No. 0016-13-SEP-CC.
Sentencia No. 045-13-SEP-CC.
Sentencia No. 080-13-SEP-CC
Sentencia No. 029-14-SEP-CC.
Sentencia No. 110-14-SEP-CC.
Sentencia No. 0001-14-PJO-CC.
Sentencia No. No. 045-11-SEP-CC.
Sentencia No. 0016-13-SEP-CC.
Sentencia No. 004-13-SAN-CC.
Sentencia No. No. 034-13-SCN-CC.
Sentencia No. 001-16-PJO-CC.
Sentencia No. 001-14-DRC-CC.
Sentencia No. 001-08-SI-CC.
Sentencia No. 001-09-SEP-CC.
Sentencia No. 002-08-SI-CC.
Sentencia No. 055-10-SEP-CC
Sentencia No. 001-13-SCN-CC.
Sentencia No. 008-13-SCN-CC.
Sentencia No. 0033-09-CN-CC.
Sentencia No. 0026-13-SCN-CC.
Sentencia No. 0030-13-SCN-CC.
Sentencia No. 0034-13-SCN-CC.
Sentencia No. 001-11-DRC-CC
Sentencia No. 001-14-DRC-CC
Sentencia No. C-836/01.

Gaceta Constitucional. *RO Segundo Suplemento*, No. 351, 29 de diciembre de 2010.

Informes

Barreda, Fernandini Ricardo. "Informe Nacional del Perú". *Notarius International*, No. 1-2 (2003): 6-13.
Márquez González, José Antonio. "Informe Nacional México". *Notarius International*, No. 3-4 (2005): 183-199.
Antenreiter, T. "Informe Nacional Austria", *Notarius International* 7, No. 3-4 (2002): 174-187.

Sitios web

Galeano Rey, Juan Pablo. <<http://transplanteslegales.blogspot.com>>. Consulta: 10 de abril de 2015.

Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 33 (julio-diciembre de 2015). <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/tes/tes1.htm>>.



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, ratificado posteriormente por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.



Derecho y Sociedad

TÍTULOS PUBLICADOS

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador ▪ Corporación de Estudios y Publicaciones

- 1 Jhoel Escudero Soliz
Crisis bancaria, impunidad y verdad
- 2 María Elena Jara Vásquez
Tutela arbitral efectiva en Ecuador
- 3 Pablo Alarcón Peña
Una metodología comparativa crítica aplicada al sistema constitucional ecuatoriano

ACCEDA A TODA LA INFORMACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE UN CLIC



Es un software legal completo de la Legislación Ecuatoriana, enriquecido con concordancias, titulación de artículos, etc., que ayudan a la mejor comprensión de la norma jurídica, así mismo, cuenta con novedosos y sencillos motores de búsqueda que le facilitan el poder acceder con agilidad y certeza a la información necesaria.

El Cepweb ofrece una disponibilidad oportuna de la información legal emitida diariamente en el Registro Oficial.

Es actualizado on-line, permitiendo al usuario verificar los cambios desde su ordenador en forma inmediata.

Accede a un demo de Cortesía
ingresando a:
www.bit.ly/registrocep



Acuña E2-02 y Aguma
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

www.cep.org.ec ▪ ventas@cep.org.ec

El derecho comparado ha sido una disciplina poco estudiada en el contexto regional y particularmente en Ecuador. Partiendo de dicha hipótesis, esta investigación procura un replanteamiento de la importancia, funciones y metas del derecho comparado.

En este marco, inicia mostrando una visión general del derecho comparado. Posterior a ello, incursiona en el análisis crítico de la metodología inmersa en el modelo tradicional. Esta metodología parte de la clasificación jerarquizada y rígida de los ordenamientos jurídicos mundiales en familias, sistemas y subsistemas jurídicos. A partir de dicho análisis se ponen en evidencia los problemas y beneficios que trae consigo la utilización de dicha metodología desde la realidad de los subsistemas jurídicos.

Con los resultados obtenidos, en la segunda parte de la investigación, se muestran otros modelos comparativos que pueden ser utilizados por el jurista en sus ejercicios de comparación. Entre ellos, los modelos simple, pragmático, valorativo y contextual, cada uno con una corriente de pensamiento jurídico subyacente.

Tras el análisis crítico de los distintos modelos y de los aportes del diálogo comparativo regional, una de las contribuciones centrales de la investigación es la construcción y planteamiento de una metodología comparativa crítica, ya sea para el caso ecuatoriano o para cualquier otro sistema jurídico. Finalmente, esta metodología es sometida a una comprobación empírica, y su objeto es evaluar la presunta influencia o hegemonía de dos corrientes constitucionales en el sistema constitucional ecuatoriano, es el caso del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

P.V.P.: USD 22.00

ISBN: 978-9942-10-432-8



9789942104328



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CEP
CORPORACIÓN
ECUATORIANA DE PROMOCIÓN Y FOMENTO
EDITORIAL