



Universidad del Azuay
Facultad de Ciencias Jurídicas
Escuela de Derecho

***La Ineficacia del sistema normativo ecuatoriano: propuestas
para encaminarnos hacia la vigencia de los principios del
derecho.***

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador**

Autor: Silvana Cristina Tapia Tapia

Director: Dr. Juan Morales Ordóñez

Cuenca, Ecuador

2006

Este trabajo está dedicado a quienes luchan por la felicidad social y la justicia.

AGRADECIMIENTOS:

A mis padres, por permitirme acceder a la mejor educación y formación profesional, apoyándome siempre en esta búsqueda y sacrificando cuanto ha sido necesario para que yo alcance mis metas.

A Wayne, el mejor de los amigos, por su paciencia, generosidad, sentido del humor y por su amor incondicional.

A quienes han sido verdaderos maestros durante estos años de estudio, los doctores: Mario Jaramillo, José Cordero, Patricio Cordero, José Serrano, Hernán Coello, Tarquino Orellana, Olmedo Piedra, Guillermo Ochoa, Alejandro Serrano y Remigio Auquilla, quienes además de ser un modelo a seguir en el campo profesional y académico, lo son igualmente en el área de lo humano y lo ético.

A María Elena Ramírez y Marianita López, por su desinteresado apoyo y su valiosa amistad.

Finalmente, un agradecimiento muy especial al doctor Juan Morales Ordóñez, director de este trabajo, no solamente por su apertura y consejo, sin los cuales habría sido imposible orientar correctamente este trabajo; sino también por haber suscitado, durante los años de estudio de la carrera, una serie de inquietudes que finalmente se encaminaron a la elección del presente tema de investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria	II
Agradecimientos	III
Índice de Contenidos	IV
Resumen	VIII
Abstract	IX
Introducción	1
CAPÍTULO 1	8
1 Ineficacia del Derecho	8
1.1 Introducción	8
1.2 Conceptos preliminares	9
1.2.1 Norma y Derecho	9
1.2.2 Eficacia y Validez	11
1.2.3 Vigencia y Legitimidad	14
1.2.4 El Principio de Retribución, la Sanción, el Acto Coactivo	14
1.3 ¿Por qué es ineficaz nuestro sistema normativo?	18

1.4 Conclusiones	23
<hr/>	
CAPÍTULO 2	25
<hr/>	
2 El sistema normativo en la sociedad Ecuatoriana	25
<hr/>	
2.1 Introducción	25
<hr/>	
2.2 Normativa positiva del Ecuador: referencia a las garantías constitucionales	26
<hr/>	
2.3 Diversidad Cultural y étnica en el Ecuador	35
<hr/>	
2.4 Referencia a las deficiencias del sistema judicial ecuatoriano	40
<hr/>	
2.5 El ciudadano común frente al sistema normativo	48
<hr/>	
2.5.1 Representación y Participación ciudadana	48
<hr/>	
2.5.2 El ejercicio de una ciudadanía activa	53
<hr/>	
2.6 Conclusiones	55
<hr/>	
CAPÍTULO 3	58
<hr/>	
3 Hacia la eficacia del Sistema Normativo Teoría General del Derecho	58

3.1 Introducción	58
<hr/>	
3.2 Contenido de la Teoría del Derecho	59
<hr/>	
3.2.1 La teoría del derecho para el positivismo tradicional	60
<hr/>	
3.2.2 Las visiones integradoras del Derecho.	62
<hr/>	
3.3 Las Fuentes del Derecho y la Producción de normas	71
<hr/>	
3.4 La Teoría del Derecho y los Principios Generales del Derecho	76
<hr/>	
3.4.1 Los tres principios del Derecho Clásico	80
<hr/>	
3.4.2 Referencia a algunos Principios Jurídicos Universales	81
<hr/>	
3.5 Conclusiones	90
<hr/>	
CAPÍTULO 4	92
<hr/>	
4 Hacia la eficacia del Sistema Normativo: Antropología Jurídica	92
<hr/>	
4.1 Introducción	92
<hr/>	
4.2 Contenido de la Antropología Jurídica.-	93
<hr/>	

Breve Reseña Histórica de la Antropología	96
Jurídica.	
4.2.1 Importancia del Estudio de la	100
Antropología Jurídica.	
4.3 Antropología Jurídica y diversidad cultural.-	101
4.4 Conclusiones	106
CAPÍTULO 5	109
5 Hacia la eficacia del Sistema Normativo:	109
Enseñanza y Aprendizaje del Derecho	
5.1 Introducción	109
5.2 Educación y Derecho	110
5.3 Hacia una nueva enseñanza del Derecho	115
5.4 Competencias que debe desarrollar el	119
estudiante de Derecho	
5.5 Conclusiones	127
CAPÍTULO 6	131
6 Conclusiones	131
6.1 Conclusiones Teóricas	131
6.2 Conclusiones Prácticas	136
BIBLIOGRAFÍA	142

RESUMEN

El trabajo de graduación: *Ineficacia del sistema normativo ecuatoriano: propuestas para encaminarnos hacia la vigencia de los principios del Derecho*; tiene por objetivo examinar las causas por las cuales el ordenamiento jurídico ecuatoriano no cumple con los propósitos para los que ha sido creado y no responde a los intereses de sus destinatarios; proponiendo cambios en la manera de entender el Derecho cuya finalidad es propiciar la formación de profesionales capaces de transformar la realidad y trabajar por el bienestar común. Luego de referirnos a los conceptos jurídicos básicos para la comprensión del trabajo, mostraremos un panorama general de las garantías constitucionales en el Ecuador, del funcionamiento del sistema judicial ecuatoriano, y de la actitud de los ciudadanos frente a la realidad nacional. A continuación se describe el contenido de la Teoría General del Derecho y las tendencias contemporáneas de esta disciplina, para construir una comprensión integral y multi-dimensional de los fenómenos jurídicos y de la naturaleza del Derecho y sus fines últimos, lo que permitirá trabajar por su realización eficaz. En seguida se ofrece un enfoque antropológico del fenómeno jurídico, subrayando la importancia del Derecho como esfera cultural en la vida del hombre. En el mismo contexto se abordará el problema de la diversidad cultural y étnica en el Ecuador y Latinoamérica, y sus implicaciones jurídicas y sociales. La investigación finaliza con un capítulo que trata del Aprendizaje y la Enseñanza del Derecho en las escuelas y facultades de nuestro país. Se hace constar, como la propuesta más importante de nuestro trabajo, la necesidad de implementar cambios en los métodos pedagógicos que se emplean y en la perspectiva global de la carrera de Derecho, donde el desarrollo de las competencias más adecuadas a nuestra realidad social, debe convertirse en el propósito esencial del proceso educativo.

ABSTRACT

The graduation paper: *Ineffectiveness of the Ecuadorian legal system: proposal to direct us towards the full force of the legal principles*; has the objective of examining the reasons why the Ecuadorian legal ordinance does not fulfill the purposes for which it was created, and does not correspond to the interests of its addressees; proposing changes in the way Law is understood, with the goal of favoring the training of professionals that are capable of transforming reality and working for communal well-being. After a reference to the basic legal concepts in order to understand the paper, we will show a general view of the constitutional guarantees in Ecuador, the operation of the Ecuadorian judicial system, and the attitude of citizens towards national reality. Next we have a description of the contents of General Legal Theory and the contemporary tendencies of this discipline, in order to build an integral and multi-dimensional understanding of legal phenomena and the nature of Law and its main aim, which will let us work for its effective realization. Immediately, an anthropological approach of the legal phenomenon is offered, emphasizing the importance of Law as a cultural sphere in human life. In the same context, we will approach the problem of cultural and ethnical diversity in Ecuador and Latin America, and its social and legal implications. The investigation ends with a chapter that discusses the Learning and Teaching of Law in the schools and faculties of our country. We include, as the main proposal of our paper, the necessity of carrying out changes in the employed pedagogical methods and the global perspective of the Law career, where the developing of competences that are more suitable to our social reality, has to become the essential goal of the educational process.

INTRODUCCIÓN

Tomar la decisión de estudiar una carrera, es posiblemente una de las disyuntivas más complejas que se presentan en la vida de una persona, y al mismo tiempo, una de las más importantes y trascendentes. Somos muy jóvenes cuando iniciamos nuestros estudios universitarios y no siempre estamos seguros de nuestras vocaciones y mucho menos de lo que esperamos conseguir en nuestra vida, a largo plazo. A pesar de la falta de experiencia y de los vaivenes propios de la juventud, años antes de optar por la carrera de Derecho, ya estuvo presente en mi vida la inquietud por explicar cuanto ocurría en la sociedad que me rodeaba y una serie de preguntas relativas a la vida de la gente en el país, asomaban a mi mente. El contacto con las ciencias sociales y con la Filosofía fue abriendo el camino de la investigación sobre la naturaleza humana y su comportamiento en sociedad, hasta convertirse una necesidad que debía ser constantemente satisfecha. Algo tenía que cambiar para que la gente tuviera la oportunidad real de ser feliz. Era necesario empezar a luchar por la Justicia.

No con pocas dudas me inscribí en la facultad de Derecho, sin estar totalmente segura de saber qué esperaba obtener al final de mis estudios. A medida que cursábamos las diferentes asignaturas y nos aproximábamos más al sistema jurídico ecuatoriano, se hacían más evidentes sus deficiencias como herramienta capaz de conseguir el equilibrio social suficiente para permitir que todos tengamos iguales posibilidades de buscar nuestra felicidad. La realización del presente trabajo, responde a las inquietudes que han persistido en mi vida desde hace algunos años, y que tomaron forma durante los años universitarios. Cuando llegó el momento de escoger un tema para el trabajo de graduación, no cabía duda que éste debía relacionarse con la búsqueda de la justicia y la ineficacia del sistema jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, construir el enfoque apropiado y coherente para el tratamiento de un tema, no es tarea de un solo momento. Durante los primeros años de estudio persistió en mí la sensación de que hacía falta algo en la manera de entender el Derecho generalizada en la Facultad. Sin poder precisar la naturaleza de esos eslabones ausentes, seguimos adelante aprendiendo con curiosidad. Cuando cursamos la asignatura de Teoría General del Derecho se produjo un feliz encuentro con una serie profusa de herramientas para el estudio profundo de los fenómenos jurídicos. Supimos entonces que ningún área del conocimiento humano puede tener sentido si no se procura explicar sus conceptos básicos, sus orígenes y su papel en el universo humano. Desde entonces fui apropiándome de la idea de que es necesaria una revisión profunda de la Teoría General del Derecho y sus subdisciplinas para conocer la verdadera naturaleza del Derecho. Tanto más cuanto una vez finalizado el estudio de esa asignatura, el enfoque científico y filosófico de los fenómenos jurídicos también pareció haber llegado a su fin; caracterizándose los últimos años de estudio por una aproximación exclusivamente dogmática a la legislación ecuatoriana.

Creemos que el Derecho es uno de los productos culturales más complejos en la historia de la humanidad. La antropología jurídica nos enseña que ni siquiera en las comunidades más primitivas de la historia se ha vivido en la total anarquía. La necesidad de regular la conducta humana ha aparecido en todas las sociedades de todos los tiempos. Las normas y las reglas que ha creado el hombre, han cumplido el papel de regularizadores sociales; de herramientas que, imponiendo la razón sobre la fuerza y la anarquía, colocan la felicidad y la tranquilidad al alcance de todos, y especialmente de los más débiles, que no pueden imponer arbitrariamente sus deseos. Si bien los sistemas jurídicos y las normas positivas también han sido instrumentos de la explotación de una clase por otra y de la institucionalización de regímenes totalitarios, la naturaleza del Derecho, que no es únicamente norma positiva, consiste en permitir la convivencia de los miembros de una sociedad y

garantizar la realización del proyecto de vida de cada individuo, dentro del marco del bienestar común, la justicia y otros valores jurídicos. Justamente, la comprensión integral de la naturaleza del Derecho, es lo que creemos que hace falta en nuestro medio para la realización eficaz de la justicia. Si no se comprende la razón de ser del Derecho, y cuál es su papel en la sociedad, no se puede pretender que surta efectos, puesto que no se conoce cuáles han de ser esos efectos.

La Teoría General del Derecho, es la disciplina integrativa encargada de conceptualizar, categorizar e indagar en la naturaleza de los fenómenos jurídicos. El fenómeno jurídico no se reduce a las normas creadas ni a los sistemas jurídicos vigentes, sino que abarca una serie de búsquedas en todos los niveles de la vida humana: en su vida física en la sociedad, y también en sus aspiraciones intelectuales, en sus valores. Si se enfoca a la normativa positiva como algo acabado y completo, no es posible visualizar las múltiples dimensiones del Derecho. La normativa positiva no tiene un valor intrínseco ni un sentido autónomo; alejada del contexto de los valores que consagra y de las necesidades sociales para las que se creó, se convierte en poco menos que una serie de imperativos absurdos. No se puede perder de vista que la epistemología contemporánea está cambiando sus enfoques considerablemente y la muchos de los supuestos que dábamos por verdades irrefutables hasta hace algunos años, han quedado completamente destruidos por los avances científicos de hoy. Ideas tan básicas en nuestra vida, como el principio de causalidad, han quedado atrás para dar paso a la probabilidad, a lo impredecible en el mundo de las partículas subatómicas, por ejemplo; y la tradicional visión del Derecho, como sistema de normas tendientes a ordenar la sociedad, está siendo reemplazada por la teoría de sistemas y la teoría del caos. Podemos afirmar que si un sistema jurídico es ineficiente, seguramente ya no responde (o quizá nunca respondió) a los intereses de sus destinatarios, a la realidad, al tiempo en que estamos viviendo.

El enfoque integral de la Teoría del Derecho nos permitirá, pues, abordar los diferentes elementos que forman parte del fenómeno jurídico y relacionarlos entre sí. Igualmente, nos permitirá proponer algunos cambios en la manera de enseñar el Derecho en las facultades del país, para que la formación universitaria sea un proceso de formación de ciudadanos profesionales capaces de enfrentar la realidad con espíritu crítico y formular propuestas de cambio.

El objetivo central de nuestro trabajo, consiste en proponer algunos mecanismos que puedan encaminarnos hacia la eficacia del sistema jurídico en el Ecuador, desde el punto de vista de las teorías integrativas del Derecho. Estas propuestas son básicamente las siguientes: En primer lugar, reajustar el perspectiva de la comprensión de los fenómenos jurídicos y orientar el estudio de la naturaleza del Derecho hacia un horizonte más amplio, que permita concebirlo como un sistema complejo, conformado por elementos de índole diversa, que dependen unos de otros para llegar a ser lo que conocemos como Derecho. En segundo lugar, valiéndonos de la Antropología Jurídica, comprender la diversidad y pluralidad de la sociedad ecuatoriana, que es en donde debe verificarse la eficacia del ordenamiento jurídico; y considerar la posibilidad de reformular la legislación para que corresponda legítimamente a los ideales de sus destinatarios y a la coexistencia de distintas cosmovisiones dentro de nuestro país. Y finalmente, renovar los sistemas de enseñanza en las facultades y escuelas de Derecho, con el objeto de implementar sistemas pedagógicos modernos y eficaces, que sirvan a la formación de profesionales capaces de tomar iniciativas propias, profesionales que hayan desarrollado las competencias necesarias para colaborar solidariamente con la solución de los problemas sociales y con la realización de la justicia.

Creemos que los cambios que se efectúen en la manera de comprender los fenómenos jurídicos y en la aproximación a la realidad de nuestro sistema normativo,

propiciarán, a través de la actuación de profesionales de sólida formación ética y científica, el funcionamiento eficaz y el cumplimiento de los objetivos del ordenamiento jurídico: permitirle al hombre alcanzar la felicidad y vivir en una sociedad justa.

Para el efecto, el desarrollo de nuestra investigación se realizará de la siguiente manera: El primer capítulo tiene por objeto tratar los conceptos fundamentales, indispensables para comprender los capítulos subsiguientes, así como para comprender los problemas que aborda nuestro trabajo. Nos valdremos, para ello, de algunos puntos de vista doctrinarios y del análisis de la relación de estos conceptos con las principales cuestiones que se tratarán posteriormente. Se plantearán además, las que a nuestro juicio son las dificultades más graves con las que tropieza nuestro sistema jurídico, y que le impiden funcionar eficazmente. Cada una de esas dificultades se tratará con detalle en los capítulos subsiguientes.

Una vez revisados los conceptos básicos, podremos plantear, en el segundo capítulo, el problema central de nuestro trabajo, a saber: la ineficacia del sistema jurídico ecuatoriano. Para el efecto tomaremos como paradigma de la normativa positiva del país a la Constitución Política de la República y examinaremos las garantías constitucionales. La ineficacia del ordenamiento normativo podrá verificarse cuando hagamos referencia a la deficiente administración de justicia en el país, mediante la inspección de estadísticas y análisis efectuados por organismos internacionales, sobre el sistema judicial ecuatoriano. En seguida pasaremos a investigar los efectos del sistema jurídico ecuatoriano sobre el ciudadano común, y la relación de éste con la problemática nacional y la administración de justicia. En este contexto no podemos dejar de analizar la composición de la sociedad ecuatoriana, de naturaleza multiétnica y pluricultural, y las implicaciones que esta realidad tiene en el funcionamiento efectivo del ordenamiento normativo.

Ya que nuestra principal preocupación ha quedado expuesta, en el tercer capítulo iniciaremos el planteamiento de las propuestas para dar solución a aquellos problemas. Expondremos, por tanto, nociones generales sobre Teoría General del Derecho y su contenido, y nos detendremos a analizar la tendencia contemporánea de la epistemología y la doctrina jurídica, con el fin de proponer un enfoque multi-dimensional del Derecho, para la comprensión integral de su naturaleza. En este capítulo examinaremos también la dimensión normativa o positiva del Derecho, haciendo una breve referencia a las fuentes del Derecho y a los principios jurídicos, con el objeto de comprender mejor la relación de los principios generales del derecho con la normativa positiva y cómo aquellos deben inspirar el sentido de ésta, condición que hoy en día se considera incluso condición de validez de la norma positiva.

Abordaremos a continuación la dimensión fáctica del derecho: el entorno humano y social en el que existe. Para ello nos serviremos de la antropología jurídica, una disciplina relativamente nueva, que procura estudiar al derecho como una de las esferas culturales constantes en la vida del hombre. Luego de revisar brevemente el desarrollo histórico de esta ciencia y sus principales postulados y objetos de estudio, veremos su aplicación práctica en la problemática social latinoamericana, en la que coexisten grupos humanos de identidad diversa, como consecuencia de la conquista europea y los procesos de colonización. Estas circunstancias no pueden ser pasadas por alto en la formulación de una normativa legítima y eficaz.

Nuestro trabajo investigativo desemboca, finalmente, en los problemas que enfrenta la Enseñanza del Derecho en el Ecuador y Latinoamérica. Nuestra investigación nos ha llevado a la conclusión de que la mejor y más eficiente herramienta de transformación de la sociedad, es la educación de los individuos que la conforman. En este caso particular, hablamos de la formación de los profesionales de derecho: sólo a través de la renovación de su espíritu crítico y la elevación de los niveles académicos, será

posible contar con jueces y abogados capaces de transformar la realidad jurídica ecuatoriana y trabajar por el bienestar de todos. Para esto será necesario revisar programas de estudio y metodologías pedagógicas, preparar a profesores y estudiantes para servirse de los nuevos métodos de aprendizaje, y replantear los objetivos que debe cumplir cada curso y toda la carrera en su conjunto, poniéndolos a tono con las necesidades del país y su problemática social. Tenemos la convicción de que la educación sensibiliza al ser humano frente a su entorno, lo aleja de la corrupción y los procedimientos no éticos, y le permite comprender su propia naturaleza y la de sus semejantes, despertando en él la necesidad de luchar por un mundo mejor: más justo y más feliz.

CAPÍTULO 1

1 Ineficacia del Derecho.-

1.1 Introducción.-

Por *eficacia*, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia, entendemos “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera” (Diccionario de la RAE de Microsoft Encarta, 2004, programa informático). Así, podemos adelantarnos y afirmar que el derecho será eficaz cuando alcance los ideales que persigue, a través del efectivo cumplimiento de las normas por parte de sus destinatarios.

La norma es el “deber ser” de la conducta humana, mientras la conducta misma es el “ser”. Así, la conducta debida, puede o no corresponder a la conducta producida de hecho. La distancia o la brecha que se abre entre una y otra, constituye uno de los ejes de nuestra investigación: mientras más amplia sea esta distancia, menor será la eficacia de un sistema normativo.

En el presente capítulo encontraremos conceptos básicos que corresponden a la terminología que manejaremos a través del resto de la investigación. Se trata de conceptos propios de la Ciencia del Derecho, cuya validez tiende a ser universal; todos ellos relacionados con el problema de la eficacia de los ordenamientos jurídicos, e indispensables para comprender la cuestión. Examinaremos conceptos tales como Norma y Derecho, Eficacia y Validez, Vigencia y Legitimidad, Sanción y Acto coactivo. Enseguida pasaremos a exponer la pregunta central que nos ha llevado a plantearnos la necesidad de realizar esta investigación: ¿por qué es ineficaz nuestro sistema normativo? En este capítulo introductorio dejaremos enunciados los problemas que hemos detectado en la aplicación correcta del derecho; enumeración que no es, de ninguna manera exhaustiva, pero que da cuenta de los temas que trataremos a lo largo del trabajo, a saber: la diversidad cultural en el Ecuador, las deficiencias en el

sistema judicial ecuatoriano, la Indiferencia del ciudadano común frente al sistema jurídico, la ausencia de un enfoque Integral de la Teoría General del Derecho, las deficiencias en el proceso de creación de la norma, la falta de una perspectiva antropológica del Derecho en la vida social, y las carencias en la enseñanza del Derecho y la formación de profesionales.

1.2 Conceptos preliminares.-

1.2.1 Norma y Derecho.

Según la definición elaborada por Kelsen (1935), el Derecho es una ordenación normativa de la conducta humana; lo que significa que es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano. Del concepto podemos colegir que un acontecimiento jurídico se constituye por dos elementos: el elemento natural, perceptible en el tiempo y el espacio; y la significación que el Derecho le da al acto, siendo este segundo elemento el de mayor relevancia para nuestro estudio. El suceso natural debe coincidir con el previsto por la norma que se tiene por válida. Kelsen identifica las nociones de Derecho y Estado, ya que su teoría del Estado depura de todo elemento ideológico o metafísico a la institución social estatal, considerándola como un orden jurídico que regula la conducta de los hombres. La norma, por su parte, en opinión de Kelsen, es el significado de ciertos actos humanos, mediante el cual cierto comportamiento es mandado, permitido o autorizado. La norma es un *debe* que proviene de un acto de voluntad que es un *es*.

Pereznieto y Ledesma (1988) consideran que el Derecho en términos generales, está formado por un conjunto de normas jurídicas que establecen las reglas básicas de convivencia social; propiciando conductas que posibiliten dicha convivencia y al mismo tiempo impidiendo las conductas que vayan en contra de ese fin. Para estos autores, el Derecho es un producto de los hechos sociales: en algún momento de la historia, en una sociedad primitiva, se produjo un acuerdo entre los miembros de esa sociedad,

para decidir quién dictaría las normas que debían regir las conductas dentro de esa sociedad; o bien, al cabo de un proceso revolucionario, queda derogado el orden anterior establecido y se producen nuevos acuerdos y compromisos para decidir qué instituciones serán las que emitan nuevas normas para esa sociedad. Los hechos sociales constituyen el punto de partida para el desarrollo de un sistema jurídico. Cuando la observancia y el cumplimiento de las normas, se da de manera generalizada en la sociedad, se dice que estamos en presencia de un sistema jurídico eficaz. La validez de ese sistema está condicionada a que las normas jurídicas emanadas de las normas originarias, hayan sido expedidas conforme a criterios establecidos por éstas.

El supuesto jurídico, es decir, “la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma” (García Máynez, 1940, Pág. 172), se compone de juicios normativos, según veremos en el siguiente ejemplo presentado por Pereznieta y Ledesma (1988). Cuando decimos “quien falte al cumplimiento de una obligación será responsable del pago de daños y perjuicios”, advertimos dos juicios normativos, a saber: la hipótesis de una persona que deje de cumplir con una obligación legal impuesta a su cargo y la consecuencia de que, dado el incumplimiento, tenga la obligación de pagar daños y perjuicios, que no existiría si la obligación principal fuere cumplida. Los supuestos jurídicos pueden ser simples o complejos. Los primeros están constituidos por una sola hipótesis y los segundos se componen de dos o más hipótesis.

Bentham (1782) afirma que la ley es un ensamblaje de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano de un Estado, relativa a la conducta que ha de observarse, en cierto caso, por cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se supone que están sujetos a su poder. Finch (1977) rechaza la posibilidad de definir al derecho por género próximo y diferencia específica. Considera que la naturaleza del Derecho es tal, que resulta imposible delinear una

categoría general a la que pertenezca y especificar sus rasgos distintivos. Llega a afirmar que el término *Derecho*, es tan amplio y puede ser empleado en tan diferentes contextos, que con frecuencia se utiliza para referirse a cosas diferentes. Finch recuerda que Austin pone énfasis en la estrecha interrelación entre los elementos *mandato*, *deber* y *sanción*; toda ley o norma es un mandato, y puede considerarse al Derecho como el agregado de esos mandatos. Este enfoque es útil para las normas penales, pero Finch consideró que las normas que dan facilidades para actuar de cierta manera a fin de que cierta acción pueda tener consecuencias jurídicas, no pueden ajustarse a la definición dada por Austin.

Como podemos ver, la norma es la regulación particular que se dirige a ordenar la conducta humana, en tanto que el Derecho es el conjunto de todos los fenómenos que tienen que ver con lo jurídico: los códigos y leyes, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, los sistemas jurídicos de todos los países y de todos los tiempos, y todas las formas de regulación de la conducta humana, que han aparecido a través de la historia. Si bien el positivismo tradicional tendió a dejar fuera del concepto de Derecho a todo lo que no fuera normativa positiva formulada en códigos y cuerpos normativos; las doctrinas contemporáneas conciben al término *Derecho* como un concepto mucho más amplio e integrador.

1.2.2 Eficacia y Validez.-

La existencia de las normas es diferente a la existencia de las cosas de la naturaleza, no es una existencia real, por esta razón es más correcto decir que una norma es “válida”, para indicar que existe. La norma llega a existir como resultado de un proceso de elaboración cuyas reglas están previamente establecidas, es decir, cumple requisitos formales y materiales para su producción, y por lo tanto es exigible en la sociedad. El inicio de la vida jurídica de una norma está marcado por la publicidad que se le da para que sea conocida por sus destinatarios.

La existencia, la validez de una norma, es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es; la norma puede valer cuando el acto de voluntad cuyo sentido constituye, ha dejado de existir, por lo tanto no es adecuado caracterizar a las normas como “voluntad” o “imperativo” en el sentido de acto psíquico de voluntad. Como la validez de una norma no es algo real, es necesario diferenciar la validez de la eficacia, es decir, del hecho de que la conducta humana corresponda efectivamente a la norma válida, que la norma sea aplicada y obedecida en los hechos. Kelsen (1935) sostiene que la característica distintiva de una norma no es su eficacia, sino el hecho de que la norma jurídica prevea sanción, y que la sanción sea aplicada. La validez es anterior a la eficacia, aunque, de acuerdo a las doctrinas modernas, posteriormente la eficacia pueda convertirse en condición de validez de la norma, puesto que una norma que nunca es observada deja de tener razón de ser, deja de existir, deja de ser válida. En principio, para determinar la validez de una norma no se tiene en cuenta la eficacia de la misma, sin embargo, una norma que no es aplicada nunca, en ningún lugar, no podría considerarse objetivamente válida; por lo tanto, un mínimo de eficacia también es condición de validez de la norma, en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica para que no pierda validez.

Ledesma Uribe (2005), en el contexto de la teoría tridimensional del derecho, que examinaremos más adelante, considera que, mientras la validez es un predicado que sólo conviene a la dimensión propiamente normativa del derecho, la eficacia alude al cumplimiento efectivo de un propósito, de acuerdo con la intencionalidad de su autor. El primero es un concepto de las disciplinas normativas, el segundo es mucho más dilatado y se relaciona con todos los fenómenos sociales que coexisten con lo jurídico. Finch (1977) resume el asunto de la eficacia y validez jurídica, diciendo que si se diera una contradicción fáctica o práctica en relación con lo que se predice como ley en sentido descriptivo, entonces la conclusión simple e inevitable será que dicha ley ha

sido formulada incorrectamente. Por el contrario, si una ley o norma jurídica es desobedecida ocasionalmente en la práctica, ello no indicará la existencia de ningún defecto en la formulación de esa particular norma; en otras palabras, la eficacia o efectividad práctica de una norma jurídica, debe ser distinguida de su validez propia inherente. En el contexto sociológico ecuatoriano, Romel Jurado (2004) habla de *anomia* en el Ecuador, entendida como aquella situación en que las normas y sanciones establecidas para el mantenimiento del orden social, no logran dirigir la conducta de los individuos. En el contexto epistemológico, en cambio, Thomas Kuhn (1962) indica que cuando las instituciones vigentes han dejado de resolver con eficacia los problemas planteados por un nuevo contexto, se produce una revolución científica que conlleva al rompimiento de los paradigmas, entendiendo por estos a los modelos que se emplean para dar una solución concreta a los problemas de una comunidad dada.

Para Kelsen (1935), puesto que toda conducta humana es ejercida en un tiempo y un espacio, la norma debe referirse al tiempo y al espacio para poder ser válida; así, la norma podría valer únicamente en cierto tiempo y en cierto espacio, pero también podría carecer de límites. Asimismo, la norma tiene un ámbito de validez personal, puesto que, si regula la conducta humana, unas veces se tratará de la conducta de ciertos individuos, y otras veces la norma estará dirigida a todos ellos en general; por otra parte tenemos un dominio de validez objetivo, que en este caso es el sector del comportamiento humano que la norma regula.

Para la corriente positivista tradicional, la validez de la norma viene dada por su proceso de creación, que debe ser formalmente correcto, según lo prescrito por las normas de mayor jerarquía. Sin embargo, las nuevas concepciones de la moderna teoría del derecho señalan que la validez, además, viene dada por la consagración, en la normativa ordinaria, de los principios generales del derecho.

1.2.3 Vigencia y Legitimidad.-

La noción de vigencia suele confundirse con la de validez, pero la vigencia, en sentido estricto, hace referencia a la existencia de la norma a partir de la presencia de hechos sociales e instituciones que la hacen necesaria conforme a los principios de jerarquía y temporalidad. La norma se crea para tener una acción social, y entonces decimos que tiene vigencia dentro de la jurisdicción estatal, o fuera de ella cuando se trata de las leyes personales. Nos referimos a la aplicabilidad social de la norma.

De lo anterior podemos deducir que se requiere de una correspondencia entre norma y realidad, la norma debe relacionarse con la situación existente. Estamos hablando de una eficacia no sólo funcional sino ideológica, es decir, hablamos de la legitimidad de la norma. La norma ha de ser, no sólo forma jurídica creada y aplicada, sino que ha de expresar valores sociales y ha de tener como objetivo la realización del ideal de justicia o bien común imperante en esa sociedad; es decir, ha de responder a los intereses de sus destinatarios. En la realidad, la legitimidad de la norma sólo podría darse si en su proceso de creación intervinieran sus destinatarios de manera directa, o si las autoridades de elección popular, vinculadas estrechamente con el pueblo, y liberadas de los intereses de utilitarismo político, intervienen representándolo. Bajo este supuesto estaríamos ante un consenso de los gobernados.

1.2.4 El Principio de Retribución, la Sanción, el Acto Coactivo.-

En el orden social primitivo, la regla fundamental era el principio de retribución, según el cual el bien se paga con el bien y el mal con el mal; es decir, había un castigo por el daño cometido por un miembro del grupo y una recompensa por los méritos. Estas ideas se corresponden con la noción de causalidad para interpretar la naturaleza, que apareció con los primeros filósofos griegos y que subsiste en el pensamiento popular de nuestro tiempo.

De acuerdo con la idea de la causalidad, sólo lo semejante reacciona frente a lo semejante, y la causa debe ser igual a su efecto. Así, entre el castigo y el mal se da una igualdad cualitativa y también cuantitativa, o sea que, cuanto mayor sea el mal, mayor debe ser el castigo. Esto se relaciona, asimismo, con la idea de equilibrio, que se identifica con la justicia, la misma que cumple la función de retribución al relacionar el mal con el castigo y el mérito con la recompensa y establecer un equilibrio entre ellos. Ahora bien, a diferencia de la causalidad en la naturaleza, en el derecho la conexión de causa-efecto, queda establecida por un acto humano creador de derecho, es decir, un acto cuyo sentido es una norma. La relación primitiva entre causalidad y retribución desaparece posteriormente con los atomistas griegos y se forma la noción moderna de causalidad: no existen razones misteriosas para el castigo, sino el objetivo claro de evitar que quien comete el delito y quienes ven el castigo, cometan ese delito en el futuro; es decir, el castigo tiene la función de disuadir.

Hume demostró que en la naturaleza no existe causalidad en el sentido de conexión necesaria, sino que sólo existe una sucesión regular de acontecimientos; la causalidad no es más que un hábito de pensamiento que, partiendo de la observación de sucesiones regulares de acontecimientos, llega a ser una convicción firme: por costumbre nuestra mente espera que a un cierto fenómeno le siga en el futuro el mismo fenómeno que le ha seguido en el pasado.

Actualmente se habla más bien de “condicionalismo”, pues ningún hecho depende de una única causa, e igualmente la idea de *efecto* ha quedado sustituida por la de *resultantes*. Dentro del principio de causalidad tradicional es fundamental el orden cronológico en que ocurren los hechos: primero se comete el crimen, luego viene el castigo. Sin embargo, la Ciencia Natural actual tiene conocimiento de un sinnúmero de conexiones en las que no aparece diferencia temporal entre los elementos conectados. La mecánica cuántica ha destruido la ley de causalidad demostrando que entre las partículas subatómicas no puede determinarse nunca de modo absoluto el

movimiento inicial. Cualquier afirmación de la causalidad aplicada a la predicción de un acontecimiento natural, es una aserción de probabilidad.

La atribución de la cualidad de juridicidad a un acto físico, no está determinada por causas y efectos. La relación entre cada norma en el proceso de creación del Derecho, es una relación de imputación y no de causalidad.

Ahora bien, en el momento en que existe un orden normativo que regula el comportamiento humano, nos encontramos ante un sistema social, cuya función es procurar que el hombre se abstenga de las conductas consideradas perjudiciales y realice las consideradas socialmente útiles. El sistema social puede relacionar, entonces, una determinada conducta humana a un premio o ventaja o una desventaja o pena. Como ya sabemos, este es el principio de retribución.

Premio y pena pueden comprenderse dentro del mismo concepto de sanción, aunque comúnmente se entiende que se refiere únicamente a la pena. El ser debido de la sanción implica en sí mismo el estar prohibida la conducta que es su condición específica, y ser obligatoria la conducta contraria. El mal que funciona como sanción debe infligirse de manera obligatoria y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física. En este caso la sanción tiene el carácter de acto coactivo.

Kelsen (1982) considera, en relación con el concepto de eficacia, que el orden normativo es eficaz cuando la conducta que ocasiona la sanción, en el sentido amplio de premio y pena, es producida causalmente por el deseo del premio, y su contraria, por el temor a la pena. Pero se habla también de que el orden normativo es eficaz cuando, en líneas generales, el comportamiento humano corresponde a ese orden sin atender a los motivos que lo hayan causado. En este caso la eficacia tiene una connotación normativa y no causal. Para que el derecho cumpla los objetivos para los cuales fue creado, es necesario que sus mandatos, aun cuando no se cumplan

voluntariamente, sean exigidos por los aparatos especiales con que cuenta el Estado, que se sancionen los incumplimientos de las prohibiciones y se ofrezcan las garantías para la realización de los derechos reconocidos.

En cuanto a la posibilidad de que existan sistemas sociales sin sanciones, Kelsen (1935) indica que generalmente se ha distinguido a la moral del derecho en cuanto aquella no estatuye sanciones, aunque el incumplimiento de las normas morales acarree la desaprobación de los demás, la cual también puede entenderse como sanción y en muchas ocasiones quizá más eficaz que la sanción prescrita por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en sentido estricto, no hay sistemas sociales sin sanciones, sino con diversos tipos de sanciones.

Para Olivecrona, citado por Finch (1977), la fuerza vinculante del derecho es algo que únicamente existe en la imaginación: en nuestras mentes la expresión imperativa está conectada con la idea de una acción, y es a causa de este efecto puramente psicológico, que sentimos que tenemos una obligación. En el fondo de la mente de toda población hay una conciencia de la fuerza centralizada y organizada del Estado. Esta noción de Estado como maquinaria opresora, se encuentra presente en Lenin, quien, según recuerda Finch en la misma obra, consideraba que en el Capitalismo existe un Estado en sentido propio, es decir, una maquinaria especial para la opresión de una clase por otra; durante la transición del capitalismo al comunismo la opresión es todavía necesaria, pero es la opresión de la minoría de los explotadores por la mayoría de los explotados. El Estado es todavía necesario, pero ahora se trata de un Estado transitorio, no ya de un Estado en el sentido usual de la palabra.

Nosotros consideramos que el Derecho debe ser eficaz, en primera instancia, porque existen un consenso social mediante el cual los miembros de la comunidad han acordado ajustar su conducta a la normativa, porque consideran que esa es la conducta que propiciará el bienestar común. El derecho deberá funcionar al mismo

tiempo como educador de la comunidad; y la fuerza o sanción, en segunda instancia, es una previsión del incumplimiento ocasional de esas normas, cuando la influencia positiva de la educación fracase, de manera que es uno de los factores que garantizan la eficacia de un sistema jurídico.

1.3 Por qué es ineficaz nuestro sistema normativo.-

En nuestra investigación partimos del planteamiento de algunas preguntas que surgen como consecuencia de la observación de la realidad en la sociedad ecuatoriana: ¿es eficaz nuestro sistema normativo?, ¿por qué las normas no llegan a cumplir todos los objetivos para los cuales fueron creadas?, ¿en qué momento del proceso de creación de las normas se producen los errores que impiden que lleguen a ser eficaces?, ¿responden la normativa ecuatoriana a los verdaderos intereses de sus destinatarios?, ¿están preparados los profesionales del derecho para propiciar la realización de nuestro ordenamiento jurídico? Como hemos señalado ya, ningún hecho se produce por una sola causa, y son variadas las circunstancias que traen como resultado la realidad jurídica actual. Debemos concentrarnos, pues, en ciertos aspectos que consideramos más relevantes, para canalizar adecuadamente el trabajo:

- Diversidad Cultural y Étnica del Ecuador:

Es una realidad que ha sido recientemente reconocida en la Constitución política, el que al interior de nuestro país convivan etnias diversas, con sus propias manifestaciones culturales, entre las que, naturalmente, se encuentran los sistemas de regulación de la conducta. Nos preguntamos, por una parte, si es posible que un sistema normativo de origen europeo, heredado del régimen colonial, sea el más idóneo para aplicarse en una sociedad en donde junto a los mestizos, conviven e interactúan grupos indígenas con identidad propia; y por otra parte, cómo podemos armonizar la presencia del derecho consuetudinario indígena junto al derecho ordinario

de nuestro país. Ubicamos este problema dentro del primer capítulo, dedicado a realizar una aproximación sociológica al sistema normativo del Ecuador, y en un capítulo posterior lo trataremos desde un punto de vista antropológico.

- Deficiencias en el sistema judicial ecuatoriano:

Apoyándonos en los estudios especializados del Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña, procuraremos dejar constancia de lo que hemos podido observar en nuestro medio, en cuanto a los órganos encargados de administrar justicia. Conviene recalcar que, la experiencia que nos ha permitido constatar las afirmaciones hechas por los organismos internacionales, ha sido una de las principales motivaciones para la indagación de las causas en las que se originan las deficiencias de nuestro sistema judicial, que es en donde, en última instancia, las personas esperan conseguir que se respeten sus derechos, que *se haga justicia*. Se trata de una aproximación a la realidad social, que corrobora nuestra afirmación de que el sistema jurídico en el Ecuador, no es del todo eficiente. Sirve, además, como fundamento fáctico para las investigaciones que realizaremos más adelante.

- Indiferencia del ciudadano común frente al sistema jurídico:

En el propio contexto social ecuatoriano, nos llama la atención la pasividad y la poca participación que tenemos, en general, los ciudadanos, en los asuntos de interés público. Si la ciudadanía, destinataria como es de toda normativa que se pone en vigencia, no tiene mayor interés por ponerse al tanto y comprender las implicaciones de las acciones y decisiones de las autoridades; no tiene sentido pretender la realización de un cambio en nuestro ordenamiento jurídico ni favorecer su eficaz aplicación. Justamente, nuestra investigación tiene entre sus objetivos, el de ser un aporte para la comunidad, un medio para llegar a la conciencia, en primer lugar, de aquellos ciudadanos que de una u otra manera se relacionan con el quehacer jurídico,

y en última instancia, de todos los ecuatorianos en cuyas vidas incide, en todo momento, el desenvolvimiento de la función pública y la aplicación del ordenamiento legal. Planteamos, en consecuencia, el concepto de ciudadanía activa, que implica la participación directa y diligente de los ecuatorianos; colaborando con la autoridad pública, exigiéndole que rinda cuentas, fiscalizando su actividad y comunicándole sus necesidades e intereses, para que estos sean tomados en cuenta y acogidos como metas del desempeño de entidades y funcionarios del Estado.

- Ausencia de un enfoque Integral de la Teoría General del Derecho:

Creemos que una de las razones que determinan la ineficacia de un ordenamiento jurídico, es la inadecuada, o incompleta comprensión de las dimensiones del Derecho. ¿Cómo puede pretenderse hacer funcionar correctamente lo que no se conoce? En todas las instancias sociales hace falta una comprensión del fenómeno jurídico que denote su importancia en todas las esferas de la vida humana, y el enfoque desde el cual se analice el derecho, debe trascender la mera aprehensión de las normas positivas, porque no puede desconocerse todo lo que se encuentra detrás de cada norma o regulación legal: los hechos sociales que motivan su creación, el juicio de valor que se formula para dicho hecho social se regule en el derecho positivo de una u otra manera. Proponemos, entonces, un enfoque multi-dimensional del Derecho, acorde con las tendencias doctrinarias contemporáneas; para comprender mejor la naturaleza de nuestro objeto de estudio y la realización eficaz de sus fines.

- El proceso de creación de la norma:

Según hemos podido apreciar, una norma jurídica llega a existir como resultado de un proceso de creación que le otorga validez. El proceso va atravesando diversas etapas a través de las cuales, el documento que llegará a convertirse en ley, adquiere diversas calidades. Este proceso está necesariamente relacionado con la eficacia que

la norma pueda tener cuando se vuelva exigible, ya que en él intervienen diversos factores tanto de orden técnico jurídico como político y social, que van a incidir sobre los efectos que pueden esperarse de la puesta en vigencia de la normativa: del proceso formal depende el resultado final y por lo tanto la aceptación social o vigencia de la norma. De la observancia de los procedimientos técnico-jurídicos estudiados por la Teoría General del Derecho y el cumplimiento de ciertos requisitos formales en el proceso de creación, dependerá la eficacia funcional de la norma; pero además no es suficiente la observancia de principios jurídicos generales para crear la normativa, pues el medio social, político y económico la condiciona igualmente. De lo anterior deducimos que durante el proceso de producción de la normativa pueden presentarse casos de negligencia que distorsionan los fines para los que las leyes deben crearse. A este respecto cabe recordar que en nuestro país no existe lo que se denomina masa crítica ni se ha generado una escuela de Teoría General del Derecho; deficiencias estas que, a nuestro juicio deben corregirse para encaminar mejor al sistema jurídico. Naturalmente este problema se relaciona con la enseñanza que se imparte en las universidades para formar a los profesionales del derecho. En su momento, desarrollaremos con detalle todo lo referente al proceso de creación de la norma en el ámbito de la Teoría General del Derecho.

- Ausencia de un enfoque antropológico del Derecho en la vida social:

El derecho es un fenómeno social, un producto cultural, y sin lugar a dudas, la ciencia social más antigua y cultivada. Es un fenómeno exclusivamente humano que debe ubicarse en un marco global que incluya aspectos culturales, históricos y sociales. Por eso, en armonía con lo que hemos sostenido acerca de la naturaleza multi dimensional del Derecho, hemos considerado necesario dedicar un capítulo a esbozar en líneas generales lo que trata la Antropología del Derecho, con lo que nos ubicamos en la dimensión humana y social de los sistemas jurídicos; indispensable para alcanzar un

entendimiento global del fenómeno jurídico, que nos permitirá formular nuevas propuestas para su mejor realización en la vida social de las personas.

- Deficiencias en la enseñanza del Derecho y la formación de profesionales:

Además de las cuestiones mencionadas, nos interesa tratar la cuestión de la educación y formación de los profesionales del derecho. Creemos en la educación como herramienta de superación del ser humano en todos los aspectos de su vida, ya que es el único mecanismo que puede implantar en las personas nuevos hábitos de pensamiento orientados hacia la convivencia pacífica y organizada con sus semejantes, dejando atrás los instintos primitivos de egoísmo e imposición violenta de su voluntad. Para Jorge Witker, “la educación permite la creación y reproducción de factores valorativos y filosóficos en la conciencia de los educandos” (Witker, 1995, Pág. 20). Las necesidades y aspiraciones de los grupos humanos, a que hemos hecho referencia ya, deben constituir la meta de los procesos educativos en cuanto estos pueden formar tipos de personas y modos de vida que se correspondan con los intereses sociales.

Si cambiamos la concepción tradicional de educación y procuramos entenderla como un espacio abierto al desarrollo y creación de conocimientos, es posible que el educando escape de la subordinación y resignación a los caracteres del sistema imperante y se oriente hacia el cambio social.

Desafortunadamente, tanto en nuestro medio como en el contexto internacional, las profesiones relacionadas con el derecho han perdido su prestigio de manera abrumadora, lo que se evidencia en el decir popular. Nos inclinamos por pensar que existen muchos aspectos a analizar y corregir en los sistemas de enseñanza del derecho. Por su relevancia tema, dedicaremos más adelante un capítulo completo al análisis de este tema.

1.3 Conclusiones.-

La investigación contenida en el capítulo que antecede nos permite llegar a varias conclusiones que enunciaremos a manera de recopilación:

- Las normas existen en la realidad de una manera distinta a aquella de las cosas de la naturaleza y en ese sentido se habla de normas válidas para decir que esas normas existen.
- La validez viene dada por la legalidad del proceso de creación de la norma, pero también son condiciones de validez de una norma, la consagración en su texto de los principios del derecho y su aplicación real en la sociedad.
- La eficacia de una norma, por su parte, se refiere a la coincidencia entre la conducta humana y aquello que prescribe la norma, o bien, a la aplicación efectiva de la sanción correspondiente para los casos de contravención.
- Se dice que una norma está vigente cuanto es exigible y aplicable en la sociedad además de ser formalmente válida, y es legítima cuando responde a los intereses y necesidades de sus destinatarios.
- Los hechos de la naturaleza están gobernados por un aparente principio de causalidad, aunque dicho principio haya sido cuestionado por las últimas investigaciones científicas. Los hechos jurídicos también se asemejan a la causalidad puesto que, por ejemplo, una acción contraria a la Ley trae como consecuencia una sanción que se considera equivalente al mal causado; pero la relación causa – efecto no es independiente de la voluntad del hombre, sino que se produce justamente por un acto volitivo, que es el proceso de creación de la normativa. La sanción, entendida en un sentido amplio que abarca no sólo la pena, sino también la recompensa para el caso en que tenga lugar y además, el cumplimiento social de la prohibición, es un elemento esencial para que las normas puedan ser eficaces. Esto se consigue también a través de la fuerza con

que pueden actuar los aparatos estatales, la cual recibe el nombre de acto coactivo.

- Tras plantearnos la cuestión de la ineficacia del sistema normativo ecuatoriano, dejamos esbozadas las áreas en las que profundizaremos más adelante, a saber: la cuestión relativa a las deficiencias producidas durante el proceso de creación de la norma jurídica, el mismo que podremos comprender a través del estudio de la Teoría del Derecho; la cuestión de la diversidad cultural y étnica del Ecuador y la legitimidad de la normativa vigente con respecto a una sociedad tan heterogénea, asunto que después enfocaremos desde la perspectiva de la Antropología del Derecho; y, finalmente lo relativo a la enseñanza del derecho y la formación de profesionales, cuyas deficiencias examinamos como causas de la ineficacia del Derecho, pero que, tras vislumbrar la verdadera dimensión de la educación, se nos presenta también como el tema fundamental que puede ayunarnos a encontrar las mejores soluciones para garantizar la efectividad de nuestro ordenamiento jurídico en el futuro.

CAPÍTULO 2

2 El sistema normativo en la sociedad ecuatoriana.-

2.1 Introducción.-

En el capítulo precedente nos preocupamos esencialmente de realizar una introducción teórica a lo que será nuestro trabajo de investigación, proporcionando explicaciones sobre los términos a los que nos referiremos constantemente. Nos corresponde ahora, antes de entrar al análisis detallado de nuestras propuestas para la realización eficaz de las normas; referirnos a los hechos, a lo que ocurre en nuestro país con respecto a la normativa positiva y su aplicación. La motivación central que nos ha llevado a inclinarnos por un estudio de este tipo es, como se ha mencionado ya, el funcionamiento deficiente de nuestro ordenamiento jurídico como sistema social. Para comprender mejor en qué consisten estas deficiencias debemos realizar una descripción de las garantías constitucionales, entendiendo a la Constitución como paradigma de la normativa positiva ecuatoriana, originaria de los cuerpos jurídicos secundarios.

Por otra parte, resulta ineludible, para visualizar el problema de la ineficacia del sistema normativo, referirnos a la realidad de la función judicial ecuatoriana, encargada de administrar justicia. Nos hemos apoyado en los estudios realizados por el Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña, especializado en elaborar los perfiles de gobernabilidad de los países latinoamericanos. Las cifras y las referencias reales contenidas en esta sección ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo nuestro trabajo e indagar en las circunstancias que causan la desorganización e indisciplina al interior de la función judicial, las cuales, sumadas a cuestiones como las deficiencias en la creación de las leyes, la heterogeneidad de la ciudadanía y los

métodos de enseñanza del derecho, configuran el panorama global de la ineficacia del sistema normativo ecuatoriano.

Finalmente y, puesto que nos encontramos en el capítulo que hace referencia particular a nuestro país; es necesario investigar cuál es la posición del ciudadano común ante la realidad social que está viviendo. Los habitantes del país son los destinatarios finales de la normativa y no será posible corregir los defectos de nuestro sistema si los ciudadanos no se hacen presentes para exigir rendición de cuentas a las autoridades, para constatar que todo el aparato judicial funcione debidamente y para asegurarse de que las leyes efectivamente respondan a los intereses de la mayoría. La apatía que en general embarga a los ecuatorianos respecto de los asuntos de interés público es abrumadora y es también causa directa del pobre funcionamiento de nuestras estructuras sociales. Por esta razón hemos visto en la participación ciudadana activa, una de las condiciones fundamentales para que las instituciones jurídicas ecuatorianas puedan depurarse y las regulaciones legales puedan innovarse en función de los intereses legítimos de nuestra sociedad.

2.2 Normativa positiva del Ecuador: referencia a las garantías constitucionales.-

El vocablo *Constitución*, proviene de dos voces latinas; *cum* y *statuere* (*con* y *establecer*). Se trata de las regulaciones jurídicas positivas básicas contenidas en una ley fundamental, que organizan una sociedad, estableciendo la autoridad, la forma de ejercicio de esa autoridad, los poderes públicos, los límites de esos poderes, y las garantías fundamentales de las personas. Kelsen (1935) entendió el término *Constitución* desde dos puntos de vista: desde un enfoque lógico jurídico, según el cual la Constitución es la hipótesis básica o presupuesto de validez de toda la normativa positiva que, en última instancia, le otorga validez al sistema jurídico; y desde un enfoque jurídico positivo, según el cual la Constitución es la norma fundamental a cuyo contenido está subordinado todo el sistema normativo, siendo

inferior en jerarquía, únicamente a la Constitución hipotética del enfoque lógico jurídico. En esta parte de nuestra investigación nos referiremos a la Constitución de la República, norma fundamental positiva, a cuya luz se crea e interpreta todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Si nuestro trabajo aborda el tema de la eficacia e ineficacia de la normativa, es indispensable realizar una descripción breve de aquella normativa positiva cuya aplicación eficaz anhelamos. El mejor ejemplo del sistema jurídico de un Estado es, sin lugar a dudas, su Constitución; la misma que la moderna Teoría del Derecho señala como la instancia más representativa de los sistemas jurídicos nacionales. Aclaremos, sin embargo, que decir *más representativa* no es igual a decir *perfecta* o *inmejorable*. Para Juan Morales Ordóñez (2006) se trataría de un error si pensáramos que la Constitución es una obra acabada, puesto que al fin y al cabo puede consagrar cualquier tipo de referentes y no necesariamente las aspiraciones de la sociedad a la cual sirve. Creemos que como derecho positivo, creado y concebido por seres humanos, al igual que el resto del ordenamiento normativo de un Estado, la Constitución es perfectible y susceptible de innovación; pero en cuanto toda la normativa vigente se desarrolla a partir de la Constitución, la hemos tomado como referente principal del Derecho positivo ecuatoriano.

El Ecuador se ha caracterizado por una temprana expansión de derechos políticos, sindicales y económicos. Fue el primer país de América Latina que otorgó el derecho al voto a las mujeres en 1929 y formó parte de los movimientos de desarrollo de los derechos de los trabajadores en la década de los treinta. La Constitución vigente es el resultado del trabajo de la Asamblea Constitucional reunida a inicios de 1998 con el objeto de reformar la constitución de 1978 en sus aspectos políticos y económicos, para resolver los problemas de gobernabilidad y la creación de instituciones capaces de responder a las nuevas necesidades sociales. El Ecuador ha reformulado 18 veces su Constitución en algo más de 160 años de vida política independiente, sin embargo,

las bases fundamentales del Estado no han cambiado en lo más sustancial desde 1830, manteniéndose el Estado Independiente, Unitario, Republicano, Democrático, con Régimen de Gobierno Presidencial, división de funciones y reconocimiento de garantías y derechos fundamentales. Sin duda en nuestra Constitución la garantía de los derechos humanos ha seguido una línea ascendente, reconociéndose progresivamente los derechos sociales y los de las minorías vulnerables.

Realicemos, a continuación, una descripción somera de las garantías que establece Constitución de la República.

El preámbulo de la Constitución, tiene por objeto manifestar el propósito fundamental de la Ley Suprema:

Inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de hombres y mujeres que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social. (Constitución de la República del Ecuador, 2006, preámbulo)

Se deja constancia de que el Estado se organiza jurídicamente y que en ese orden jurídico hay una Ley Suprema y cuál es, a su vez, el fundamento de esta supremacía, fundamento que sólo puede encontrarse en un principio superior que sea aceptado por la mayoría de los ciudadanos, sin que eso signifique la referencia a una religión concreta ni mucho menos. Para Juan Larrea Holguín (1998), si se examina simplemente en un sentido sociológico cuál será la aspiración máxima de un pueblo en el orden jurídico, se encontrará que busca la justicia, una cierta seguridad y unas

posibilidades de progreso integral. Según el mismo autor, si la justicia supone la realización concreta de la verdad, esto no puede suponer una simple determinación humana, sino que se remite a un principio superior de verdad que en el caso de nuestra Constitución es la invocación del nombre de Dios; noción que puede identificarse con el presupuesto hipotético que Kelsen (1935) llamó la Primera Constitución de la Historia: aunque en ningún momento la identificó con la idea de Dios, la Constitución presupuesta cumple exactamente la misma función, que es justificar la validez de aquella norma positiva que otorga validez a todas las demás y que no puede, naturalmente validarse a sí misma.

- Título I: De los Principios Fundamentales.- Trata las formas de Estado y de Gobierno. El Ecuador es un Estado independiente, es decir, decide en última instancia todo lo relativo a sus propios fines. El texto vigente introduce la frase: "El Ecuador es un Estado social de derecho", expresión que no figura en las Constituciones anteriores, con el propósito de afianzar la consecución del bien común del pueblo, mediante el respeto de la Constitución y las leyes, excluyendo la posibilidad de un poder ilimitado y arbitrario. Como señalado ya, la Constitución actual reconoce la diversidad cultural y étnica como elemento indispensable para mantener y perfeccionar la unidad del Estado dentro del respeto a los diversos grupos humanos.

Respecto de la forma de gobierno, a más de ser republicano, se habla de un gobierno representativo, característica de la que deriva la responsabilidad de la autoridad pública, que es responsable porque ejerce un mandato, sin más atribuciones que las expresamente conferidas. A esto se suma la afirmación de que la soberanía radica en el pueblo y, entonces, se ejercita y se personifica en los órganos del Estado, dentro del marco legal.

El castellano es el idioma oficial, aunque se reconocen el quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales, como de uso oficial para los pueblos indígenas, y se propugna el desarrollo de esas lenguas vernáculas.

La función primordial del Estado, finalidad última que deberá cumplirse para que podamos hablar de eficacia normativa, se resume en los siguientes deberes del Estado:

1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.
3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente.
4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.
5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.
6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción. (Constitución Política de la República, 2006, Art. 3)

- Título II: De los Derechos, Deberes y Garantías.- Trata de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y de los derechos colectivos de las personas. Según el Art. 16 de la Constitución, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos. Creemos que en la realización de los derechos fundamentales de las personas puede encontrarse la verdadera eficacia de un ordenamiento jurídico, pues este precepto tiene que reflejarse en toda la normativa secundaria para poder ser efectivo y, de así ocurrir, nos encontraríamos ante un sistema jurídico muy avanzado. El código penal ecuatoriano contiene una disposición genérica que castiga con prisión cualquier acto atentatorio contra las libertades y derechos garantizados por la Constitución, pero no deja de ser necesaria una revisión minuciosa de las leyes secundarias. Los derechos que deben

garantizarse, según dice la propia Constitución, no son únicamente los prescritos en ella, sino todos los contenidos en los instrumentos internacionales. Debemos además, citar un pasaje muy importante de la carta fundamental, que reza:

Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad. (Constitución política de la República, 2006, Art. 18)

Según este precepto, las garantías constitucionales y los derechos humanos son de aplicación directa, sin necesidad de otras normas legales o reglamentarias, de manera que deberían ser inmediatamente eficaces si el funcionamiento de nuestro sistema normativo fuese óptimo. Consideremos también que el artículo subsiguiente indica que los derechos fundamentales señalados en la Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material. Se trata de una referencia a los principios generales del Derecho, se encuentren o no concretados en la normativa positiva; lo cual resulta sumamente coherente en el panorama actual, en el que los adelantos vertiginosos de la civilización permiten encontrar nuevas disyuntivas en cuanto a los derechos humanos, que por la rapidez de su aparición, no siempre son alcanzadas por el derecho. Así, tenemos por ejemplo la cuestión relativa a la ingeniería genética y la manipulación de material genético humano, los problemas que puede generar el libre flujo de la información de toda clase en los medios electrónicos, entre otras circunstancias que están cambiando de modo significativo los bienes jurídicos protegidos que se han considerado tradicionalmente.

El Art. 20 de la Constitución reviste gran importancia para nuestro estudio:

Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos. Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.

Como vemos, los funcionarios públicos son responsables por su actuación, responsables por las deficiencias en la prestación de servicios públicos que, como revisaremos más adelante, deja mucho que desear en la realidad, particularmente en lo que se refiere a la administración de justicia. La responsabilidad social y política de los funcionarios públicos, que debe traducirse en la rendición de cuentas, es un elemento esencial en el momento de trabajar por la efectividad de un ordenamiento jurídico. En el contexto de los derechos humanos, el Estado es responsable de garantizarlos y sería ideal que se vaya generando jurisprudencia que pueda contribuir a afianzarlos. El Estado también es responsable en los casos de error judicial y violación del Debido Proceso. En suma, corresponde a la autoridad estatal responder por la inadecuada administración de justicia, pero está en manos de los ciudadanos el exigir que el Estado rinda cuentas de su actuación.

El Capítulo II de la Constitución se refiere a los derechos civiles que se garantizan a las personas, sin distinciones discriminatorias. Acotemos que estas garantías suponen la protección tanto frente a los abusos del poder público, cuanto frente a los abusos de los particulares. Las garantías básicas por el artículo 23, son las siguientes:

- Derecho a la vida

- Integridad y dignidad de la persona
- Pleno desenvolvimiento material y moral
- Finalidad reeducativa del sistema penal
- Libertad de opinión
- Igualdad ante la Ley
- Libertad de conciencia
- Inviolabilidad del domicilio
- Inviolabilidad de la correspondencia
- Libertad de tránsito y de residencia
- Derecho de petición a las autoridades públicas
- Libertad de trabajo
- Libertad de contratación
- Libertad de reunión y de asociación
- Derecho a un nivel de vida adecuado
- Derecho a guardar reserva sobre las convicciones políticas y religiosas
- Participación en la vida cultural de la comunidad
- Libertad y seguridad personal. Esta garantía comprende a su vez: prohibición de la esclavitud, prohibición de la prisión por deudas, garantías de índole penal, fuero competente, derecho a la defensa y a juicio regular, prohibición de obligar a declarar contra sí mismo, cónyuge y parientes, presunción de inocencia, prohibición de arresto sin orden formal, derecho a ser informado sobre el motivo de la detención, hábeas corpus, hábeas data, amparo y defensoría del pueblo.

Las garantías relativas al debido proceso, por su parte tienen por objeto obligar a la observancia de los principios de un proceso regular y se encuentran en el Art. 24 de la Constitución, que distingue los derechos civiles sustantivos de los adjetivos. Entre estas garantías podemos destacar el principio de legalidad penal, aplicación de la

sanción menos rigurosa, limitación de la prisión preventiva a seis meses, derecho a la información, motivación de las resoluciones del poder público, constitucionalidad de las pruebas, principio de cosa juzgada, derecho a acceder a la administración de justicia y, finalmente, en el artículo subsiguiente, la prohibición de extradición de los ecuatorianos para que sean juzgados en un Estado extranjero.

A continuación encontramos los Derechos Políticos, relativos al ejercicio de la ciudadanía y exclusivos de los ecuatorianos, que son básicamente ocho: derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieran a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas.

Como hemos podido ver, la Constitución de 1998 recoge las tradicionales garantías reconocidas por nuestro Derecho Constitucional, ampliando y precisando en algunos casos su contenido. Estas garantías, salvo el derecho a la vida, a la integridad física, a no ser detenido ilegalmente y a no ser extraditado, pueden suspenderse o limitarse si se declara estado de emergencia. En opinión de Juan Larrea Holguín (1998) debería incorporarse entre las garantías constitucionales, el principio de la irretroactividad de las leyes, que no se ha formulado de modo genérico; y el principio de ineficacia jurídica de todo acto arbitrario de las autoridades. Creemos que la Constitución ha logrado un alto grado de perfección legal en materia de garantías constitucionales, sin embargo, el fundamento mismo de esta investigación, se encuentra en lo difícil que resulta en la realidad, ver reflejados en la realidad los principios constitucionales y en general, el cumplimiento eficaz de la normativa derivada.

2.3 Diversidad Cultural y Étnica en el Ecuador.-

Según Alfonso Mora Bowen, citado por Enrique Ayala Mora (2005), tradicionalmente se ha sostenido, tanto en las leyes como en las concepciones culturales y políticas, que el Ecuador como Estado, es expresión de una nación mestiza, surgida de raíces indígenas y coloniales hispánicas. En el tiempo, se ha buscado uniformar costumbres, lengua y formas de organización social; las prácticas indígenas han sido consideradas primitivas o folklóricas, y los grupos afroecuatorianos han sido vistos como inferiores.

Debemos comenzar por afirmar que el Ecuador es heterogéneo, pues existen identidades distintas a la mestiza y aún entre los mestizos hay grandes diferencias. Es muy reciente, pues tan sólo data de las últimas décadas, el reconocimiento de esta heterogeneidad. La Constitución, reformada en 1998, definió al país como multiétnico y pluricultural y reconoció los derechos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Por *pluriculturalidad* hemos de entender, en un contexto antropológico, la coexistencia de diversas culturas, entendiendo por cultura el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o grupo social en un periodo determinado. Dentro de las ciencias antropológicas el término "cultura" engloba modos de vida, ceremonias, arte, invenciones, tecnología, tradiciones, creencias y, naturalmente, sistemas de valores, ordenamiento jurídico y derechos fundamentales del ser humano.

En el Ecuador viven 25 pueblos indígenas y hay una gran comunidad afroecuatoriana. El reconocimiento constitucional de la configuración multiétnica y pluricultural de los Estados latinoamericanos, constituye un notable rompimiento simbólico con el pasado; ya que los Estados postcoloniales del siglo XIX se caracterizaron por su incapacidad para reconocer la existencia de un pluralismo cultural, y mucho menos la de un pluralismo jurídico. La conquista española había dejado una huella profunda en la América Andina: los europeos buscaron implantar sus costumbres, su idioma, su

religión y por supuesto, su sistema jurídico. Sin embargo, aquí no se asentó la cultura europea eliminando todo lo anterior; más bien, como resultado del contacto, se desarrolló durante siglos el proceso de mestizaje. Este proceso no es una mera suma de elementos culturales europeos, indígenas y negros, sino una realidad cultural totalmente nueva. Revisemos brevemente, a continuación, los datos históricos.

En la sociedad colonial los mestizos eran muchos; su presencia era tolerada pero no encontraban puesto definido en una sociedad de desigualdades. A su vez, los indígenas vivieron en la sociedad colonial en situación de desigualdad y dominación. La política colonial española separaba la *República de blancos* de la *República de indios*, con atribuciones y deberes diferenciados. Las comunidades indígenas tenían sus propios alcaldes y cabildos y su vida se organizaba con el calendario agrícola y religioso; el cristianismo había sido asumido con prácticas propias, como un rasgo de identidad. Cuando se fundó el Ecuador su situación no varió aunque se intentara incorporarlos formalmente a la ciudadanía, pues en la práctica la República se inauguró por una minoría, inferior al 10% de la población total; el orden social que se creó fue una suerte de servidumbre institucionalizada, en la cual se encuentran las raíces del clientelismo que continúa operando en la realidad política del Ecuador. Después de la fundación de la República, y con la Revolución Liberal, se aceptó la idea de mestizaje y se pensó que el Ecuador era un país mestizo y homogéneo. Es la noción del Estado Unitario, que no definía una identidad real y cuyo estereotipo seguía siendo la cultura española; es un Estado extraño y ajeno a los pueblos aborígenes, en suma, una prolongación del Estado colonial. La Revolución Liberal trajo cambios menores para los indios. Posteriormente, la influencia de las ideas socialistas en la política, a partir de 1937 extendió la denuncia de la cuestión indígena y la insertó en el debate nacional, dando lugar a reformas significativas en lo posterior, como la reforma agraria, sin embargo se anima a las comunidades indígenas a *civilizarse*,

entendiéndose una renuncia a sus prácticas comunitarias ancestrales, para incorporarse a la estructura jurídica del Estado.

Con estos antecedentes, durante la segunda mitad del siglo pasado se fortalecen las estructuras organizativas de estos pueblos, los cuales plantean como estrategia la revalorización de los elementos de su cultura, y como meta el fortalecimiento de su identidad. Proponen la participación en la estructura del Estado y en el planteamiento de propuestas pluriculturales de desarrollo nacional, influidas por el respeto a los valores de todos y por la riqueza y diferencia cultural de sus pueblos. La década de los setenta marcó acontecimientos muy representativos relacionados con la identidad cultural de los pueblos del Ecuador. Al mismo tiempo, la sociedad urbana blanco-mestiza trata de definir su identidad cultural en una ardua lucha entre los valores foráneos y la heterogeneidad de sus propios valores. El programa de alfabetización de la década de los ochenta fortalece el proceso de definición de identidad de los pueblos ecuatorianos, proceso que se consolida en los años noventa consiguiendo que la Constitución consagre la pluriculturalidad del Estado. Pese a esto y pese a que los pueblos indígenas han cambiado mucho con el pasar de los siglos, es evidente que no han sido integrados al mundo mestizo en condiciones de respeto por su identidad e igualdad de oportunidades.

De los breves datos históricos revisados, podemos colegir que la constitución misma de los Estados postcoloniales fue el producto de la hegemonía de una minoría étnica y cultural frente a la mayoría absoluta y plural de los pueblos mestizos, indígenas y afros, que fueron, y siguen siendo en muchos aspectos, ignorados. En el presente, y recordando lo revisado en líneas anteriores acerca del concepto de legitimidad; cabe preguntarnos si nuestro ordenamiento jurídico, esencialmente romanista y, en general, de bases europeas, responde en realidad a los intereses de una nación heterogénea, con identidades propias y circunstancias sociales absolutamente distintas a aquellas que en su momento dieron lugar a la creación de los sistemas jurídicos que, a través

del proceso de colonización, fueron impuestos, entre otras manifestaciones culturales, a los habitantes de América Latina y que, a la sazón favorecieron el beneficio de la élite más pudiente y desconocieron la presencia de otros grupos étnicos y culturales. En lo relativo a la organización política y a la normativa vigente, el Estado fundado luego de la Independencia, es la continuación de la organización colonial y hereda de aquél una serie de principios y regulaciones, que precisamente por no ser legítimos, no llegan a ser hasta nuestro tiempo, eficaces.

Actualmente, las normas internacionales y el nuevo constitucionalismo pluralista abren el camino hacia el reconocimiento de los derechos colectivos y sugieren el reconocimiento explícito, por parte del Estado, del derecho de los pueblos indígenas, de su prerrogativa de auto gobernarse en un determinado territorio y en un grado especificado, de acuerdo con sus propias costumbres políticas y jurídicas. Pero la normativa ecuatoriana sigue asentándose en bases foráneas y, más aún, muchas veces incorpora, de manera apresurada, instituciones y procedimientos propios de sistemas jurídicos foráneos. No ha existido un esfuerzo real que permita que la normativa vigente refleje una realidad social compuesta por elementos tan heterogéneos, y los principios constitucionales reconocidos recientemente no han sido llevados a la práctica por medio de procesos de estudio y análisis de los verdaderos intereses e identidades de los pueblos del Ecuador. Para Romel Jurado (2004) “la tendencia homogeneizante que gobierna el proceso hacia la modernización del Estado en el Ecuador, y que es característica de las democracias emergentes en Latinoamérica, tiene en la diversidad cultural, una de las tensiones socio-políticas más complejas que procesar”. Revisemos el texto constitucional:

Art. 83.- Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.

Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.
6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.
9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.
10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.
11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.
12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.

15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

Art. 85.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.

(Constitución Política de la República del Ecuador, 2006, capítulo 5)

Jurado señala que es indispensable, para la eficacia del derecho en el Ecuador, “construir una institucionalidad anclada en ciertos *valores universales* o *valores comunes* (cursivas añadidas) que permitan el establecimiento de conductas sostenidas, duraderas y socialmente adecuadas, aunque ello implique en determinados casos aceptar la prohibición de viabilizar los intereses individuales inmediatos” (Jurado, 2004, documento electrónico). Cabe que nos preguntemos si la existencia de esos valores comunes es posible en un Estado que se define a sí mismo como multiétnico y pluricultural: "de fondo, se dibuja una paradoja: se reclama derecho a la igualdad y a la ciudadanía ante el Estado y la ley y, a la par, derecho a la especificidad, a la diferencia, al goce de la tradición y cultura propia" (Rivadeneira, 1993, Pág. 5)

2.4 Referencia a las deficiencias del sistema judicial ecuatoriano

Según el artículo editorial de *diario Hoy*, del 8 de junio de 2006, el sistema legal ecuatoriano es un verdadero laberinto formado por más de cincuenta mil cuerpos legales en un sistema de administración de justicia enfermo de corrupción. Este exceso normativo se vuelve más complejo cuando la puesta en vigencia de nuevas leyes deroga a las anteriores tácitamente en todo o en parte, volviéndose muy confuso saber exactamente cuál es la norma vigente y qué disposiciones de la anterior, no se oponen a la nueva. La urgente labor de depuración del sistema legal ecuatoriano debe llevarse a cabo por el Congreso Nacional en colaboración con las Facultades de

Jurisprudencia y asociaciones de profesionales del Derecho, ya que un ordenamiento jurídico confuso es el lugar ideal para que se instale la corrupción y la inseguridad jurídica, impidiendo el funcionamiento efectivo de las normas y el cumplimiento de los fines para los cuales fueron creadas.

El Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña ha llevado a cabo estudios serios de los sistemas normativos de América Latina, entre ellos el ecuatoriano. Según estos análisis, a pesar de los esfuerzos por desarrollar un marco normativo más acorde con los principios y valores democráticos, la administración de justicia en el Ecuador aún debe recorrer un largo camino para modernizarse.

A continuación revisaremos la descripción de la estructura del sistema judicial ecuatoriano, junto con varias consideraciones del Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña, contenidas en el estudio que realizó en 2003, las mismas que se recogen en su investigación sobre el perfil de gobernabilidad de nuestro país:

- Corte Suprema de Justicia:

Máximo tribunal del país. Su principal función es actuar como corte de casación, a través de diez salas especializadas por materias. También conoce en primera y segunda instancia de toda causa penal que se promueva contra el Presidente de la República y otros altos cargos públicos. Nombrar y remover a los ministros de las Cortes Superiores, así como destituir a jueces, funcionarios y empleados de la Función Judicial en determinados supuestos (Ley Orgánica de la Función Judicial).

- Cortes Superiores:

Tribunales de segunda instancia para los casos que suben en grado conforme a la ley. Se ubican en cada provincia, se organizan en salas y sus ministros son elegidos y removidos por la Corte Suprema (Ley Orgánica de la Función Judicial).

- Consejo Nacional de la Judicatura:

Órgano de gobierno, administrativo y disciplinario de la Función Judicial. Tiene personalidad jurídica de derecho público y autonomía administrativa y financiera.

- Tribunal Constitucional:

Órgano supremo del control constitucional. Conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad y las resoluciones que denieguen el *habeas corpus*, el *habeas data* y el amparo, entre otras competencias.

- Procuraduría General del Estado:

Organismo de control de la legalidad, que ejerce el Patrocinio del Estado y el asesoramiento legal al sector público y semipúblico. Organismo autónomo, dirigido y representado por el Procurador General que será el representante judicial del Estado

- Ministerio Público:

Órgano encargado de perseguir los delitos y ejercer la acción penal pública.

- Defensa Pública:

Órgano encargado de asumir la defensa de los ciudadanos con escasos recursos económicos. La defensa pública es ejercida por funcionarios denominados defensores públicos, dependientes del poder judicial, quienes ejercen sus labores en las distintas áreas del derecho.

Según estudios del mismo Instituto, el Ecuador es uno de los países con déficit de fiscales a nivel de América Latina. Para 2002 contaba con 2,7 fiscales por cada cien mil habitantes, cifra por demás baja si la comparamos con 9,9 en Salvador, 6,5 en Guatemala o 4,1 en Chile, por citar algunos ejemplos.

La justicia ecuatoriana se caracteriza, además, por su déficit presupuestario. En la actualidad la partida destinada a esta función se encuentra por debajo de la media latinoamericana, lo cual evidentemente incide en el funcionamiento y eficacia del sistema.

Por otra parte existe una tendencia a la aplicación de los sistemas tradicionales de administración de justicia con preponderancia del procedimiento escrito, lo cual facilita la burocratización de la administración de justicia y la acumulación de procesos sin resolver, tanto en el área civil como penal y, en menor grado en otras áreas. Un estudio realizado por CEJA (2003) revela que para los juicios penales observados en las jurisdicciones de Quito, Guayaquil y Cuenca entre el 15 de julio y el 15 de agosto de 2002, la duración promedio entre la comisión del delito y el juicio oral era de 268 días, tiempo por demás extenso si se considera que el procedimiento penal ha sido formalmente reformado para ganar agilidad mediante la implementación del proceso oral. Un estudio similar realizado en 2001 muestra que en Quito un caso civil dura en promedio 1291 días. Uno de los factores que causa la deficiente aplicación de la oralidad es la falta de preparación de las instancias administrativas para generar las audiencias orales, por lo que de manera informal se continúa tramitando las causas de acuerdo con el antiguo proceso escrito, originando considerables demoras. La lentitud del sistema trae como consecuencia situaciones alarmantes, como el hecho de que la cantidad de presos sin condena a nivel nacional ascienda a cerca del 70 por ciento del total, una de las cifras más altas de América Latina. Este panorama, a la sazón, genera una gran desafección ciudadana para con el sistema de justicia.

El acceso a la justicia es otra de las cuestiones que requieren atención urgente. Pese a que el Art. 24, numeral 10 de la Constitución de la República indica que el Estado pondrá a disposición de las personas de escasos recursos económicos a Defensores Públicos para su representación legal, la realidad es muy distinta. Para el año 2004 el IIGC comprobó que existían apenas 33 defensores públicos en todo el país, la cifra

más baja en América Latina. La consiguiente acumulación de procesos a cargo de cada defensor (promedio de 671 causas para cada uno en Guayaquil en 2002, en un periodo de ocho meses) vuelve sumamente complicada y precaria la intervención de la defensa pública. En este punto podemos remitirnos a nuestra propia experiencia dentro de las prácticas realizadas en el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad del Azuay. Durante estas prácticas hemos podido observar que el servicio del consultorio está supliendo parte de este vacío de asistencia legal, siendo importante anotar que, a muchas personas se les entrega tarjetas referenciales del consultorio en instancias públicas como las comisarías de policía o la propia Fiscalía, lo cual a veces genera confusión en el cliente, quien piensa que el servicio que presta la Universidad del Azuay es un servicio público, dependiente de la función judicial. Entendemos que esta situación se da también respecto a otros consultorios gratuitos establecidos por las demás facultades de derecho de la ciudad. Lo que hemos anotado pone aún más en evidencia lo difícil que resulta el acceso a la justicia por parte de los sectores marginados de la sociedad. Desafortunadamente comprendemos y aceptamos que por más esfuerzos que se realicen por parte de los estudiantes que están realizando sus prácticas, el colectivo estudiantil carece de experiencia práctica suficiente y la representación que pueda proporcionar no siempre es la más adecuada. Por otra parte, algunas organizaciones no gubernamentales también ofrecen servicios de asesoría legal en determinadas áreas de interés social, como la prestación de alimentos y la violencia intrafamiliar, sin que pueda decirse tampoco, que su asistencia cubra completamente las necesidades de los ciudadanos más pobres.

Volviendo sobre la cuestión de la identidad étnica diversa en nuestro país, la administración de justicia se dificulta enormemente para las comunidades indígenas de habla no castellana. Debemos tener presente que en nuestro país existen indígenas que no dominan o no conocen el idioma oficial de los procesos judiciales.

El estudio de *Latinobarómetro* en 2002 subraya que cerca del 75 por ciento de los ecuatorianos que pueden catalogarse como de bajos recursos económicos, manifiestan que nunca o casi nunca logran hacer valer sus derechos, mientras que para la comunidad indígena la cifra se sitúa alrededor del 60 por ciento. Es más que evidente que la aplicación de la Ley no es imparcial o igual para todos.

Frente a estas dificultades nos encontramos con los sistemas alternativos de resolución de conflictos, regulados en la Ley de Arbitraje y Mediación. Existen alrededor de 29 centros de mediación en el país; su intervención evita los largos y tortuosos caminos que deben recorrerse para acceder a la justicia ordinaria, y el porcentaje de casos que terminan con un arreglo consensuado asciende al 95 por ciento de los que se presentan (CEJA, 2003). También la defensoría del pueblo realiza funciones mediadoras en el ámbito de su competencia.

En cuanto al reconocimiento constitucional de la justicia indígena, tema que planteamos ya en el capítulo precedente; existe un intenso debate nacional en cuanto a la manera de gestionar este pluralismo jurídico, pues se cuestiona la compatibilidad de los sistemas indígenas con el sistema de justicia ordinario. Deberían pues, delinearse con claridad las jurisdicciones y competencias de las autoridades indígenas y del derecho consuetudinario de esas comunidades. Este problema lo trataremos con más detalle en el capítulo relativo a la antropología jurídica.

Mencionaremos a continuación, el que probablemente es el defecto más grave de la justicia ecuatoriana, y es la falta de independencia de la función judicial, con relación a las esferas de poder político y económico. En el primer caso estamos hablando de lo que se conoce como *politización de la justicia*. En un estudio llevado a cabo entre 2003 y 2004 por el *Global Competitiveness Report*, en una lista de 102 países sometidos a estudio, el Ecuador ocupa la posición No. 94, en una lista en la que los

primeros lugares corresponden a los países con menor injerencia política en la administración de justicia.

El Art. 199 de la Constitución de la República garantiza la independencia de los órganos de la función judicial, pero en la práctica, dichos órganos están sujetos a la injerencia de las otras funciones públicas. Las medidas que propone la Constitución para articular la independencia de la administración de justicia son diversas. Por una parte los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no están sujetos a un período fijo de funciones, son vitalicios; y las vacantes se cubren mediante un sistema de cooptación llevado a cabo por la propia Corte. Sin embargo la configuración inicial de la Corte se llevó a cabo por parte del Congreso, en donde los partidos políticos buscaron la manera de escoger a quienes podían ofrecerles mayores garantías de fidelidad. Por consiguiente en el momento de llenar vacancias posteriores, los cargos fueron ocupados por personas de igual tendencia política a la de sus predecesores. El caso más flagrante de politización de la justicia pudo verse en 2004, con la destitución de todos los jueces de la Corte Suprema, hecho que escondía una estrategia política que se haría evidente meses más tarde, cuando en 2005, el entonces presidente de la Corte Suprema, Guillermo Castro, anuló los procesos por presunta corrupción, seguidos en contra de los ex presidentes Bucaram y Noboa. Las protestas ante estos hechos provocaron una nueva disolución de la Corte por parte del Congreso Nacional, y acabaron con la destitución del entonces presidente de la República, Lucio Gutiérrez.

La Ley orgánica de la Función Judicial, en su Art. 173, prescribe que el ejercicio de los cargos de los jueces tiene cuatro años de duración, si bien pueden ser reelegidos indefinidamente; oponiéndose así al principio constitucional de permanencia, que garantiza la carrera judicial, en el Art. 202. La inestabilidad en el desempeño de las funciones judiciales atenta contra un principio básico para consolidar la independencia de la judicatura, puesto que la posible remoción de los magistrados aún puede

obedecer a motivos ajenos a su desempeño, propiciando que los jueces conserven sus puestos a costa de la justicia.

Por otro lado, las injerencias sobre la administración de justicia no provienen únicamente del exterior, sino que se evidencian dentro de la propia función judicial; tal es el caso de los continuos enfrentamientos entre el Consejo Nacional de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, con motivo de los alcances de las atribuciones del primero. Por otra parte, la Comisión Andina de Juristas (2002) señaló que en Ecuador, algunos magistrados superiores condicionan a los inferiores para que fallen en una y otra dirección.

En el sistema judicial ecuatoriano predominan las prácticas irregulares, como los pagos que realizan las empresas para obtener sentencias favorables y para agilizar la administración de justicia en su beneficio, por lo que resulta claro que la lentitud de los procedimientos es otra circunstancia que propicia la corrupción. Las reformas llevadas a cabo en el marco normativo no han sido ni son suficientes para mejorar el funcionamiento de la administración de justicia y la función judicial es una de las instituciones más desacreditadas a ojos de la ciudadanía.

Al conjunto de problemas sociales y políticos que dejamos señalados en líneas anteriores, debemos añadir un punto que consideramos ineludible: la formación de los jueces que administran justicia. En los capítulos subsiguientes abordaremos los temas teóricos y los nuevos enfoques filosóficos hacia los que se encamina la moderna Ciencia del Derecho. Este conocimiento resulta, en nuestra opinión, indispensable para quienes pretenden conocer, y más aún, para quienes pretenden aplicar el Derecho. Según sostuvo Cardozo, citado por Bodenheimer (1942) en su Teoría del Derecho, una sentencia no es únicamente un proceso de descubrimiento, sino también de creación. El juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el Derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta. El juez debe

valorar y sopesar unos intereses contrapuestos, con el objeto de lograr el máximo equilibrio social posible. En la misma obra, Bodenheimer señala:

El abogado, el juez y el legislador de hoy día tienen que tener una comprensión amplia de las fuerzas sociales, económicas y políticas que operan en la sociedad contemporánea. En otro caso serán incapaces de hacer frente en forma creadora a los problemas jurídicos que hay que resolver en nuestro tiempo y que no son tanto cuestiones técnicas de procedimiento, cuanto problemas fundamentales de política social y económica (Bodenheimer, 1942, pág. 350).

Ante la realidad visible de nuestro sistema jurídico, donde la normativa no tiene aplicación eficaz; consideramos esencial que quienes administran justicia, así como los profesionales del Derecho, tengan presente, en todo momento, la amplitud multi-dimensional del Derecho y accedan a una formación integral en Teoría del Derecho, que les permita visualizar las implicaciones sociales, antropológicas y filosóficas del Derecho, junto con la técnica y dogmática jurídica que, naturalmente, tienen que manejar.

2.5 El ciudadano común frente al sistema normativo.-

2.5.1 La Representación y la Participación Ciudadana.-

Para César Montúfar (2004), nuestro país vive una crisis de representación, siendo el mayor obstáculo para la participación ciudadana en la democracia, la intervención de los partidos políticos, que tienden a expresar conclusiones personalizadas e impulsan intereses privados. Las propuestas de democracia participativa suponen diversos mecanismos de colaboración con la autoridad legítimamente constituida, petición de rendición de cuentas, expansión de derechos e innovación política. Según Fernando Bustamante (1996) el defecto de la cultura cívica ciudadana en el Ecuador es la incapacidad para asimilar, poner en práctica y comprender los valores que constituyen

el espíritu de una racionalidad moderna, que puede garantizar el funcionamiento racional de la política.

El Art. 26 de la Constitución Política establece el alcance de la participación ciudadana, sin limitarla al marco establecido por la representatividad, sino que abre un espacio amplio de injerencia de la ciudadanía en ámbitos directos de acción como la presentación de proyectos de Ley; así como de fiscalización del poder político:

Los ciudadanos ecuatorianos gozarán del derecho de elegir y ser elegidos, de presentar proyectos de ley al Congreso Nacional, de ser consultados en los casos previstos en la Constitución, de fiscalizar los actos de los órganos del poder público, de revocar el mandato que confieren a los dignatarios de elección popular, y de desempeñar empleos y funciones públicas". (Constitución de la República del Ecuador, Art. 26, De los derechos políticos, Quito, 2000).

Se configura así la posibilidad de que la iniciativa ciudadana incursione en esferas de influencia sobre el poder público. Constitucionalmente hablando, la ciudadanía en el Ecuador no se agota en un ejercicio pasivo de derechos y obligaciones; tiene el potencial de proyectarse a esferas de acción que permiten el ejercicio de una ciudadanía activa, potencial que, desafortunadamente no se evidencia en la realidad social.

En el Ecuador y otros países de Latinoamérica, la continua crisis de las estructuras partidarias, ha generado un discurso antipolítico que ha tenido incidencia en la opinión pública, ya que la clase política se ha convertido en sinónimo de corrupción y crisis sociales. En nuestro país los antecedentes de esta desvalorización de la política se remontan al populismo de los años 40, particularmente en el discurso de Velasco Ibarra, que atacó a los partidos y a las ideologías. Esta posición fue recogida por los gobiernos militares de la década de los setenta y se prolongó desde el retorno a la democracia, hasta nuestros días, en los discursos populistas de los políticos

contemporáneos. Un ejemplo muy significativo es la subida a la presidencia del coronel Lucio Gutiérrez, quién fue protagonista en el movimiento que derrocó al presidente Jamil Mahuad en el año 2000, valiéndose de justificaciones esencialmente antipolíticas. En general podemos afirmar que la posición del ciudadano común frente al acontecer político y social de su propio país, es una posición pasiva e incluso despectiva para con la política y los órganos encargados de administrar justicia. Los ciudadanos repudian la participación política y la consideran un ejercicio vacío, invadido de corrupción, carente de legitimidad. Parece que la formalidad legal no condiciona en la realidad la cultura política ecuatoriana, y el orden del sistema normativo es invocado únicamente por grupos privilegiados que ostentan el poder suficiente para hacerlo valer en su propio beneficio.

Como hemos mencionado en el capítulo anterior, la única manera de conseguir que un sistema normativo sea legítimo es la participación de sus destinatarios en su proceso de creación, para lo cual parece no ser suficiente el mecanismo de representatividad que propone la democracia tradicional. Se requiere de formas alternativas de participación que trasciendan la mediación ofrecida por los partidos.

El debate político contemporáneo ha llegado a sostener la caducidad misma de la de representación y la idea de que sólo la sociedad civil y sus instituciones pueden acercar el Estado a los ciudadanos; cometiendo el error de pensar que la representación excluye necesariamente a la participación, cuando en realidad esta última es un mecanismo para fortalecer y legitimar a la primera. Una democracia directa es imposible en la sociedad, por su tamaño y complejidad, y no cabe que concibamos un modelo democrático como el de la antigua Grecia; más bien, la moderna democracia se sostiene en una separación entre el Estado y los ciudadanos. Si la representación un elemento esencial de la democracia, es indispensable que se cuente con mecanismos institucionalizados de competencia electoral y de fiscalización de las autoridades públicas por parte de quienes las eligieron; no puede concebirse un

desinterés ciudadano en las actividades de sus representantes, puesto que ser ciudadano significa también tener una responsabilidad política.

Si los partidos políticos son los llamados a propiciar la representación dentro de la democracia contemporánea, esa función debe implicar que los partidos se organicen y trabajen en el marco de ciertos parámetros que los vuelvan aptos para la competencia electoral. Según Giovanni Sartori (1999), para ello, los partidos deben expresar un interés general aunque sólo representen a un sector, es decir, deben servir para comunicar a las autoridades, las exigencias del público, como un todo. Uno de los problemas centrales de la democracia ecuatoriana es el cumplimiento deficiente del papel que los partidos políticos deben desempeñar. Los partidos existentes no proponen proyectos colectivos ni propugnan la depuración y reconstrucción del sistema jurídico, con el objeto de servir a los intereses nacionales. El sistema de partidos en el país no está realmente institucionalizado: además de no conseguir expresar los intereses comunes, se destaca por su indisciplina y volatilidad electoral. Según el análisis realizado por César Montúfar en su artículo “Antipolítica, representación y participación ciudadana:

(...) los partidos ecuatorianos funcionan más como maquinarias electorales, orientadas a permitir acceso a la toma de decisiones públicas por parte de grupos particulares, que como canales efectivos de intermediación y articulación de intereses diversos. Se trata de organizaciones capacitadas para ganar elecciones, grupos estructurados para poner en marcha campañas electorales y desplegar actividades proselitistas, que posibilitan que quienes los patrocinan accedan a cargos, recursos e influencia estatal. (...) participar en elecciones se convierte en una vía de acceso directo o indirecto a espacios de poder por parte de grupos sin vocación para expresar proyectos o visiones colectivas. Estas maquinarias electorales muy raras veces exponen un programa o proyecto ideológico, sino el deseo y voluntad de un grupo particular de avanzar sus aspiraciones mediante la toma directa de espacios de poder político. (Montúfar, 2004, documento electrónico)

Otra de las cuestiones que dificultan visiblemente la participación de la ciudadanía, es el regionalismo, fenómeno que también se evidencia en los partidos políticos. Difícilmente se puede hablar hoy en día de partidos nacionales, más bien nos resulta muy claro que muchos tienen gran influencia regional. Este tema tiene relación, naturalmente, con la identidad plural del Ecuador. Aparentemente la efectividad de los partidos es mayor a nivel regional que a nivel nacional, y los partidos adolecen de debilidad para trascender sus fronteras locales. De la misma manera, las autoridades locales suelen gozar de más credibilidad que las nacionales, lo que puede notarse en la opinión ciudadana y en la tendencia a reelegir a las autoridades seccionales.

Como resultado del repudio generalizado por la actividad política, en nuestro país se ha marcado la tendencia a que las movilizaciones, la presión, y en ocasiones, el boicot de los grupos sociales, sean los mecanismos para dirimir los conflictos que no pueden resolver las autoridades gubernamentales. Esto en realidad significa un retroceso en la democracia, un debilitamiento del Estado de Derecho y un deterioro del orden público. Desgraciadamente los grupos sociales que se movilizan, lo hacen también en busca de la satisfacción de sus propios intereses y en desmedro de la mayoría, que no tiene ni la motivación ni los recursos para movilizarse. Estos grupos de la sociedad civil carecen de representación nacional, únicamente representan a quienes los constituyen; y por más que muchas veces los partidos políticos actúen como grupos particulares, no pueden reivindicar para sí la legitimidad que sólo un proceso electoral democrático puede investir, y no tienen responsabilidad política para con los representados. La crisis de la representación trae consigo un debilitamiento de interés general en la realidad del país y la posibilidad cada vez menor de que se consoliden proyectos colectivos en beneficio de todos. La legitimidad de nuestro ordenamiento jurídico, en suma, sólo pueden provenir del ejercicio de una ciudadanía activa en el Ecuador y, las acciones ciudadanas tendrían que promover la democracia y sus valores.

2.5.2 El ejercicio de la ciudadanía activa.-

A continuación mencionaremos ciertas cuestiones relativas al ejercicio de la ciudadanía. Existen básicamente dos formas de ejercicio de la ciudadanía. El primero se refiere a la ciudadanía pasiva, consistente en el cumplimiento de las obligaciones básicas de los ciudadanos, como ir a votar, cumplir la Ley, pagar impuestos. El ciudadano espera que la autoridad cumpla con su deber sin ejercitar ningún mecanismo de rendición de cuentas. La influencia de la ciudadanía sobre la actuación de los gobernantes será casi siempre indirecta y la participación en la democracia se da generalmente sólo en el momento de ir a votar. Del otro lado, encontramos la ciudadanía activa: en este caso el ciudadano cumple sus deberes y obligaciones, pero además exige la garantía y satisfacción de sus derechos, controla, fiscaliza y pide rendición de cuentas, colabora con la autoridad para la institucionalización de los mecanismos de garantía y la innovación política. Uno de los potenciales del ejercicio activo de la ciudadanía, es el de propiciar que se renueven los marcos conceptuales para comprender la realidad social.

La promulgación de la Constitución de 1998 trajo como resultado la ampliación de los derechos de las minorías y el establecimiento de derechos de tercera generación. La exigencia de derechos y garantías es una de las formas más frecuentes de ejercicio activo de la ciudadanía, pues propicia la organización de los grupos minoritarios en defensa de los derechos de los que se consideran asistidos. Sin embargo, hay que tomar en cuenta el riesgo de que la participación se tergiverse hacia el logro de privilegios corporativos y la proliferación de intercambios clientelares, así como grupos privilegiados.

En torno a la petición de cuentas a la autoridad, se han efectuado en algunos países latinoamericanos, varios intentos por conformar grupos de observación independientes que controlen la actuación de las autoridades públicas. El potencial de esta forma de

participación se encuentra en la posibilidad de proveer a la sociedad de información muy importante para el interés nacional, obligar a los funcionarios públicos a mejorar la calidad de su gestión y corregir errores u omisiones y a proporcionar información completa sobre su actividad para que sea de conocimiento público, todo lo cual tiene una relación directa con la mayor eficacia de un orden normativo. El Ecuador adolece de falta de canales efectivos de rendición de cuentas de la autoridad. Debe evitarse, no obstante, que los mecanismos de observación interfieran con el ejercicio de las funciones públicas o fomenten la desconfianza del ciudadano, en detrimento de la democracia.

El campo de colaboración con la autoridad es uno de los menos desarrollados, puesto que en general, en el Ecuador, las instituciones públicas son vistas como entidades a las que se debe exigir el cumplimiento de sus obligaciones, pero casi nunca como instancias con las cuales se puede trabajar y contribuir. En este sentido tiene gran relevancia para nuestro tema de estudio, la posibilidad de que universidades y facultades de derecho participen activamente en la reforma y perfeccionamiento del sistema normativo, proponiendo proyectos y estudios detallados. Otro campo de acción para este tipo de participación consiste en lo que se ha llamado regeneración institucional: muchas instituciones públicas se encuentran atrapadas en redes de corrupción y grupos de influencias que les impiden servir adecuadamente. Aquí grupos organizados de la sociedad civil podrían desarrollar procesos de reconversión administrativa y reencauzar el cumplimiento del bien público.

Por otra parte, es necesaria la intervención ciudadana para propiciar innovación política, puesto que la estructura partidista tradicional se guía siempre por la efectividad de sus resultados, por lo tanto, tiende a repetir aquello que funcionó en el pasado para obtener buenos logros electorales, sin arriesgarse a innovar. Los ciudadanos pueden crear espacios para la deliberación democrática, espacios que permitan que se escuche la voz de la sociedad y se amplíe la comunicación entre el

sector público y la ciudadanía, permitiendo que las decisiones políticas sean realmente decisiones colectivas. El campo de la responsabilidad social tiene menos ataduras que el de la responsabilidad política, desde esta perspectiva la sociedad puede generar una influencia decisiva sobre los gobernantes y sector público en general, contribuyendo directamente a la efectividad del sistema normativo y a la garantía eficaz de sus derechos.

2.6 Conclusiones.-

Al igual que en el capítulo anterior, como corolario de los temas examinados, recogeremos las principales conclusiones a las que hemos llegado, una vez finalizado el desarrollo de este capítulo.

- A lo largo de su historia republicana, nuestro país ha tenido varias constituciones en las cuales se ha buscado perfeccionar la regulación de las garantías básicas y los derechos humanos. La constitución vigente se nos presenta como un cuerpo jurídico avanzado, que reconoce situaciones reales que no habían sido consideradas por las cartas fundamentales anteriores, garantiza el respeto por los derechos consagrados en tratados internacionales y subraya la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos con respecto a sus actividades y a las situaciones en que se violenten los derechos fundamentales.
- La Constitución ecuatoriana garantiza derechos básicos civiles y políticos; los primeros protegen a todas las personas y los segundos se atribuyen a los ecuatorianos. La constitución garantiza, además los principios del debido proceso, la igualdad ante la Ley, la legalidad de las detenciones y el acceso a la administración de justicia para todos.
- Pese a las garantías formales de la Constitución, luego de revisar su texto no parece evidente la realización de los principios constitucionales en la sociedad,

- su respeto estricto en la normativa secundaria, y, principalmente, la eficacia inmediata de derechos como el acceso a la justicia y la igualdad ante la Ley.
- La administración de justicia en el Ecuador se encuentra, prácticamente en todos los criterios utilizados para evaluar su efectividad, en las posiciones más bajas con respecto a los países latinoamericanos.
 - Uno de los problemas más urgentes para solucionarse es la precaria implementación del procedimiento oral, que aunque ha sido formalmente establecido, sigue reemplazándose en la práctica con los procedimientos escritos del pasado, que por propiciar el retraso de la administración de justicia, generan también una tendencia generalizada hacia la corrupción y los procedimientos irregulares.
 - La independencia de la función judicial es condición esencial para su actuación eficaz, circunstancia que no se da en el Ecuador, donde la injerencia política y económica sobre el aparato de administración de justicia, es abrumadora.
 - El acceso a la justicia no se encuentra garantizado en la realidad, sobre todo por el déficit de defensores públicos que nos ubica en la posición más baja de Latinoamérica. La igualdad ante la ley y la posibilidad de hacer valer los propios derechos, no son reales en el Ecuador.
 - Evidenciamos la necesidad imperiosa de educar a ciudadanos y jueces para dirigirnos hacia la vigencia de las garantías constitucionales. A los ciudadanos les corresponde interesarse por el acontecer social y a los jueces y demás funcionarios que administran justicia les toca instruirse en lo relativo a los derechos fundamentales, principios del derecho, sociología y antropología jurídica, así como deontología del derecho.
 - La participación ciudadana es un tema de interés urgente para todos los miembros de la sociedad, que deben ser parte activa de la vida jurídica del país, involucrarse en la gestión de las entidades del sector público y exigir que

rindan cuentas como consecuencia de su responsabilidad jurídica y del mandato que ejercen.

- La actuación de los partidos políticos en el país, y la crisis de representación que se vive, así como los indicios de corrupción en todas las esferas de la función pública, han llevado al ciudadano común a mostrar una actitud despectiva para con el mundo de la política y el sistema normativo del Ecuador. La desconfianza en las autoridades públicas es creciente y existe muy poca información entre la ciudadanía acerca de las posibilidades de intervención directa en el funcionamiento de la democracia y el Estado.
- El ejercicio de una ciudadanía activa es uno de los puntos claves para que los intereses de los ciudadanos sean satisfechos por el sistema social y el ordenamiento jurídico del Ecuador adquiera legitimidad y eficacia.

CAPÍTULO 3

3 Hacia la eficacia del Sistema Normativo.- Teoría General del Derecho.-

3.1 Introducción.-

La Teoría General del Derecho tiene como finalidad explicar y conceptualizar los fenómenos jurídicos. Los objetos que en diferentes idiomas y dentro de distintas sociedades, equivalen a “Derecho” reúnen elementos en común que nos permiten agruparlos bajo un mismo concepto, apareciendo en primera instancia, que en todos los casos se trata de alguna forma de ordenamiento de la conducta humana.

Nuestro trabajo propone un enfoque integral de la Teoría del Derecho, que permita entender al fenómeno jurídico y su naturaleza multi-dimensional. Las modernas escuelas doctrinarias han superado la idea que dominó en el pasado, según la cual hay que *aislar* para conocer; por el contrario la nueva teoría del derecho nos propone *integrar* para comprender. No es posible pretender que el Derecho sea eficaz, sino conocemos su naturaleza, si no comprendemos su verdadera magnitud. Uno de los planteamientos esenciales de nuestro trabajo, consiste en proponer el estudio de la Teoría General del Derecho, desde un enfoque integral y multi dimensional, con el objeto de preparar a quienes intervienen en el mundo del Derecho, y ampliar su visión y concepción de los fenómenos jurídicos. Sólo al comprender los alcances sociales y axiológicos de la normativa, es posible interpretarla y aplicarla correctamente.

A continuación procuraremos, en primer lugar, revisar cuál es el contenido de la Teoría General del Derecho y comparar cómo se concibió su objeto de estudio en el pasado, con las tendencias más modernas. Dentro del campo de estudio de la Teoría del Derecho, continuaremos revisando los orígenes o fuentes del Derecho y la producción de normativa positiva, para entender mejor el proceso de creación del Derecho y de qué manera llega a formar parte de los sistemas jurídicos. Además, en concordancia con la dimensión axiológica o estimativa del Derecho, haremos referencia a uno de los

puntos esenciales que deben tomarse en cuenta cuando se trata el problema de la ineficacia del sistema jurídico: los Principios Generales del Derecho, que son los presupuestos estimativos más generales y fundamentales en los que se basa todo sistema jurídico, y que, por lo tanto, no pueden dejar de estar reflejados en la normativa positiva y en su aplicación, ya que son los cimientos sobre los cuales se asienta el ordenamiento jurídico. Su importancia se vuelve aún más evidente si recordamos que la consagración, en la normativa positiva, de los principios generales del derecho, es considerada, cada vez por más opiniones doctrinarias, como requisito fundamental de validez.

3.2 Contenido de la Teoría del Derecho.-

Aunque, como lo señala John Finch (1977) cuando se trata de dar definiciones se corre el peligro de que la definición anteceda al adecuado conocimiento del objeto que se pretende definir; es de utilidad que procuremos obtener una idea general sobre la Ciencia del Derecho y la Teoría del derecho, así como sobre su contenido.

El conocimiento integral del universo corresponde a la Filosofía que, desde el punto de vista de García Máynez (1940) busca brindarnos una explicación exhaustiva del mundo, del hombre y de la actividad humana. Es en suma, omnicomprensiva o pantónoma. La Filosofía, además, se preocupa por lo que debe ser, puesto que la actitud del hombre ante el Universo no sólo es contemplativa, sino activa; de manera que la acción humana debe tener una trayectoria o sentido. Entonces, la Filosofía, además de ser explicativa, es normativa.

Las Ciencias, por su parte, son ensayos de explicación parcial de lo existente, aspiran al descubrimiento de lo verdadero en relación con aspectos especiales de lo real. La palabra *Ciencia*, se origina en la voz latina *Scientia*, que equivale a conocimiento. Conocer quiere decir, establecer, por medio de nuestras facultades intelectuales y

nuestros sentidos, la naturaleza, relaciones y cualidades de las cosas. La ciencia se estudia según sus diversas materias propias. La materia propia de una ciencia es el estudio que le corresponde en exclusiva. En el caso de la Ciencia del Derecho, su materia propia es el fenómeno jurídico, verbigracia, todo lo que concierne al derecho o se ajusta a él. El fenómeno jurídico es un fenómeno típicamente social. En las ciencias naturales rige el principio aparente de causalidad, mientras que en las ciencias sociales rigen principios teleológicos, en cuanto las relaciones se dan entre medios y fines.

A cada ciencia corresponde una teoría propia. La teoría es el conjunto de proposiciones o posturas lógicamente articuladas entre sí que forman un todo o unidad armónica, teniendo como fin la explicación y predicción de las conductas o situaciones en el área del fenómeno que corresponde a una ciencia. La teoría propia de la Ciencia del Derecho o, simplemente, Teoría del Derecho, es el conjunto de principios que explican la naturaleza del Derecho, sus cualidades y diversas relaciones. Una Teoría toma forma a través de la observación de los hechos y la consecuente relación lógica que se hace de esos hechos. Son funciones de la teoría: conceptualizar, sintetizar, clasificar, y predecir los hechos. Tenemos, entonces, que la Teoría del Derecho trata del estudio “de los conceptos y elementos fundamentales que identifican al fenómeno jurídico respecto de otros órdenes de fenómenos sociales” (Finch, 1977, pág. 11).

3.2.1 La Teoría del Derecho para el Positivismo tradicional.-

Para la escuela doctrinaria del positivismo tradicional, la Ciencia Jurídica estudia a su objeto como producto ya creado, es decir, la normativa positiva vigente, sin más consideraciones valorativas. La corriente positivista coincidió con el surgimiento del moderno Estado de Derecho, en el siglo XX y estuvo influida por los progresos de la ciencia natural. La legitimidad de la estructura estatal viene dada por la norma legal preexistente, que a su vez es el producto del procedimiento formal democrático: el

legislador por excelencia es el “pueblo soberano”. La codificación legislativa adquiere una importancia que no había tenido antes, y conceptos como “Justicia” o “Equidad” son excluidos del área de estudio de las Ciencias Jurídicas, las mismas que deben limitarse al estudio científico del derecho creado de manera formalizada, es decir, el derecho positivo. Las normas se distinguen por su forma de producción, no por su contenido. Esta corriente de pensamiento responde a un momento histórico en que predominó el afán por dar una respuesta científica a todos los fenómenos, naturales y sociales.

Para Kelsen (1935), el más grande representante del formalismo jurídico, el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica, es solamente el ordenamiento normativo formalmente válido, y los valores se excluyen de la experiencia jurídica. Recasens (1959) considera que el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica es el Derecho positivo, es decir, el conjunto de instrumentos fabricados por los hombres para poder producir determinados efectos en la realidad social.

Para el positivismo tradicional, como en su tiempo lo subrayaron, por ejemplo, Recasens (1959) y Finch (1977), decir Ciencia Jurídica no es lo mismo que decir Derecho. El término Derecho puede referirse al mismo tiempo a la naturaleza de un fenómeno social y también a las vigentes previsiones de un sistema jurídico. Se trata de un concepto amplio que excede los límites de la Ciencia Jurídica positiva; la cual estudia formalmente al derecho como ente objetivo. Por otra parte, la función del derecho como medio de regulación social, implica inevitablemente el condicionamiento de la teoría del derecho, por los valores inherentes a la estructura de una sociedad particular.

3.2.2 Las visiones integradoras del Derecho.-

Para las modernas escuelas doctrinarias, la Teoría del Derecho debe tener validez general. Se distingue de la técnica y de la práctica: la técnica se limita a un fin concreto y se detiene en un punto de vista determinado, tomándolo provisionalmente como única meta; la práctica es la aplicación de una doctrina a un caso individual, a una cuestión concreta planteada en la experiencia. La teoría va a la totalidad, persigue el acomodamiento armónico de todo acontecimiento relativo a su objeto de estudio. Esta visión integradora es un rasgo característico de la epistemología contemporánea. El argentino Mario Bunge (1980) por ejemplo, propone construir una teoría general de sistemas: plantea que el objeto del conocimiento constituye un sistema de conjuntos de otros sistemas relacionados entre sí por conexiones estructurales que hacen que el objeto total emerja de ellos con nuevas propiedades que no tienen ninguno de sus componentes. El objeto de conocimiento concreto, o sistema concreto, es un objeto complejo cuyos componentes están relacionados entre sí y relacionados también con los componentes del medio ambiente donde se encuentra dicho objeto, de modo que el objeto así constituido se comporta como una unidad, como un todo y no como un mero conjunto de elementos. El Derecho es, precisamente, un sistema altamente complejo.

En la epistemología contemporánea encontramos, además, las llamadas *teorías del caos*, aparentemente incompatibles con la noción de Derecho, pero decididamente, como veremos, necesarias para comprender las tendencias epistemológicas de nuestro tiempo. Según Norbert Bolz (1994), el sentido de los sistemas complejos no es el resultado de proyectos ordenatorios, y el orden planificado es una *trampa de la razón*. Un paradigma mecanicista, que opera linealmente con los objetos de causa y efecto (o imputación y sanción, según la Teoría Pura del Derecho), no se puede aplicar en un sistema complejo: mientras más complejo sea el sistema, menos operará mediante mecanismos lineales. Según este autor, mientras más complejo es un

sistema, menos se lo puede manejar con órdenes y hay que aprender a manejarlo a través del caos; al parecer, mientras más se intenta verificar cualquier ley de la naturaleza, se encontrará que mientras más precisas sean sus observaciones, se mostrarán más desviaciones irregulares de la ley. Hay que entender que el caos no es lo contrario del orden, más bien se trata de la apariencia que presentan situaciones de muy alta complejidad. La teoría del caos se aleja significativamente de la teoría que aún domina hoy en día, según la cual se prioriza la legislación y la norma estática y abstracta como el instrumento básico del Derecho y se relega a una función secundaria a las múltiples herramientas jurídicas que existen en el sistema social, y el derecho aplicado a cada caso concreto. La anomia que afecta a los individuos es la resultante de los sistemas tradicionales de valores y, como sabemos, las normas son expresión de los valores vigentes en un momento dado, en la sociedad. Este proceso parece ser el que se está viviendo a nivel mundial. Según el colombiano Rubio:

(...) una persona que no esté al corriente de las características de la época, de la condición que adoptan hoy día los fenómenos y de las formas de aproximación que se hacen sobre ellos, no podría comprender este tipo de procesos (cosa que sucede frecuentemente en el ámbito jurídico). Ante la posibilidad de que un sistema se dispare en múltiples direcciones y lejos del equilibrio, de que sus elementos adquieran cada vez mayor autonomía, que su comportamiento global así como el de sus partes se haga cada vez más impredecible, y de que no exista allí alguien o algo que controle o maneje ese proceso en algún sentido o hacia alguna parte, un espectador desprevenido podría sentirse asistiendo al parto y al desarrollo de un mecanismo monstruoso y de alto poder destructivo (Rubio, 1995, documento digital).

Los procesos y fenómenos que analiza la moderna teoría del caos podrían ser cuidadosamente estudiados por los teóricos del derecho para entender los complejos procesos los sistemas jurídicos está sufriendo hoy en día.

Las escuelas doctrinarias de los últimos lustros, han logrado explicar que en el Derecho no todo es norma positiva, ni todo es hecho social, puesto que también juega un papel importante lo axiológico, es decir el valor. El valor tiene relación con los fines del derecho, como pueden ser la realización de la justicia, el bienestar común o la seguridad. Estas Teorías han sido llamadas *Integrativas*, por los motivos que dejamos expuestos. Ya Recasens había empezado a plantear la necesidad de una Teoría del Derecho Integrativa; pero fue Miguel Reale quien Plasmó la Teoría Integrativa del Derecho, con su concepción *Tridimensional*, según la cual no existe en última instancia un concepto que no tenga como antecedente algo real o práctico, ni norma jurídica que no tenga un valor subyacente. Examinemos, en este contexto, una cita del brasileño Miguel Reale:

(...) en donde quiera que haya un fenómeno jurídico, hay, siempre y necesariamente, un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de orden técnico, etc.); un valor que confiere determinado significado a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres, en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, finalmente, una regla o norma, que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos al otro, el hecho al valor (Reale, 1994, documento digital) .

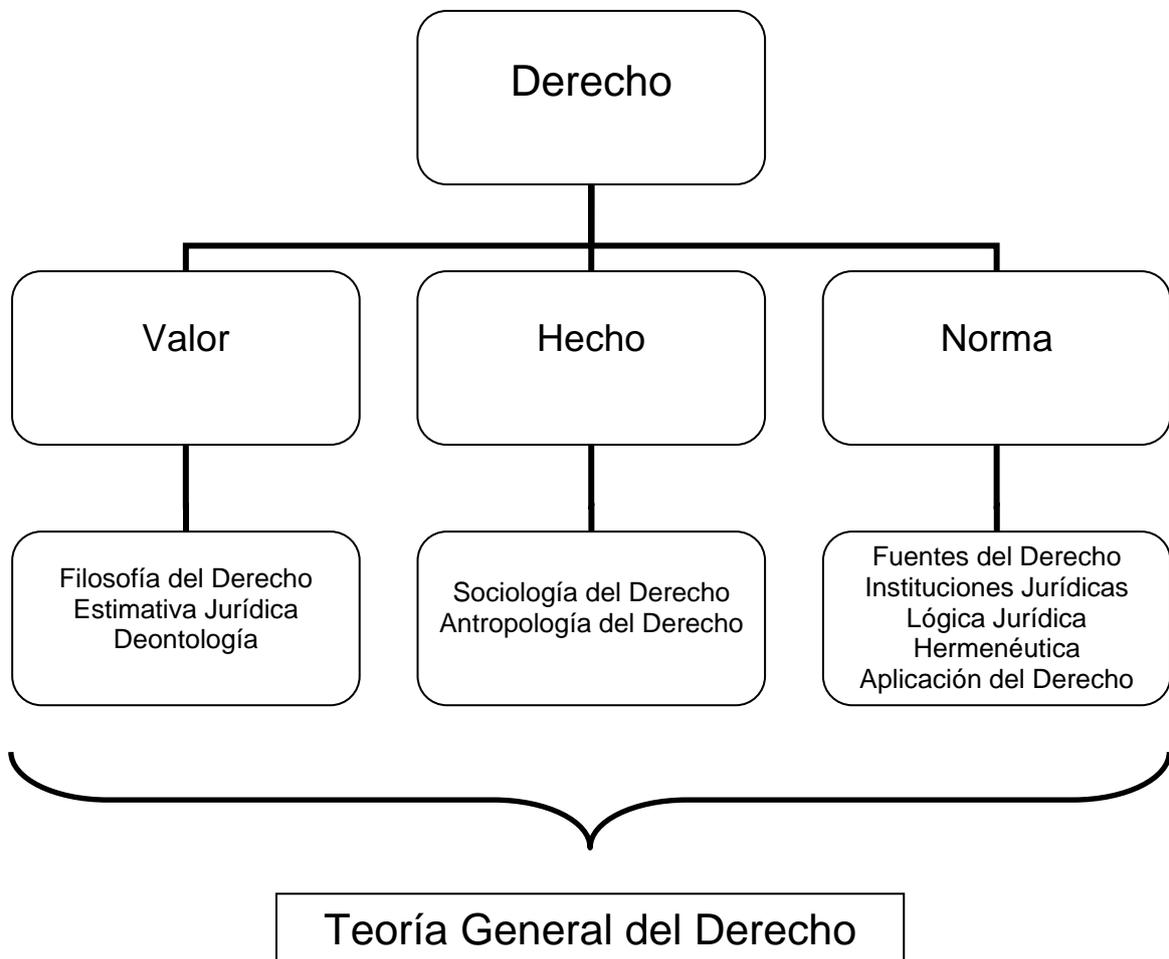
Este fragmento, resume en brevísimas líneas la *Teoría Tridimensional del Derecho*, que parte de la concepción de que el hombre es un ser social e histórico, que se mueve dentro de una realidad específica, de la cual resulta su experiencia social, la misma que tiene diversas variables, una de las cuales es la experiencia jurídica. El Derecho tendría tres rasgos esenciales: su referencia a la conducta humana en sus relaciones de alteridad, el ser un conjunto de ideas expresadas en disposiciones que exigen un deber ser y, por último, participa de la condición teleológica de la conducta humana, es decir, se encuentra determinado por los fines hacia los que se orienta, y detrás de cada fin, se encuentra un valor a realizar que dota de sentido a la conducta y

a las obras humanas. La relación que existe entre el Derecho y los valores, es una relación de medios a fines.

Ledesma Uribe (2005) recuerda el origen de la Teoría Tridimensional, en el pensamiento de Miguel Real, quien, como estudiante, había entrado en contacto con las explicaciones más representativas del fenómeno jurídico, y en su tesis doctoral llevó a cabo un análisis pormenorizado de las teorías iusfilosóficas más relevantes: así, del Derecho como pura categoría racional (Del Vecchio, Stammler), del Derecho como hecho histórico o social (escuela histórica y sociologismo jurídico), y del Derecho entendido como norma (concepción representada por Kelsen y el positivismo tradicional). En este trabajo escribió un último capítulo llamado *Hecho, valor y norma*, en el cual realizó una reflexión crítica que apuntaba a encontrar las relaciones entre esos tres elementos. Estas ideas de su juventud serían desarrolladas posteriormente en sus obras. Así, Reale recuerda que a pesar de la división realizada por Kant entre *ser* y *deber ser*, hay un elemento clave para la comprensión del mundo histórico: el *valor*. Este último sirve de elemento de cohesión y constituye la orientación del nuevo paradigma.

La experiencia jurídica del hombre se configura de manera bilateral: las partes y las obligaciones que contraen, existen en un universo jurídico que tiene tres elementos primordiales: hecho, valor y norma. El hecho se presenta en la realidad social del hombre, el valor es la dimensión humana que se proyecta hacia lo valioso, verbigracia, lo justo; y la norma se refiere a las reglas válidas creadas por la función estatal competente, con carácter imperativo. Tradicionalmente estos tres elementos habían sido considerados aisladamente o como puramente yuxtapuestos. Según la Teoría Tridimensional, los tres se integran en una relación dialéctica, en que ninguno puede ser observado de forma aislada. La relación dialéctica debe ser entendida como polaridad por una parte, es decir, cada uno de ellos se mantiene irreductible con respecto al otro; y por otra parte, como implicación, es decir, ambos se exigen

mutuamente. Por tanto, estas tres dimensiones del derecho deben ser estudiadas por una sola Ciencia, aunque con diferentes planos. Veamos, en consecuencia, el esquema del contenido de la Teoría General del Derecho:



Miguel Reale nos da, además, una definición de Derecho: “(...) es la concretización de la idea de justicia en la pluridiversidad de su deber ser histórico, teniendo a la persona como fuente de todos los valores “(Ledesma Uribe, 2005, Pág. 198). Cabe señalar que la Teoría Tridimensional del Derecho no consiste sólo en la constatación de que el Derecho se compone de tres elementos, sino de que la experiencia jurídica es esencialmente una síntesis indisoluble de estos tres elementos o dimensiones, por lo que el objeto principal de su estudio es la determinación de las relaciones que guardan entre sí. El tridimensionalismo jurídico no implica un estudio separado de las

dimensiones del derecho, sino una integración del conocimiento jurídico, puesto que no se puede conocer uno de sus elementos, sin tomar en cuenta sus relaciones con los otros dos.

Para Fernández Sessarego (1950) la Ciencia del Derecho se constituye por la integración de tres elementos: norma, conducta humana y valor. Los tres elementos se exigen mutuamente y al aparecer vinculados esencialmente, constituyen la Ciencia del Derecho. El objeto de estudio de la Ciencia del Derecho, no puede ser únicamente el de la norma positiva, puesto que la propia norma es una significación de la conducta humana social. La conducta no *tiende* ni *apunta* hacia valores, sino que realiza los valores permanentemente desde que, por tener el hombre libre albedrío, su comportamiento consiste en un elegir valorativo; es decir, la conducta es estimativa, es un substrato de valores. Conducta, norma, y valor, son los elementos ontológico, lógico y estimativo del Derecho, y el Derecho no es ninguno de estos elementos en forma aislada.

Radbruch, citado por De la Torre (2005), considera que el valor más importante que persigue el derecho es el valor de la justicia, y la define valiéndose de la concepción clásica romana: *dar a cada uno lo suyo*; en donde *lo suyo*, está determinado por el propio valor de cada persona y por los valores que ésta realiza o le corresponde realizar. Así, existirían un *suyo* primario (vida, integridad, salud, libertad, facultades espirituales, sustento) y un *suyo* secundario que se refiere a los valores específicos que cada hombre, por su situación concreta, pretende realizar. Por tanto, la teoría del derecho tendría que basarse en un análisis de la esencia de la persona humana, abarcando aspectos económicos, vitales, psíquicos, espirituales; así como los valores que en ella radican y los valores de la conducta interpersonal: orden, justicia, solidaridad y libertad.

Ledesma Uribe (2005) afirma que para la realización del Derecho deben apreciarse todas sus visuales fenomenológicas: que las conductas normadas sean existentes, válidas y, desde luego, eficaces. Esto da lugar a diferentes niveles que se integran en la teoría jurídica. Dentro de la epistemología, cuando el estudioso cree haber descubierto la totalidad de la realidad cuando se ha concentrado en un solo aspecto de ella; puede que acierte en lo que afirma, más no en lo que excluye.

Estas teorías tridimensionales han tenido aplicación práctica, por ejemplo, en el Código Civil Brasileño, en cuya revisión participó Miguel Reale. En él, los enunciados sobre los Derechos de las Personas, tal como constan en el Código representan verdaderas vigas maestras del sistema, de tal modo que la hermenéutica de todas las disposiciones del Código queda subordinada a los fines éticos de la persona humana, punto de partida y de llegada del proceso legislativo.

La comprensión integral, y el estudio consecuente de la Teoría del Derecho, demuestran que quienes pretenden conocer el Derecho, como los abogados en ejercicio, o las autoridades que administran justicia; deben ir más allá de la simple aprehensión de normas jurídicas o el conocimiento de las normas en cuanto estructuras formales, entendiendo que es necesario comprender las conductas inter-subjetivas, debidamente valoradas, a partir de las normas jurídicas. Sin la vida humana social, es inimaginable referirnos al Derecho: así, si no se perpetraran jamás asesinatos, no se valorarían esas conductas, y no sería necesario regularlas jurídicamente. Para Bodenheimer:

(...) el Derecho encarna la historia del desarrollo de una comunidad a lo largo de muchos siglos, por tanto, no puede tratarse como si contuviera únicamente los axiomas corolarios de un libro de matemáticas. Para saber lo que es el Derecho, es preciso saber lo que ha sido y lo que tiende a devenir. Hay que consultar alternativamente la historia y las teorías jurídicas existentes. (Bodenheimer, 1942, pág. 349)

Resulta, entonces, lógico pensar que sólo un juez que conozca los aspectos más generales del derecho estará en situación de llenar adecuadamente las funciones sociales que le competen. Toda conducta humana ínter-subjetiva es susceptible de valoración y de regulación jurídica. Sin embargo, cuando no existe una norma positiva aplicable a un caso concreto, el juez, que no puede negarse a administrar justicia y, además, en virtud del principio de plenitud hermética del derecho; se aplican principios jurídicos fundamentales, de lo cual podemos colegir nuevamente que, todo lo que está en la vida se halla en el Derecho.

La visión integradora del derecho ha sido progresivamente asumida por autores como García Máynez y Recasens. Éste último ha señalado que el derecho es norma, con especiales características elaboradas por los hombres con el propósito de realizar ciertos valores y que, además, impulsó considerablemente la reflexión sobre el problema de los valores en el Derecho en Ibero América. Recasens Siches, según relata De la torre (2005), afirma que la ciencia jurídica en el sentido tradicional, es incapaz de explicar por sí misma los supuestos básicos sobre los cuales se asienta, como tampoco puede aclarar y determinar los valores que dan sentido al Derecho. Si bien todo sistema jurídico tiene la pretensión de validez absoluta, siempre cabe someter a juicio su validez intrínseca, desde el punto de vista de la estimativa jurídica. Las normas jurídicas expresan un deber ser, es decir, a través de ellas se propone como preferible, la realización de determinada conducta frente a otras conductas posibles. Será tarea de la Estimativa Jurídica, determinar el valor de la justicia, así como la relación que guarda con el resto de los valores jurídicos. Destaca que a lo largo de la historia se ha presentado a la justicia como una regla de proporcionalidad entre lo que se da y lo que se recibe en las relaciones entre humanos, por lo que se trata de establecer cuál es el criterio de medida o de valoración para determinar lo que debe ser considerado suyo de cada uno; en suma, cuál debe ser la jerarquía de los

valores jurídicos que sirven como principios valorativos para determinar lo que es justo en cada caso concreto.

Por su parte, García Máñez considera que las teorías sobre la validez formal del Derecho, de Kelsen, pueden ser admisibles para una teoría del derecho positivo (dogmática jurídica), pero es necesario descubrir cuál es el principio en que se apoya la validez última de las normas. Sostiene, además, que un juicio sobre la validez intrínseca del derecho, sólo puede ser posible si se reconoce que los valores son objetivos, pues si se admite su subjetividad no existiría ninguna pauta para medir la corrección de los juicios estimativos. Los valores jurídicos, a diferencia de los valores éticos, no se refieren a la persona individual, sino a sus relaciones con los otros en la vida comunitaria. Para él, los valores jurídicos fundamentales son la justicia, el bien común y la seguridad jurídica. A estos se suman otros complementarios, a saber, la libertad, la igualdad y la paz social.

En el contexto de los valores, Miguel Reale, según el análisis de De la Torre (2005), el valor es el fundamento de todo deber ser, y el fundamento último del Derecho es la realización de la Justicia, que él entiende como un orden que procura el bien común. Para él, los valores son cualidades que las cosas y los actos adquieren en función de los fines a que se orientan, de tal manera que los valores no existen a priori, y por lo tanto la dimensión axiológica del Derecho no puede comprenderse aislándola de la conducta humana y de la norma como herramienta para la realización de valores. Los valores no son resultado de la experiencia individual de cada persona, sino del espíritu humano, no en el sentido de instancia sobrenatural o metafísica, sino en el sentido de facultad innovadora del hombre, capaz de instaurar, por medio de la proyección de valores, nuevas formas de ser y de vivir.

Carlos Cossio, (1994) autor de la Teoría Ecológica del Derecho, quien asumió la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, como punto de partida; procuró demostrar que el

derecho debe ser comprendido e interpretado con respecto a la conducta humana inter-subjetiva, ya que el derecho no es algo concluso y acabado, sino que se está haciendo constantemente en su carácter de vida humana viviente.

Las nuevas concepciones, como hemos podido darnos cuenta, ven a la norma como un fenómeno dinámico que debe ser concretado o, en otras palabras, que debe tener una realización eficaz. Por otra parte, podemos llegar a la conclusión de que para determinar la validez de una norma, además de tomar en cuenta la legalidad de su proceso de creación y la intervención de la función estatal competente, es necesario que esta corresponda a ciertos valores y esté conforme a los principios generales del derecho.

3.3 Las Fuentes del Derecho y la Producción de Normas.-

Como se ha visto, dentro del esquema de la Teoría general del Derecho; una de las dimensiones del Derecho es la norma positiva. Nos corresponde por tanto, referirnos al origen del derecho positivo; es decir, la causa que le ha dado nacimiento, el modo cómo ha surgido a la realidad. La creación del Derecho es un fenómeno complejo y dinámico que consagra y renueva valores, principios, aspiraciones, necesidades y normas jurídicas. Se trata de un proceso permanente, que se realiza por la interacción de actos y transformaciones que se verifican en un contexto histórico, político y social. Jesús Ledesma Uribe (2005) considera que al lado de la ética, la técnica, la historia y otras disciplinas, revista gran importancia el estudio de la *teoría y praxis de las fuentes reales de lo jurídico*, a menudo poco atendida en la formación del jurista.

Las Fuentes del Derecho, son los actos o hechos de los que deriva la creación, modificación o extinción de normas jurídicas. Para la doctrina tradicional, encierran dos problemas: la causa productora y el medio de producción. Por lo tanto, existen fuentes materiales y fuentes formales. Las fuentes materiales, reales o indirectas, del

derecho son aquellas circunstancias fácticas, producidas en la historia, que influyen en la generación de las normas, es decir, los hechos. Las fuentes materiales están constituidas por los factores que son la razón para que se norme en un sentido y no en otro: como la riqueza del lugar, la idiosincrasia de su gente, los antecedentes históricos y tradicionales de la comunidad, el grado de desarrollo de la nación, etc. Las fuentes formales o directas son, tanto los procesos de creación de las normas jurídicas, como aquellas normas que prescriben la manera cómo han de producirse las nuevas leyes. Se trata de medios objetivos de expresión, que permiten surgir al Derecho para su aplicación en un tiempo y espacio determinados. Tradicionalmente, se consideran fuentes formales del Derecho: la Constitución, la Legislación en sentido amplio, la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina. Dentro de las fuentes formales, se distinguen también unas fuentes mediatas, que sólo llegan al derecho positivo a través de otras fuentes. Por ejemplo, la doctrina sólo sería fuente formal del Derecho en cuanto sea recogida por el legislador en el momento de crear un nuevo cuerpo legal. Las fuentes inmediatas, por su parte no necesitan la intervención de una entidad intermediaria para constituir fuentes del Derecho. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución, que regula las atribuciones y obligaciones de la función legislativa. Asimismo, tradicionalmente, se considera que la Ley es la fuente principal de Derecho, la costumbre se invoca tan sólo a falta de Ley y debe, además, probarse; y los principios generales del Derecho se aplican a falta de Ley y de costumbre invocables.

En su Teoría Pura del Derecho, Kelsen (1935) considera que es necesario distinguir entre las fuentes jurídico-positivas, que se reducen al derecho positivo; y las fuentes no jurídicas, que comprenden todas las representaciones que de hecho influyan sobre la producción y aplicación del derecho y que no son jurídicamente obligatorias. Kelsen subrayaba que el derecho regula su propia producción; es decir, una norma prescribe el procedimiento mediante el cual se produce otra norma y, en última instancia,

encontramos una norma fundante básica que no ha sido establecida conforme a lo determinado por ninguna norma y que, por lo tanto, tiene que ser presupuesta. Para que una norma jurídica pertenezca a determinado ordenamiento jurídico estatal, debe haber sido producido por un órgano de ese Estado. Posteriormente, en su Teoría General del Derecho y el Estado, Kelsen (1945) sostuvo que las normas fundamentales de los diferentes Estados se hallan a su vez fundadas en una norma general del orden jurídico internacional, por lo que existe primacía del Derecho internacional sobre el Derecho nacional. Kelsen no distingue la producción del Derecho de la aplicación del Derecho, ya que considera que cuando, por ejemplo, se lleva a ejecución una sentencia, en realidad lo que se está haciendo es creando normativa individual, cuya validez descansa en el cuerpo legal o en la norma que regula la conducta sancionada.

Recasens (1983) considera cuatro problemas sobre las Fuentes del Derecho: en primer lugar, el problema de la fuente común o razón de validez jurídica de todas las normas, el cual resuelve contestando que esa fuente unitaria es necesariamente la voluntad del Estado. En segundo lugar, el problema de la elaboración histórica de los contenidos jurídicos concretos, es decir, cuáles son los procesos sociales a través de los cuales han surgido los contenidos del Derecho, cuya solución corresponde a la Sociología Jurídica, y de los cuales Recasens menciona: decisiones judiciales no basadas ni en norma legal ni en precedentes, costumbres, doctrina aplicada por los tribunales, leyes, reglamentos, reconocimiento de la autonomía de la voluntad en los contratos, derecho extranjero que es incorporado a la práctica judicial, movimientos ideológicos que van penetrando en las resoluciones del Estado, convicciones sociales que son recibidas por el Derecho, usos profesionales que cobran la pretensión de obligatoriedad jurídica, jurisprudencia reiterada, etc. En tercer lugar, dentro de un sistema positivo dado, la cuestión de cuáles son las instancias que éste establecer para la producción de normas jurídicas. Y, finalmente, la consideración estimativa o

valorativa sobre los procedimientos que deban ser considerados como preferibles para la formación del Derecho, es decir, la elaboración de una teoría de las fuentes del derecho que considere a los valores y a los principios generales del Derecho.

La Legislación es la fuente más importante entre las fuentes formales del Derecho. Las normas positivas, como sabemos, deben crearse según lo prescrito por la Ley, es decir que el proceso para su incorporación al sistema jurídico debe encontrarse regulado por las propias leyes del Estado. La creación de unas normas jurídicas está regulada en otras normas jurídicas, el orden normativo es un orden jerárquico. Así, el establecimiento de las leyes ordinarias está regulado por la Constitución, al igual que quién las ha de crear y de qué manera se han de emitir; las ordenanzas locales se fundan en preceptos legales, etc. Los diversos preceptos que integran el ordenamiento jurídico vigente tienen distintos orígenes y diversas jerarquías, pero guardan entre sí una conexión formal, un título común de vigencia formal o fundamento de validez, que es la norma fundamental, la Constitución. En cuanto a la validez de la primera Constitución que, como vimos, Kelsen ubica en una norma fundamental hipotética; la moderna doctrina señala que no puede justificarse mediante razones jurídico-positivas. Su justificación ha de fundarse en otras consideraciones políticas e históricas que, en suma, implican un juicio de valor. Recasens (1983) considera que, en última instancia, la base de un sistema jurídico consiste en un fenómeno de voluntad social predominante, en cuya formulación va implícito un juicio político estimativo.

En nuestro país intervienen dos funciones estatales en la elaboración de leyes: la función legislativa y la ejecutiva. García Máynez (1940) considera las siguientes etapas en el proceso legislativo:

- Iniciativa: es el acto por el cual determinados órganos del Estado someten a la consideración del Congreso un proyecto de ley.

- **Discusión:** es el acto por el cual los órganos de la función legislativa deliberan acerca de las iniciativas, a fin de determinar si deben o no ser aprobadas.
- **Aprobación:** es el acto por el cual la función legislativa acepta un proyecto de ley de manera total o parcial.
- **Sanción:** es la aceptación de una iniciativa por parte de la función ejecutiva.
- **Publicación:** es el acto por el cual la ley ya aprobada y sancionada se da a conocer a quienes deben cumplirla.

Además de las normas generales, García Máynez toma en cuenta las llamadas *normas individualizadas*, que serían: las resoluciones judiciales y administrativas, los testamentos, los contratos y los tratados internacionales, que tienen también una serie de condiciones de validez, relativas a los procesos que deben seguirse para la formulación de tales normas.

Para Rafael Hernández Marín (2000), el proceso de producción de normas atraviesa varias etapas, a través de las cuales el documento va adquiriendo nuevas propiedades. A lo largo del proceso que finalizará con la aparición de un nuevo cuerpo legal, pueden cometerse ciertas irregularidades o presentarse ciertas deficiencias, que pueden afectar la eficacia y legitimidad de la nueva normativa:

- En primer lugar puede haberse infringido un enunciado jurídico prescriptivo que regula la creación de los cuerpos legales. Es decir, se ha contravenido una norma que indica cómo se ha de crear la nueva normativa. Por ejemplo, el Art. 148 de la Constitución Política, que indica que los proyectos de Ley deben referirse a una sola materia y serán presentados al presidente del Congreso con la correspondiente exposición de motivos. Si se presenta un proyecto de Ley que no contenga la exposición de motivos, se estará incurriendo en este tipo de irregularidad.

- En segundo lugar, la nueva norma puede contener algún pasaje que sea incorrecto o contrario a un enunciado jurídico, de rango superior. Tomemos, por ejemplo el Art. 17 de la Constitución, según el cual el Estado garantiza a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos humanos. Supongamos que el código de ejecución de penas regula la tortura física como sanción para los culpables de los delitos contra la vida. Puesto que la norma se encuentra infringiendo el derecho a la integridad física y el principio de inviolabilidad de la persona, regulado no sólo en la Constitución, sino en los tratados internacionales; adolecería de este tipo de irregularidad.

El mismo autor considera que la publicación de un documento no es necesaria para que éste sea un cuerpo legal, es decir, para que tenga características normativas; pero sí es necesaria para que se constituya en un cuerpo jurídico, es decir, para que el documento se incorpore sistema jurídico – normativo; por lo tanto, antes de la promulgación del documento, no se ha creado Derecho. Tanto cuerpos legales como cuerpos jurídicos pueden adolecer de irregularidad, pero existe un tipo adicional de irregularidad que sólo puede presentarse en los cuerpos jurídicos y se trata de la que se comete en el proceso de conversión de un cuerpo legal a cuerpo jurídico. La trascendencia jurídica de la irregularidad dependerá de lo que los enunciados jurídicos de un ordenamiento prescriban, por lo que en algunos casos la consecuencia puede ser la invalidez de la norma, pero en general, la irregularidad en las normas positivas afecta a su legitimidad y por lo tanto incidirá en su realización eficaz y vigencia.

3.4 La Teoría del Derecho y los Principios Generales del Derecho.-

Como pudimos apreciar en el esquema de la Teoría General del Derecho, en una de las dimensiones del Derecho se encuentran los valores, que se relacionan con la normativa positiva y los hechos sociales. La Axiología o Estimativa Jurídica, estudia los valores a cuya realización debe aspirar el orden jurídico positivo. Recasens (1959)

plantea el problema de la Estimativa Jurídica como el de los criterios para el enjuiciamiento de las normas de Derecho positivo y para la reelaboración progresiva del mismo. Considera que la normatividad del Derecho positivo no tendría sentido si no se refiriese a un juicio de valor, que es el que la inspira y, aunque el panorama histórico ofrece un abundante repertorio de leyes y costumbres injustas, incluso en éstas late la intención de realizar un valor de justicia aunque no lo consigan. La mera noción de Derecho positivo, aunque no contiene dentro de sí el ideal jurídico, sin embargo, lo presupone, es decir, postula su existencia. Si borrásemos del Derecho positivo a los principios generales no positivos, lo que nos quedaría sería un conglomerado caótico de hechos incomprensibles. La esencia del derecho no es inteligible sino en función de una intencionalidad de realizar determinados valores.

El Derecho apunta al cumplimiento de determinados fines. Toda normativa supone que se ha elegido un determinado patrón entre otros posibles, por ser considerado mejor que éstos, y esta elección entraña una preferencia, es decir, un juicio de valor. De ahí la justificación de la Estimativa Jurídica. Los principios generales del derecho, son los principios más generales de axiología o estimativa jurídica, que constituyen el fundamento de todo ordenamiento jurídico existente o posible.

Etimológicamente el término latino *principium* “está compuesto por la raíz derivada de *pris*, que significa “lo antiguo” y “lo valioso” y de la raíz *cp* que aparece en el verbo *capere* (tomar) y en el sustantivo *caput* (cabeza)” (Sánchez de la Torre, 1993, p. 17). Tiene, entonces, un sentido histórico (lo antiguo), un sentido axiológico (lo valioso) y un sentido ontológico (cabeza). Según el diccionario de la Real Academia, “principio” significa, entre otros, “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurriendo en cualquier materia”, “cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”. Aristóteles le dio varios significados al término principio: punto de partida del movimiento de una cosa, el mejor punto de partida, el elemento primero o inmanente.

Para él, el carácter común de todos los principios es el de ser la fuente de donde derivan el ser o el conocimiento.

Como sabemos, para la Teoría Pura del Derecho, de Kelsen (1935), aunque la existencia de cualquier norma se vea condicionada por determinado hecho, la razón de que las normas existan; es decir, sean válidas, no es un hecho, sino una norma. Un *debe* tiene que deducirse siempre de otro *debe*, nunca puede resultar de un *es*. La norma que confiere validez a una constitución puede ser una constitución previa, de acuerdo con cuyos requisitos se ha establecido la nueva constitución. Una de estas constituciones debe ser históricamente la primera. Y la norma que confiere validez a esta primera constitución, no puede ser una norma jurídica positiva, sino una norma presupuesta por quienes han establecido la primera constitución. Hay que presuponer una norma según la cual se debe obrar conforme a la primera constitución histórica. Esta norma es la norma fundamental de un orden jurídico nacional. Es el fundamento de todos los juicios de valor jurídicos posibles en el marco del orden legal de un Estado determinado.

Los principios generales del derecho, expresan un juicio deontológico acerca de lo que *debe ser* la conducta humana o las normas del ordenamiento jurídico; por lo tanto, no puede tratarse de principios elaborados y acabados que se bastan a sí mismos, sino más bien se trata de aspiraciones humanas cuya realización consiste en una búsqueda constante y en una elaboración continua en la conducta del hombre. Se trata de abstracciones racionales hechas por los seres humanos a través de la historia, condicionados por ella e inmersos en un proceso de constante reelaboración. Son entidades de tipo lingüístico, con características normativas. Su carácter específico viene determinado por cada sociedad, es decir, el valor no es positivo intrínsecamente, sino en relación con cada cultura, sus necesidades e intereses. El fundamento de los principios generales del derecho, es hacer posible la convivencia entre las personas, permitiendo que el hombre desarrolle su propia naturaleza social y proporcionándole

un medio favorable para la búsqueda de su felicidad. Los principios generales del derecho, deben incorporarse a la normativa positiva para darle legitimidad y validez, y para propiciar, en última instancia, su realización eficaz; pero el hecho de que se encuentren ausentes dentro de un ordenamiento jurídico dado, no condiciona su importancia dentro de la Ciencia del Derecho, tal como, por ejemplo, la ausencia de determinado principio económico en la política económica de un país, no hace que ese principio sea parte o no de la Ciencia Económica. No son pocas las legislaciones que se remiten a los principios generales del Derecho, para el caso de lagunas legales.

En cuanto a su naturaleza, un amplio sector de la doctrina considera que los principios generales del derecho son normas jurídicas, si bien se trata de las normas más generales, entendiendo el concepto de norma en un sentido amplio, como una proposición de lo que debe ser. Otro sector doctrinario los considera normas directivas o de aplicación indirecta. Naturalmente, para el positivismo tradicional, no son normas jurídicas en tanto no se encuentren expresados en la normativa positiva válida. Para Martínez Muñoz (1993) los principios generales del derecho tienen una estructura más compleja que las normas, puesto que son fundamento originario del Derecho positivo y no presuponen un ente jurídico previo. Además, son independientes y no se derivan unos de otros, como las normas; y son determinantes de la actuación jurídica correcta. Las normas son expresión imperativa de lo justo, los principios determinan la existencia de lo justo y su formulación es una búsqueda continua. Los principios generales del derecho deben garantizar la justicia, por lo que pueden actuar como criterios interpretativos de las normas.

En cuanto a sus funciones, De Castro (1974), habla de una triple función: ser fundamento del orden jurídico, orientar de la labor interpretativa, y ser fuente del Derecho en caso de insuficiencia de Ley, esta última sería una función integradora del Derecho positivo, puesto que los principios generales del derecho se vuelven un medio de completar o de integrar el denominado *bloque de legalidad*.

Los principios generales del derecho han sido clasificados según diferentes criterios. Para el español Rodríguez Paniagua (1987) los principios del derecho pueden ser Estatales y Sociales. Los primeros, son aquellos que están expresamente formulados en un ordenamiento jurídico positivo o, los que se encuentran implícitos en él; es decir, pueden inferirse del conjunto del ordenamiento. Los segundos pueden ser principios éticos o lógicos y científicos, que no requieren juicios de valor, sino operaciones lógicas. Otros autores emplean la misma clasificación, refiriéndose a los principios como positivos y extra positivos.

Finalmente, desde el momento en que un sistema jurídico admite la aplicación de los principios generales del derecho, nos encontramos ante el problema de saber exactamente qué debe entenderse, o cuáles son los principios que pueden aplicarse. En principio, deberían aplicarse por parte de todos los jueces y tribunales, quienes administrarán justicia a la luz de estos principios, y pueden aplicarse directamente a falta de Ley. Existen opiniones controvertidas en cuanto a la manera en que deben aplicarse los principios generales del derecho. Sin embargo, en general encontramos los siguientes criterios: el principio sólo puede aplicarse directamente a falta de Ley; para que pueda aplicarse debe hallarse reconocido o implícito en el ordenamiento legal o en la jurisprudencia (los autores españoles añaden al derecho romano)

3.4.1 Los tres principios del derecho clásico.-

En nuestro ordenamiento jurídico, tanto en la jurisprudencia como en las normas positivas, los principios generales que se recogen son, en su mayoría, principios de derecho romano o de inspiración romana. Dentro de la concepción clásica ocupan especial preeminencia los *tria iuris precepta: honeste vivere, neminem laedere, unum suum dare*, del Derecho romano; formulados por Ulpiano y recogidos en el *Corpus Iuris Civilis*, así como en las Partidas del Rey Alfonso. Estos principios son: vivir honestamente, no hacer mal a nadie, dar a cada uno lo suyo. El objeto es “hacer un

hombre de bien; el objeto del segundo es hacer un buen ciudadano, y el objeto del tercero es hacer un buen magistrado. El primero enseña lo que el hombre se debe a sí mismo; el segundo lo que debe a los demás, y el tercero, lo que debe un magistrado a los que están sometidos a su jurisdicción". (Escriche, 1845, pp. 338 y 339). Estos principios suelen considerarse relacionados con las doctrinas iusnaturalistas, por eso el positivismo tradicional habla más bien, de "principios jurídicos", que serían los que se encuentran incorporados en la normativa positiva.

Acceder al significado intrínseco de los tres principios del derecho clásico, no es una tarea que pueda efectuarse y concluirse de manera determinante. Estos principios son más bien el nombre de las búsquedas del hombre por formular y elaborar la justicia.

3.4.2 Referencia a algunos Principios Jurídicos Universales.-

Además de los principios generales del derecho, existen principios jurídicos que se han incorporado a las diversas ramas del derecho positivo. Así, existen principios del derecho penal, administrativo, laboral y social, civil y mercantil, etc. Recordemos una vez más que, la incorporación a la normativa positiva de principios jurídicos generales, inspirados por la histórica búsqueda de la justicia, no significan que un sistema jurídico se encuentre acabado y estático. Por el contrario, los principios generales del derecho, que son las ideas no positivas que inspiran al hombre a través de su historia; se encuentran como él, en constante elaboración. Sin embargo, hemos creído conveniente referirnos a algunos principios jurídicos, escogiendo aquellos que encontramos con más frecuencia consagrados en los diferentes ordenamientos jurídicos, con el objeto de obtener una idea más pragmática acerca de lo que puede ser la aplicación, a través de la normativa positiva, de los principios generales del Derecho:

- Principio de inviolabilidad de la persona:

No pueden imponerse a las personas cargas no compensables, sin su consentimiento. Los seres humanos son fines en sí mismos y no pueden ser utilizados como medios para el beneficio de otros. Este principio se relaciona con el derecho a la vida, a la integridad, a la dignidad, a la objeción de conciencia. Se relaciona igualmente con la prohibición de esclavitud y trabajos no remunerados.

- El Principio de buena Fe:

La buena fe o *bona fides*, es un principio general del derecho, que consiste en la honradez y convicción de la veracidad de un asunto, hecho u opinión, o en la rectitud de una conducta. Puesto que exige una actuación honesta a las partes interesadas en un acto, contrato o proceso; también se lo ha llamado principio de probidad. La buena fe se aplica en las diversas ramas del derecho, como el Derecho Civil, o el Derecho procesal. En este último la buena fe consiste en actuar en el proceso con el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón, sin actividades abusivas que dilaten injustificadamente el proceso.

- El Principio de Equidad:

Este principio se relaciona con el de *dar a cada uno lo suyo*, del Derecho Romano. Consiste en que los iguales deben ser tratados como iguales, y los diferentes, como diferentes. Por ejemplo, en derecho laboral la equidad significaría que quienes realizan trabajos iguales deben recibir una remuneración equivalente y, quienes realizan trabajos distintos recibirán diferente remuneración. En materia tributaria, entre iguales, los impuestos deben ser iguales: quienes perciben iguales ganancias pagarán igual impuesto a la renta, pero, como para los desiguales los impuestos serán también desiguales; quien perciba más ganancias pagará más impuesto a la renta.

- El Principio de Jerarquía Normativa:

Entre los más importantes aportes de Kelsen (1935) se encuentra lo que él llamó la construcción escalonada del orden jurídico, según la cual, el ordenamiento jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos estratos de las normas jurídicas: la validez de una norma, producida conforme a otra norma, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra, y así en forma sucesiva hasta llegar a la Constitución y los Tratados Internacionales, que se encuentran en la cúspide de la pirámide *kelseniana*. La jerarquía normativa implica que las normas de menor jerarquía no podrán estar en desacuerdo con las de mayor jerarquía y, en última instancia, todo el ordenamiento jurídico debe producirse según lo previsto por la Constitución Política; por lo que no es posible que ninguna normativa ordinaria excluya, por ejemplo, las garantías constitucionales o sea válida si no ha sido creada de acuerdo con lo previsto por la Constitución.

- El Principio de Igualdad:

El principio de igualdad tiene dos facetas principales: por una parte proscribire los tratos discriminatorios basados en cualquier condición, como raza, sexo, religión, orientación política, etc.; y además, implica la igualdad de trato, esencialmente la igualdad ante la Ley; es decir, que quienes administran justicia, deben aplicar la Ley de forma igual para todos aquellos que se encuentran en la misma situación de hecho, sin que se pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no estén presentes en la norma. Cabe recordar que se relaciona, pero no es igual al principio de equidad, al que nos referimos anteriormente.

- El Principio de Legalidad:

El Principio de Legalidad es un principio propio del Derecho Público y tiene por objetivo garantizar la seguridad jurídica, evitar la arbitrariedad y el abuso del poder. En general, implica que un gobierno sólo puede hacer ejercicio de su autoridad, de acuerdo con las leyes positivas nacionales. Rige, entre otras ramas, en el Derecho Penal: en este ámbito el principio de legalidad se resume en la fórmula acuñada por Feuerbach (1813): *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Esto quiere decir, que no existe delito ni pena, sin ley anterior que lo tipifique. En el Derecho Procesal encontramos la fórmula: *nullum iudicio sine praevia lege*, es decir, no hay proceso sin ley anterior que lo regule y, por lo tanto, nadie podrá ser condenado sino como consecuencia de un juicio formal. El derecho tributario también acoge el principio de legalidad, puesto que no puede cobrarse un tributo sin una ley previa que lo cree. El principio de legalidad se encuentra presente en todos los Estados de Derecho del mundo.

- Principio de autonomía de la voluntad en el derecho privado:

Según este principio, todo lo que no está prohibido, se entiende permitido. Se trata de un principio que encontramos necesariamente en todo orden jurídico, aunque no se lo mencione ni se lo implique, puesto que hasta cierto punto se trata de una tautología: todo lo que no está prohibido, no está prohibido. Este principio encuentra su complemento en otro, que corresponde al Derecho Público y se aplica a *contrario sensu*: todo lo que no está permitido expresamente, se entenderá prohibido.

- Principio de Irretroactividad:

La retroactividad consiste en la aplicación de la norma jurídica a supuestos de hecho, actos, relaciones jurídicas o situaciones existentes con anterioridad al inicio de su vigencia formal, al amparo de normas anteriormente vigentes, o cuando no

había ninguna norma que las regulara; por lo tanto, la irretroactividad consiste en el principio jurídico que rechaza el efecto retroactivo de las leyes, pues toda ley que se crea rige solamente para lo venidero, salvo en ciertos casos en materia social o en materia penal cuando beneficie al delincuente. También tiene como propósito garantizar la seguridad jurídica, puesto que el ciudadano debe tener conocimiento previo de las consecuencias jurídicas que se derivan de su conducta. Como vemos, este principio también se relaciona estrechamente con el principio de legalidad.

- Principio de Publicidad:

Este principio tiene relación con el manejo de la información sobre la actividad de las autoridades y funcionarios públicos. Tiene por objeto garantizar que el ciudadano podrá conocer permanentemente la existencia, caracteres y consecuencias de actos y negocios jurídicos trascendentes y podrá, por lo tanto, requerir la exhibición de la información que ha motivado determinados actos de la autoridad pública. No se trata únicamente de los actos administrativos en general, sino también de los actos legislativos que crean nueva normativa. Las normas sólo pueden regir o tener efectos jurídicos desde el momento de su promulgación o publicación, que es parte del proceso formal que las valida. Se trata de propiciar una forma de control al ejercicio del poder, y evitar la actuación abusiva de éste, por lo que, igualmente, se orienta a garantizar la seguridad jurídica. Las actuaciones de la autoridad pública deben ser transparentes y legítimas, por lo tanto deben ser conocidas por los sujetos a quienes afectarán sus decisiones. Por esta razón nos encontramos también con el principio de publicidad procesal, que busca garantizar el respeto a las garantías fundamentales dentro de los juicios, y esencialmente, el acceso del imputado a toda la información que conste del proceso.

- Principio de Responsabilidad:

En un sentido amplio, se entiende por responsabilidad, al deber de cumplir las obligaciones contraídas por el acuerdo de voluntades o por el mandato de la Ley y, consecuentemente la obligación de reparar la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado por el incumplimiento de un deber. La Ley puede prever una sanción para quien no cumple con la conducta debida. Según el ámbito en el que se presente, la responsabilidad puede ser penal, civil, patronal o administrativa. La responsabilidad también puede ser contractual o extracontractual; la primera se origina en el contrato suscrito por las partes, y la segunda en un acto no contractual propio o de un tercero, la misma que puede imponerse por mero mandato legal. En este último supuesto suele hablarse de responsabilidad legal u objetiva, puesto que puede determinarse sin mediar hecho propio u omisión que constituya deliberada infracción del orden jurídico, de un contrato o que lesione los derechos ajenos. Este es el caso de la responsabilidad patronal ante los riesgos del trabajo, que suele llamarse *responsabilidad por el riesgo creado*.

- Principio de Responsabilidad de la función pública:

Por una parte, se trata de la responsabilidad Civil directa que tiene el Estado, como persona jurídica, por las actuaciones de todas las funciones públicas. Puesto que el Estado es una persona jurídica, sólo puede ser responsable civilmente, sin embargo, los funcionarios públicos son también responsables administrativa y penalmente. Cuando el Estado causa daños y perjuicios a los particulares es responsable civilmente en razón de su finalidad última de proteger los derechos de los gobernados. El Estado es, por tanto, responsable de los actos de todos sus servidores públicos, sin menoscabo de las acciones que procedan contra el servidor responsable ni de las acciones internas de regreso que el propio Estado pueda ejercitar contra los funcionarios públicos responsables. Este principio es

consustancial al Estado de Derecho, pues una irresponsabilidad de la autoridad pública sería equivalente a la inseguridad jurídica y al totalitarismo.

- Principio de Universalidad:

Lo universal es aquello que es común a todos, sin excepción de ninguno. Se entiende por el principio de universalidad, o generalidad, la extensión a toda la sociedad, en forma equitativa, de los efectos del orden jurídico. El derecho entra en vigencia para todos los individuos, en todo tiempo y lugar. Los derechos humanos son esencialmente universales, pues se extienden a todos los países del mundo.

- Principio de Seguridad Jurídica:

Garantizar la seguridad jurídica y la paz social, es una de las funciones básicas de todo ordenamiento jurídico. Por esta razón, el principio de seguridad jurídica se relaciona prácticamente con todos los demás principios generales del Derecho. La seguridad jurídica consiste en la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Implica, además, el convencimiento de que existe un medio al alcance de los ciudadanos, para exigir que se respeten sus derechos. En un marco de seguridad jurídica general, los individuos pueden vivir con igual libertad y autonomía para realizar sus planes de vida. Los problemas deben resolverse dentro de la lógica de las reglas y no dentro de la discrecionalidad. En las sociedades con altos índices de corrupción en la función pública, en las que hay una ausencia de confianza generalizada, se evidencia que está en riesgo la seguridad jurídica. Para que exista seguridad jurídica, es necesario que se den ciertas circunstancias fundamentales, como el respeto a los derechos humanos, la supremacía constitucional, la independencia de la función judicial, el sometimiento de la administración a la Ley, y garantías como la de irretroactividad de las leyes,

la cosa juzgada y la permanencia relativa de las leyes, que no pueden reformarse continuamente, sin una imperiosa necesidad que requiera el cambio. La seguridad jurídica también se quebranta en los casos de desobediencia civil; en este sentido se cuestiona si la seguridad jurídica no es contraria a la legitimidad, es decir a la consagración, en la normativa, de los intereses de los gobernados. Beatriz Magaloni (1990) se pregunta si los períodos de inseguridad jurídica son necesarios para alcanzar el progreso, considerando a la desobediencia civil como último recurso de los ciudadanos para provocar un cambio. Para Habermas (1986) la legitimidad es la mayor aspiración de un Estado democrático que pretende que los ciudadanos acepten voluntariamente y por convicción el orden político y jurídico. Dicha aceptación voluntaria sólo puede darse si el ordenamiento jurídico se basa en principios dignos de ser reconocidos y que expresen un interés digno de ser generalizado; de tal manera que la legitimidad llega a ser sinónimo de justicia y de bien común que, junto con la seguridad jurídica, son para Habermas, los tres grandes valores del Derecho. Rawls (1999) afirma que no puede existir una interpretación política o socialmente aprobada de los principios jurídicos, ni aunque provenga de un tribunal superior. La ausencia de una autoridad final que decida es, para él, condición necesaria para la consolidación de un consenso reflexivo y para el avance social. El último tribunal de apelación, lo constituye, pues, la sociedad civil en su totalidad. La legitimidad de la desobediencia civil se asentaría en este último supuesto; pero sería necesario que el Estado sea capaz de incorporar la desobediencia civil a los procesos institucionales.

- Principio de norma más favorable:

In dubio pro reo, in dubio pro operario, in dubio pro debitore. Estos principios tienen como objetivo la protección social de la parte más débil en las relaciones bilaterales; por ello se conocen también como *in dubio pro iusticia socialis*; aunque, naturalmente, la justicia social puede entenderse en una extensión amplísima. Se

trata de principios según los cuales, en caso de duda, se estará a lo más favorable, al acusado de un delito, al trabajador y al deudor, respectivamente.

- Principio de presunción de Inocencia:

Es un principio del derecho Penal, hoy recogido en la convención americana sobre derechos humanos, de San José de Costa Rica. Consiste en que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por un delito. La polémica en torno a este principio, se da con relación a la legalidad de la prisión preventiva.

- Principio de respeto:

Se trata de un principio desarrollado por el alemán Rudolf Stammler (1928), que consiste en considerar que el Derecho para ser justo, en primer lugar, no debe permitir que una voluntad quede a merced de lo que otro arbitrariamente disponga y, toda exigencia jurídica se hará de tal modo, que en el obligado se siga viendo al prójimo.

- Principio de Plenitud Hermética:

En muchas legislaciones, incluyendo la ecuatoriana, se recoge el principio según el cual, el juez no puede negarse a administrar justicia alegando inexistencia de norma aplicable al caso. ¿Qué ocurre cuando efectivamente aparece una laguna legal para un caso determinado? El principio de plenitud hermética consiste en una ficción, a través de la cual, nada puede escapar al ordenamiento jurídico: el derecho debe ser pleno y todo debe encontrarse en el Derecho. Así mismo, numerosas legislaciones se remiten a la aplicación de los demás principios generales del Derecho, en caso de que no exista una norma exactamente aplicable al caso concreto, con lo que es posible asegurar que el juez se halle

siempre en condiciones de encontrar la manera de administrar justicia. Entendemos, entonces, que el Derecho no tiene lagunas, aunque pueda haber lagunas de Ley

3.5 Conclusiones.-

- En el marco epistemológico, la Filosofía es el estudio más general del Universo. Las ciencias se especializan en explicar la naturaleza de determinados objetos de conocimiento, y a cada ciencia corresponde una teoría general, que se ocupa de conceptualizar, categorizar y explicar los principios, cualidades y relaciones propias de determinada ciencia.
- El positivismo tradicional, cuyo enfoque teórico corresponde a una época de sobrevaloración de las ciencias naturales, considera que el objeto de estudio de la Teoría del Derecho sólo puede ser la normativa positiva ya creada, sin que deban considerarse ideas abstractas como los valores y los fines del Derecho.
- La visión integralista del Derecho, por su parte, se corresponde con la tendencia de la epistemología contemporánea, a considerar los fenómenos sin aislarlos, tomando en cuenta todas sus relaciones y dimensiones.
- Según la Concepción tridimensional del Derecho de Miguel Reale, a todo fenómeno jurídico corresponde un hecho subyacente y un valor que le confiere significado a ese hecho. Estos tres elementos se integran en una relación dialéctica.
- Dentro de la Teoría del Derecho, las fuentes del derecho son los actos o hechos de los que deriva la creación, extinción y modificación de las normas. Estas fuentes pueden ser materiales y formales. Los Principios Generales del Derecho se encuentran entre las fuentes formales.
- Entre los problemas que se estudian dentro de las Fuentes del Derecho se encuentra la elaboración histórica y sociológica de las normas, las instancias

legales para la producción de normas jurídicas, y las consideraciones estimativas sobre los procedimientos que deban considerarse preferibles para la elaboración del Derecho.

- En el proceso de producción de normativa positiva pueden presentarse básicamente dos tipos de irregularidades: en primer lugar puede haberse contravenido una norma que indica cómo ha de crearse la nueva normativa, y en segundo lugar, una norma de jerarquía inferior, puede contradecir o ser incorrecta de acuerdo con un enunciado de mayor jerarquía.
- Las normas positivas deben ser regulares para poder ser legítimas y eficaces.
- Los principios generales del Derecho son aquellas bases fundamentales que expresan la intención de realizar determinados valores, es decir, los fines del Derecho. Sobre ellos se asientan todos los sistemas jurídicos.
- Los principios generales del derecho tienen la función de fundamentar el sistema jurídico, orientar la interpretación del Derecho, y dar coherencia al bloque de legalidad, particularmente en el caso de lagunas legales.
- El derecho clásico contempló tres principios básicos del Derecho: dar a cada uno lo suyo, vivir honestamente y no hacer daño a nadie.
- Entre los principios que se han incorporado universalmente a la teoría general del Derecho tenemos: la buena fe, la equidad, la jerarquía normativa, la igualdad, la legalidad, la autonomía de la voluntad, la irretroactividad, la publicidad, la responsabilidad, la presunción de inocencia, la plenitud, entre otros.

CAPÍTULO 4

4 Hacia la eficacia del Sistema Normativo: Antropología Jurídica.-

4.1 Introducción.-

El presente capítulo hace referencia a la Antropología Jurídica y cómo esta disciplina y su estudio, pueden aproximarnos hacia la eficacia del derecho en nuestro país. La Antropología es la Ciencia Social que estudia al ser humano desde un enfoque *holístico*, es decir, integral, destacando la importancia del todo, que es mayor que la suma de sus partes. Desde un enfoque antropológico, los sistemas jurídicos se fundamentan en la concepción que cada sistema tenga del ser humano. El estudio de la Antropología del Derecho se integra al estudio del Derecho, puesto que nos permite colocar nuestros conocimientos técnicos dentro del marco humanístico y cultural, que es donde, en definitiva, tendrán aplicación. Nosotros hemos indicado ya, que nos llama la atención particularmente la cuestión de la diversidad cultural y étnica de nuestro país, por cuanto consideramos que tiene relación directa con la falta de eficacia de un sistema jurídico ideado, originalmente, para regir en pueblos europeos. Así, la Antropología Jurídica será la herramienta apropiada para analizar correctamente la cuestión.

Por otra parte, la realidad jurídica es un continuo dinámico; las soluciones reales que se aplican tomando como base a la norma, se concretan para cada caso y su contenido no es de ninguna manera anticipable. La Antropología del Derecho nos permitirá entender que la norma es un fenómeno dinámico que debe ser materializado, con lo cual, con lo que estaríamos incluyendo dentro del procedimiento de creación de la norma, el asunto de la realización del Derecho; que no está acabado mientras no tenga aplicación en la sociedad.

Toda sociedad humana contiene una esfera jurídica, ya que una de las necesidades básicas de todas las culturas ha sido y es el control de la conducta transgresora de las normas sociales. El estudio de la Antropología Jurídica como disciplina científica, es más bien reciente, por esta razón presentaremos una breve referencia histórica a la antropología jurídica, no con la intención de recapitular toda la historia de esta disciplina, sino más bien de presentar los momentos claves para su consolidación y señalar cuáles son las tendencias contemporáneas en materia de estudios antropológicos y jurídicos; así como una exposición de los motivos que nos han llevado a considerar indispensable incluir a la antropología jurídica dentro de nuestra investigación.

Finalmente, volveremos sobre el tema de la diversidad cultural y étnica, pero esta vez a nivel latinoamericano y con un enfoque que corresponde a las inquietudes de la antropología jurídica de hoy; panorama en que entran en juego los derechos humanos y la acción de organismos internacionales que, por primera vez, empiezan a consolidar en forma de normativa internacional, con la participación de las comunidades indígenas de Latinoamérica; las aspiraciones de estos grupos, que reclaman un derecho a la identidad cultural.

4.2 Contenido de la Antropología Jurídica.-

Nos referiremos nuevamente al esquema que trazamos en el capítulo anterior, ya que el Derecho no puede entenderse de modo aislado con respecto a los procesos sociales de los que forma parte; su estudio también implica los hechos que se producen en la realidad, protagonizados siempre por el ser humano. La Antropología Jurídica o Antropología del Derecho, tiene como objeto el estudio de las prácticas y representaciones esenciales para el funcionamiento de cada sociedad, privilegiando el aspecto jurídico o, dicho de otra manera, es el estudio de lo jurídico en su contexto

social. Esta disciplina enfoca al Derecho como uno de los elementos de un sistema cultural y social y permite una visión humanística y formativa del mismo.

La voz *antropología*, viene del griego *anthropos*, que significa ser humano, y *logos*, que significa estudio o conocimiento. Para Marvin Harris (1981), la Antropología es el estudio de la humanidad, de los pueblos antiguos y modernos y sus estilos de vida. La ciencia antropológica moderna parte de un enfoque *holístico* en su estudio del ser humano; es decir, un enfoque integrador y pluridisciplinario, vinculado con las tendencias epistemológicas contemporáneas.

Generalmente se divide a la antropología en dos grandes ramas: la Antropología Física y la Antropología Cultural. La primera estudia al hombre en su esencia biológica, así como las diferencias genéticas, la transmisión hereditaria de rasgos somáticos, el crecimiento y desarrollo del organismo humano y las influencias del ambiente natural sobre el hombre. A la segunda, en cambio, corresponde el estudio de los procedimientos ideados por el hombre para enfrentarse a su medio natural y a su ambiente social, y procura averiguar cómo el hombre aprende, transmite y conserva sus costumbres. Por lo tanto, la Antropología Jurídica se ubica dentro de la segunda clasificación. La antropología jurídica sería, entonces, una subdisciplina de la antropología sociocultural y puede, además, entenderse de dos maneras: como una rama de la antropología que aborda una esfera social distinguible, es decir, la esfera de lo jurídico; y también como una perspectiva específica elaborada para la captación de la realidad social, es decir, el estudio de los fenómenos jurídicos sirve como acercamiento específico al todo social. El investigador mexicano Esteban Krotz, citado por Andrea Meraz (2006) considera que son tres los campos de estudio específicos de la antropología jurídica: el campo del derecho comparado, el campo del derecho como mecanismo de control social y el campo del derecho y la ideología. Otros temas que encontraremos dentro de la antropología jurídica son: el estudio del derecho primitivo, el pluralismo jurídico, el derecho consuetudinario, la relación entre el derecho oficial y

los sistemas jurídicos indígenas, entre otros. Además suele tener estrecha relación con el tema de los derechos humanos, por cuanto existe mucha cercanía entre el enfoque antropológico del derecho y las metas que persiguen aquéllos. Guillermo de la Peña, igualmente citado por Andrea Meraz (2006) define a la Antropología Jurídica como “la búsqueda de los fundamentos históricos y epistemológicos del dominio de la Ley” (Meraz, 2006, Pág. 187).

El Derecho, como instrumento cultural, está destinado a servir al hombre para lograr su felicidad. El universo humano es un complejo de creencias, ambiciones y expectativas; por lo que es necesario conocer a la persona en su dimensión real para poder comprenderla y ayudarla a alcanzar sus objetivos. De allí que, en aquella dimensión del Derecho que corresponde a los hechos sociales y a la conducta humana, se encuentre la Antropología Jurídica.

La Antropología Jurídica parte del supuesto de que cada cultura tiene que enfrentarse con el tema básico de la relación entre el comportamiento *desviado* de las normas jurídicas, y el comportamiento *conforme* las normas jurídicas. La tensión existente entre las exigencias normativas-estabilizantes y el comportamiento individual, es latente en toda cultura. No existe sociedad alguna en la que los seres humanos vivan bajo absoluta arbitrariedad, como tampoco existen culturas en las cuales los seres humanos convivan libres de conflictos, ya que muchos comportamientos humanos vienen determinados por instintos. Precisamente porque el ser humano es una criatura caracterizada por la *pérdida del instinto*, se enfrenta a la constante tensión entre los estándares socio-culturales y las metas y deseos individuales.

La Antropología Jurídica enfoca su estudio básicamente en dos categorías: el conocimiento del orden social y el conocimiento de la interacción social; es decir, por una parte, el significado de las normas y las reglas (el *deber ser* de la vida social), y

por otra, el conocimiento de los hechos sociales (lo que es) que efectivamente se suscitan en la realidad.

4.2.1 Breve perspectiva histórica de la Antropología Jurídica.-

La Antropología aparece como estudio científico durante el siglo XVIII, pero las grandes obras sobre Antropología Jurídica no aparecerán sino hasta la segunda mitad del siglo XIX. Aquellas obras, tales como *Ancient Law* o Derecho Antiguo del inglés Sumner-Maine (1822-1888) o *Ancient Society* o Sociedad Antigua del estadounidense Lewis H. Morgan (1818-1881), se situaron en una perspectiva evolucionista, que coincide con los estudios de Darwin y Lamarck; desde la cual procuraron entender cuáles son las bases que sostienen a los sistemas jurídicos y establecer los criterios de comparación necesarios para su análisis.

A la escuela evolucionista le caracteriza el haber tratado de incluir el material procedente de pueblos primitivos o exóticos, en una ciencia jurídica general, en una época en que esos pueblos se consideraban decadentes y poco *civilizados*. Los primeros antropólogos jurídicos se dedicaron a la búsqueda de escalas evolutivas en la historia del derecho, para explicar las instituciones jurídicas a partir de contextos socioculturales. Según Sumner-Maine, el grado más primitivo del Derecho, se caracteriza por las compensaciones restitutivas que se realizan entre familias; la toma de decisiones estaba en manos de los hombres patriarcas, y dichas decisiones se tomaban en cada caso, *ad hoc*, sin que existieran normas fijas. Se habría tratado de “sentencias instintivas que surgen inmediatamente del inconsciente” (Post, 1884, Pág. 43). Post considera que la noción de *ley jurídica* es aprendida por el ser humano desde afuera, a través de la tradición y formas culturales de vida.

La crisis general del evolucionismo arrastró consigo a la antropología jurídica, cuyas obras clásicas fueron prácticamente desconocidas por los antropólogos jurídicos

posteriores. En el siglo XX aparecen nuevas corrientes antropológicas que se conocen hoy como las escuelas clásicas. El estadounidense Hoebel, al igual que otros científicos de su época, considera necesario distinguir entre normas legales y otras estandarizaciones culturales, entre ellas la costumbre.

A diferencia del evolucionismo, que sostiene que las culturas humanas se caracterizan por su distinto grado de evolución acumulativa; el relativismo de la antropología clásica sostiene que las diversas culturas se distinguen por su orientación total hacia distintas direcciones; es decir, se distinguen entre sí por sus diferencias de contenido y no por distintos niveles evolutivos. Cada cultura constituiría una forma diferente de dar respuesta a unas mismas necesidades humanas. A estas necesidades se les llamó *esferas culturales universales* o *patrones culturales*. Existirían entonces, junto a las diferencias básicas entre las culturas, unas semejanzas fundamentales. La premisa metodológica consistió en construir los datos etnográficos sobre la base de los universales culturales presupuestos, los mismos que son el componente invariable y fijo de todas las culturas del mundo.

Estas ideas tienen una implicación importantísima para la antropología del derecho: la suposición de que cada cultura humana abarca, entre otras esferas, una esfera jurídica. Una necesidad básica de cada sociedad humana, sería el control de la conducta transgresora de las normas sociales; ese control lo lleva a cabo el sistema jurídico, que en este sentido estaría presente en todas las sociedades. Las culturas solamente se distinguen entre sí por los diferentes contenidos de sus sistemas jurídicos. El problema de esta concepción radica en que, a los aspectos normativos de las culturas exóticas, se les atribuyó un funcionamiento que corresponde a los parámetros de los sistemas jurídicos occidentales modernos. Se parte del supuesto de que solamente algo tan lógico y complejo como el derecho moderno, puede ser tan valioso como él.

Los antropólogos tomaron el positivismo jurídico tradicional como método para estudiar a los pueblos *primitivos*, lo cual causó numerosos conflictos, puesto que una ley escrita, no puede encontrarse en todas las sociedades que, aunque tuvieran alguna forma de gobierno reconocido, no tenían un derecho positivo, entendido como cuerpo de reglas. Desde este punto de vista, una sociedad sin códigos es considerada una sociedad sin ley, incluso si tiene costumbres apoyadas por sanciones. A menudo, las sociedades a pequeña escala se encontraban en un punto intermedio entre la costumbre y las reglas impuestas.

La antropología clásica del derecho, se distinguió por el hecho de que el material encontrado en las culturas exóticas, fue comprimido dentro de una forma *jurídica* occidental. Los antropólogos dedujeron que las instituciones autóctonas procedían *aplicando normas*, de la misma manera que en los tribunales de la sociedad moderna. Hubo un afán por descubrir un verdadero sistema jurídico en cada sociedad primitiva, *encontrando al jefe* o autoridad reconocida para resolver las disputas; pues se consideraba que para ser tal, la ley necesita de una coacción o compulsión en una sociedad políticamente organizada, para la ejecución de los imperativos de orden público, lo cual es coherente con el espíritu científico de la época y ciertos intereses de la política colonial de ese tiempo. Sin embargo, antropólogos del derecho como Mallinowski y Radcliff-Brown (1933), ya advirtieron que las categorías de la jurisprudencia occidental son inaplicables a las instituciones de sociedades más simples.

Ya hemos revisado el positivismo jurídico tradicional y su manera propia de enfocar los fenómenos jurídicos. Como dijimos, el positivismo tradicional coincide con el surgimiento del moderno Estado de Derecho, que se basa en la exigencia de que todas las funciones del Estado, se derivan de una norma legal. La Ciencia Jurídica tiene que limitarse a estudiar científicamente el derecho creado de manera formalizada por el ser humano, es decir, el derecho *positivo*. Lo esencial de las normas es su

forma de producción y no su contenido. Sabemos que la percepción positivista del derecho entró en crisis debido a factores socio-políticos y científicos; estos últimos han sido revisados ya en el capítulo concerniente a la Teoría del Derecho. En la esfera sociológica y política, la experiencia con los regímenes totalitarios del siglo XX, como el régimen nazi alemán o el fascista en Italia, llevó al escepticismo frente a la ciencia jurídica positivista, que se reducía al estudio de cualquier derecho, con tal de que éste fuese creado de manera formalmente correcta; negándose a formular juicios de valor sobre la justicia o injusticia de los sistemas legales. Por otra parte, el colonialismo había llegado a su fin, y con ello terminó también su influencia sobre la ciencia. El norteamericano Dworkin (1977), criticó al positivismo tradicional por ignorar los Principios del Derecho, a los que ya nos hemos referido, y que, aunque no son creados de manera jurídica-formal, deben ir junto a las reglas positivas cuando se toman decisiones jurídicas así como inspirar su creación, dándole coherencia al ordenamiento positivo, que siempre, en conjunto, consagra determinados valores.

Las nuevas corrientes conciben la solución jurídica como un derivado de una argumentación dinámica, un fenómeno dinámico que debe ser concretado. Así también, la Antropología Jurídica comenzó a reconsiderar y replantear sus postulados. Hubo nuevos trabajos de campo y un aumento de los estudios etnográficos, de los que la antropología del derecho se benefició grandemente, marcando una etapa de estudios más avanzados.

Después de la descolonización, como señalamos en el capítulo concerniente al sistema ecuatoriano; las estructuras jurídico-políticas estatales, ganaron terreno en todo el mundo. No se fortalecieron las formas tradicionales de gobierno de los pueblos, sino que se efectivizaron las políticas de la lógica estatal europea. Hoy en día, prácticamente toda la humanidad está viviendo bajo el modelo político del Estado territorial y soberano, producto de dos fenómenos europeos: el absolutismo monárquico y las revoluciones burguesas.

Paralelamente, los avances en materia de Derechos Humanos plantean la protección de la dignidad humana, constantemente amenazada. Los pueblos indígenas son protagonistas en esta lucha al reclamar no solamente el reconocimiento de las libertades individuales, sino también el de sus instituciones propias. Además de los artículos de la Constitución Política que hicimos constar anteriormente, podemos encontrar estas ideas plasmadas en documentos de carácter universal, como el proyecto de Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas: “Art. 33: Los pueblos indígenas tienen el derecho de promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas distintivas, siempre de acuerdo con los estándares de derechos humanos reconocidos internacionalmente” (ONU, 1994, documento electrónico).

La misión de la Antropología Jurídica contemporánea, particularmente en Latinoamérica, se está ubicando cada vez más en el campo de la cuestión indígena, el análisis y conceptualización de la condición de estos pueblos, su origen y rasgos culturales comunes, así como las medidas de derecho internacional e interno que deben formularse y hacerse efectivas para la protección de estos grupos.

4.2.2 Importancia del Estudio de la Antropología Jurídica.-

Si partimos de la afirmación de que el Derecho es inherente a toda forma de vida social, nos parece coherente que nuestra investigación recoja la idea de que definir el campo del derecho debe implicar el estudio de los textos jurídicos, pero también, en igual medida, el de los discursos, prácticas y representaciones que le sirven de base, disminuyendo la distancia entre teoría y práctica del Derecho. La Antropología jurídica es una herramienta esencial para la comprensión del Derecho, ya que la convivencia humana se integra por dinámicas interacciones sociales que generan principios y valores; y sólo si se comprende la naturaleza humana en sus variadas dimensiones, es posible llegar a esbozar la manera más adecuada de crear normas

jurídicas justas y equilibradas, que en verdad respondan a las necesidades sociales. Sólo después de comprender cómo funciona la sociedad, se puede pretender transformarla. Para Jaime Cárdenas, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM:

(...)al no interesarnos, por ejemplo, en las relaciones de poder, de interés y los valores o fines que desean imprimirle los que producen el derecho el pretendido Estado de derecho interpretaciones gramaticales en el contexto de una cultura jurídica atrasada y lastrada por un evidente *paleo-positivismo* jurídico (las cursivas son nuestras) (Cárdenas, 2005, Pág. 52).

Hemos manifestado ya, en varias ocasiones, que un enfoque pluridisciplinario y multidimensional del Derecho, puede aportar a la construcción de un sistema jurídico más eficaz y poner en evidencia la realidad de la práctica jurídica de nuestro país, comenzando por renovar la enseñanza del Derecho, en las aulas universitarias. En el mundo contemporáneo, las fronteras entre las diversas disciplinas científicas resultan cada vez más artificiales y el estudio de las distintas disciplinas que se ocupan de las diversas dimensiones del Derecho, es indispensable para la comprensión de los fenómenos jurídicos. Hoy debemos pensar en el Derecho como un complejo objeto de estudio, de implicaciones políticas y sociales, pues lo jurídico se encuentra presente en la sociedad bajo las formas más diversas.

4.3 Antropología Jurídica y Diversidad Cultural.-

Una característica actual de los países latinoamericanos, es que buscan una nueva relación entre los pueblos indígenas y los estados nacionales. Un nuevo derecho internacional de los indígenas se está construyendo a partir de organizaciones multilaterales.

Como hemos visto, la preocupación por la situación y la protección de los pueblos indígenas es más bien reciente. Al parecer, uno de los principales problemas que tienen que enfrentar los pueblos indígenas, es la oposición con el Estado, que muchas veces reprime sus sistemas de orden social. Las modernas constituciones latinoamericanas han creado normas de base para que los pueblos indígenas no sólo sean autorizados a aplicar su propia normativa, sino también sus instituciones y principios procesales. En este contexto, la Antropología del Derecho gana una nueva relevancia práctica. Al recibir el reconocimiento del Estado, el derecho de los pueblos indígenas pasa a ser objeto de estudio de la dogmática jurídica, es decir, forma parte de la dimensión normativa positiva del derecho. Corresponde, por tanto, a la Antropología Jurídica, documentar y analizar el derecho indígena, evitando que las instituciones propias de esos pueblos se interpreten bajo formas esquemáticas de derecho estatal occidental. El reconocimiento de las instituciones normativas indígenas, coincide con un momento de gran desprestigio del derecho oficial estatal, que no consigue ser eficaz para establecer un ordenamiento justo de las relaciones sociales en el continente latinoamericano. Hay que recordar que el funcionamiento de la solución de conflictos en sociedades indígenas, es distinto al modelo que planteaba la antropología del derecho clásica, pues los derechos indígenas siguen su propia lógica y desarrollo.

Como señalamos en capítulos precedentes, la situación actual de los indígenas está enraizada en su pasado colonial y en la relación entre conquistador y conquistado que se estableció en los primeros años del contacto colonial. Hoy, los pueblos indígenas de Latinoamérica suelen encontrarse entre los sectores de mayor pobreza, mayor desempleo, más bajos niveles educativos y peores condiciones de salud, dentro de sus respectivas sociedades. También desde épocas coloniales, los pueblos indígenas han carecido del poder y de los medios para mejorar su situación. La política de los gobiernos hacia los pueblos indígenas, frecuentemente ha consistido en procurar que

ellos *asimilen la cultura nacional*: en la llamada construcción del Estado Nacional, se excluyó a las etnias y culturas indígenas, y la política del Estado no aceptó el carácter plurinacional y pluriétnico que le correspondía; y se supuso que las poblaciones, las culturas y las lenguas indígenas desaparecerían por extinción natural o por la absorción de estos núcleos humanos en los demás segmentos de la población y en la *cultura nacional*.

El fenómeno de la convivencia y el enfrentamiento de distintos sistemas jurídicos, no es una cuestión simple, ya que existe una tendencia a la simplificación y unificación de todos los valores culturales, más aún con motivo del fenómeno de la globalización u occidentalización. El derecho español que se implantó en las colonias americanas, era producto de las distintas costumbres jurídicas de los godos y otras etnias, armonizadas con el derecho romano; el Derecho es producto de eclecticismos y evoluciones. La Filosofía Política que inspiró al Estado-Nación latinoamericano fue la de la sociedad burguesa y posteriormente se reconocieron las *minorías* de los trabajadores y los campesinos que, paradójicamente eran la mayoría de la población; pero no se observó una política de conservación de las comunidades indígenas, ya que al pensamiento liberal le correspondía una política integracionista.

En estas circunstancias, la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, es de enorme trascendencia. El proyecto fue aprobado por el consejo de Derechos Humanos de la ONU, tras 22 años de negociaciones, en junio de 2006. Esto crea un nuevo entorno internacional, por limitado que sea, para los derechos de los pueblos indígenas, lo que se espera, les ayude a mejorar su situación dentro de sus respectivos países. Según los estudios especializados de la ONU:

En las sociedades multiétnicas se debe siempre actuar según criterios que, en principio al menos, afirmen la igualdad de derechos culturales entre los diferentes grupos étnicos. El estado tiene la evidente obligación de formular y de poner en práctica una política

cultural que, entre otras cosas, cree las condiciones necesarias para la coexistencia y el desarrollo armonioso de los diferentes grupos étnicos que vivan en su territorio, ya sea en virtud de disposiciones pluralistas que garanticen la no injerencia de un grupo en otro, ya sea en virtud de otros programas que garanticen oportunidades iguales y reales para todos (Stavenhagen, 1995, Pág. 108).

Conforme avanzan los conocimientos en el campo de la antropología física, el criterio racial para distinguir a unos seres humanos de otros, ha ido perdiendo valor científico, lo cual sumado a los prejuicios que suele acarrear el término, ha hecho que la palabra raza se encuentre prácticamente ausente de los estudios antropológicos modernos. Anteriormente, desde la época post-colonial, el mestizaje había sido el único fenómeno estudiado por los científicos. Las tesis biologists incluso habían llegado a señalar que el mestizaje podría dar como resultado la aparición de una nueva estirpe más fuerte y más apta para la supervivencia, llegando a hablarse de una nueva *raza cósmica* (José Vasconcelos). Estos conceptos coadyuvaron a la discriminación racial contra el *indio*, lo que se constituyó en práctica cotidiana. Hoy en día, surge la inquietud por la consagración del derecho a la identidad cultural, como derecho fundamental de las personas.

A partir de la década de los sesenta, con las declaraciones de la UNESCO y el Congreso Internacional de Antropología de 1964, en Moscú, se sostuvo que todos los seres humanos pertenecen a una misma especie llamada *Homo Sapiens*, y proceden de un mismo tronco. Las diferencias biológicas entre los seres humanos están determinadas por la diferencia de constitución hereditaria y por la acción del medio sobre el potencial genético; los procesos realizados por el hombre en todos los órdenes, parecen lograrse, desde hace muchos milenios, en el plano de las conquistas culturales y no en el de los patrimonios genéticos.

Una de las tareas de la Antropología Jurídica, sería analizar la terminología más adecuada a utilizarse en la normativa positiva estatal para regular la cuestión de los pueblos indígenas, ya que, según José Ordóñez (1993) las definiciones legales utilizadas por los Estados Latinoamericanos, a juicio de los expertos en antropología jurídica, parten de una visión contenida en la dogmática despectiva y sectaria, que menosprecia a las culturas indígenas llamándolas primitivas. El Grupo de Trabajo sobre poblaciones indígenas de la ONU, ha elaborado el siguiente marco conceptual:

Las poblaciones indígenas están constituidas por los descendientes actuales de los pueblos que habitaron en el presente territorio de un país (...) en el momento en que llegaron a él personas de otras culturas u origen étnico, provenientes de otras partes del mundo, y que los dominaron y redujeron por medio de la conquista, asentamiento u otros medios, a condición no dominante o colonial; que viven hoy más en conformidad con sus particulares costumbres y tradiciones sociales, económicas y culturales que con las instituciones del país del cual forman parte ahora, bajo una estructura estatal en que se incorporan principalmente características nacionales, sociales y culturales de otros segmentos, predominantes, de la población (Ordóñez, 1993, Pág. 48)

La posición no dominante de los pueblos indígenas, es justamente la que genera la necesidad de adoptar medidas de protección y justicia social para estos grupos. Otro factor que hace necesaria su especial protección, es la permanencia de valores culturales propios y diferentes a los de la nación a la que pertenecen. De acuerdo con el Consejo Mundial de Poblaciones Indígenas, los indígenas se autodefinen de la siguiente manera::

Pueblos indígenas son los grupos de poblaciones como los nuestros que, desde tiempo inmemorial, habitamos las tierras que vivimos, conscientes de poseer una personalidad propia, con tradiciones sociales y medios de expresión vinculados al país heredado de nuestros antepasados, con un idioma propio y con características esenciales y únicas

que nos dotan de la firme convicción de pertenecer a un pueblo, con nuestra propia identidad, y que así nos deben considerar los demás (Ordóñez, 1993, Pág. 56).

Como vemos, la condición indígena hoy en día no viene determinada por factores raciales, sino más bien culturales y sociales. Además hoy predomina el criterio de auto identificación, la conciencia social de la propia condición humana. También será tarea de la Antropología establecer jurídicamente la condición indígena de estos grupos, no a través de contenidos biológicos ni culturales fijos, sino con base en la auto identificación y la conciencia de una continuidad histórica con el pasado precolombino. Además, las etnias indígenas no sólo son diferentes en su vestido y costumbres sino que son profundamente distintas en su cosmovisión, en sus valores y en la solidaridad comunitaria que los entrelaza; de manera que el derecho nacional, repleto de formulismos, procedimientos escritos, plazos, términos, instancias, medios de prueba y otras características; resulta quizá la modalidad cultural más lejana y ajena para los pueblos indígenas.

Por otra parte, no se trata de un único grupo indígena, sino de varias etnias con costumbres variadas e incluso, antagónicas. No es posible reducir la riqueza y variedad de las costumbres a un solo cuerpo legal; más bien, el papel de una ley estatal sobre los indígenas debe ser el de enmarcar los principios y límites de la aplicación de sus propios sistemas normativos. No se trata de codificar las costumbres indígenas ni de crear nuevos órganos burocráticos para su aplicación. En las comunidades indígenas suelen operar jueces naturales que imparten justicia de acuerdo a los valores y costumbres de cada etnia, logrando un efectivo control social sobre la comunidad.

4.4 Conclusiones.-

- La Antropología General divide su estudio en Antropología Física y Antropología Cultural. La Antropología Jurídica o Antropología del Derecho, es

la rama de la Antropología Cultural, que se encarga del estudio de la esfera de lo jurídico como de los elementos de un sistema cultural y social.

- En todas las sociedades humanas se encuentra presente una esfera de lo jurídico o normativo, en el sentido de preocupación por el control de la conducta antisocial. No hay sociedad humana en que los seres humanos vivan bajo absoluta arbitrariedad.
- La primera escuela antropológica, llamada Evolucionista, se dedica al estudio del régimen social de comunidades simples *exóticas*, tratando de encontrar en ellas los orígenes de todos los sistemas jurídicos. Sostienen que las culturas humanas se caracterizan por su distinto grado de evolución acumulativa.
- La llamada Escuela Clásica de la antropología, considera, en cambio, que las distintas culturas se distinguen por su orientación hacia diferentes direcciones. Es decir, cada cultura constituye una forma diferente de dar respuesta a unas mismas necesidades humanas, a las cuales llaman esferas culturales universales o patrones. La escuela antropológica clásica cae en el error de intentar atribuir a todos los sistemas normativos de todas las culturas, el funcionamiento de los sistemas jurídicos occidentales modernos. Esta escuela coincide y es influenciada por el auge del positivismo jurídico y la expansión colonial.
- La Antropología Jurídica contemporánea entiende a los fenómenos jurídicos como complejos dinámicos y multidimensionales. Hoy en día su estudio se relaciona estrechamente con el del derecho de las comunidades indígenas y los derechos humanos.
- La importancia del estudio de la Antropología Jurídica, radica en que es necesario comprender a la sociedad en sus múltiples aspectos para pretender transformarla; y es necesario construir una visión completa del derecho, sin desatender su contexto social y cultural, para encaminarse hacia su eficacia.

- En los países latinoamericanos se evidencia, hoy en día, la búsqueda por una nueva relación con los pueblos indígenas y una preocupación por la protección de sus costumbres ancestrales; como podemos comprobar al revisar las modernas constituciones latinoamericanas, que reconocen y validan los sistemas jurídicos indígenas y sus autoridades.
- La situación actual de los indígenas en Latinoamérica tiene sus orígenes en los tiempos coloniales, pues desde entonces carecieron de poder y de medios para mejorar su situación. Por otra parte las nuevas repúblicas tuvieron la política de integrar a los indígenas a la cultura nacional, en lugar de respetar sus costumbres propias.
- La Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, recientemente aprobada por la ONU, constituye el primer gran paso hacia la creación de un entorno internacional para la tutela de los derechos de los pueblos indígenas. La Declaración coincide con las nuevas perspectivas antropológicas, para las cuales el criterio racial ha ido, poco a poco, perdiendo todo valor científico; ya que la pertenencia a uno u otro pueblo tiene más relación con factores culturales y sociales y la auto-identificación, que con los rasgos genéticos heredados.
- Dada la diversidad que distingue a unos pueblos indígenas de otros, la solución para el enfrentamiento entre el derecho estatal y las costumbres normativas de estos grupos, no sería un nuevo cuerpo legal estatal que los regule, sino un marco normativo que contenga los principios y límites de la aplicación de estos sistemas.

CAPÍTULO 5

5 Hacia la eficacia del Sistema Normativo: Enseñanza y Aprendizaje del Derecho.-

5.1 Introducción.-

El conjunto de nuestra investigación, se encamina, en general, hacia el horizonte de la enseñanza y el aprendizaje del Derecho. Hemos indagado en los conceptos fundamentales necesarios para entender el problema de la ineficacia de nuestro sistema normativo, hemos pasado revista a los problemas que se suscitan en la realidad judicial de nuestro país, hemos analizado el contenido de la teoría general del derecho y sus tendencias contemporáneas, y hemos recorrido, asimismo, los caminos de la antropología del derecho y de los problemas de la diversidad cultural en nuestro país. Pero, ¿cuál es la alternativa real, la propuesta práctica de nuestro trabajo? Además de tratarse de uno de los campos que conocemos más de cerca, desde el punto de vista de estudiantes de Derecho; la experiencia y las inquietudes surgidas de esta misma investigación nos han llevado a concluir que, en última instancia, la gran mayoría de problemas sociales que atraviesan los Estados y los grupos humanos, ven la esperanza de ser solucionados, en la educación.

Por las razones que quedan expuestas, hemos reservado el capítulo referente a la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho, para el final de nuestro trabajo. A continuación comenzaremos por definir en líneas generales a la Educación, como proceso y como fenómeno social, y relacionaremos estos conceptos con la enseñanza del Derecho. Enseguida trazaremos una perspectiva de las nuevas tendencias pedagógicas que pueden ayudarnos a mejorar nuestros sistemas de enseñanza en las facultades de Derecho, los mismos que todavía implementan técnicas tradicionales que no están de acuerdo con las necesidades sociales y las posibilidades científicas de hoy en día. Finalmente, nos serviremos del proyecto internacional *Tunning*, en su capítulo

Derecho Ecuador, para dibujar el esquema de las competencias que deben desarrollar los estudiantes de Derecho de las facultades del país y Latinoamérica, las mismas que deben formar parte de los objetivos que los programas de estudio deben alcanzar, encontrando los elementos necesarios para el efecto, que se incluirán siempre en el momento de elaborar y revisar dichos programas.

5.2 Educación y Derecho.-

En este momento nos corresponde referirnos a la herramienta que, creemos, es la clave en el camino hacia la eficacia del derecho: la educación en general, y particularmente la enseñanza y el aprendizaje del Derecho, que también se ha llamado Pedagogía del Derecho. Es importante que en primer lugar, hagamos referencia a las definiciones de *educación* elaboradas por algunos autores. Para Marc Belth:

(...) la educación es, en realidad, un antiguo nombre para la más antigua de las aventuras intelectuales del hombre: el esfuerzo deliberado por acrecentar su singular capacidad de reunir datos de la experiencia, con el objeto de comprenderla e interpretarla, para tener en el futuro mejores experiencias, y poder aprovechar más las anteriores (Belth, 1971, Pág. 15)

Según Edgar Faure:

La educación tiene dos dimensiones. Debe preparar al cambio, y hacer capaces a los individuos para aceptarlo y aprovecharlo; crear un estado de espíritu dinámico, no conformista ni conservador. Paralelamente, debe jugar el papel de antídoto de numerosas deformaciones del hombre y de la sociedad, ya que una educación democrática debe poder remediar la frustración, la despersonalización y en al anonimato del mundo moderno (Faure, 1974, Pág. 114).

Para Jorge Witker (1995) la educación es una proyección institucionalizada de la cultura de cada pueblo y es, además, tarea trascendental del Estado contemporáneo.

La expresión *educar*, hace referencia a todo el mundo valores e imágenes, tecnologías y conocimientos que rodean al hombre desde su nacimiento, y en cuyo interior se interna y socializa el individuo: en Grecia y Roma clásicas, la educación era el proceso por el cual el individuo se transformaba en ciudadano.

La educación puede entenderse como proceso o instancia vital en el desarrollo de la personalidad del individuo, y en este sentido es estudiada por la Psicología y sus distintas ramas; o puede entenderse como el factor que transforma al individuo en ser social, que crea y reproduce patrones valorativos y filosóficos en la conciencia de los educandos, a fin de insertarlos, útilmente, en el sistema económico-social configurado en tiempo y espacio histórico. Este enfoque es estudiado esencialmente por la Sociología y la Filosofía. Como vemos, la educación juega el rol de sistema legitimador de la realidad social. Sociedad y educación se encuentran en una relación dialéctica. El norteamericano John Dewey, citado por Suchodolski y Bodgan (1971), considera que lo que la nutrición y la reproducción son para la vida fisiológica, es la educación para la vida social.

Los grandes objetivos de un sistema educativo, son los enunciados generales político-filosóficos que lo rodean, las maneras de interpretar el mundo, el hombre y la sociedad; en suma, reflejan el arquetipo del hombre apto y necesario para el sistema social. En un segundo nivel, se encuentran los objetivos a nivel de programas de estudios en escuelas y universidades. Los enunciados generales deberían, pues, encontrarse plasmados en la planificación de las asignaturas que corresponden a una carrera. Finalmente encontramos los objetivos a nivel de aula de clase, por cuyo cumplimiento velará el maestro, los mismos que deben mantener estrecha relación con los dos tipos de objetivos superiores y se materializan directamente en la conducta de los estudiantes de un curso determinado. Estos objetivos deben señalar los cambios que se espera producir en los alumnos; no tanto los planes y actividades que el profesor va a realizar. Se trata de objetivos de aprendizaje que deben comunicarse

previamente al estudiante e incluso discutirse con él, para que durante el curso pueda desarrollar sus actividades en forma creadora e independiente. Los métodos de evaluación han de estar, en consecuencia, conectados con estos objetivos. El respeto por esta estructura jerárquica determina la coherencia y la calidad de la enseñanza en general, y naturalmente, el de la enseñanza y aprendizaje del Derecho.

Aunque en el pasado fue privilegio de pocos, desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el derecho a la educación se considera formalmente uno de los derechos fundamentales del ser humano. La educación empezó a incorporarse a los problemas de la economía y del trabajo en el tiempo de la revolución industrial, dada la demanda de nueva mano de obra especializada y obreros instruidos. Posteriormente los textos constitucionales han ido consagrando en sus líneas, principios que postulan una educación universal, gratuita y obligatoria. Paradójicamente, las sociedades capitalistas no ponen la educación al alcance de todos. Perfiles elitistas, desempleo, e incultura, se evidencian en los países latinoamericanos.

A diferencia de los programas de estudio que se elaboran en las facultades de carreras técnicas, los cuales deben adecuarse a los rápidos cambios científicos y tecnológicos; la situación en la enseñanza jurídica ha permanecido relativamente estática, y en general está orientada a la formación de profesionales liberales, y no tanto a la formación de juristas con espíritu crítico y de justicia social, que requieren nuestros países. Para Charles Eisenmann (1995), la enseñanza científica del Derecho requiere una captación intelectual de cada fenómeno que esté conectado con el Derecho, cuyo estudio corresponde a la Teoría General del Derecho. El Derecho es una realidad específica, como si fuese un dominio o reino, es decir, cuando hablamos de Derecho, no debemos entender únicamente un sistema jurídico determinado, sino todos los sistemas jurídicos presentes, pasados e incluso futuros. El Derecho es el campo total de todo lo que es jurídico. La práctica tradicional reserva el concepto de *Ciencia del Derecho* o *Ciencia Jurídica* a una disciplina relacionada sólo con cierto

grupo de problemas jurídicos, cuya materia corresponde a la idea implícita en la palabra *abogado*, siendo las facultades de derecho las llamadas a formar a estos profesionales. Sin embargo, y ya hemos analizado por qué, esta posición no refleja las ideas actuales y al hablar de Ciencia del Derecho hoy en día, debemos entender al *conocimiento* en un sentido amplio filosófico y epistemológico, como combinación de varias disciplinas diferentes involucradas en un todo, por lo que de alguna manera sería más correcto utilizar el plural *Ciencias del Derecho*.

En principio, el derecho positivo o sistema jurídico de una sociedad, comprende el sistema de reglas de derecho que son aplicables a todos o algunos de los miembros de esa sociedad y regula su conducta y su estatus. A *grosso modo*: prohíbe ciertas acciones y prescribe ciertos derechos garantizados. Estas reglas se encuentran recogidas en los códigos, leyes, estatutos, decretos, etc., y también en el derecho formulado por los jueces. Un conocimiento cabal de las normas positivas es un requisito para un conocimiento completo de un sistema jurídico. El propósito de la ciencia jurídica en el sentido tradicional, es un conocimiento de uno o más sistemas de derecho positivo, o de una parte de éste, y se preocupa principalmente del derecho positivo existente en un Estado en particular; por lo que el principal problema que enfrenta es determinar cuál es la ley para un caso determinado y qué se puede hacer en tal caso, de acuerdo a la disposición legal. Se refiere únicamente al contenido normativo de las reglas de derecho, considerándolas como si fueran autónomas o fenómenos aislados.

Si las reglas jurídicas definieran siempre completa y absolutamente las decisiones que deben ser tomadas por el juez o por los funcionarios administrativos, el problema sería de lógica pura, de razonamiento silogístico. Incluso los modernos sistemas informáticos podrían llevar a cabo este *razonamiento* en un tiempo mucho más corto que los seres humanos. Sin embargo, un gran número de reglas jurídicas son, en cierta medida, indeterminadas, o puede ocurrir que sea imposible hallar una regla

jurídica precisa que se ajuste a cierto problema, de modo que el sentido en el que ha de aplicarse el derecho sólo puede encontrarse en el contexto integral del ordenamiento legal e incluso en las normas no escritas, es decir, los principios generales del derecho. En resumen, las normas jurídicas requieren ser interpretadas.

Por lo visto, entonces, la comprensión apropiada del Derecho no es únicamente un problema de razonamiento o deducción, sino que además implica el trabajo de observación de los fenómenos jurídicos y el ejercicio de la crítica; ya que, además de las cuestiones que acabamos de mencionar en el párrafo precedente, no siempre las normas jurídicas pueden ser consideradas *justas*, y entonces aparece el problema de lo que el derecho es y lo que *debería ser*. El conocimiento del derecho positivo no agota la Ciencia del Derecho y las reglas jurídicas no son información autónoma, sino simplemente un sector de la realidad, conectado con otros sectores.

La comprensión científica e integral del Derecho, no se puede lograr si no se identifican las interrelaciones de los fenómenos jurídicos. Las reglas de derecho responden a una problemática social histórica y no pueden ser comprendidas si no se estudian a profundidad esos problemas. Los fenómenos jurídicos son una parte de la realidad social del mundo de los hechos, es decir, son elementos de la realidad humana en el universo. Desde este punto de vista, las reglas de derecho están relacionadas con otros elementos no jurídicos del marco social, con las que guardan una relación de interdependencia. Cuando una regla particular llega a ser una norma de derecho positivo, éste es un hecho histórico condicionado y determinado por una serie de circunstancias tales como acontecimientos económicos, psicológicos e incluso geográficos y físicos, que están interconectados. Las reglas de derecho positivo son, en suma, un producto social y cultural.

El estudio de las relaciones entre las reglas de derecho y estos factores extrajurídicos, es esencial para el conocimiento completo de la Ciencia del Derecho y formará parte,

necesariamente, de la Teoría general del Derecho que debe estudiarse en las facultades. Cabe acotar que, cuanto hemos venido sosteniendo, de ninguna manera significa que deba dejarse a un lado el estudio del derecho positivo vigente. Éste es al fin y al cabo el fin principal que persiguen quienes se inscriben en las facultades de Derecho y uno de los objetos centrales del conocimiento jurídico, pues el Derecho es de esencia normativa. Tampoco se trata de negar la independencia de la Ciencia del Derecho como estudio científico, ya que en ese caso no se justificaría la existencia de escuelas y facultades dedicadas a su estudio. Hablamos más bien de la necesidad de una nueva visión de la enseñanza universitaria del Derecho, una renovación que nos permita formar profesionales que identifiquen los fines del derecho, sus implicaciones sociales y los valores que debe consagrar, capaces de transformar la realidad, y encaminarnos hacia la eficacia de nuestro sistema normativo.

5.3 Hacia una nueva Enseñanza del Derecho.-

La educación, como tarea pública en nuestros países, subsiste con dificultad. Las universidades se ven atrapadas ante la tarea de dar educación masiva y no personalizada, para *fabricar* profesionales y técnicos; a lo que se agrega una pedagogía anticuada y verbalista, configurando un sistema educativo ineficiente y precario. Pueden detectarse elementos caducos en los planes de estudio: una importancia exagerada de los procedimientos tradicionales de evaluación y muy poca atención al modo en el que aprenden los estudiantes. La actividad educativa tradicional se inclina por la repetición, el formalismo excesivo y la imposibilidad de desprenderse del pasado. La educación parece oponerse a su propia naturaleza creativa. Al parecer se olvida que el fin de la educación es que el aprendizaje conduzca a los estudiantes a la colaboración solidaria con los problemas de la sociedad. En un nuevo modelo educativo, los estudiantes deben desarrollar el poder de comprensión y captación del mundo, que se les presenta, no ya como una realidad estática, sino como una realidad en permanente transformación.

En nuestro país aún no existe un verdadero consenso sobre la eficacia pedagógica de un nuevo enfoque multi-dimensional del Derecho. Se trata de un camino que debemos comenzar a explorar, pero que ya ha tenido repercusión en proyectos internacionales como *Tuning*, al que nos referiremos más adelante. El paradigma integrador de la educación, surge como reacción al modelo tradicional de enseñanza del Derecho. Se trata de un nuevo tipo de enseñanza que permite analizar y desentrañar los aspectos contextuales que inciden en el fenómeno jurídico y lograr una enseñanza más consciente y significativa, tanto para el docente como para el alumno, quien debe estar en capacidad de generar una crítica constructiva, transformadora, creativa, innovadora e inter-disciplinaria.

Los problemas en las escuelas y facultades de derecho de Latinoamérica tienen relación directa con los problemas sociales de nuestras comunidades en vías de desarrollo. Una de las discusiones que se han mantenido tradicionalmente en el ámbito de la enseñanza del Derecho, es el enfrentamiento entre la Enseñanza Teórica y la Enseñanza Práctica del Derecho; pues las facultades latinoamericanas siguen adoleciendo del defecto de adoptar sistemas de enseñanza excesivamente dogmática, cuando lo recomendable sería enseñar un derecho en acción, y no tanto un derecho en los libros. Para Héctor Fix-Zamudio (1995), estos dos aspectos de la enseñanza, no sólo que no son opuestos, sino que, además, son inseparables y deben utilizarse de manera equilibrada, ya que la inclinación excesiva por cualquiera de los dos, es perjudicial para la formación armónica de los estudiantes de derecho: la teoría, sin la práctica, se transforma en una simple especulación; y la práctica, desvinculada de la doctrina, se traduce en una serie de datos pragmáticos carentes de sistematización.

El estudiante de derecho debe conseguir una formación sólida que le permita una actitud crítica hacia el ordenamiento establecido y, por lo tanto, la posibilidad de contribuir con el desarrollo y el cambio social. Sin embargo, la realidad es diferente: los estudiantes no tienen una preparación práctica suficiente y además carecen de

material didáctico que les permita intervenir frente a sus profesores. Esta pasividad se refleja posteriormente en una actitud estática de los profesionales frente a los ordenamientos jurídicos, ya que se encuentran imposibilitados para mejorarlos. Por esta razón, es necesario introducir cambios en los métodos pedagógicos de las facultades de derecho, que renueven los ambientes académicos característicos en Latinoamérica, en los cuales predomina el profesor conferencista ante los estudiantes totalmente inactivos.

Al tradicional discurso catedrático, deben sumarse nuevos instrumentos pedagógicos que propicien una enseñanza activa en la que los alumnos participen de forma directa y constante: generando debates, redactando monografías, preparando seminarios, etc. Las principales dificultades con que tropiezan los intentos de renovación de los métodos pedagógicos, se resumen en el peso del sistema tradicional y la resistencia tanto por parte de profesores como de estudiantes, a adoptar nuevas metodologías. Los alumnos no están acostumbrados a participar continuamente de su propio proceso de aprendizaje, y a esto se suma la cantidad excesiva de alumnos en las aulas, la precariedad de los recursos bibliográficos y otros medios de consulta, y la carencia de verdaderos objetivos de aprendizaje en los programas de estudio. Los cambios no pueden implantarse repentinamente, sino que es necesario que los profesores participen en cursos de didáctica y los estudiantes sean introducidos a las nuevas técnicas de aprendizaje.

Por otra parte, en cuanto a los contenidos de las asignaturas, tanto docentes como estudiantes deben tener, según hemos venido sosteniendo, un contacto permanente y más profundo con la Sociología, la Economía, La Ciencia Política, la Antropología del Derecho, entre otras materias sociales; todo esto dentro del marco integrador de la Teoría del Derecho en su enfoque multi-dimensional. El conocimiento del derecho no se agota exclusivamente en la normatividad, así que la enseñanza de estas disciplinas debe insistir en sus métodos y técnicas, de modo que resulten provechosas para la

comprensión del fenómeno jurídico en el contexto social, económico y político al que pertenece. Fix-Zamudio (1995) propone también la utilización del método jurídico comparativo para una enseñanza formativa del espíritu crítico de los alumnos, quienes podrán contrastar lo que ocurre en la realidad nacional con las instituciones de diversos sistemas jurídicos. Uno de los objetivos esenciales del Derecho Comparado es la obtención de un nivel científico de los estudios jurídicos, además del conocimiento dinámico de los ordenamientos del mundo y la comprensión internacional del Derecho.

Además, es necesario adoptar un sistema de preparación y selección del personal académico, y de los estudiantes. Naturalmente, los primeros deben estar en capacidad de impartir enseñanza, y los segundos deben estar en condiciones de recibir y aprovechar los conocimientos. El aumento de la población universitaria es, frecuentemente, desordenado y no necesariamente va acompañado de una ampliación de los recursos educativos y las estructuras universitarias. La formación del personal docente debe merecer toda la atención de los centros educativos, puesto que la preparación de profesores de derecho en nuestras universidades, muchas veces adolece de desorganización e improvisación. No puede dejar de haber una planificación meditada de profundización constante en las materias que los profesores pretenden impartir. En cuanto al alumnado, si bien por razones sociales y económicas, muchas veces no resulta adecuado ni justo implementar exámenes de selección rigurosos; sí es indispensable una preparación mínima que impida fracasos posteriores, principalmente mediante cursos de carácter propedéutico que, además, ilustren a los estudiantes sobre los objetivos y las dificultades de la enseñanza del Derecho, así como las perspectivas de la práctica profesional.

5.4 Competencias que debe desarrollar el estudiante de Derecho.-

Al organizar la enseñanza del Derecho, una de las cuestiones fundamentales que debemos resolver, es cuáles serán los resultados que se desea obtener de tal enseñanza y qué cualidades se espera desarrollar en los estudiantes; puesto que existen varios caminos abiertos para la organización del *pénsum* de estudios. De lo que hemos estudiado anteriormente, se infiere que existen básicamente dos alternativas en este contexto: la preparación de profesionales capaces de trabajar en *leyes*, o la preparación de profesionales que conozcan tan completamente como sea posible la naturaleza del Derecho, considerado como un fenómeno complejo. En la práctica, la mayoría de futuros abogados aspiran al título, no por su valor intelectual intrínseco, sino con la expectativa de ejercer una vocación práctica. De cualquier manera, un balance entre estos dos extremos, nos llevaría a una enseñanza que combine los propósitos prácticos y profesionales, con otros, más teóricos o científicos.

Puesto que el ordenamiento jurídico es un sistema por medio del cual la sociedad regula la conducta de sus miembros; hay un interés por conocer qué son estas reglas y en qué consisten. La comprensión de éstas reglas y su aplicación a los casos concretos implica un trabajo que requiere una preparación especializada; por ello, muchos estudiantes del Derecho consideran que su profesión se reduce a la solución de los problemas jurídicos prácticos, es decir, qué puede hacerse de acuerdo con la ley, qué sanciones pueden esperarse de acuerdo a la ley, qué prescribe la ley en tal caso. Esta actividad llega a ser una profesión en sí misma, que abarca a jueces y autoridades administrativas, funcionarios del ministerio público, abogados litigantes, procuradores, consejeros, consultores, etc. Sin embargo, ya hemos podido darnos cuenta de que el estudio del Derecho también tiene por objeto el conocimiento de los fenómenos de primordial importancia para la vida social, y este aspecto se toma en cuenta cada día más en los sistemas modernos de enseñanza del Derecho.

Precisamente en este marco, el proyecto *Tuning Educational Structures in Europe* – Afinando las Estructuras Educativas en Europa (la traducción es nuestra)-, está

dirigido a las instituciones de educación superior, para cumplir los objetivos de la Declaración de Bolonia de 1999, gracias a la cual, las estructuras educativas de Europa se encuentran en proceso de reforma. De acuerdo con la página Web del propio proyecto, éste no se concentra en sistemas educativos, sino en las estructuras educativas y en el contenido de los estudios: mientras los sistemas educativos son responsabilidad de cada gobierno, las estructuras educativas y su contenido, son responsabilidad de las instituciones de educación superior. La Declaración de Bolonia, por tanto, constituye un punto de partida para discutir la reforma de p \acute{e} nsum, estructuras, programas y ense \acute{n} anza, en donde los perfiles acad \acute{e} micos requeridos, y las necesidades sociales, jugar \acute{a} n un papel important \acute{i} simo.

Hasta hace muy poco tiempo, *Tuning* hab \acute{i} a sido un proyecto exclusivo para Europa. Durante uno de los encuentros del \acute{A} rea Europea de Educaci \acute{o} n Superior para la Uni \acute{o} n Europea, Latinoam \acute{e} rica y el Caribe (UEALC), los representantes latinoamericanos sugirieron la posibilidad de desarrollar un proyecto similar en Latinoam \acute{e} rica, el mismo que se puso en marcha a partir de Octubre de 2003. *Tuning* Am \acute{e} rica Latina, busca *sintonizar* las estructuras educativas que existen en Latinoam \acute{e} rica mediante un debate que permita mejorar la cooperaci \acute{o} n entre instituciones de educaci \acute{o} n superior, para desarrollar la excelencia, eficiencia y transparencia profesional. Los principales objetivos del proyecto son (la traducci \acute{o} n es nuestra):

- Contribuir al desarrollo de competencias f \acute{a} cilmente comparables y comprensibles, de una manera vinculada, a trav \acute{e} s de toda Latinoam \acute{e} rica.
- Fomentar, en un nivel latinoamericano, una convergencia en cuatro \acute{a} reas de estudio de la educaci \acute{o} n superior (Arquitectura, Negocios, Qu \acute{i} mica, Ingenier \acute{i} a Civil, Ense \acute{n} anza, Geolog \acute{i} a, Historia, Derecho, Matem \acute{a} tica, Medicina, Enfermer \acute{i} a y F \acute{i} sica) de acuerdo con las definiciones aceptadas seg \acute{u} n los resultados profesionales y docentes.

- Desarrollar perfiles profesionales en términos de competencias genéricas y las que correspondan a cada área de estudio, incluyendo destreza, conocimiento y contenido para las cuatro áreas incluidas en el proyecto.
- Facilitar la transparencia de las estructuras educativas y fomentar la innovación a través de la comunicación de nuevas experiencias y la identificación de la mejor práctica.
- Crear redes que puedan presentar ejemplos de prácticas eficientes, estimulando la innovación y calidad a través de la reflexión y el intercambio mutuo.
- Desarrollar e intercambiar información relativa a la organización de *pénsum* en las áreas de estudio escogidas, y crear una estructura curricular modelo, significativa por sus puntos de referencia a cada materia, promocionando el reconocimiento de competencias e integración latinoamericana.
- Crear vínculos entre universidades y otros cuerpos calificados apropiados, para producir convergencia en las áreas de las disciplinas escogidas.

Entre los 18 países latinoamericanos que participan de este proyecto, se encuentra el Ecuador, siendo el CONESUP el punto focal de su implementación. En 2005, la Universidad del Azuay fue elegida para coordinar el área de Derecho en el Ecuador. Algunas reuniones se han llevado a cabo desde enero de 2006, con el fin de propiciar diálogos con los decanos de las facultades de Derecho del país, mejorar los niveles de colaboración, y encontrar armonías básicas en el quehacer académico.

En el transcurso de estas reuniones se llegó a algunas conclusiones en cuanto a la enseñanza del derecho en nuestro país, a las que no podemos dejar de hacer referencia,. Por ejemplo, se considera la enseñanza de la Filosofía del Derecho, como eje transversal en el estudio de las instituciones jurídicas, se hace hincapié en la importancia de la revisión de la teoría de los Derechos Humanos y en el estudio a profundidad de la Deontología Jurídica. Se subraya la importancia de relacionar el

estudio del Derecho con el de los valores que persigue y de formar sólidos principios éticos en los estudiantes. Todo esto, por supuesto, sin dejar de lado el estudio de la técnica y la dogmática jurídica. Se introduce además, la necesidad del estudio del Derecho Internacional junto con el nacional, y la de desarrollar la capacidad de relacionar al Derecho con las otras disciplinas científicas.

De las memorias de estas reuniones hemos extraído, en primer lugar, las competencias generales que deben desarrollar los estudiantes universitarios, y en segundo lugar, las competencias específicas para los estudiantes de Derecho:

- Listado de Competencias Generales:

- 1 Capacidad de abstracción, análisis y síntesis.
- 2 Capacidad de aplicar los conocimientos en la práctica.
- 3 Capacidad para organizar y planificar el tiempo.
- 4 Conocimientos sobre el área de estudio y la profesión.
- 5 Responsabilidad social y compromiso ciudadano.
- 6 Capacidad de comunicación oral y escrita.
- 7 Capacidad de comunicación en un segundo idioma.
- 8 Habilidades en el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación.
- 9 Capacidad de investigación.
- 10 Capacidad de aprender y actualizarse permanentemente.
- 11 Habilidades para buscar, procesar y analizar información procedente de fuentes diversas.
- 12 Capacidad crítica y autocrítica.
- 13 Capacidad para actuar en nuevas situaciones.
- 14 Capacidad creativa.
- 15 Capacidad para identificar, plantear y resolver problemas.
- 16 Capacidad para tomar decisiones.
- 17 Capacidad de trabajo en equipo.

- 18 Habilidades interpersonales.
- 19 Capacidad de motivar y conducir hacia metas comunes.
- 20 Compromiso con la preservación del medio ambiente.
- 21 Compromiso con su medio socio-cultural.
- 22 Valoración y respeto por la diversidad y multiculturalidad.
- 23 Habilidad para trabajar en contextos internacionales
- 24 Habilidad para trabajar en forma autónoma.
- 25 Capacidad para formular y gestionar proyectos.
- 26 Compromiso ético.
- 27 Compromiso con la calidad.

Según podemos apreciar, estas competencias se relacionan, sobre todo, con la obtención de resultados reales del proceso educativo. Resultados visibles que se consiguen mediante la aplicación práctica de los conocimientos adquiridos. Se toman en cuenta aspectos básicos del funcionamiento de la educación, como la capacidad de organizar el tiempo que deben adquirir los educandos; y las exigencias del mundo contemporáneo, que han hecho que hoy en día no pueda concebirse un profesional que no domine cuando menos un idioma extranjero y que no pueda servirse de los medios de comunicación e información que están disponibles hoy en día. Esto se relaciona con la capacidad de actualización que deben tener estudiantes y profesionales, para lo cual también es necesario que sepan investigar y elaborar conclusiones a partir de sus investigaciones.

La capacidad de valorar la diversidad cultural en nuestros países latinoamericanos, no puede dejar de estar presente entre las competencias generales de los universitarios, pues, como hemos podido concluir en capítulos anteriores; nuestra identidad diversa configura una problemática social particular y única que debemos enfrentar en un marco de equidad y respeto. El espíritu crítico al que nos hemos referido en más de

una ocasión, configura otra de las competencias indispensables que deben poseer quienes egresan de las universidades, pues un profesional que carece de un compromiso ético con su medio social y cultural, poco o nada puede hacer para servir a la comunidad en que vive. Finalmente, la capacidad para trabajar en equipo, relacionándose con profesionales de iguales o distintas disciplinas, así como la capacidad de tomar decisiones y formular proyectos, son características de un profesional activo, que puede contribuir a mejorar la vida en su sociedad, y a la realización del bienestar común.

- Listado de competencias de los graduados en Derecho:

- 1 Conocer, interpretar y aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento jurídico. Este punto se relaciona con la Teoría general del derecho y la hermenéutica jurídica.
- 2 Conocer, interpretar y aplicar las normas y principios del sistema jurídico nacional e internacional en casos concretos.
- 3 Buscar la justicia y equidad en todas las situaciones en las que interviene. Este punto se relaciona con la Axiología Jurídica.
- 4 Estar comprometido con los Derechos Humanos y con el Estado social y democrático de Derecho.
- 5 Capacidad de ejercer su profesión trabajando en equipo con colegas.
- 6 Capacidad de trabajar en equipos interdisciplinarios como experto en Derecho contribuyendo de manera efectiva a sus tareas.
- 7 Comprender adecuadamente los fenómenos políticos, sociales, económicos, personales y psicológicos -entre otros-, considerándolos en la interpretación y aplicación del Derecho. Este punto se relaciona con las Ciencias Auxiliares del Derecho como la Sociología, la Economía, la Psicología, etc.

- 8 Ser conciente de la dimensión ética de las profesiones jurídicas y de la responsabilidad social del graduado en Derecho, y actuar en consecuencia. Este punto está relacionado con el estudio de la Deontología Jurídica.
- 9 Capacidad de razonar y argumentar jurídicamente. Este punto se relaciona con el estudio de la Lógica Jurídica.
- 10 Capacidad de dialogar y debatir desde una perspectiva jurídica, comprendiendo los distintos puntos de vista y articulándolos a efecto de proponer una solución razonable.
- 11 Considerar la pertinencia del uso de medios alternativos en la solución de conflictos.
- 12 Conocer una lengua extranjera que permita el desempeño eficiente en el ámbito jurídico (inglés, portugués y español).
- 13 Capacidad para usar la tecnología necesaria en la búsqueda de la información relevante para el desempeño y actualización profesional.
- 14 Capacidad para aplicar criterios de investigación científica en su actividad profesional.
- 15 Capacidad para aplicar sus conocimientos de manera especialmente eficaz en un área determinada de su profesión.
- 16 Capacidad de enfrentar nuevas situaciones y contribuir a la creación de instituciones y soluciones jurídicas en casos generales y particulares.
- 17 Capacidad para redactar textos y expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros.
- 18 Capacidad para analizar una amplia diversidad de trabajos complejos en relación con el Derecho y sintetizar sus argumentos de forma precisa.
- 19 Capacidad para tomar decisiones jurídicas razonadas.
- 20 Comprender y relacionar los fundamentos filosóficos y teóricos del Derecho con su aplicación práctica. Filosofía del Derecho
- 21 Demostrar conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico.

- 22 Capacidad de actuar jurídica y técnicamente en diferentes instancias administrativas o judiciales con la debida utilización de procesos, actos y procedimientos.
- 23 Capacidad para decidir si las circunstancias de hecho están suficientemente claras para poder adoptar una decisión fundada en Derecho.
- 24 Actuar de manera leal, diligente y transparente en la defensa de intereses de las personas a las que representa.

En cuanto a las competencias específicas de los graduados en las facultades de derecho, vemos que estas giran en torno a la idea de que el profesional en derecho debe, necesariamente, comprender los problemas individuales y sociales en relación con la vida colectiva y con el medio ambiente. Durante la reunión del proyecto *Tuning Derecho Ecuador*, se habló de que una de las deficiencias de que adolecen quienes egresan de las facultades de derecho, es la falta de capacidad para trabajar en equipo y coordinar proyectos, cuando incluso deberían poder interactuar con profesionales de otras disciplinas, por lo que este aspecto importante debería tomarse en cuenta durante su formación académica. Con la coordinación de proyectos se relaciona la capacidad de investigación, de la que ya hemos hablado; la misma que lleva implícito el hábito de lectura que, por nuestra experiencia personal, podemos decir que es prácticamente inexistente entre los estudiantes universitarios en general, lo que resulta por demás alarmante. La lectura, no únicamente sobre temas jurídicos, servirá para entender mejor la relación del Derecho con otras ciencias, así como para mejorar la capacidad de expresión tanto verbal como escrita, destreza indispensable para un abogado; quien debe además encontrarse en capaz de razonar y argumentar sobre las bases de la Lógica Jurídica

El conocimiento de los principios generales del Derecho es una de las habilidades que deben dominar quienes han estudiado derecho. Esto guarda coherencia con lo que hemos venido sosteniendo acerca de la importancia de estudiar al Derecho en todas

sus dimensiones, incluyendo perspectivas sociológicas, psicológicas, antropológicas y particularmente valorativas, ya que el Derecho consagra valores y persigue unos fines últimos; los mismos que podremos conocer estudiando a los principios generales del Derecho dentro de marco de la Teoría General del Derecho. Por ello también coincidimos en la necesidad de implementar el estudio de la Axiología Jurídica, para comprender los valores de justicia, equidad y bienestar común, que son los valores universalmente consagrados por los ordenamientos jurídicos. Este estudio no puede prescindir del estudio de la Deontología Jurídica o Ética profesional; puesto que sólo un abogado con sólida formación ética y en derechos humanos puede realmente interesarse por contribuir con la felicidad colectiva y actuar de manera transparente, teniendo por horizonte a la justicia.

5.5 Conclusiones.-

- La educación puede entenderse como proceso por el cual aprenden los individuos, y en este sentido su estudio corresponde a la Psicología; y puede entenderse como el fenómeno social que prepara a los individuos para formar parte de su comunidad, y en este sentido la estudian la Sociología y en general la Filosofía.
- Los fines de la educación se organizan de manera jerárquica: los objetivos mayores son los que responden a las necesidades sociales y a las estructuras políticas y económicas de un Estado; en un segundo nivel están los objetivos de los programas educativos y, finalmente, los objetivos a nivel de aula escolar. Estos tres deben guardar una relación armónica y jerárquica, similar a la que debe guardar la totalidad de un sistema jurídico con los principios constitucionales y los derechos humanos.
- La carrera de Derecho ha permanecido estática en relación con otras carreras de índole técnica, que se ven obligadas a actualizarse al ritmo en que cambia la tecnología. Por esta razón en las facultades de derecho existe un apego por

- métodos educativos tradicionales, que ya no responden a la realidad social ni a las concepciones científicas contemporáneas sobre el aprendizaje humano.
- El sistema de enseñanza que predominaba en Latinoamérica se encuentra en una crisis de carácter general, en particular en las escuelas y facultades de Derecho. La enseñanza tradicional se caracteriza por la clase oratoria por parte del profesor y una pasividad absoluta por parte de los estudiantes; y aunque se ha iniciado un movimiento de implantación de nuevas técnicas de enseñanza, se tropieza con numerosas dificultades para su aplicación en la práctica.
 - El sistema tradicional de enseñanza no permite la preparación de profesionales y juristas con espíritu crítico, a fin de que puedan contribuir a la realización eficaz del Derecho en nuestros países, donde se experimentan dolorosos cambios sociales.
 - Es necesario plantear los problemas con serenidad y de manera objetiva, y proponer medios e instrumentos que contribuyan a mejorar los sistemas de enseñanza en Latinoamérica y comprender la educación en el derecho en su verdadera dimensión multidisciplinaria.
 - La epistemología y la pedagogía contemporáneas, ya no consideran a las materias de manera aislada. Si bien tradicionalmente la Ciencia Jurídica se ha referido exclusivamente al estudio de los sistemas jurídicos nacionales y en general, de la normativa positiva vigente, hoy en día el Derecho, como objeto de estudio, se visualiza como la totalidad de lo jurídico, el conjunto de los fenómenos jurídicos de distinta índole que se relacionan entre sí; por lo que se trata de un fenómeno pluridisciplinario, que sólo puede comprenderse mediante el estudio de todas las dimensiones que lo integran.
 - La educación superior a nivel latinoamericano debe revisarse y renovarse, pues pone muy poca atención al aprendizaje de los estudiantes y sigue aplicando una serie de métodos pedagógicos obsoletos, como la enseñanza

verbalista en la que no hay participación alguna del estudiante, y los métodos de evaluación tradicionales que no siempre revelan qué cambios ha operado el aprendizaje en la conducta del educando.

- El nuevo modelo educativo debe tener por finalidad poner a los estudiantes en condiciones de colaborar solidariamente con los problemas sociales y darles una visión amplia del universo, que se encuentra en transformación constante.
- El problema central de la enseñanza del Derecho en Latinoamérica es el sistema educativo que pone al estudiante en un papel totalmente pasivo frente al profesor; lo cual repercute en el momento en que el estudiante llega a ejercer su profesión y acepta impasiblemente la realidad social, sin tratar o encontrarse en condiciones de transformarla.
- La implantación de un nuevo sistema educativo no puede hacerse de golpe, sino mediante la preparación de los docentes y los estudiantes a través de cursos que analicen los nuevos métodos pedagógicos.
- La efectividad de un proceso educativo implica necesariamente el conocimiento de los objetivos que se quieren alcanzar y los cambios que se espera haber producido en los estudiantes al final de su formación.
- El proyecto Tuning Europa ha sido trasladado a América Latina y el Ecuador, con el objeto de revisar, regular y producir convergencia de las estructuras educativas a nivel latinoamericano, *poniendo a tono* la enseñanza en las universidades. Entre los logros de este proyecto está la elaboración de las veinticuatro competencias que deben desarrollar los graduados en derecho; tomando como eje principal el estudio de la Filosofía del Derecho y la Teoría general del Derecho con un enfoque ético y valorativo de la enseñanza, mediante la Deontología Jurídica y la Axiología Jurídica. Se toma en cuenta como puntos esenciales de la enseñanza del Derecho a la formación en Derechos humanos, Derecho Internacional y Derecho Comparado y se confirma la necesidad de poner a tono los sistemas educativos con las

posibilidades informativas y tecnológicas contemporáneas, así como en la formación pluridisciplinaria de los profesionales, quienes deben ser capaces de generar proyectos, llevar a cabo investigaciones y desenvolverse eficientemente en equipo.

CAPÍTULO 6

6 Conclusiones.-

6.1 Conclusiones Teóricas.-

- Sobre los conceptos preliminares:

El Derecho es un sistema complejo cuyo objetivo es regular la vida social; a su vez, las normas son las reglas formuladas de manera positiva, dentro de ese sistema, que prescriben lo que la conducta humana debe ser, en esa sociedad, para alcanzar, en última instancia, la realización de determinados valores que corresponden a las ideas de justicia y bienestar común de una comunidad en un momento histórico determinado. La validez de una norma está dada por la legalidad del proceso de creación de la norma, pero también son condiciones de validez de una norma la consagración en su texto de los principios del derecho y su aplicación real en la sociedad. La eficacia de una norma, por su parte, se refiere a la coincidencia entre la conducta humana y aquello que prescribe la norma, o bien, a la aplicación efectiva de la sanción correspondiente para los casos de contravención. Una norma está vigente cuanto es exigible y aplicable en la sociedad además de ser formalmente válida, y es legítima cuando responde a los intereses y necesidades de sus destinatarios.

En el primer capítulo de la monografía, ya hemos podido apercibirnos de que existen formas diferentes de conceptualizar, según las diferentes tendencias doctrinarias. Luego de referirnos a las nociones de norma y Derecho, ha sido esencial para nuestro trabajo la distinción entre la validez formal y la eficacia real de la norma, y hemos podido constatar que el pensamiento contemporáneo considera que la eficacia también es condición de validez de la normativa positiva, no únicamente su elaboración acorde con los procesos formales legales establecidos. Así mismo, los

puntos de vista filosóficos valorativos de hoy, consideran requisito de validez, a la consagración de principios generales del Derecho, en todas las leyes estatales.

La noción de legitimidad tiene relación con las necesidades propias de un grupo social y los intereses de los individuos que lo conforman, puesto que una norma es legítima cuando corresponde efectivamente a los intereses propios de sus destinatarios. En tal sentido, una norma que no es legítima, tendrá menos probabilidades de ser eficaz, por cuanto su existencia no es verdaderamente útil para quienes están llamados a acatarla.

El concepto de sanción, por su parte, tiene que ver con la relación causa-efecto que el positivismo formal llamó principio de imputación en el marco jurídico. Si bien las modernas doctrinas científicas están cuestionando la relación causa-efecto en la naturaleza, sustituyéndola por una aserción de probabilidad y, además, las teorías del caos están considerando que los sistemas complejos (y el Derecho es uno de ellos) no pueden obedecer a organizaciones lineales y predecibles; este es un concepto jurídico fundamental que nos interesa en cuanto también tiene vinculación directa con la eficacia: de producirse la conducta contraria a la prescrita por la norma, debe aplicarse una sanción que funciona como medio restablecedor de la justicia.

- Sobre el sistema jurídico ecuatoriano:

La constitución ecuatoriana, como paradigma de la normativa positiva de nuestro país, se nos presenta como un cuerpo jurídico avanzado, que reconoce situaciones reales que no habían sido consideradas por las cartas fundamentales anteriores, garantiza el respeto por los derechos consagrados en tratados internacionales y subraya la responsabilidad estatal y de los funcionarios públicos con respecto a sus actividades y a las situaciones en que se violenten los derechos fundamentales.

- Sobre la Teoría General del Derecho, su contenido y las doctrinas contemporáneas:

La Teoría General del Derecho es la disciplina jurídica que se encarga de conceptualizar, categorizar y explicar los principios, cualidades y relaciones de la Ciencia del Derecho; entendiéndose que la Ciencia del Derecho integra todo cuanto se relaciona con los fenómenos jurídicos, en una visión multi-dimensional de su objeto de estudio. El positivismo formal coincidió con una época de sobrevaloración de los recientes hallazgos científicos, y procuró depurar de todo elemento que no fuera estrictamente normativo, a la ciencia jurídica. El derecho positivo se consideró un objeto ya creado y acabado, que debe estudiarse sin tomar en cuenta consideraciones valorativas no positivas. Estas escuelas entraron en crisis a partir de la Segunda Guerra Mundial, tanto por las preguntas planteadas en torno a la validez de los regímenes totalitarios de la época, como por los replanteamientos epistemológicos y las nuevas reflexiones jurídicas sobre la multi-dimensionalidad del Derecho.

La Epistemología contemporánea toma en cuenta factores que se encontraban ausentes en el pensamiento científico del pasado: la complejidad de la realidad y los numerosos y diversos elementos que la integran, la consideración de los principios de ciencias tan modernas como la mecánica cuántica, y la destrucción de la idea de que es necesario aislar para comprender; han propiciado el surgimiento de las modernas teorías epistemológicas, como la teoría de los sistemas y la teoría del caos, según las cuales los fenómenos del universo se organizan en sistemas y subsistemas que son diferentes a los elementos que los conforman, cuya complejidad no permite que puedan aplicarse ordenamientos lineales para predecir su comportamiento, y donde ya no es posible tomar como base un solo enfoque o una sola visión del fenómeno para explicar su funcionamiento. En el caso del Derecho, durante largo tiempo se consideró a la norma positiva como el eje de validez absoluto sobre el cual se debía teorizar para entender el Derecho. Hoy en día, las visiones jurídicas integrativas nos muestran la complejidad y la multi-dimensionalidad de los fenómenos jurídicos.

Según la Concepción tridimensional del Derecho de Miguel Reale, a todo fenómeno jurídico corresponde un hecho subyacente y un valor que le confiere significado a ese hecho. Estos tres elementos se integran en una relación dialéctica; es decir que son al mismo tiempo distintos e interdependientes. No se trata de dividir al Derecho en tres sectores diferentes para estudiarlos por separado, sino más bien de tener presente en todo momento, la existencia de esas tres dimensiones y estudiar cómo se relacionan entre sí. Esta ampliación de la comprensión del fenómeno jurídico ha sido progresivamente adoptada, con diversos matices, por importantes teóricos del Derecho, como Recasens y García Máynez, entre otros.

- Sobre los Principios Generales del Derecho:

Los Principios Generales del Derecho son consideraciones valorativas que se relacionan con lo que cada sociedad ha considerado históricamente, como el fin último del Derecho. Se trata de ideas referentes a la realización de la justicia y el bien común, que han inspirado la elaboración de normativa positiva y que se reelaboran constantemente en el pensamiento humano. Algunos de estos principios se pueden encontrar en la normativa positiva de varios países del mundo, bajo la forma de principios jurídicos de aplicación general, que tienen por objeto la realización de determinados valores sociales. No obstante, la incorporación de principios de validez universal a un sistema jurídico, no agota las posibilidades del Derecho, por cuanto éste existe para ser aplicado en la realidad, y la realidad no podría jamás ser finita, predecible y determinada. La búsqueda de la realización de los principios generales del derecho, debe traducirse en una actitud constante del hombre y una disposición permanente a trabajar por la justicia y el bienestar de todos.

- Sobre Antropología Jurídica:

La Antropología General se divide en dos disciplinas: Antropología Física y Antropología Cultural. La Antropología Jurídica o Antropología del Derecho, es la rama de la Antropología Cultural que se encarga del estudio de la esfera de lo jurídico como uno de los elementos de un sistema cultural y social complejo. Esta esfera, por supuesto, se encuentra relacionada con todas las demás esferas de la vida humana. En todas las sociedades humanas se encuentra presente una esfera de lo jurídico o normativo, en el sentido de necesidad de reprimir la conducta antisocial. No hay sociedad humana en que los seres humanos vivan bajo absoluta arbitrariedad. Por esta razón, se considera que el derecho es uno de los patrones culturales universales que pueden estudiarse en un contexto antropológico.

La primera escuela antropológica, llamada Evolucionista, se dedicó al estudio del régimen social de las que se consideraron comunidades simples *exóticas*, tratando de

encontrar en ellas los orígenes de todos los sistemas jurídicos, como si se tratara de un estadio primitivo, común a todas sociedades humanas. Para esta escuela, las culturas humanas se caracterizan por su distinto grado de evolución acumulativa. La escuela evolucionista coincide con las teorías de Darwin y Lamarck de la época. La llamada Escuela Clásica considera, en cambio, que las distintas culturas se distinguen por su orientación hacia diferentes direcciones; es decir, cada cultura constituye una forma diferente de dar respuesta a unas mismas necesidades humanas, a las cuales llaman esferas culturales universales o patrones. El error de la escuela antropológica clásica consiste en su intento de atribuir a todos los sistemas normativos de todas las culturas, el funcionamiento de los sistemas jurídicos occidentales modernos. Esta escuela coincide y es influenciada por el auge del positivismo jurídico y la expansión colonial. La Antropología Jurídica contemporánea, por su parte, entiende a los fenómenos jurídicos como complejos dinámicos y multidimensionales que se integran en un sistema social igualmente complejo, en donde interactúan con muy diversas esferas culturales humanas. Hoy en día su estudio se relaciona estrechamente con el del derecho de las comunidades indígenas y con los derechos humanos. Las nuevas perspectivas antropológicas, han ido dejando a un lado, poco a poco, los criterios raciales que se usaban para diferenciar a los seres humanos, ya que éstos han ido perdiendo todo valor científico; y la pertenencia a uno u otro pueblo tiene más relación con factores culturales y sociales y con la auto-identificación, que con los rasgos genéticos heredados.

- Sobre la Enseñanza del Derecho:

La educación en general, puede entenderse como el proceso por el cual los individuos aprenden, y en este sentido su estudio corresponde a la Psicología; y puede entenderse como el fenómeno social que prepara a los individuos para formar parte de su comunidad, y en este sentido la estudian la Sociología y la Filosofía.

Los fines de la educación deben organizarse de manera jerárquica: los objetivos mayores son los que responderán a las necesidades sociales y a las estructuras políticas y económicas de un Estado; en un segundo nivel están los objetivos de los programas educativos y, finalmente, los objetivos a nivel de aula escolar. Estos tres deben guardar una relación armónica y jerárquica, similar a la que debe guardar la totalidad de un sistema jurídico con los principios constitucionales y los derechos humanos.

La Epistemología y la Pedagogía contemporáneas, ya no consideran que las materias deban impartirse de manera aislada. Si bien tradicionalmente la Ciencia Jurídica se ha referido exclusivamente al estudio de los sistemas jurídicos nacionales y en general, al de la normativa positiva vigente, hoy en día el Derecho, como objeto de estudio, se visualiza como la totalidad de lo jurídico, el conjunto de los fenómenos jurídicos de distinta índole que se relacionan entre sí; por lo que se trata de un fenómeno pluridisciplinario que sólo puede comprenderse mediante el estudio de todas las dimensiones que lo integran y sus conexiones .

6.2 Conclusiones Prácticas.-

- Sobre el sistema jurídico ecuatoriano:

Luego de revisar el texto de la Constitución política vigente, y realizar un análisis comparativo con lo que ocurre en la realidad nacional, no es evidente la realización de los principios constitucionales en la sociedad, como tampoco el respeto de la Constitución en la normativa secundaria, y, principalmente, la eficacia y aplicación directa de los derechos humanos y garantías como el acceso a la justicia y la igualdad ante la Ley. La administración de justicia en el Ecuador se encuentra, prácticamente

en todos los criterios utilizados para evaluar su efectividad, en las posiciones más bajas con respecto a los países latinoamericanos y del mundo.

La lentitud en la administración de justicia abre espacios a la corrupción institucionalizada y evidencia la necesidad urgente de implementar el procedimiento oral en los trámites judiciales, ya que, aunque formalmente se encuentra establecido, en la práctica siguen realizándose los procedimientos escritos del pasado.

El Ecuador es un país que exhibe los más altos niveles de politización en la administración de justicia. Un sistema jurídico no puede funcionar correctamente si no está garantizada la independencia de la función judicial, tanto de las esferas de poder político como de las de poder económico. Lamentablemente, según indican las estadísticas recogidas por organismos internacionales, los sectores más empobrecidos de la población, son también los que tienen menor acceso a la justicia. Por esta razón es imperioso y urgente implementar un adecuado servicio de defensoría pública que haga que la posibilidad de hacer valer los propios derechos, sea real y accesible para todos.

En un medio social en el que la clase política no sirve a los intereses ciudadanos, y la administración de justicia se encuentra politizada, es indispensable que el ciudadano común se interese por la realidad nacional y fiscalice la actuación de la autoridad pública, exigiéndole rendición de cuentas, pero también colaborando y proponiendo proyectos para que encamine su gestión. Si la normativa de una comunidad debe responder a los intereses de sus destinatarios, también es deber de estos destinatarios poner de manifiesto esos intereses. La participación ciudadana activa se nos muestra como una de las claves para la reforma de nuestro sistema jurídico y de la actuación política en general. Si bien es comprensible que la crisis política haya propiciado una actitud despectiva por parte del ciudadano para con la clase política; la indiferencia y apatía ciudadana sólo pueden empeorar la situación presente y dejar

expeditos los caminos de la arbitrariedad jurídica y el clientelismo político. Un cambio de actitud sólo puede obtenerse a través de la educación ciudadana y de la adecuada preparación de los estudiantes que asisten a los centros educativos de todo nivel, en el Ecuador.

- Sobre Antropología Jurídica:

El estudio de la Antropología Jurídica, debe ser implementado en las facultades de Derecho, puesto que es necesario que los profesionales comprendan a la sociedad en sus múltiples aspectos para pretender transformarla; y es necesario construir una visión completa del Derecho, que no desatienda su contexto social y cultural, para encaminarse hacia su eficacia. Este estudio reviste importancia particular en los países latinoamericanos que, como consecuencia de la conquista europea y los procesos de mestizaje, tienen una población conformada de manera plural y diversa. En estos países se ha reforzado la búsqueda por una nueva relación con los pueblos indígenas y una preocupación por la protección de sus costumbres ancestrales, como podemos comprobar al revisar las modernas constituciones latinoamericanas, que reconocen y validan los sistemas jurídicos indígenas y sus autoridades.

La Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, recientemente aprobada por la ONU, constituye el primer gran paso hacia la creación de un entorno internacional para la tutela de sus derechos. Dada la diversidad que distingue a unos pueblos indígenas de otros, la solución para el enfrentamiento entre el derecho estatal y las costumbres normativas de estos grupos, no consistiría en un nuevo cuerpo legal estatal que los regule, sino en un marco normativo que contenga los principios y límites de la aplicación de estos sistemas, que no podrán contradecir a los principios generales del derecho, ni a los derechos humanos.

- Sobre la Enseñanza del Derecho:

A nivel latinoamericano y ecuatoriano, la carrera de Derecho ha permanecido estática en relación con otras carreras, especialmente las de índole técnica, ya que éstas se ven obligadas a actualizarse al ritmo al que cambia la tecnología. Por esta razón en las facultades de derecho existe un apego por métodos educativos tradicionales que ya no responden ni a la realidad social y sus necesidades, ni a las concepciones científicas contemporáneas sobre el aprendizaje humano.

El sistema de enseñanza que predomina en Latinoamérica, se encuentra en una crisis de carácter general, y en particular en las escuelas y facultades de Derecho. La enseñanza tradicional se caracteriza por la clase oratoria por parte del profesor y una pasividad absoluta por parte de los estudiantes; y aunque se ha iniciado un movimiento de implantación de nuevas técnicas de enseñanza, se tropieza con numerosas dificultades para su aplicación en la práctica, ya que ni alumnos ni maestros se encuentran suficientemente entrenados en estos métodos y técnicas, y tampoco conocen cuáles son los objetivos que se persiguen mediante su implementación. El sistema tradicional de enseñanza no permite la preparación de profesionales y juristas con espíritu crítico, a fin de que puedan contribuir a la realización eficaz del Derecho en nuestros países, en los que vivimos una dolorosa problemática social.

Es necesario plantear los problemas con serenidad y de manera objetiva, y proponer medios e instrumentos que contribuyan a mejorar los sistemas de enseñanza en Latinoamérica y comprender la educación en el derecho en su verdadera dimensión multidisciplinaria. La educación superior a nivel latinoamericano debe revisarse y renovarse, pues pone muy poca atención al aprendizaje de los estudiantes y sigue aplicando una serie de métodos pedagógicos obsoletos, como la enseñanza verbalista en la que no hay participación alguna del estudiante, y los métodos de evaluación

tradicionales que no siempre revelan qué cambios ha operado el aprendizaje en la conducta del educando. El nuevo modelo educativo debe tener por finalidad poner a los estudiantes en condiciones de colaborar solidariamente con los problemas sociales de su comunidad y darles una visión amplia de un universo que se encuentra en transformación constante.

El problema central de la enseñanza del Derecho en Latinoamérica es el sistema educativo, que coloca al estudiante en un rol totalmente pasivo frente al profesor; lo cual repercute en el momento en que el estudiante llega a ejercer su profesión y acepta impasible la realidad social, sin tratar de transformarla, seguramente porque no se encuentra en condiciones de hacerlo. Sin embargo hay que tomar en cuenta, que la implantación de un nuevo sistema educativo no puede hacerse de golpe, sino mediante la preparación de los docentes y los estudiantes a través de cursos que analicen los nuevos métodos pedagógicos. Por otra parte, la efectividad de un proceso educativo implica necesariamente el conocimiento de los objetivos que se quiere alcanzar y los cambios que se espera haber producido en los estudiantes al final de su formación, objetivos que deben ser cuidadosamente estudiados por los maestros, y analizados por los estudiantes para que puedan formar parte activa de su propio proceso educativo.

El proyecto educativo *Tuning* Europa ha sido trasladado a América Latina y Ecuador, con el objeto de revisar, regular y producir convergencia de las estructuras educativas a nivel latinoamericano, *poniendo a tono* la enseñanza en las universidades. Entre los logros de este proyecto está la elaboración de las veinticuatro competencias que deben desarrollar los graduados en derecho; tomando como eje principal el estudio de la Filosofía del Derecho y la Teoría general del Derecho con un enfoque ético y valorativo de la enseñanza, mediante la Deontología Jurídica y la Axiología Jurídica. Se toma en cuenta como puntos esenciales de la enseñanza del Derecho, a la

formación en Derechos Humanos, Derecho Internacional y Derecho Comparado, y se confirma la necesidad de poner los sistemas educativos a tono con las posibilidades informativas y tecnológicas contemporáneas, así como la formación pluridisciplinaria de los profesionales, quienes deben ser capaces de comunicarse en varios idiomas, dominar recursos tecnológicos, generar proyectos, llevar a cabo investigaciones y desenvolverse eficientemente en equipo.

BIBLIOGRAFÍA.-

AVALOS Magaña Sergio Arturo y MADRIGAL Martínez César Humberto, Hacia una antropología jurídica de la modernidad, Revista científica Episteme, México 2005.

BODENHEIMER Edgar, Teoría del Derecho, México, 1942, Colección Popular.

CONSTITUCIÓN Política de la República del Ecuador, Quito, 2006, Página Web de la Presidencia de la República: <http://www.presidencia.gov.ec/>

EISENMANN Charles, Los objetivos y la naturaleza de la enseñanza del Derecho, México, 1995, libro pdf.

FINCH John, Introducción a la Teoría del Derecho, Barcelona, 1977, Labor Universitaria.

FIX-ZAMUDIO Héctor, Algunas reflexiones sobre la enseñanza del derecho en México y Latinoamérica, México, 1995, libro pdf.

GARCÍA Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, México, 1940, Editorial Porrúa S.A.

GONZÁLES Oropeza, Manuel, El fuero indígena, México, 1995, libro pdf.

HERNÁNDEZ Marín Rafael, El proceso de creación del derecho, España, 2000, libro pdf.

INSTITUTO Internacional de gobernabilidad de Cataluña, Perfil de Gobernabilidad de la República del Ecuador, Quito, mayo 2005

JURADO Romel, Revista Ecuador Debate No. 48 “modernidad cultura y juzgamiento”

KELSEN Hans, ¿Qué es Justicia?, Barcelona, 1982, Editorial Ariel S.A.

KELSEN Hans, Teoría Pura del Derecho, México, 1935, libro pdf.

KUPPE René y POTZ Richard, La Antropología del Derecho: perspectivas de su presente, pasado y futuro, México 1995, libro pdf.

LEDESMA Uribe José de Jesús, En torno a la Teoría Tridimensional del Derecho de Miguel Reale, México, 2005, libro pdf.

MAGALONI Beatriz, La desobediencia civil en la democracia constitucional, México, 1990, documento electrónico.

MERAZ Andrea, Perspectivas socioculturales en el estudio del derecho de Esteban Krotz, España, 2006, libro pdf.

MONTÚFAR César, artículo Revista Ecuador Debate No. 62 “Antipolítica, participación y representación ciudadana, Quito, 2004.

MORALES Ordoñez Juan, artículos varios, Cuenca 199-, Universidad del Azuay.

ORDÓÑEZ Cifuentes, José Emilio, Conceptualizaciones Jurídicas en el Derecho Internacional Público Moderno y la Sociología del Derecho: “indio”, “pueblo” y “minorías”, México, 1993, II Cumbre Indígena de Oaxtapec, libro pdf.

ORTEGA Jaramillo Rubén, Introducción al Derecho, Loja, 1999.

PEREZNIETO Castro Leonel y LEDESMA Mondragón Abel, Introducción al Estudio del Derecho, México 1988, Editorial Harla.

PRIETO Valdés Martha, Validez, Vigencia, Eficacia y Legitimidad. Relación y distinción, Cuba, s/a, libro pdf.

RECASÉNS Siches Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, México, 1959, Editorial Porrúa S.A.

TUNING América Latina, Página Web: <http://tuning.unideusto.org/tuningal/>

TUNING Educational Structures in Europe, Página Web: <http://tuning.unideusto.org/tuningeu/>

WIKILEARNING, Cursos Abiertos, página Web: <http://www.wikilearning.com/>

WIKIPEDIA, la Enciclopedia Libre, Página Web: <http://wikipedia.org/>

WITKER Jorge, La enseñanza del Derecho, México, 1995, libro pdf.