



La relación IUS filosófica del derecho y
su concordancia con la legislación ecuatoriana

Carlos Alcívar Trejo

La relación IUS filosófica del derecho y su concordancia con la legislación ecuatoriana

La relación IUS filosófica del derecho y su concordancia con la legislación ecuatoriana

Carlos Alcívar Trejo



La relación IUS filosófica del derecho y
su concordancia con la legislación ecuatoriana

© Carlos Alcívar Trejo

Docente tiempo parcial de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad ECOTEC.

Jefe de Cultura Científica. Vicerrectorado Académico -

Decanato de Investigación, Internacionalización y Posgrados de la Universidad de Guayaquil.

Phd. (C) UNIVERSIDAD DE CORDOBA ESPAÑA, en Ciencias Sociales y Jurídicas

Phd. (C) en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Argentina (UCA)

Orcid.org/0000-0002-2937-1417

1calcivar@ecotec.edu.ec

1carlos.alcivart@ug.edu.ec,

COAUTORES

Ab. Ambar Murillo Mena. Mg.

Dr. José J. Albert Márquez

2021,

Publicado por acuerdo con los autores.

© 2021, Editorial Grupo Compás

Guayaquil-Ecuador

Grupo Compás apoya la protección del copyright, cada uno de sus textos han sido sometido a un proceso de evaluación por pares externos con base en la normativa del editorial.

El copyright estimula la creatividad, defiende la diversidad en el ámbito de las ideas y el conocimiento, promueve la libre expresión y favorece una cultura viva. Quedan rigurosamente prohibidas, bajo las sanciones en las leyes, la producción o almacenamiento total o parcial de la presente publicación, incluyendo el diseño de la portada, así como la transmisión de la misma por cualquiera de sus medios, tanto si es electrónico, como químico, mecánico, óptico, de grabación o bien de fotocopia, sin la autorización de los titulares del copyright.

Editado en Guayaquil - Ecuador
Primera edición

ISBN:978-9942-33-457-2

Cita.

Trejo. C. (2021) La relación IUS filosófica del derecho y su concordancia con la legislación ecuatoriana. Editorial Grupo Compás.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| CAPÍTULO I | 7 |
| CONCEPCIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO, ELEMENTOS DE SU EVOLUCIÓN | 7 |
| CAPÍTULO II..... | 27 |
| APLICACIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN EL DERECHO ECUATORIANO..... | 27 |
| CAPÍTULO III | 54 |
| INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS ESCUELAS JURÍDICAS DEL ECUADOR..... | 54 |
| CAPÍTULO IV..... | 87 |
| LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA COMO RESULTADO DEL ENFOQUE IUS-NATURALISTA Y POSITIVISTA DEL DERECHO..... | 87 |

Introducción

Las normas jurídicas y constitucionales constituyen un escenario interesante de análisis y por ende de interpretación, teniendo como marco de la misma las diferentes visiones que a lo largo de los años se han ido agrupando en Escuelas Jurídicas cada una de ellas abrazando diversas teorías doctrinales que le sirven de sustento y a la vez le imprimen un carácter fundamental a fin de aplicar la norma en los acontecimientos que así lo ameriten en el quehacer diario del ciudadano.

En este texto, se realiza un análisis de los instrumentos jurídicos de la República de Ecuador desde la relación del Derecho y la Filosofía, articulando a su vez teoría y práctica, acción y reflexión, conocimiento y praxis; siendo la forma de integración de manera comprensiva de la enseñanza y el aprendizaje, buscando la interacción constante de la aplicación de la norma con el desarrollo de una sociedad que no puede detenerse por lo que debemos apropiarnos de la implicancia que denota la dinámica de un ciudadano que vive en relación con otro y que de ese intercambio social permanente, se producen hechos que requieren de un constante análisis e interpretación de la normativa legal ajustada a los nuevos tiempos.

Esta dinámica social, aunada al rol que como docentes e investigadores tiene el profesional del Derecho en todas las sociedades del mundo, entre ellas la sociedad Ecuatoriana, surge la necesidad de autores y coautores de este libro de poner por escrito los hallazgos que en materia de análisis de la norma jurídica y constitucional han desarrollado a partir de UNA

APROXIMACIÓN A LA LEGISLACIÓN ECUATORIA, VISTA DESDE LA ACADEMIA JURÍDICA; constituyéndose en un aporte académico para la consulta a fin de coadyuvar en el desarrollo de las actividades investigativas en el ejercicio del discente, docentes, profesionales e investigadores, proyectando a la vez futuros trabajos e investigaciones, pues ofrezcan luces para el fortalecimiento del ordenamiento jurídico y el imperio de la ley en la nación.

Esta iniciativa ratifica su posición y apego al principio de la seguridad jurídica; siendo garantes que ninguna disposición emanada de una ley pueda ser desconocida, sencillamente por la puesta en práctica de una resolución de inferior jerarquía, inclusive evitando el desacato de su aplicación por alguna autoridad del Estado.

CAPÍTULO I

CONCEPCIÓN FILOSÓFICA DEL DERECHO, ELEMENTOS DE SU EVOLUCIÓN

Ab. Carlos Alcívar Trejo. Mg.
Ab. Ambar Murillo Mena. Mg.
Dr. José J. Albert Márquez

I.- Introducción

El ser humano en su proceso evolutivo, ha ido enriqueciendo el conocimiento a medida que ha logrado explicar los fenómenos naturales que se desarrollan en su entorno y ha trascendido por la búsqueda del saber de las cosas que lo rodean. En un principio con un razonamiento empírico y mitológico, luego por medio de la aplicación de la lógica y reflexiones más estructuradas, con lo cual le han dado repuestas a muchas inquietudes que han surgido a medida que la sociedad ha crecido y se ha redefinido.

En este sentido Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo (2015) indican que:

Los seres humanos siempre han hecho preguntas acerca de las cosas que nos rodean. Algunas de las preguntas eran prácticas, preguntando lo que podríamos utilizar para alimentos o ropa. Otras preguntas se refieren a lo que usamos para construir refugios. Hoy podemos entrar en un laboratorio y medir lo que está en una materia determinada. Esta capacidad no estaba disponible hasta el último par de siglos. Los antiguos filósofos pensaron mucho sobre muchas cuestiones y trataban de responderlas (p.1).

A estas interrogantes se le pueden agregar ¿Quiénes somos? ¿Cómo existimos? ¿De dónde vinimos? ¿Qué indican las estrellas? ¿existe un ser superior?, entre otras interrogantes, las cuales fueron interpretadas por un innúmero de pensadores de la era antigua, entre los que destacan desde la visión occidental, los filósofos griegos y desde la visión oriental y menos conocidos en algunos casos los filósofos chinos. Quienes dieron repuestas a las mismas de una manera existencial en algunos casos, religiosa en otros y también de forma científica.

Para dar respuestas a estas inquietudes existenciales, construyeron un conjunto de razonamientos lógicos el cual fue evolucionando con el transcurrir de los años y lograron profundizar en la concepción humana, valiéndose de procesos metódicos sobre conceptos abstractos que querían definir o explicar comenzando por el ser interno y luego el externo, que dieron origen a una serie de códigos de comportamiento de la sociedad. Basados en la verdad y la ética, construyendo de esta manera en una fundamentación científica, explicando las características, las causas y los efectos de los fenómenos naturales como el ser humanos y el universo.

Adicionalmente la filosofía, ha dado base al establecimiento de normas de convivencia los cuales se encuentran inmersos en los valores y la ética, los cuales dieron los fundamentos para la realización de ciertas normas de comportamientos y sanciones a quienes violaran estas normas de convivencia, siendo la contribución de la filosofía al derecho, los cuales se ven reflejados en diferentes leyes y reglamentos en la actualidad, teniendo estas su origen en las concepciones filosóficas que han ido evolucionando con el crecimiento de la ciencias y la sociedad.

II.- Métodos

Caracterizar la importancia de la Filosofía en el marco del Derecho como génesis del desarrollo holístico del ciudadano en relación con los otros en la sociedad donde está inmerso, se constituyó en el objetivo principal de este capítulo.

Entre los objetivos específicos para el abordaje de este tópico nos planteamos: Identificar los rasgos característicos de la Filosofía del Derecho que configuran el perfil profesional del Derecho integrando teoría y práctica. Teniendo como segundo objetivo específico: Describir a partir del enfoque de diferentes autores, las transformaciones del Derecho, desde la visión de la Filosofía como elemento dinamizador de la justicia y equidad del Estado con énfasis en el desarrollo social.

III.- La Filosofía y su andamiaje histórico

Filosofía

La RAE (2019) establece que la filosofía es un “conjunto de saberes que busca establecer, de manera racional, los principios más generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano” (s/p). Para Sánchez Meca (2017) la filosofía tiene el fin “de ofrecer un concepto de la totalidad, una concepción *metafísica* del ser del mundo y del sentido de la vida” (s/p). Sin embargo, Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit. indican que:

Cuando hablamos de la filosofía, en realidad estamos refiriendo a los pensamientos e ideas que comenzaron en Asia Menor alrededor de 600 AC

La palabra "Filosofía" proviene de las palabras griegas *philein*, que significa "amor" y *Soph*, que significa "sabiduría". Así que la "filosofía" significa literalmente el "amor a la sabiduría." Con los griegos aparece por primera vez el pensamiento filosófico en todas sus manifestaciones como la ciencia, matemática, psicología, ética, estética y pocas veces a través de la historia occidental se han dado pensadores que hayan compaginado tan estrechamente dichas investigaciones (p. 1).

Quiles (s/f) establece que la palabra filosofía:

es un término griego que significa «amante» («filos») de la sabiduría («sofía»). La invención y el sentido de su término se atribuyen al antiguo filósofo griego Pitágoras, el cual, interrogado por el rey Leontas, si él era un sabio, contestó: Yo no soy sabio («sofos»), sino un amante o un buscador de la sabiduría (filósofo). Con ello quería expresar, modestamente, que no poseía la ciencia, pero que trabajaba para adquirirla, insistiendo más en lo que no sabía que en lo que sabía. Los hombres han tenido siempre necesidad de buscar la sabiduría y por eso el filosofar ha acompañado a la humanidad desde sus orígenes, en una forma más o menos perfecta (s/p).

Desde este punto de vista la filosofía, puede ser concebida como una ciencia, es decir, la ciencia madre de la cual se desprenden casi todas las disciplinas especializadas que hoy en día conocemos. Esta ciencia centra su interés en la reflexión, específicamente sobre temas como la moral, la belleza, la experiencia, el lenguaje y la existencia misma, enfocándose en el ser de la persona.

Desarrollo de la filosofía

La filosofía es tan antigua como la humanidad misma, ya que esta aparece desde que el hombre comienza su proceso de

pensamiento, teniendo su auge formal en el mundo occidental en la antigua Grecia, por lo cual Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit. indica que:

La civilización griega fue la primera cultura occidental, que logra relacionar el carácter ordenado, legal y racional del mundo, a su vez que identifica al hombre como un instrumento que ha de servir tanto al conocimiento como a la vida práctica (moral y política): es decir, a la razón. Para llegar a este logro, ellos se sustentan en los avances filosóficos desarrollados para la construcción del pensamiento científico (p. 1).

Es por ello que se ubica a los orígenes de la filosofía, en la Grecia de año 600 A.C. siendo la cuna de grandes pensadores como Sócrates quien vivió entre los años (477-399 AC), Platón en los años (427- 347 AC) y Aristóteles para los años (384-322 AC). De los cuales Sócrates y Platón provenían de Atenas. Mientras que Aristóteles estuvo relacionado con Platón y este a su vez con Sócrates. A Sócrates no le gustaba estudiar el mundo natural. El prefería pensar sobre la naturaleza humana. Para él, la naturaleza no representaba un escenario de aprendizaje.

Pero ¿quién era Platón? Fundador de la primera escuela, la Academia, cuyo fin primordial, desde la admiración a la naturaleza, era darle forma a la filosofía naturalista. Esta escuela se encontraba en Atenas y logró mantenerse por más de 800 años. Este espacio de formación denominado la Academia fue la casa de estudio de Aristóteles por unos 20 años antes que el rey de Macedonia Filipo II, lo solicitara como tutor de su pequeño hijo. Quien era Alexander, que luego pasaría a ser reconocido como Alejandro Magno, el gran conquistador.

Estos personajes fueron los más relevantes en la filosofía griega, mas no son los únicos, filósofos de su época, ya que las academias eran muy solicitadas y de gran crecimiento, sin embargo estos filósofos no eran intocables y percibían mucha oposición a sus postulados, a pesar de ello, lograron contribuir al nacimiento incipiente de la ciencia, por cuanto comenzaron el proceso de sistematizar la idea de crear un enfoque racional y objetivo para la comprensión del funcionamiento del mundo y del porque ocurrían las cosas. Esta situación se convirtió en un elemento esencial para el progreso de la ciencia por medio de los desacuerdos de la concepción como son las cosas.

Conocer el mundo que nos rodea, se convierte en la fuente primordial de la búsqueda del conocimiento, el saber cómo funciona, cuáles son los elementos que lo integran, entre otros, han justificado ancestralmente el uso de la razón, la lógica y la observación, llegándose inclusive a poder examinar la forma, todo esto a partir del escudriñar de los hechos.

El proceso de conflicto de concepciones o visiones del mundo, se extendió luego por toda Europa por medio de la conquista que realizo el imperio romano a Grecia, quien logra de esta manera exportar su cultura a todo el imperio.

Luego con la caída del imperio romano, se entra en un letargo y es a partir del renacimiento que las ideas filosóficas de la antigua Grecia son retomadas y se fusionan considerando los hallazgos tecnológicos, pero son los alquimistas quienes a través de sus descubrimientos liderizaron tanto la filosofía como los escenarios de invención para la época.

Las matemáticas que vinieron del Medio Oriente se combinan con la filosofía de Grecia, esto nos dio nuestra comprensión actual de los sistemas numéricos y sus aportes a la astronomía, así como al nacimiento de la ciencia moderna que ha innovado con sus descubrimientos, producto de la integración de los planteamientos filosóficos con otras áreas y pensamientos.

Entre estas áreas se tiene a la filosofía social que, según Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit. expresa que:

La filosofía creció en el seno de la historia del idealismo clásico alemán. Algunos de sus mayores logros pueden encontrarse en ciertas partes del sistema hegeliano. No es que antes de Hegel no se hubiese dado algún esfuerzo por definir el objeto de la filosofía social: las obras principales de Kant, por ejemplo, ya contienen una teoría filosófica de la ciencia, del derecho, del arte y de la religión. Pero esta filosofía social está fundada en atributos de la personalidad individual (Einzelpersönlichkeit), y aquellos ámbitos (la ciencia, el derecho, el arte y la religión) se entienden sólo como proyecciones de un sujeto autónomo (p.2).

Por consiguiente, desde esta perspectiva, Arte, religión y filosofía están directamente relacionados a la lógica dialéctica universal. Al respecto, Hegel (1997), “Su dinámica y obras no provienen ya de las decisiones libres del sujeto individual, sino del espíritu de los pueblos dominantes. (Geist der herrschenden Völker)” (p.106).

IV.- La Filosofía como Ciencia

Cordua (1992) indica que:

Una disciplina filosófica se expone teniendo en cuenta la naturaleza del conocimiento especulativo, que ha sido explicada detalladamente en la Ciencia de la l6gica. Estos Elementos presuponen aquella explicación y no contienen, por eso, más que alguna justificación somera del método científico y su procedimiento demostrativo (p. XI).

Para Quiles ob. cit. indica que la filosofía es la ciencia

que nos da las últimas explicaciones sobre la realidad. En virtud de los primeros principios que la filosofía debe estudiar, ella es la única que puede llegar más allá del conocimiento puramente experimental, y, aplicando dichos principios y coordinando los últimos resultados de la ciencia, da un paso más allá, el último paso del conocimiento, y se pregunta sobre el último origen y el último fin del universo y la razón de su existencia (s/p).

Merino (1987) establece que:

Hay muchas maneras de definir la ciencia, pero todas las definiciones de la ciencia incluir varios pasos sistemáticos para el proceso de la investigación científica. Estos incluyen la realización de observaciones científicas, proponiendo científica preguntas, el diseño de los experimentos científicos, la recopilación científica información, hacer interpretaciones científicas, evaluando científica supuestos, discutiendo las implicaciones científicas, y la evaluación de diferentes puntos de vista (p. 57).

Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit.

En pocas palabras, los científicos utilizan métodos sistemáticos, o particulares, tales como la

observación y la experimentación, para obtener una mejor comprensión del mundo alrededor de nosotros. Los científicos recopilan información o datos, a continuación, utilizan estos datos para llegar a conclusiones y predicciones acerca de cómo funciona el mundo. Los modernos científicos del mundo de hoy en día también usan instrumentos para ayudarles a hacer observaciones que no pueden observar con sus sentidos solos (p. 2).

Los filósofos se distinguen por hacerse preguntas del porqué de las cosas que ocurren a su alrededor, ¿cuál es la naturaleza del evento? ¿de dónde surge el conocimiento? Mientras que la ciencia tiene como fin el definir esos eventos, por medio de un proceso sistemático de estudiar el mundo que nos rodea. Pero son los científicos, quienes al procesar los datos recopilados formulan conclusiones para comprender la realidad y a su vez explicar por qué ocurre este fenómeno.

Con lo cual, Martínez (2005) afirma que:

Así que la filosofía, o la forma en que pensamos sobre el mundo que nos rodea, puede afectar a la ciencia que hacemos. A medida que nuestros cambios de pensamiento también lo hacen los experimentos podemos realizar o la dirección podemos tomar en la búsqueda de nuevos descubrimientos (p. 38).

Cuando hacemos ciencia, estamos creando un estado filosófico, debido a que al realizar los procesos sistemático y ordenado para explicar por qué ocurre un determinado fenómeno a nuestro alrededor, estamos comprendiendo el estado de nuestro ser que si busca el por qué a las cosas y la manera de comprenderlo para conocer su entorno y su ser exterior y de esta manera tranquiliza su ser interior.

V.- La Moral y la Ética en la Filosofía:

Hegel ob. cit. indica que la moral “es aquella en que la voluntad ha llegado a ser infinita para sí misma y ya no solo infinita implícitamente, como en la posición anterior” (p. 104). Mientras que Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit. establecen que:

La moral que vemos expresado en los contratos e intercambios, que reflejan un respeto recíproco entre las personas de uno de los derechos de los otros, es sólo una expresión particular de una dimensión más amplia y profunda de la vida moral que Hegel llamo vida ética. Vida ética es un sistema de normas y costumbres que pertenecen a un cuerpo social, formado por esferas de la interacción social y la interdependencia en la que están inmersos todos los individuos. Mientras que la moral aleja a la gente de lo que es hacia lo que debería ser, la vida ética no es más que lo que es, el conjunto de significados y prácticas que guían a las personas en las actividades diarias si son conscientes de ello o no (p. 2).

En concordancia con lo anterior Cordua ob. cit. indica que:

el sujeto moral se de una objetividad actuando de manera que todo lo que hace exprese lo que él es íntimamente. En este sentido la voluntad moral es un todo concreto o unidad de subjetividad y objetividad, de querer intereses particulares, que se expresan en la correspondiente conducta moral. Esta conducta no depende ni de una necesidad exterior ni de una coerción, sino que es una auténtica primera forma de autodeterminación, esto es, de libertad (p. 92).

La eticidad es concebida por Hegel ob. cit.

La eticidad es la idea de la libertad como el bien viviente que se conoce y se quiere a sí mismo en la autoconciencia y que se realiza mediante la acción consciente. La autoconciencia tiene en el orden

ético, por otra parte, a su fundamento absoluto y al fin que la activa y la guía en su desarrollo (p. 123).

Cordua ob. cit. indica que:

La autoridad de las leyes éticas es infinitamente mayor porque las cosas naturales no representan a la racionalidad más que de manera inconexa, externa; e incluso la ocultan bajo la forma de la contingencia reinante en la naturaleza (p. 130).

Con respecto a la vida ética Hegel ob. cit. establece que:

Vida ética está presente en los tres niveles importantes de la vida social. En su forma más elemental, que está presente en la familia y se expresa en las emociones básicas como el amor y el altruismo. En la sociedad civil, una esfera de interacción social corresponde a la vida económica o el "sistema de necesidades." La sociedad civil se involucra individuos como portadores de derechos abstractos, como dueños de la propiedad y los titulares de los derechos legales. En la sociedad civil, las personas se relacionan entre sí en términos universales (p. 124).

En este contexto, la ética tiene que ver con la libertad que posee el hombre para desarrollar sus potencialidades o facultades cognoscitivas, como las cosas que ha de conocer en el sentido individual o social y la relación natural que se va a generar entre el sujeto y el objeto, entre el contexto donde está inmerso y la comunidad social donde hace vida.

VI.- La Filosofía en el Derecho

De acuerdo a Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit.

La filosofía del derecho hay que considerarla como un repertorio de preguntas en cuanto a las ramas del derecho, la filosofía del derecho no es una rama del derecho, es una rama de la filosofía, por lo tanto, no es una ciencia jurídica sino una filosofía o conocimiento que estudia la ciencia jurídica (p. 3).

Para Cordua ob. cit. la filosofía del derecho, posee una concepción científica la cual define como:

La ciencia filosófica del derecho es la idea de derecho (o de la justicia) y la actualización de esta idea en determinadas existencias reales. "Idea" designa a la unidad viviente de una forma y de un contenido. En esta esfera del derecho, que es la de la libertad, el ingrediente formal de la idea es siempre la voluntad; el contenido, en cambio, son ciertos derechos y sujetos de derecho, ciertas leyes e instituciones en los que la voluntad se ha encamado, dándose una existencia determinada (p. 3).

Cordua ob. cit.

La ciencia del derecho no es sino una parte del sistema filosófico. Ella se inicia gracias al resultado de la actividad de otras disciplinas filosóficas; acepta como dado el concepto de derecho o de justicia, el cual será un supuesto no demostrado de la ciencia del derecho. Pero la racionalidad de su asunto; que es la idea de derecho, no la recibe hecha, sino que tiene que demostrarla y desarrollarla a partir del concepto recibido (pp. 3-4).

En este sentido, teología y derecho se consideran pues las disciplinas científicas dirigidas a la interpretación, lo que le imprime un carácter mediatizante característico asociado a recurrir de manera constante a la hermenéutica. Es por ello, que ante las interrogantes ¿qué es la filosofía del derecho? O ¿qué es el derecho?, reviste un carácter filosófico, más no jurídico formal.

Es por ello que Millas (s/f) responde a la pregunta “¿Qué es la filosofía? Un saber total radicalmente fundado, relativo al ser de las cosas (al ser del derecho) y al valor de la existencia (subjetividad jurídica)” (s/p).

Por lo cual, la filosofía aplicada al derecho para Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit, “es un conocimiento que se adquiere a partir de la experiencia racional de lo concreto, pero hay una radicalización en el nivel del cuestionamiento o las preguntas que se realizan” (p. 3).

Para poder analizar el objeto del derecho a partir de la filosofía, Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob.cit. sugieren tener una actitud filosófica, abrazando cuatro condiciones que abarcan: la contemplación de la teoría para dar respuesta a la razón de ser de las cosas, como segunda condición proponen el escudriñar como se elabora el conocimiento lo cual se expresa a través de la palabra. Como tercera categoría, la construcción de un saber total con dos vertientes una radical y otra de visión integradora de la experiencia. Presentando finalmente como cuarta categoría la asociada a los valores, lo que constituye una mirada valorativa a lo que representa la existencia.

Beuchot (2018) establece que:

el derecho debe estar de acuerdo con la filosofía moral, esto es, tener una base ética, una fundamentación en el ser humano, en la antropología filosófica adecuada, la cual depende de la ontología. Con ello vemos cómo la filosofía del derecho conjunta de manera armoniosa todas las ramas de la filosofía, para configurar un todo humano, para que esté al servicio del hombre (p. 36).

Beuchot ob cit. continua afirmando que, la filosofía esta tan aplicada al derecho, que esta se fundamenta en la hermenéutica, que es la corriente filosófica que se encarga de interpretar un contenido o un acto, por lo cual afirma que:

Hermenéutica analógica, es decir, basada en la noción de analogía, que fue tan cara a esos pensadores. Pertenecieron a la tradición analogista y en ella promovieron la justicia a toda costa, porque la justicia misma tiene una estructura analógica, basada en la proporción y la equidad (p. 40).

VII.- Ramas de la filosofía aplicadas al derecho.

Axiología, metafísica, epistemología y la teoría de la argumentación son consideradas ramas de la filosofía asociadas al derecho. Para conocer el derecho a través de ellas, Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit. desde la mayéutica asocian cada rama a una interrogante a saber, a la metafísica las preguntas que dan respuesta a la definición del derecho y su conexión a la realidad, a la axiología las relacionadas con los valores y las normas ideales, a la epistemología los cuestionamientos asociados al conocimiento a partir de la concepción jurídica y finalmente, a la interpretación lo concerniente a la estructuración de la norma jurídica.

Para Kelsen citado por Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Ortiz Chimbo ob. cit., la norma jurídica solo responde a la ecuación Vínculo debe ser Prestación, por lo que la no Prestación debe ser igual a Sanción, es decir que la no prestación, el no acatamiento de la norma es lo que obedece a la aplicación de la sanción, pero esa óptica crítica de Kelsen queda vacía, hueca dado que olvida la

importancia de los valores jurídicos entre ellos la posibilidad fehaciente del cumplimiento espontáneo de la misma.

Estructura de la norma jurídica.

Para el estudio de la estructura jurídica que debe tener una norma, se deben seguir los actos cognitivos expuestos por Kelsen quien indicando que Vínculo es a Prestación lo que Prestación es a Extinción, siendo esta una postura que realza los principios axiológicos de la norma, considerando entonces que solo el cumplimiento espontáneo de la norma es lo que provocará en el sujeto resaltar en su vivencia diaria el principio de la buena fe. Finalmente, la no Prestación de atención a la norma implicaría la aplicación de la sanción.

Beuchot ob. cit.. La filosofía del derecho trata sobre el fenómeno jurídico, pero siempre se concreta en el caso particular o individual, lo cual está definido en el propósito de los estudios actuales, que tienen a la hermenéutica jurídica como base o herramienta de hacer ciencia. El sujeto que aplica la ley y hace su interpretación de la norma, concluye que ¿su interpretación tiene como fuente de inspiración la ley, él cómo ser inmanente y trascendente o al legislador?; esta es una interrogante que no puede ser contestada de manera sencilla y siempre quedara la duda de su interpretación.

En este sentido, Fernandez (1991) hace referencia a que la ciencia esta asociada a su objeto de estudio y este la caracteriza, la condiciona incorporandole las área temáticas que la conforman, asi pues si se aborda el derecho el derecho Constitucional se hará referencia a teoría constitucional, garantías constitucionales por

ejemplo pero si por el contrario, el área revisada es el Derecho Penal, nos toparemos con temáticas asociadas como titificación del delito, potestad punitiva del Estado, entre otras afines en atención a la naturaleza estudiada..

Lo anteriormente, expuesto significa que cuando se plantea y analiza la estructura de una norma jurídica, se revisan sus elementos constitutivos que le son propios, lo que en filosofía sería el sujeto cognoscente y lo que ha vivido, el cúmulo de sus vivencias, lo que imprime un escenario problemático que engloba al sujeto, al jurista y el contexto histórico que le sirve de asidero al pensamiento. Propiciando que el sujeto llamado jurista, siendo quien redacta la norma, siempre se articule a partir de *su* tiempo individual, lo que implica que todo intento por tratar la totalidad del contexto, se obvie y se concreta solo en lo individual. Por lo cual, Zan (s.f.) indica que “la filosofía del derecho le otorga al Estado, el papel de conciliación de la acción individualista moderna y la libertad, con la necesidad de la pertenencia colectiva que debe imperar en una sociedad” (s/p).

Hegel (1989) afirma, que el Estado como entidad reguladora de la sociedad, es el objeto inmediato de la historia universal, porque por medio de él se alcanza la libertad, la objetividad y porque con la ley constituye la expresión objetiva de la autodeterminación del hombre en la vida pública: "pues la ley es la objetividad del espíritu y la voluntad en su verdad; y sólo la voluntad que obedece a la ley es libre, pues se obedece a sí misma y permanece en sí misma, y es, por tanto, libre" (p. 104). Mientras que Zan ob. cit. indicando que,

para Hegel el Estado no es sólo una entidad política y autoritaria, pero la arena más amplia de las relaciones sociales que corresponden a la cultura común, o vida ética. Es en la institución del Estado, por lo tanto, que las contradicciones de la vida ética revelarán y la fijarán ellos mismos. En la sociedad moderna, el papel del Estado es conciliar las tendencias egoístas e individualizadora de la sociedad civil con la necesidad de pertenencia común (s/p).

VIII.- El Paradigma Científico-Jurídico de la Ilustración

El paradigma científico-jurídico de la ilustración, es una corriente de pensamiento que se fundamenta en el apoyo que poseen los hechos que pueden ser cuantificables y verificables, obviándose el hecho histórico de estudio, con lo cual se deshumanizó al derecho como ciencia humana y se colocó a la par de las ciencias duras. En este sentido Pérez Luño (1999) indica que en:

El siglo XVIII había forjado un paradigma de cientificidad jurídica elaborado de espaldas a la Historia. Su modelo inspirador se había tomado de las ciencias físico-matemáticas, que en esa época gozaban ya de un desarrollo y prestigio notables a imagen de ellas los juristas deseaban construir una ciencia jurídica reguladora de la conducta humana basada en leyes tan universales, permanentes y necesarias como las leyes que rigen el mundo de la naturaleza física (p. 16).

Prosigue Pérez Luño *ob. cit.* indicando que Las ciencias jurídicas respondían a las leyes universales asociadas directamente a la conducta humana, a la razón para lograr una interpretación sin prejuicio de las mismas y el hecho

de legislar a partir de lo que esa interpretación de lo universal está mediando, constituyéndose estos en los postulados básicos de la legislación eterna.

Conclusiones

La filosofía está inmersa en el derecho, desde el nacimiento de esta ciencia, por cuanto nutre cada rama en la cual esta se divide, desde lo ontológico hasta lo epistémico de la ciencia jurídica, lo cual se evidencia cuando se busca segmentar el objeto total del “derecho” en particularidades, eliminando de esta manera el sentido de sistema que este contiene, teniendo que recurrir a la filosofía para la reconstrucción del objeto.

Es por ello que, cuando se habla de la importancia de la Filosofía del Derecho en la praxis profesional, se visualiza en primer lugar al derecho como un conjunto de normas, pero al profundizar este estudio esta conceptualización trasciende e incorpora el término sistema para denotar su dinamismo intersistema pero también su interacción constante con sistemas externos que lo contextualizan. Creada esta concepción a partir de la postura filosófica de la ética y la moral, por lo cual el profesional del derecho debe tener una percepción clara de la moral y la ética que está plasmada en toda norma jurídica, por lo cual debe velar por el cumplimiento del estado de derecho.

Por lo cual, la filosofía del derecho se encarga de estudiar el objeto formal de la norma jurídica, lo que supone el estudio del derecho como parte de la ciencia. Por lo tanto, se le da repuesta a la pregunta asociada a la génesis de la norma y que conductas

están desde su génesis llamada a regular, pasando a preguntamos cuál es el elemento de esas normas. Siendo el profesional del derecho el encargado de dar respuesta a la colectividad de estos razonamientos por medio de la hermeneusis que genera en el estudio de las normas jurídicas.

Con el conocimiento de la manera en la cual se estructura una norma jurídica y su fin, el profesional del Derecho, adquiere un aprendizaje de la filosofía que plasma el legislador de la manera que se regula la libertad de actuación de la sociedad, por lo cual es capaz de entender el espíritu de la norma y su rango de acción con lo cual se logra organizar el devenir de sus actos y comportamiento para una convivencia moral y éticamente aceptable para todos.

Siendo la Filosofía del Derecho, un eje primordial para el logro de los objetivos del derecho, los cuales están incrustados en la sociedad como la justicia, equidad, la moral y la ética que debe regir la convivencia de la sociedad, siendo el estado el garante del cumplimiento de los mismo para conseguir un desarrollo social, desde todo punto de vista y con un enfoque histórico de la evolución de la colectividad nacional.

Referencias

Alcívar Trejo, C., Calderón Cisneros, J. & Ortiz Chimbo K. (2015). La importancia evolutiva de la filosofía del derecho y su aporte social. *Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 27. Recuperado de: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2015/01/filosofia-derecho.html>

- Beuchot, M. (2018). Vitoria y Suárez sobre el derecho. Revista Jurídica Digital UANDES 2(1) UNAM, México
- Cordua, C. (1992). Explicación sucinta de la filosofía del derecho de Hegel. Editorial Temis Santa Fe de Bogotá.
- Fernandez, J. (1991). Filosofía jurídica de Eduardo García . Universidad de Oviedo. España
- Hegel, G. (1989). Lecciones sobre la filosofía de la historia universal, Madrid, España, Alianza
- Hegel, G. (1997) Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas, Madrid, Alianza
- Martinez, S. (2005). Historia, filosofía y enseñanza de la ciencia . UNAM. Mexico.
- Merino, J. (1987). Ciencia, filosofía y existencia. Editorial Encuentro. España
- Millas, J (s/f). Filosofía del derecho. Comentarios, notas y edición de Cofré Juan.
- Pérez Luño, A. (1999). Aproximación a la escuela histórica del derecho. Boletín 14 de la Facultad de Derecho.recuperado de: <https://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:bfd-1999-14-85AAB2B3/PDF>
- Quiles I. (s/f). ¿Qué es la filosofía?. Recuperado de: <https://www.filosofia.org/aut/002/quiles54.htm>
- RAE (2019). Diccionario de las lengua española. Edición Tricentenario. Recuperado de: <https://dle.rae.es/filosof%C3%ADa>
- Sánchez Meca, D. (2017). Qué entiendo por "filosofía".
- Zan, J. (s.f.). La filosofía política y social de Hegel. Ediciones del Signo.

CAPÍTULO II

APLICACIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA JURÍDICA EN EL DERECHO ECUATORIANO

Ab. Carlos Alcívar Trejo. Mg.
Ab. Ambar Murillo Mena. Mg.
Dr. José J. Albert Márquez

I. - Introducción

El conocimiento y la divulgación del derecho por parte de las escuelas jurídicas es una presunción, que debe ser entendida desde un punto de vista técnico lo cual involucra un desarrollo práctico en el cual se debe implicar a las ciencias sociales, la educación, la filosofía aplicada al derecho y sobre todo a las ciencias jurídicas. Para ello es necesario la disposición de todas las ciencias entrelazadas en la divulgación del conocimiento jurídico.

Es por ello, que cuando se habla de conocimiento, se trae a colación el término epistemología que significa el estudio del conocimiento. Siendo entendido que la divulgación de los principios básicos del derecho que se han aplicado a la normativa jurídica ecuatoriana. En este sentido, hablar de epistemología es hablar de generación del conocimiento, pero en la Epistemología jurídica, se busca comprender como se establece el conocimiento jurídico y como este afecta el desarrollo del derecho, así como todas las teorías que en él se aplican. por lo cual cuando nos enfrentamos al concepto de epistemología y como tenemos que adquirir el conocimiento sobre el mismo, para un conocimiento

que ayude al desarrollándolo en la vida profesional y social del profesional del derecho.

Por lo cual, la enseñanza y aprendizaje del derecho por parte del profesional jurídico, no debe ser entendido solo como un proceso de asesoramiento legal hacia la población, ser mediador entre las partes en conflicto por una discrepancia, el ser parte en estos conflictos y representar a una de las partes ante una autoridad judicial competente, y el conjunto de operaciones en las cuales esté involucrado la normativa jurídica. Sino que se debe ir mas allá de este conocimiento, se debe proponer que el derecho sea cognoscible si se quiere ejercer esta gloriosa profesión sin la necesidad de engañar a los demás, lo cual redundaría en engañarnos a la vez y al final a nosotros mismos.

En tal sentido si definimos a la epistemología, como método con el cual se educa la adquisición del conocimiento del derecho, a su vez se busca la explicación de si este aprendizaje es posible, estableciendo la forma o estructura con la cual debe ser concebido, identificando las diversas maneras de ser presentarlo ante la comunidad académica y la sociedad del conocimiento. En concordancia Mendoza de la Rosa (2010) indica que “la epistemología como rama de la filosofía o como propuesta de ciencia se encarga de estudiar los procesos de aprendizaje del ser humano” (p. 47).

En este sentido el conocimiento del derecho ha evolucionado, desde la concepción iusnaturalista, en la cual se creía que el derecho era una situación natural de las personas y que un ser superior era el encargado de establecer el derecho que cada quien poseía y había una persona colocada por este ser superior para

conducir los destinos del resto de la población. Concepción que trajo muchos desmanes y excesos a la humanidad y que hoy son la base de los derechos humanos establecidas en diversas constituciones, estableciéndose como derechos fundamentales.

Pasando por el iuspositivismo, que fue la manera de normas y castigar el no cumplimiento de la normativa establecida en una sociedad, también consagrada o siendo las bases para el diseño del estado de derecho de muchos países. Estas concepciones jurídicas surgieron y evolucionaron a través del tiempo por el conocimiento que se iba creando en cada época de la humanidad, es decir, la epistemología jurídica ha ido evolucionando a la par con el desarrollo de la humanidad y las demás ciencias conexas que involucra a las ciencias jurídicas, por lo cual el profesional del derecho debe conocer la epistemología jurídica, su origen y evolución a través del tiempo y como esta evolución ha cambiado la concepción del derecho que presenta esta epistemología.

De acuerdo a los postulados iuspositivista e iusnaturalista, en una epistemología social no debe haber lugar para el surgimiento de una conciencia individual, por lo que las acciones intencionales de los ciudadanos tampoco tienen la necesidad de serlas. Por lo cual Foucault (1971) que “el sujeto humano no es ya el autor del discurso. Ocurre precisamente lo contrario: el discurso produce al sujeto humano como un artefacto semántico” (p.35). en base a lo expuesto por el autor se puede afirmar que la sociedad forma su propio discurso cognoscitivo de acuerdo a la episteme que este maneje, creando su orden, la verdad y la política que caracteriza a este conocimiento. Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Roca Pacheco (2014) opina que:

Por tales motivos no se debe confundir el estudio de la epistemología con el estudio de la epistemología jurídica. La epistemología, en general, se centra en aclarar en qué consiste el conocimiento, cuál es su naturaleza propia, cuáles las características necesarias y suficientes que definen el conocimiento como tal, no los tipos de conocimiento, como la geometría, el cálculo o el derecho. Pero el "modelo" de producción de conocimiento pertenece a la epistemología en general (s/p).

Es por ello que, para tener la episteme de los cambios que han ocurrido en la historia jurídica del Ecuador, hay que estudiar no solo a la historia política de la república, sino que hay que revisar la evolución de la filosofía del derecho en ese periodo, motivado a que la misma es el eje primordial de los objetivos del derecho, como son la justicia y la equidad, para la construcción del estado jurídico y su desarrollo social, por lo cual esta temática epistémica será abordada desde el enfoque histórico y con el punto de vista de varios autores.

II.- Métodos:

El objetivo principal del capítulo es analizar los elementos dinamizadores que en el contexto del derecho constituyen la epistemología Jurídica al mirar al ser holísticamente en relación con la sociedad donde está inmerso.

Los objetivos específicos: describir los elementos de Epistemología Jurídica del Derecho que se evidencian en la construcción del ser en relación social. Como segundo objetivo específico, se planteó caracterizar desde el perfil profesional del

Derecho la importancia de la Filosofía del Derecho, su aplicación en la ocurrencia de su accionar.

III.- De la Epistemología.

La filosofía siempre ha intervenido en el desarrollo del ser humano en todos los ámbitos del conocimiento, por lo cual el derecho no puede escapar a la influencia de la misma para su desarrollo. Por lo cual para conocer el derecho hay que establecer su definición para construir el conocimiento de esta ciencia es por ello que se hace necesario el definir que es epistemología. En este sentido, Torres (2012) explica que: “epistemología, proviene del griego: Episteme, que significa ciencia. Se ha generalizado su uso, como equivalente a criteriología o a la crítica, que estudia las condiciones posibilidades, origen, valor y límites del conocimiento humano” (s/p).

Para Cáceres Nieto (2015) la epistemología es el área de la filosofía que tiene por objeto determinar las condiciones bajo las cuales una creencia puede ser considerada como verdadera y justificada. Por lo cual, al ser la epistemología una rama de la filosofía que tiene como fundamento el estudio del conocimiento científico, se convierte en el asidero de la teoría del conocimiento, abordando los elementos históricos, psicológicos y sociológicos que se integran para que emerja el conocimiento, considerados, así como los criterios de validación para indicar si justifica o invalida dicha situación. En este sentido, Platón (340 A. de C.) plantea que el conocimiento:

se caracteriza por ser necesariamente verdadero (episteme). De otro modo, la mera creencia y opinión (ignorante de la realidad de las cosas) quedan relegadas al ámbito de lo probable y lo aparente. Una certeza que el día de mañana probara ser falsa, en verdad nunca habría sido conocimiento. Y en efecto, esta vinculación entre conocimiento-verdad-necesidad forma parte de toda pretensión de conocimiento ora filosófico, ora científico, en el pensamiento occidental (s/p).

En este sentido Maturana. (1990) explica que:

Las reflexiones epistemológicas surgen de plantearse la pregunta “¿Cómo es que conocemos?” Esta pregunta puede plantearse sin comprometerse verdaderamente a aceptar que el fenómeno del conocer es un fenómeno biológico....Sin embargo, si uno se plantea la pregunta, no puede dejar de notar que los seres humanos somos lo que somos en el serlo, es decir, somos conocedores u observadores en el observar y que al ser lo que somos, lo somos en el lenguaje Es decir, no podemos dejar de notar que los seres humanos somos humanos en el lenguaje, y al serlo, lo somos haciendo reflexiones sobre lo que nos sucede...porque si no estamos en el lenguaje no hay reflexión (pp. 36 y 68).

Mientras que, para Flores Jiménez, Flores Jiménez & Aguilar Lugo Marino (s/f).

el problema epistemológico reviste una complejidad mayor en relación a los tópicos que se formulan en el presente, me parece conveniente realizar una breve síntesis acerca de las distintas racionalidades que operan alrededor de las conceptualizaciones y orientaciones articuladas en torno al conocimiento, para así intentar derivar un enfoque que sustente una visión acerca de la epistemología de la Administración, que creo debe considerar los nuevos escenarios del conocimiento que están comenzando a crearse a partir de sus nuevas modalidades de acceso,

representación, transferencia y creación de conocimiento (p. 4).

De acuerdo a lo expuestos por los diferentes autores y apoyándonos Torres ob. cit. para afirmar que “la epistemología es la parte de la Filosofía; que trata de conocer todo en su esencia, se trata de encontrar el valor: Verdad. La epistemología, necesariamente conoce todos los fenómenos, todas las ciencias, así como todas las ciencias naturales” (s/p).

IV.- El Derecho - ¿Un Sujeto Epistémico?

Siendo el estudio del derecho, el que se encarga de conocer en su esencia todos los hechos ocurridos en el área jurídica y la violación de las normas en la cual este se fundamenta. Surge la interrogante ¿es el derecho un sujeto epistémico? Inquietud que será develada con el apoyo de los estudiosos del tema. Primero se debe precisar el valor de la epistemológica en el derecho, en este sentido para Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Roca Pacheco ob.cit. valorar las condiciones que se integran para que se genere ese conocimiento, establecer los factores que propician este conocimiento, verificando las metodologías utilizadas para que emerja.

A lo que Mendoza de la Rosa ob. cit. agrega:

la epistemología como rama de la filosofía o como propuesta de ciencia se encarga de estudiar los procesos de aprendizaje del ser humano, por lo que la epistemología del Derecho es la forma en la que un ser humano aprende sobre derecho, se tuvo en cuenta que el pensamiento lógico-jurídico es diferente al pensamiento de sentido común, por lo tanto la

forma
de aprender Derecho es especializada (p. 48).

Mientras que Hessen (2005) plantea que el “carácter procesal implica evidentemente que ningún conocimiento puede concebirse como definitivo; pero aquí conviene advertir sobre otro problema opuesto en esencia al anterior que es necesario abordar para no caer en el extremo contrario, en una posición completamente escéptica” (p. 25). Siguiendo estas posturas se establece una relación entre la episteme y el derecho.

La postura filosófica de Foucault ob.cit. constructivista en la cual expresa que “la realidad no es algo externo al conocimiento, sino que es constituido, «construido» por el conocimiento en sí. Sin embargo, en contraposición a la tradición clásica, no es la conciencia individual del sujeto la que constituye la realidad” (p. 37).

En este sentido Acevedo (2013) indica que:

no son muchos los estudios que existen sobre epistemología jurídica. Su temática se ha centrado en el derecho constitucional: La producción de conocimientos científicos bajo diferentes enfoques y variantes concepciones de esta área jurídica; pero sus objetivos son distintos de los de las otras áreas jurídicas (p. 65).

Para Teubner (2002) el derecho es un sujeto epistémico por cuanto:

El Derecho procesa autónomamente información, crea mundos de sentido, fija objetivos y fines, produce construcciones de la realidad y define las expectativas normativas – y todo esto independientemente de las construcciones del mundo que existen en las mentes de los juristas. Semejante epistemología jurídico-constructivista

no es ni individualista ni colectivista. No precisa de recurso alguno a los actores e intenciones individuales; al mismo tiempo, no presupone la existencia de una entidad colectiva supra-individual en el sentido de una “conciencia colectiva” o pensamiento colectivo”, el tercer mundo, la conciencia jurídica, el espíritu da lo largel mundo (p. 551).

Así mismo Teubner (1990) indica que:

el Derecho se define como un sistema social autopoiético, esto es, como una red de operaciones elementales que recursivamente reproduce operaciones elementales. Los elementos básicos de este sistema son comunicaciones, no normas: el Derecho no es un sistema de normas, tal y como pretenden las teorías analítico-normativistas. Por otro lado, las definiciones sociológico-realistas del Derecho que conciben a éste como un sistema de profesionales y organizaciones jurídicas son igualmente problemáticas, en tanto que consideran que los elementos básicos del Derecho y de otras instituciones sociales son los seres humanos. El carácter autorreproductivo del Derecho como un proceso social sólo se vuelve inteligible si se escogen las comunicaciones como los elementos básicos del Derecho (p. 46).

En este sentido Foucault ob cit considera al Derecho “como otra disciplina, como una expresión particular del complejo poder/conocimiento” (p. 38). En el campo del derecho es la intersubjetividad, el resultado comunicativo de la interacción entre actores humanos. siendo el discurso establecido como una cadena de sucesos lingüísticos, anónima, impersonal y libre de intenciones en el cual debe estar contenido el conocimiento de los hechos acontecidos y el conocimiento de la normativa jurídica con el cual se construye por medio signos estructurados la acusación o defensa de los implicados en el hecho dilucidado.

Convirtiéndose el derecho en un sujeto, por cuanto es el medio por el cual se descartan o se admiten las diferentes posturas enfrentadas en una actividad judicial.

IV.- La Epistemología en el derecho.

Mendoza de la Rosa ob. cit. indica que

a lo largo de la historia (...) los diferentes modelos de conocimiento sobre el derecho, dicho de otra manera, el derecho ha tenido diferentes epistemologías a lo largo de la las más importantes han sido el Derecho natural y el positivismo jurídico (p. 48).

Laudan, L. (2006) La epistemología jurídica es un área del conocimiento que apenas existe como un espacio de investigación conocida, ya que se han realizados pocos estudios sistemáticos acerca de las normas jurídicas que pueden ser cambiadas para así obtener mejores posibilidades de que los dictámenes judiciales sean verdaderos veredictos. Por lo cual Teubner ob cit. afirma que:

la epistemología social constructivista, las percepciones del Derecho respecto de la realidad no se corresponden con algún tipo de realidad social que está “ahí fuera”. Por el contrario, es el Derecho el que, como sujeto epistémico autónomo, construye su propia realidad social. No son los seres humanos los que mediante sus acciones intencionales producen el Derecho como un artefacto cultural. Muy al contrario, es el Derecho el que, como proceso comunicativo, crea actores humanos como artefactos semánticos a través de sus operaciones jurídicas (pp. 537-538).

El derecho como ciencia, suele ser definida en términos

meramente procedimentales. Sin embargo, es conocido el creciente reconocimiento del hecho de que esta ciencia debe ser definida en los términos metodológicos precisos, coherentes, sistemáticos y basados en la normativa jurídica vigentes, así como en la doctrina que se ha ido construyendo con el devenir de los años. Al cambiar la concepción del derecho como un sistema de normas al derecho como un sujeto epistémico, con el cual se le atribuye la creación de una realidad social autónoma a las prácticas discursivas del derecho. Habermas (1983) coloca: “a la epistemología del Derecho es la de tomar en cuenta el elemento social en el conocimiento empírico y normativo. Su filosofía ya no atribuye *autoridad epistémica* al sujeto autónomo, sino a la comunidad comunicativa” (p. 26).

Para Teubner ob cit.

Todo conocimiento –ya sea psíquico o social, ya sea científico, político, moral o jurídico– es una construcción interna del mundo exterior; el conocimiento no tiene acceso a una realidad “ahí fuera”. Cualquier actividad cognitiva –ya sea de investigación teórica o empírica– no es sino una construcción interna de la unidad cognoscente; y toda prueba del procedimiento que pretenda examinar la validez de las construcciones internas en relación con la realidad externa, es sólo una comparación interna de diferentes construcciones del mundo (pp. 547-548).

Relación de la Epistemología con el Derecho.

Para la construcción de un análisis sobre la relación de la epistemología y el derecho hay que tener en consideración la vinculación filosofía-epistemología, dado que la primera se

apoya en las corrientes naturalista, positivista y del realismo de la segunda como asideros fundamentales de construcción de sus propios enfoques.

Chacin (2012) establece que:

Dentro de este orden de ideas se entiende que Filosofía del Derecho es toda aproximación al hecho jurídico, el acercamiento a un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde su aparición, puesto que la ley y el derecho constituyen una constante histórica que ha incidido de una manera general y constante en la gente y en los modelos sociales y políticos, por lo que a su vez llega y nace la Epistemología jurídica que entra en la reflexión sobre el conocimiento del derecho y a auxiliar a la filosofía que trata de dilucidar si este conocimiento (epistemológico) es posible; qué forma o estructura ha de tener; cuáles son sus maneras de presentarse en las sociedades, etc. (s/p).

Para Teubner ob.cit.

La autoridad epistémica del discurso jurídico es un hecho innegable de la sociedad moderna, habiendo encontrado ésta nuevas vías y medios para adaptarse a la existencia de múltiples verdades – verdad científica, verdad jurídica, verdad política. La cosa juzgada es el clásico ejemplo de un conflicto institucionalizado entre los hechos jurídicos y los hechos científicos. Incluso si puede probarse científicamente que una afirmación respecto a los hechos de un procedimiento es flagrantemente falsa, dicha afirmación por parte del Tribunal –y lo que es peor, sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales– no será reversible, salvo contadas excepciones rigurosamente definidas, a menos que se cumplan los requisitos procesales oportunos y se agoten las vías procedimentales (p. 558).

Para Chacin ob. cit., el método continua siendo el problema para acercarse de manera asertiva a la reflexión profunda ontología del derecho .

La filosofía del derecho.

La Enciclopedia Universal (2012) indica que:

La epistemología jurídica entra en la reflexión sobre el conocimiento del derecho, se trata de dilucidar si este conocimiento es posible, qué forma o estructura ha de tener, cuáles son sus maneras de presentarse en las sociedades, etc. Una epistemología es un método de conocer, es un método de conocimiento; si queremos sistematizar un conocimiento sobre el derecho debemos sistematizar el método de obtenerlo (s/p).

Vega (2018) concibe a la filosófica jurídica:

orienta a la sistematización de las ideas que ya cuentan con un nivel de desarrollo reflexivo categorial dentro del Derecho. Es aquí donde, como hemos dicho, hay que corregir considerablemente la valoración general que hace Bobbio de la contraposición entre la filosofía del Derecho de juristas y filósofos. Ella distorsiona el hecho de que toda filosofía del Derecho, sea de filósofos o de juristas, ha consistido siempre (y no se entiende cómo podría ser de otra forma) en la aplicación de esquemas filosóficos más o menos sistemáticos al Derecho (p. 11).

Atienza (1989) establece que:

La función de la filosofía del Derecho en el conjunto de la cultura jurídica es semejante a la que desarrolla el Derecho en el conjunto de la sociedad. Del Derecho se dice que es un sistema de control social porque supervisa y, en alguna medida, dirige el funcionamiento de las instituciones sociales; lo jurídico no es atributo

exclusivo de ciertos sectores o instituciones sociales, sino que —empleando de nuevo la metáfora de C. Nino— es algo que, como el aire en el mundo físico, está por todas partes (p. 372).

En la idea anterior se expresa que el Derecho no se circunscribe a una sola dimensión del ser y del convivir humano e igualmente sucede con la Filosofía pues bañan la existencia humana regulándola cuando en las mismas se produce el no acatamiento de la norma establecida.

Para Vega ob.cit. al abordar “Las ideas de la filosofía jurídica no deben ser buscadas en ninguna razón *pura* apriorística (en el imperativo categórico), sino en las propias prácticas categoriales jurídicas” (p.9), este autor alerta que toda conceptualización de Derecho, ya lleva en sí mismo una concepción filosófica, por lo que la praxis de las dimensiones jurídicas proviene de una profunda reflexión donde se conjugan elementos fácticos y empíricos.

Se tiene entonces a la epistemología jurídica, está concebida como una manifestación de la relación entre derecho y epistemología, porque ella entra en la reflexión sobre el conocimiento del derecho. En la Teoría del Derecho que pretende decirnos lo que el derecho *es*, las teorías jurídicas, esquemas conceptuales que permiten ver la realidad de una forma, están: la Teoría Iusnaturalista: enfatiza la justicia material. Siendo esta teoría concebida como la teoría del derecho justo, siendo la parte de la filosofía jurídica que busca describir los valores que inspiran el orden jurídico positivo construyendo un modelo de teoría de la justicia.

En tal sentido se puede concluir que la filosofía jurídica, es una mirada de reflexión la cual posee una concepción holística, motivado a que el derecho constituye en sí una institución totalizadora, que engloba el todo social, que es precisamente el motivo por el cual se exige el recurso a ideas filosóficas. Ontología y Axiología, desde el punto de vista jurídico en el contexto del derecho, se conjugan pues la primera le imprime al Derecho su razón de ser, mientras que la segunda incorpora los valores que configuran adecuadamente dicho modelo.

VI. La Epistemología en la Constitución del Ecuador.

El derecho como ciencia ha venido evolucionando de la mano de la filosofía, incorporando la concepción de los elementos universales y objetivos, los cuales son reflejados en las distintas normas jurídicas que se elaboran. Entre las normas jurídicas que se han visto influenciada por la epistemología jurídica se encuentra la constitución de la república del Ecuador, en la cual se incluyen preceptos constitucionales que son propios de los valores humanos, así como los componentes propios de la racionalidad jurídica, del propio discurso del derecho.

Entendiendo que el criterio del positivismo jurídico, establece que solo se considera válido la opinión emitida por el legislador, sin valorar el sentido ético y contextual donde se configura el dictamen, es por ello que para identificar **epistemología aplicada en la Constitución de la República del Ecuador se procede a identificar los diferentes artículos de la carta magna que están influenciados por la episteme**

positivista

La Constitución de la República del Ecuador, como eje integrador del Ius Positivismo.

En la sección tercera en las normas comunes de control político y social, encontramos el artículo 222 el cual reza:

Los integrantes del Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral serán sujetos de enjuiciamiento político por el incumplimiento de sus funciones y responsabilidades establecidas en la Constitución y la ley. La Función Legislativa no podrá designar a los reemplazos de las personas destituidas (p.78).

En este artículo, se denota la acción de la doctrina positivista del derecho, al establecer en la normativa, las sanciones a las cuales serán sometidos los ciudadanos que ejerzan las funciones electorales, al momento de incurrir en una violación a la normativa electoral vigente, así como es la manera de ser sustituidos.

En el capítulo segundo biodiversidad y recursos naturales, sección primera naturaleza y ambiente. El artículo 398 indica que:

Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptado por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley (p.120).

El artículo se dentona la acción de la doctrina positivista del derecho, al establecer en la normativa, cuáles serán las formas de ser otorgados permisos que afecten el medio ambiente y cómo será la consultas a la cual serán sometidos los ciudadanos para el otorgamiento de dichos permisos

Antes de seguir avanzando conceptualicemos el término Derecho Natural como los derechos se asocian a aquellos principios universales inherentes al ser en relación con los otros y consigo mismo.

Entendiendo el criterio del naturalismo jurídico, establece que se reconoce al derecho natural del ciudadano, el cual se encuentra de la mano con la ética o la realidad social, es por ello que para identificar **epistemología aplicada en la Constitución de la República del Ecuador se procede a identificar los diferentes artículos de la carta magna que están influenciados por la episteme naturalista**

En el Título II Derechos, Capítulo segundo los Derechos del buen vivir en la sección segunda ambiente sano, se tiene al artículo 14 en el cual se establece:

Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del

patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados (p.13).

En esta norma constitucional, se dentona la acción de la doctrina naturalista del derecho, al establecer en la normativa, las garantías que tiene la población de que el estado procurara mantener el medio ambiente y la ecología, así como procurar el desarrollo del ecuatoriano de una manera armoniosa con el medio ambiente.

En la sección tercera, Comunicación e Información del capítulo anterior, se encuentra el artículo 18 el cual indica:

Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.
2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información (p.14).

Los artículos anteriores son ejemplos de Derecho Natural, indistintamente de la realidad de ciudadano ecuatoriano, del estrato social al cual corresponda, le corresponde los Derecho Natural coexistir en un ambiente saludable y poseer la información necesaria para llevar procesos jurídicos saludables. Lo cual está en concordancia con la postura naturalista del derecho.

Igualmente, en el capítulo primero, Principios de aplicación de los derechos, se encuentra el artículo 10 el cual reza: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (p.11).

En este artículo, se denota la acción de la doctrina naturalista del derecho, al establecer en la normativa, las garantías que tiene la población para la preservación de los derechos humanos.

El artículo 11, que se encuentra en el mismo capítulo y sección, establece:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (p.11).

Este artículo 11 continúa diciendo que:

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

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (p.12).

En esta norma constitucional, se denota la acción de la doctrina naturalista del derecho, al establecer la normativa, los principios constitucionales que tiene la población. Siendo estos las bases para procurar el desarrollo humano del ecuatoriano.

En la Sección quinta, denominada Educación del capítulo segundo, se encuentra el artículo 27

La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio

ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar.

La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional (p.16).

En este artículo, se dentona la acción de la doctrina naturalista del derecho, al establecer la normativa constitucional, el derecho a la educación que tiene la población como medio para la preservación de los derechos humanos.

VII. La Epistemología en el Código Civil Ecuatoriano

El código civil, en esencia es una legislación con la cual se regula el convivir del pueblo ecuatoriano, entendiéndose el mismo el grupo de normas legales sistemáticas que permiten regular el derecho civil de forma unitaria. Por lo tanto, son normas creadas para ejercer un control sobre los vínculos civiles establecidos por personas tanto físicas como jurídicas, ya sean privadas o públicas.

Con respecto a la postura epistémica de este instrumento legal, se puede decir que todo código civil suele tratar el derecho de las personas, las obligaciones (como los contratos) y las cosas (los bienes), por lo cual se relaciona más directamente con la doctrina iuspositivista del derecho, motivado a que le pone limite a los

derechos naturales de los ciudadanos. Igualmente se encuentran postulados iusnaturalista en su estructura en los apartados a las personas y en las sucesiones que es un derecho natural por haber nacido, tiene derecho a la herencia de los padres.

En este instrumento legal se tiene en el artículo 3 lo siguiente “Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio (...) sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren” (s/p).

Esta disposición es totalmente alineada con la doctrina iuspositivista, ya que coloca en la mano del legislador la facultad para restringir los derechos naturales de los ciudadanos.

En el Parágrafo 4°. Interpretación judicial de la ley se encuentra el artículo 18 el cual establece.

Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

1a.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

2a.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;

3a.- Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso;

4a.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

5a.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;

6a.- En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural;

7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal (s/p).

En esta norma civil, se denota la acción de la doctrina iuspositivista del derecho, al establecer la manera de las funciones judiciales con respecto al estado jurídico establecido, al presentarse la regulación y se crea el conocimiento de la norma se puede decir que se está en presencia de una episteme iuspositivista del código civil. La cual, observada en la mayoría del articulado de este instrumento legal, por cuanto su función es regular el estado del derecho privado de los ciudadanos ecuatoriano.

Conclusiones.

Se ha notado en el transcurso del estudio realizado, la presencia de la epistemología en la normativa legal ecuatoriana, más específicamente en la carta magna. La cual es definida desde los postulados dogmáticos epistémicos del iuspositivista e iusnaturalista jurídica.

La sociedad de las ciencias científicas, se relaciona con la epistemología aplicada al derecho, es decir la epistemología jurídica, por cuanto se la manera de la cual se crea el conocimiento jurídico que es de gran ayuda para los investigadores, lográndose establecer la evolución y progreso de las ciencias jurídicas en el Ecuador.

La epistemología jurídica queda establecida como los procedimientos que emplean los juristas para la aplicación de las normas en un ámbito científico, creando para ello un discurso coherente dialéctico basado en los hechos y normas con la cual se logra una argumentación jurídica, la cual debe estar basada en los dogmas, las costumbres, las leyes y la jurisprudencia.

La relación de la epistemología con el derecho quedo establecido, que es lavase de la iusfilosofía, es decir, la filosofía jurídica que es la creación del conocimiento jurídico y en el mismo se encuentra inmerso las tendencias naturalista, positivista, racional, constructivista, social, la metafísica entre otras tendencias que en conjunto crean el pensamiento y por ende el conocimiento o la episteme jurídica.

Referencias

- Acevedo, R (2013). La importancia del planteamiento epistemológico en el derecho. *Revista In Jure Anáhuac Mayab*.
- Alcívar Trejo, C., Calderón Cisneros, J. & Roca Pacheco, E. (2014). La epistemología jurídica, su filosofía, influencia y aplicación en el derecho ecuatoriano. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales, Servicios Académicos Intercontinentales SL*. Recuperado de: https://ideas.repec.org/a/erv/rccsrc/y2014i2014_0814.html
- Atienza, M. (1989). *Introducción al Derecho*. Barcelona: Barcanova.
- Cáceres Nieto, E. (2015). *Epistemología jurídica aplicada*. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/16.pdf>
- Chacín, D. (2012). *Relación de la epistemología con la filosofía del derecho*. Recuperado de: <https://douglaschacin.blogspot.com/2012/05/relacion-de-la-epistemologia-con-la.html>
- Código Civil (2005). *Ley Reforma al Código Civil*. Oficio No. 0110-CLL-CN-05. Recuperado de: <https://www.quito.gob.ec/lotaip2013/a/CodigoCivil2005.pdf>
- Enciclopedia Universal (2012). *Epistemología jurídica*. Recuperado de: https://enciclopedia_universal.esacademic.com/72212/Epistemolog%C3%ADa_jur%C3%ADica
- Flores Jiménez, I., Flores Jiménez, R. & Aguilar Lugo Marino J. (s/f). *La teoría del conocimiento y la epistemología de la administración*. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Recuperado de: <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/tlahuelilpan/n1/e4.html>

- Foucault, M. (1971). *The Archeology of Knowledge*. Editorial PANTHEON Books New York.
- Habermas, J. (1983). *Moralbewusstsein und kommunikativen Handeln*. Frankfurt: Suhkamp.
- Hessen, J. (1975). *Teoría del Conocimiento*. Editorial Losada. Buenos Aires, Argentina
- Laudan, L. (2006). *Truth, arror and criminal law*. New York Cambridge University Press.
- Maturana, H. (1990). *Emociones y lenguaje en educación y política*. Colección Hachette. Santiago de Chile.
- Mendoza de la Rosa, J. (2010). *La Epistemología Jurídica, un concepto crítico para la formación del abogado*. Revista Justicia, 17. Universidad Simón Bolívar - Barranquilla, Colombia. Recuperado de: <https://www.unisimonbolivar.edu.co/publicaciones/index.php/justicia>
- Platon (340 A. de C.). *La teoría del conocimiento*. Recuperado de: https://www.webdianoia.com/platon/platon_fil_cono.htm
- Teubner, G. (1990). "Evolution of Autopoietic Law", Berlin: de Gruyter
- Teubner, G. (2002). *El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho*. Revista DOXA 25.
- Torres, R. (2012). *Filosofía del Derecho. Epistemología y Epistemología Jurídica*. Recuperado de: <https://fildelderecho.blogspot.com/2012/04/epistemologia-y-epistemologia-juridica.html>
- Vega, J. (2018). *La filosofía del derecho como filosofía práctica*. Revista Revus 38. Recuperado de: <https://journals.openedition.org/revus/3990>

CAPÍTULO III

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS ESCUELAS JURÍDICAS DEL ECUADOR

Ab. Carlos Alcívar Trejo. Mg.
Ab. Ambar Murillo Mena. Mg.

I.- Introducción

La episteme jurídica, es un acto dinámico que se ha establecido en cada época a la par de los avances que tenga la sociedad, lo cual ha creado la aparición de la concepción del derecho como ciencia la cual posee procedimientos metodológicos y filosófico basado en la hermenéutica para establecer las costumbres sociales acorde con la moral y la ética del ser humano.

En la cual las instituciones jurídicas del Estado sea el encargado de velar por el cumplimiento de las leyes y normativas vigentes para su correcto funcionamiento, desde sus orígenes hasta nuestros días. La interpretación jurídica ha apuntalado la evolución de los instrumentos jurídicos, siendo el ejercicio de la praxis jurídica y la evolución de las sentencias emitidas los por funcionarios judiciales fuentes de la creación de la historia jurídica y que a su vez va generando jurisprudencia.

Este transcurrir del tiempo, va dejando una evolución de la episteme jurídica para adaptar sus concesiones al cambio de los pueblos en las distintas épocas históricas, en la cuales emergen diferentes divergencias en las normas del derecho Sustantivo, observándose una diferencia en las reglas y los procedimientos.

Estas diferencias, no se observan en la praxis judicial, por el papel que juegan las diferentes escuelas jurídicas que han aparecidos en la historia, siendo el aporte de estas escuelas las fuentes de la adaptación y evolución de la episteme jurídica, con su punto de vista e interpretación de los conocimientos jurídicos que ha ido emergiendo con el desarrollo de la sociedad. En este sentido Ossorio. (s/f) define a las escuelas de la siguiente manera:

Aparte la acepción corriente de centro de enseñanza de diversos grados, llámense escuelas las diversas teorías que, en muchos órdenes de la vida y de la ciencia, constituyen los diferentes cuerpos de doctrina. En ese sentido se habla de escuela de glosadores, escuela histórica, escuela del Derecho Natural, escuela positiva (s/p).

Gracias a esta adaptación que ha tenido las ciencias jurídicas por medio de las diferentes escuelas jurídicas, es que se podido hacer frente a los cambios de los hechos y problemas sociales que surgen en cada época, los cuales no fuesen sido previsto y mucho menos sospechado por el legislador. En este sentido Hoyos Zavala al. (s/f) plantea que

ha ocurrido que, en la práctica jurídica cotidiana, en los tribunales, en las oficinas administrativas y en los bufetes, han surgido urgentes requerimientos a la Filosofía del Derecho para que suministre aclaraciones satisfactorias sobre estos problemas y ofrezca criterios para tratarlos correctamente (s/p).

En este sentido para Daniel (2011)

el derecho no sólo se crea, modifica o extingue, mediante la actividad de los cuerpos legislativos, sino que en muchas ocasiones los órganos aplicadores lo complementan, modifican, crean, e incluso derogan; en efecto, al quedar en posibilidad de interpretar, el órgano aplicador

incorpora o adiciona nuevos elementos a los materiales jurídicos existentes (s/p).

Siendo el derecho de concepción filosófica, una práctica hermenéutica con lo cual tiene como fin el interpretar el espíritu de la norma jurídica y contratarlo con los hechos ocurridos para dirimir la controversia planteada, siendo el funcionario judicial el encargado de su correcta interpretación, por ser el mediador y los profesionales del derecho litigantes aportar los diferentes alegatos por medio de un discurso dialécticos coherente y epistémico, fundamentado en los establecidos en la norma, la doctrina y basadas en las posturas epistémica de las diferentes escuelas jurídicas establecidas en las ciencias jurídicas.

La concepción de las diferentes escuelas jurídicas, se basan en la interpretación y la episteme que estas poseen del derecho. Es por ello que, para entender el discurso jurídico es necesario tener en cuenta que el derecho posee la condición de ser formulado por medio del lenguaje. A este lenguaje bien se le puede denominar 'lenguaje jurídico' y siempre estará sujeto a su interpretación.

II.- Método

El objetivo principal del capítulo es brindar una interpretación constitucional de las escuelas jurídica del Ecuador, teniendo como fuente la historia.

Como objetivo específico: analizar la práctica interpretativa de los instrumentos jurídicos de los profesionales del derecho con enfoque histórico.

III.- Interpretación

La interpretación, es la acción fundamental en el desarrollo de la praxis diaria de todo profesional del derecho, por cuanto debe conocer no solo lo dispuesto en la normativa legal, sino que debe comprender la intención que tenía el legislador al momento de redactarla en este sentido Daniel ob.cit. define a la interpretación como:

La acepción *interpretación* proviene del latín: interpretativo (onis) y este a su vez del verbo interpretor (aris, ari, atus, sum) que significa servir de intermediario, venir en ayuda de, y esta última excepción, por extensión: explicar de esta manera. Interpretar consiste en *declarar el sentido de una cosa* (s/p).

Mientras que Ossorio. Ob cit. define a la interpretación como:

Acción y efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad. Jurídicamente tiene importancia la interpretación dada a la ley por la jurisprudencia y por la doctrina, así como la que se hace de los actos jurídicos en general y de los contratos y testamentos en particular, ya que en ocasiones sucede que el sentido literal de los conceptos resulta dubitativo o no coincide con la que se presume haber sido la verdadera intención de los contratantes o del testador; interpretación indispensable para hacer que, como es justo, la voluntad de los interesados prevalezca sobre las palabras (s/p).

Sin embargo, Guastin (1999) menciona que: “se estiliza el término interpretación para referirse: a) Por un lado, a la actividad que consiste en determinar el significado de vocablos particulares, sintagmas o enunciados completos (interpretación-actividad). b) Por otro, al resultado o producto de esta actividad

(interpretación-producto)” (pp. 202-203).

Para Pintore (1988) “la interpretación en general es entendida comúnmente como la actividad de determinación del significado de los enunciados lingüísticos, y también como el resultado de tal actividad” (p. 169). La interpretación, es en si el acto hermenéutico genuino integrado al paradigma filosófico científico interpretativo, el cual tiene como epistemes el comprender la realidad de los hechos por medio de la visión de los otros. En la filosofía jurídica esta episteme es aplicado a diario en la praxis profesional.

Interpretación Judicial.

Para la aplicación de las diferentes normativas legales, es necesario que surja el proceso de interpretación judicial, lo cual es un requisito primordial para la posterior ejecución de la norma jurídica, la cual está necesariamente relacionado de elementos valorativos establecidos por el órgano judicial, el cual decide la controversia jurídica en concordancia ya sea mediante la ley. En este sentido, Pintore ob. cit. afirma que “la labor de determinación del significado de los textos jurídicos es reconocida con el nombre de interpretación jurídica” (p. 169). Larenz (1980) indica que “la interpretación es, así, comúnmente entendida en función de la aplicación del derecho, de la necesidad de dar respuesta a los hechos que se estiman como jurídicamente relevantes” (p. 200).

Al respecto, Ossorio ob. cit. define a la interpretación como:

La interpretación de la ley recibe varias denominaciones teniendo en cuenta su procedencia. Es auténtica cuando se deriva del pensamiento de los legisladores, expuesto en los debates parlamentarios que la sancionaron; es usual cuando consta en la jurisprudencia de los tribunales, sentada para aplicar la norma a cada caso concreto, y que tiene especial importancia en aquellos países en que las sentencias de los tribunales de casación obligan a los tribunales inferiores a su absoluto acatamiento, y es doctrinal cuando proviene de los escritos y comentarios de los jurisperitos, siempre discrepante entre sí y sin otro valor que el de la fuerza convincente del razonamiento (s/p).

Mientras que Morgan-Evans (2001) expresan lo siguiente:

El ámbito de la interpretación jurídica es muy amplio y existen, ciertamente, problemas que parten desde el primer momento cuando se lee una norma jurídica, debido a qué significado debe asignarse a las palabras de la ley. Debido a ello, el análisis debe ser pormenorizado dando la justa relevancia tanto a los aspectos jurídicos como a los hechos (p. 14).

Entre tanto Tamayo & Salmorán (1992) indican que:

La conexión entre el texto legislativo y los hechos no puede prescindir de la interpretación del primero, la cual actúa como un “filtro” necesario entre la norma jurídica y su aplicación⁴. Filtro que resulta especialmente significativo en el caso de la aplicación judicial del derecho, pero que es igualmente constatable en los casos en que los destinatarios del derecho proceden a su aplicación pacífica acatando y observando las conductas prescritas por la norma jurídica (pp. 333-334).

Para Soriano (1993)

La interpretación jurídica, es, pues, una actividad necesaria y predicable de todas las normas del ordenamiento jurídico, ya sea o no su expresión

clara, porque no sólo hay que interpretar su contenido en sí mismo, sino la relación sistemática de las normas, sus antecedentes históricos, los fines sociales, que pretendía cumplimentar (pp. 245-246).

El ejercicio del derecho y la praxis jurídica, tiene como fundamento la hermeneusis jurídica que es la encargada de interpretar los hechos y la normativa legal para su correcta aplicación, en este proceso la interpretación jurídica ha evolucionado con el tiempo y la historia, es por ello que aplicación del derecho se realizaba ejecutando de manera literal la letra textual de la ley redactada por el legislador debido a la influencia de la concepción positivista que impero por mucho tiempo en el desempeño jurídico, esta tendencia ha tenido un peso en la historia, sobre todo desde la codificación francesa. La mayoría de juristas teóricos y prácticos niegan la incorporación de problemas axiológicos y de principios generales del derecho en el ámbito de la interpretación y la aplicación del derecho, indicando que son elementos extrajurídicos que perjudicarían a la seguridad y a la certitud del derecho.

IV.- La Doctrina.

La doctrina puede ser concebida como una fuente del derecho, la cual se nutre de las proposiciones, postura de juristas, tratados y sentencias que explican y dan sentido a las leyes. Al respecto, Fernández López (s/f) la presenta como “un conjunto de ideas o creencias que se dan por ciertos y que se inculcan mediante la enseñanza (adoctrinar / catecismo o doctrina cristiana)” (s/p).

Mientras que para Avendaño (2018)

Doctrina, un término que proviene del latín doctrina, es el conjunto de enseñanzas que se basa en un sistema de creencias. En el ámbito jurídico, doctrina jurídica es la idea de derecho que sustentan los juristas que no son directas para resolver una controversia jurídica, sino que indican al juez como debe proceder para descubrir directiva o directivas (s/p).

Ossorio. Ob. cit. la presenta como el

Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas. Tiene importancia como fuente mediata del Derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes (s/p).

Sin embargo, Fernández López ob. cit. establece que:

La doctrina jurídica es lo que piensan los distintos juristas respecto de los distintos temas del derecho, respecto a las distintas normas. Carece de toda fuerza obligatoria, aunque es importante fuente mediata del derecho y su valor depende del prestigio del jurista que la ha emitido o formulado (s/p).

Para Avendao ob. cit. “Se entiende por doctrina jurídica sobre una materia concreta el conjunto de las opiniones emitidas por los expertos en ciencia jurídica. Es una fuente formal del derecho, tiene una indudable transcendencia en el ámbito jurídico” (s/p). La doctrina jurídica aborda temáticas tales como las fuentes de donde emergen las diversas concepciones del derecho, diseña los modelos jurídicos, interpreta ampliamente la razón de la norma y sus modelos.

Para Rodríguez Vidales (2018):

La doctrina jurídica es lo que piensan los distintos juristas respecto de los distintos temas del derecho, respecto a las distintas normas. Se reduce al conjunto de opiniones que sirven de guía para ejercer el derecho. Carece de toda fuerza obligatoria, aunque desempeña un papel fundamental en la elaboración, el desarrollo progresivo y la reforma del derecho, por medio de sus enseñanzas y sus obras, a través de la formación de los juristas que serán futuros legisladores y jueces (s/p).

La doctrina crea y se nutre de la jurisprudencia, la cual que se va creando por el accionar de los tribunales, y es característica de casos similares en los cuales se ha dictado fallo definitivamente firme. En este sentido, Fernández López ob. cit.

La jurisprudencia es el conjunto de los fallos de los tribunales judiciales que sirven de precedentes. Todas las sentencias conforman la jurisprudencia, aunque no es una fuente obligatoria de derecho. La jurisprudencia es obligatoria para las partes, pero no con relación a terceros ajenos al litigio. Cuando ha sido dictada por el tribunal de última instancia, hace cosa juzgada. La jurisprudencia no tiene fuerza obligatoria para los jueces. Por más que sea reiterada y uniforme, los jueces pueden apartarse de ella e interpretar la ley según su ciencia y conciencia (s/p).

Rodríguez Vidales ob. cit. indica que:

La principal diferencia estriba en que la jurisprudencia son decisiones emanadas por un tribunal superior que sirven como base para un caso similar, mientras que la doctrina son las opiniones y medios que utilizan los juristas en sus argumentos (como libros, la Constitución, las leyes, etc.). Eso sí, ambas tienen por función velar por la correcta interpretación de las leyes (s/p).

V.- Escuelas de Interpretación Jurídica.

Las escuelas de interpretación de interpretación jurídicas, son la expresión del desarrollo epistémico del derecho, en el cual se muestra la postura de diferentes filósofos y juristas en cuanto a la concepción del derecho y su manera de ver la legislación, esta episteme jurídica se crea por las costumbres y la doctrina que impera en ese momento las cuales han evolucionados a través del tiempo. Entre las principales escuelas de interpretación jurídicas se tiene: la escuela histórica, la escuela científica francesa, la escuela del derecho libre, la escuela exegetica, escuela de interpretación objetiva, la escuela método de interpretación Savigniano, la escuela histórica evolutiva y la escuela teleológica. Seguidamente se hará una breve explicación de cada una de ellas.

La Escuela Histórica.:

La escuela histórica, fue sustentada por Raymond Saleilles en su escrito “Introducción á l’etude du droit civil allemand”, explica Alzamora Valdez (1982). considera que:

la interpretación, en vez de buscar la voluntad subjetiva del legislador, debe perseguir el mejor modo de aplicación de la ley conforme a su fin. La finalidad de la ley, o sea el propósito que ésta se halla llamada a cumplir, continúa explicando el maestro, debe adaptarse a las necesidades sociales sujetas a continuo cambio,

mediante progresivas modificaciones de la interpretación misma. Este método exige que se dote a los jueces de amplias facultades y que a la vez se les señale ciertas bases objetivas. Entre estas últimas, merecen considerarse: la analogía, la conciencia jurídica colectiva, que está sobre las apreciaciones subjetivas, y el derecho comparado que señala pautas para la evolución del derecho nacional (pp. 263-264).

sabiendo que toda ley tiene un fin, esta escuela del pensamiento sostiene que es a través de la ley puede transitar al continuo cambio del tiempo, adaptándose así a la nueva realidad social y, por tanto, a las nuevas necesidades sociales. Daniel ob cit indica que: “esta escuela el derecho como lenguaje se crea espontánea, constante e imperceptiblemente en un determinado pueblo. A su juicio el derecho no es un producto abstracto de la razón humana, sino más bien es el resultado del espíritu del pueblo” (s/p).

En este sentido, para Savigny (2011) citado por Daniel ob. cit. “El derecho se crea por las costumbres y las creencias populares, luego por la jurisprudencia, pero no por el arbitrio de algún legislado” (s/p). Por lo cual, la historia “marcha hacia la codificación es siempre ocasionada por la incontrastable decadencia del derecho” (s/p).

Este postulado indica que la legislación, debe ser entendida como indicaciones, sino que por el contrario debe ser interpretada bajo la premisa de provisional. En las transformaciones que ha sufrido el Derecho a través de los tiempos constituyen una muestra fehaciente que la necesidad de su codificación queda en segundo plano cuando se encuentra en progreso vivo.

El surgimiento de la escuela histórica fue una discusión literaria entre Thibaut y Savigny en el año de 1854 sobre la conveniencia de formular un Código Civil alemán. En el cual, Thibaut postulaba desde motivaciones netamente políticas defendía posturas unitarias de codificación de la norma; mientras que Savigny se oponía a dicha postura. Daniel ob. cit. menciona como secuelas:

- a) Aversión contra la legislación, sobre todo los códigos y predilección por el derecho consuetudinario, no **como** la mejor forma técnica de legislación al servicio de la seguridad jurídica sino como el mejor medio de conocer lo que jurídicamente quería el espíritu popular, de tal modo que la práctica no daba la fundamentación sino sólo la fijación del derecho o sea de la conciencia jurídica; el derecho mismo nacía al principio de la costumbre y no al final de ella.
- b)** Insistencia **especial** en la investigación histórica del derecho dado, no tanto en interés práctico de la aplicación del derecho como en el deseo de conocer mejor el objeto mismo de la investigación o sea el carácter del espíritu popular (s/p).

La Escuela Científica Francesa.

Fue Francois Geny quien, para el año de 1804 emprendió de una tarea de presentar ante la comunidad que elementos como la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina se constituyen en fuentes formales del derecho. Geny (1900) citado por Daniel ob. cit. en el cual indica que “El límite de la interpretación de la ley es cuando se encuentra no sólo ante obscuridades e incertidumbres, sino ante lagunas. En este caso no es posible encontrar la voluntad del legislador (subjetiva)” (s/p).

igualmente, este autor establece que agudizando la interpretación y la libre investigación se podrán concretar estrategias en la búsqueda de las reglas jurídicas.

Daniel ob. cit.

Los preceptos legales contenidos en la norma jurídica van a ser expresados por el medio del lenguaje, considerado solo como un instrumento que va a servir para manifestar algo que sea comprensible con la razón humana, es por este mismo raciocinio que se le permita al juzgador poder averiguar si ese instrumento de expresión va a contener y expresar en forma clara un concepto que lógicamente pueda ser admitido (s/p).

La Escuela del Derecho Libre.

De esta escuela Daniel ob. cit. expresa

Esta escuela nació con el objeto de atacar y sustituir la técnica jurídica para la correcta aplicación del derecho. El Derecho libre no es más que el derecho de los individuos y de la comunidad. El derecho libre es un derecho positivo, detrás del cual se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento (s/p).

A este respecto señala Ehrlich (2011) citado por Daniel ob. cit. establece

frente al derecho del Estado, frente a las leyes, existe un derecho dinámico y concreto, un derecho vivo de la vida social. La escuela del derecho libre señala que los procedimientos de interpretación o integración son en gran medida ficticios. Se basan en la suposición ingenua e inconsciente de que exista un legislador que tenga exactamente los mismos deseos del que emplea los métodos de interpretación (juez), por lo que la función del intérprete se constriñe en elegir las

premisas legales para obtener una conclusión deseada, que no necesariamente es la que quiso el legislador, y así, la deducción lógica no pasa de ser mera apariencia: no está al servicio de la verdad sino del interés (s/p).

La Escuela Exegética

La escuela exegética, comenzó a desarrollarse en Francia a principios del siglo XIX y hasta aproximadamente el año 1880 año en el cual tuvo su apogeo; posteriormente decae hasta más o menos el año 1900, siendo Francisco Gény quien se encarga de sepultarlo. Su desarrollo se dio sobretodo en el campo del derecho privado y particularmente en el comentario al Código de Napoleón de 1804.

Franco de la Cuba, C. (s/f).

La Escuela de la Exegética se basa en que la Interpretación jurídica debe necesariamente consistir en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del Derecho; los exegetas sostienen que el Derecho es la ley: la interpretación de la ley es la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada (p. 14).

Daniel ob. cit.

Se caracteriza esencialmente, este movimiento iniciado en Francia, por un culto y fe ciega al texto de la ley, al extremo tal que se ha llegado a escribir: “Jamás escuela alguna hizo una profesión de fe más rígida, más completa, más dogmática, que la escuela de la exégesis”. Dentro de esta corriente, los códigos (leyes escritas *latu sensu*) no dejan nada al arbitrio de un intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho: el derecho ya está hecho; por tanto, la misión del jurisconsulto, no es otra más que determinar la “voluntad del legislador”. El sentido del texto de la

ley se encuentra buscando la voluntad infalible del legislador, para lo cual es necesario (s/p).

En concordancia con lo expuesto por los autores citados, se puede afirmar teniendo como fuente primaria el texto legal, la interpretación del derecho abraza el culto legal, el cual conjuga la visión del Juez y la pretensión del legislador, ajustado a las exigencias de la dinámica moderna

Vernengo (1977) explica que:

el método exegético consistía, en sus formas primitivas, en un conjunto de recetas destinadas a orientar al juez en su labor de interpretación del texto legal, en su procesamiento de la información normativa de partida. Ambos elementos – repertorio de recetas prácticas, confusión del derecho con la ley– autorizan, nos dice, ciertas críticas sobre las tesis, expresas o tácitas, que la exégesis francesa del siglo pasado (se refiere al siglo XIX) había sostenido sobre la índole o naturaleza del derecho, defendiendo bajo rótulos teóricos y metodológicos, ciertas notorias ideologías políticas, conservadoras o reaccionarias. Porque, en última instancia, la exégesis presupone un dogma; y este dogma, un tanto blasfemo si se quiere, postula la presencia real del legislador en la ley. Para la exégesis, una norma es siempre expresión del acto de un individuo privilegiado, a saber: el legislador. E interpretar la ley consistía en reconstruir fielmente lo que el autor del texto legislativo había pretendido. Tradicionalmente esto se expresa diciendo que la exégesis se propone reconstruir la voluntad del legislador. Se supone, así, que, de alguna manera, las normas jurídicas son expresión, en el plano del lenguaje, de actos volitivos que son la manifestación de la voluntad real del legislador (p. 68).

Sin embargo, Bonnacase citado por Daniel ob cit indica que la importancia de esta escuela las siguientes:

- 1) El culto al texto de la ley, como ley viva, aplicable y obligatoria. (Demolombe).
- 2) El predominio de la intención del legislador en la interpretación de la ley, “La ley está constituida por la voluntad del legislador”.
- 3) El carácter estatista de la doctrina orientada a reconocer la supremacía del legislador, es decir del Estado.
- 4) El carácter ilógico e incomprensible de la misma, por cuanto reconocía la supremacía del legislador, pero a la vez se admitía la superioridad del derecho natural frente al derecho positivo.
- 5) El argumento de autoridad como el decisivo para desatar las dudas y generalizar las tesis – Bonnacase-. Con respecto al planteamiento ontológico sobre ¿Qué es el derecho?, la Escuela de la Exegesis le da solución definiendo al mismo como un conjunto de normas (s/p),

Escuela de Interpretación Objetiva:

Aguirre Montenegro (2008) indica que:

La Teoría Objetiva, busca descubrir la intención de la norma, Zelayaran nos dice que “una vez construido el texto de la ley, se desgaja ésta del pensamiento del legislador para vivir una vida propia e independiente, vale decir, que se convierte en una entidad separada de su fuente directa y se subordina, esencialmente, al medio social y a sus transformaciones. En consecuencia, la ley puede cobrar un sentido diverso del que pensaron sus autores, inclusive, llegar a producir resultados no previsibles en la época de su promulgación” (s/p).

La episteme de la escuela de interpretación objetiva resulta de gran importancia, pues, la interpretación objetiva se fundamenta en el resultado que se obtiene de la norma a interpretar,

pudiendo ser esta de manera literal, extensiva o restrictiva. En este sentido Aguirre Montenegro ob. cit. las define de la siguiente manera:

- La interpretación es literal, cuando se limita a utilizar las reglas del lenguaje común para asignar un significado a las normas.
- La interpretación es extensiva, cuando busca encontrar significados que no se desprenden de una simple lectura de la norma, sino que se profundiza para dar un significado mucho más extenso a la norma interpretada.
- La interpretación es restrictiva, cuando persigue restringir el significado de las palabras contenidas en la norma jurídica, persiguiendo evitar los efectos negativos que produciría la aplicación literal de la norma que se interpreta (s/p).

La escuela del Método de Interpretación Savigniano:

López de Sosoaga López de Robles (2014) indica que:

El método interpretativo de Von Savigny en el análisis de la legislación educativa: un estudio. El método interpretativo jurídico más conocido es el propuesto por Friedrich Karl von Savigny en el siglo XIX. Numerosos expertos jurídicos afirman que es un método que mantiene su vigencia dentro de la denominada interpretación doctrinal o científica de una ley. En él se analiza el contexto lingüístico, el sistémico y el funcional de una norma jurídica. En primer lugar, el objeto de estudio del contexto lingüístico es el lenguaje empleado por el legislador para comunicar el sentido de lo legislado. En segundo lugar, el estudio del contexto sistémico ayuda a desentrañar la coherencia de una norma, su incoherencia y sus posibles lagunas con respecto a lo legislado por el conjunto del ordenamiento jurídico, sobre todo su relación con las leyes precedentes de mayor rango. En tercer lugar, el análisis del contexto funcional de una ley permite

conocer cuáles son los objetivos perseguidos para su establecimiento. (pp. 1-2).

Savigny (1994) “la interpretación es la reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro, es igual) expresado en la ley” (p. 14). Rodríguez Paniagua (1976) En cambio, los autores contemporáneos utilizan la expresión *contexto*. De tal manera que el elemento gramatical se corresponde con el contexto lingüístico; el elemento sistemático, con el contexto sistémico; y los elementos lógico e histórico, con el contexto funcional.

Igartua Salaverría (1994) Es necesario precisar que se trata de tres contextos de interpretación que no tienen sentido por separado, sino que su unión es indispensable para poder interpretar la ley; de tal manera que, normalmente, los contextos sistémico y funcional disipan “muchas dudas que suscitan las disposiciones lingüísticamente oscuras” (P. 78). Monereo Pérez (2005) es decir, el proceso de interpretación “se ha de someter a métodos estrictamente jurídicos funcionalmente interdependientes e integrantes en una unidad interpretativa” (p. 32).

Contreras Peláez (2005) las dos principales aportaciones de la doctrina de Savigny al Derecho son la “generalización de la idea de sistema y de la metodología jurídica de inspiración lógico-sistemática” (p. 109). Hernández Marín (1998) estas aportaciones de Savigny siguen siendo relevantes (p. 258). Larenz (1994) en esta misma línea, otros autores afirman que esta idea de sistema sigue influyendo en el significado de un sistema científico formado a partir de conceptos jurídicos (p. 38). Huerta Ochoa (2006) este carácter sistemático del derecho como presupuesto interpretativo tiene una “vigencia incuestionable”

(p. 451), a pesar de que su sentido y aplicación han variado con el tiempo.

Escuela Histórica Evolutiva.

Esta escuela plantea que la ley tiene que emprender su caminar histórico propio en medio de la sociedad, por lo que esta escuela plantea que, si la ley ha surgido como respuesta a las necesidades histórico-temporales de los pueblos, entonces, deben evolucionar más allá de la fuente que la gestó. El principal exponente de esta escuela fue Saleilles hacia 1912. Esta evolución se plasmó de la siguiente manera:

Hallivis Pelayo (2009), refiere la Escuela de Viena, el método jurídico constituye un problema histórico de la teoría general del derecho. Según Kelsen (1979) establece que:

“el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, este tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de un grado superior a uno inferior” (p. 65).

Escuela Teleológica.

La escuela de interpretación teleológica, debe su denominación al prefijo “tele” que significa fin. La interpretación Teleológica es, entonces, la escuela considera que la interpretación adecuada de la norma está asociada a su fin, al espíritu originario que constituye su génesis y motivación que la incorporó a los instrumentos jurídicos de esa sociedad. Menciona Molitor y Schlosser (1975) que Jhering, en su obra de dos volúmenes “El Fin del Derecho”:

buscó interpretar cada reglamentación jurídica no de una manera aislada sino “comprendiendo las motivaciones y la función jugada en el conjunto normativo como medio de realización y satisfacción de intereses. Manifiestan además que Jhering, merced a esta concepción hasta entonces desconocida, señaló al Derecho caminos completamente nuevos, que estaban perdidos para él desde el Derecho natural (*Interpretación Teleológica*). Debido al hecho de que los numerosos movimientos que caracterizaban al siglo XIX carecían, no obstante, de una escala absoluta, esta concepción debió ejercer en principio efectos destructores y relativizadores (p. 99).

La finalidad de la norma subyace en la razón que le dio origen. Tal es el caso, por ejemplo del Jurista Claude Du Pasquier (1994) quien afirma que “según el punto de vista en que uno se coloque, la *ratio legis* puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de elaboración de la ley” (p. 151), o Peña Cabrera (1983) quien, comentando la Interpretación Teleológica, dice que “si la ley es clara, basta con la interpretación gramatical, sin embargo, puede ocurrir que la ley sea un tanto oscura, en tal caso es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir considerar la ‘ratio legis’” (p. 122). Se pretenden entonces la utilización de ordenamientos que desde la lógica permitan reconocer el espíritu que dio origen a la ley.

VI.- Influencia de la Doctrina en la Constitución del Ecuador.

Para estudiar la influencia de la doctrina en la constitución, hay que realizar en primer lugar un análisis a la técnica

constitucional, al método de interpretación de la carta magna entre otros.

La Técnica Constitucional

Ossorio ob. cit. establece que:

La palabra Técnica viene etimológicamente de "tejné", que significa arte. Toda ciencia tiene un arte. Aun cuando algunos autores distinguen entre arte y técnica, la técnica es el conjunto de operaciones que se realizan para alcanzar los objetivos o finalidades fundamentales que persigue el Derecho (s/p).

Ossorio ob. cit. El Derecho Constitucional “es la rama del Derecho Público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de los derechos v deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan” (s/p), con el cual se pretende el equilibrio Estado/nación.

La técnica constitucional implica las técnicas de diseño del texto constitucional (Técnica de Formulación de la Constitución) y la puesta en práctica de la misma en escenarios concretos (Técnica de Aplicación del texto constitucional) para atender de manera adecuada las experiencias propias producto de las relaciones interpersonales de los ciudadanos.

La Hermenéutica Constitucional.

La hermenéutica como ciencia que interpreta los textos escritos y fija su verdadero sentido. Aun referida primeramente a la exégesis bíblica, se relaciona con más frecuencia con la interpretación jurídica. Por lo cual, es la disciplina científica por excelencia dedicada a al estudio de los principios y métodos de interpretación en el ámbito Constitucional, interpretación que se sustenta en la hermenéutica.

La Interpretación Constitucional.

Franco de la Cuba (s/f)

El método de interpretación constitucional presupone, entonces, que toda interpretación implementada conforme a los criterios y teorías ya desarrollados, se somete a lo establecido en la Constitución, es decir, deberá siempre preferirse la interpretación que sea conforme o más conforme a la Constitución. Así, si por su alcance (ya sea por ser restrictiva o extensiva) o por su fuente o por su método, se llega a una interpretación que termine transgrediendo alguna norma del texto constitucional, no quedará más remedio que recurrir a la interpretación que en cada caso quede como alternativa, siempre, claro está, que la elegida se someta a lo previsto en la Constitución (p. 19).

La ruta definida para atender el Derecho Constitucional, plantea un Juez desde su interpretación del texto constitucional dicta una sentencia la cual desde su carácter particular se constituye en Jurisprudencia.

Luego del estudio de las diferentes herramientas disponible, para desarrollar el análisis a las doctrinas que ha influenciado la redacción de la constitución del pueblo ecuatoriano en el 2008 se aprecia lo siguiente:

Una doctrina que se hace es la nueva clasificación que presenta los derechos, en el cual derechos establecidos que abordan aspectos económicos, sociales y culturales propios de la vida del ciudadano, los mismos son desplazado por un nuevo concepto ajustado a los tiempos actuales denominados derechos del Buen Vivir. Con lo cual se evidencia la evolución del derecho al incorporar de una manera activa los derechos naturales de los

ciudadanos, los cuales se han ido transformando por las costumbres hasta convertirse en una doctrina jurídica reflejada en la carta magna.

Este cambio filosófico, jurídico se desarrolló en el título II, capítulo segundo teniendo por denominación Derechos del buen vivir, en el cual se encuentra lo siguiente: sección primera definida como Agua y alimentación, la sección segunda el Ambiente sano, la sección tercera Comunicación e información, la sección cuarta Cultura y Ciencia; sección quinta Educación; sección sexta Hábitat y vivienda; sección séptima Salud; y sección octava Trabajo y seguridad social. Con este cambio se observa como las aspiraciones de la población se han materializado en una normativa legal.

En este mismo, orden de ideas se evidenciarán la cantidad de artículos con los cuales se logra la protección de la población, con lo cual se pondrá de manifiesto como la doctrina se ha convertido en ley suprema.

En Constitución del 2008, se encuentran veinte y un (21) artículos, que establecen los nuevos derechos con la cual cuentan, las personas adultas mayores a partir del que son todas aquellas personas que han cumplido 65 años o más, además contempla los derechos de protección que brindara el estado ecuatoriano a los jóvenes, las mujeres embarazadas, las niñas, los niños y los adolescentes, los migrantes, las personas con discapacidad y consumidoras de sustancias adictivas. Estos derechos se encuentran establecidos desde el artículo 35 hasta el artículo 56.

En cuanto a la sección de grupos vulnerables, en la cual se encuentran incluidos los niños, las niñas y los adolescentes. Paso de ser protegidos por cinco (5) artículos en la antigua constitución a ser protegidos por ocho (8) artículos en la actual carta magna. Estos artículos se encuentran desde el artículo 48 hasta el artículo 56.

Igualmente, en el artículo 11 de la carta fundamental se establece

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

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

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio (p.12).

La constitución del 2008 en el artículo 57 contiene veintiún (21) numerales en los cuales se reconocen como sujetos de derecho con rasgo constitucional a los colectivos integrados por comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, lo cual contrasta con el antiguo artículo 84 de la Constitución del 98 que estaba constituido por quince (15) numerales. Igualmente se armoniza el marco constitucional con declaratoria hecha por el

estado ecuatoriano al conformarlo como un estado plurinacional, reconocimiento que inhabilita el término pueblos indígenas para dar paso a la autodeterminación de estos grupos sociales como pueblos como nacionalidades indígenas.

Se reconoce en la norma constitucional del 2008, el derecho a la protesta cívica, en el artículo 98

Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones y omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos (p.43).

Situación no contemplada en el texto del año 1998. Igualmente, se cambia el articulado vinculado a las garantías jurisdiccionales asociadas a la protección, información pública entre otras. Las cuales están contenidas en los artículos 86 al artículo 94.

Con estos cambios que están fundamentados en la episteme política, que surgió en la república del Ecuador a principio de las décadas del 2000, con lo cual fue plasmado en el texto constitucional muchas de las aspiraciones del pueblo ecuatoriano, convirtiéndose la doctrina en legislación, con lo cual se cambió la concepción del estado ecuatoriano.

VII.- La Doctrina en el Plan de Desarrollo de la Nación.

Plan nacional del buen vivir 2013-2017

El Plan de Desarrollo Nacional, es el instrumento de planificación de la República del Ecuador. titulado “Plan Nacional del Buen Vivir” 2013-2017, es la que da los fundamentos sobre los que se basa esta información. Este Plan se sustenta en la noción del Buen Vivir, siendo este algo que Consejo Nacional de Planificación (2013) "Se planifica, no se improvisa. El Buen Vivir es la forma de vida que permite la felicidad y la permanencia de la diversidad cultural y ambiental; es armonía, igualdad, equidad y solidaridad” (s/p).

Los objetivos del Plan Nacional del Buen Vivir 2013-2017, son los siguientes: 1) Consolidar el Estado democrático y la construcción del poder popular; 2) Auspiciar la igualdad, la cohesión, la inclusión y la equidad social y territorial en la diversidad; 3) Mejorar la calidad de vida de la población; 4) Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía; 5) Construir espacios de encuentro común y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad; 6) Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos; 7) Garantizar los derechos de la naturaleza y promover la sostenibilidad ambiental territorial y global; 8) Consolidar el sistema económico social y solidario de forma sostenible; 9) Garantizar el trabajo digno en todas sus formas; 10) Impulsar la transformación de la matriz productiva; 11) Asegurar la soberanía y eficiencia de los sectores estratégicos

para la transformación industrial y tecnológica; 12) Garantizar la soberanía y la paz, profundizar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana.

En el objetivo 2, denominado El Socialismo del Buen Vivir, se encuentra su apartado 2.1. denominado Una idea movilizadora.

El Buen Vivir o Sumak Kawsay es una idea movilizadora que ofrece alternativas a los problemas contemporáneos de la humanidad. El Buen Vivir construye sociedades solidarias, corresponsables y recíprocas que viven en armonía con la naturaleza, a partir de un cambio en las relaciones de poder (s/p)

Este artículo presenta como fin el lograr que la población, obtenga el cambio en la concepción y ejecución del estado ecuatoriano, colocando como horizonte diferentes alternativas para construir una sociedad más justa, con la cual se construirá una nueva episteme social, en la cual se coloque en el centro de la acción pública al ser humano y como valor teleológico a la vida. Este nuevo enfoque trasciende el concepto tradicional de desarrollo directamente asociado al crecimiento económico. Con este nuevo enfoque el estado ecuatoriano, está creando una nueva doctrina social en la cual el ser humano es el centro de acción del estado y este se coloca al sr vicio del mismo y no al contrario como estaba concebido el ordenamiento jurídico anterior.

Con el apartado 2.2. denominado Principios y orientaciones, se busca garantizar la igualdad efectiva en el acceso a servicios de salud y educación de calidad a personas y grupos que requieren especial consideración, por la persistencia de desigualdades, exclusión y discriminación. Enfocándose en una justicia

democrática que refleje amplios niveles de participación, donde todos tengan el mismo nivel de participación, en defensa de los principios de igualdad, participación y poder colectivo. En este apartado, se busca construir una episteme social e igualitaria teniendo como fin el lograr. La formación de un Estado plurinacional, megadiverso y plural, exige su descolonización; el reconocimiento político de la diversidad étnica, religiosa y sexual, y el forjamiento de una sociedad con derechos de titularidad colectiva: lengua, cultura, justicia y territorio.

Con el objetivo 4 Fortalecer las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.

El conocimiento debe ser entendido como un proceso permanente y cotidiano, orientado hacia la comprensión de saberes específicos y diversos en permanente diálogo. Por lo tanto, el conocimiento no debe ser entendido como un medio de acumulación individual ilimitada, ni un acervo que genere diferenciación y exclusión social. Este conocimiento, más que un medio para saber, es un instrumento para la libertad individual, para la emancipación social y para vivir y convivir bien; es decir, para encontrar la libertad, satisfacer necesidades, garantizar derechos, cambiar el patrón de acumulación y redistribución, vivir en armonía con la naturaleza y convivir en una democracia democratizada y de calidad (s/p).

En su numeral 4.4. el fin de este numeral es lograr

mejorar la calidad de la educación en todos sus niveles y modalidades, para la generación de conocimiento y la formación integral de personas creativas, solidarias, responsables, críticas, participativas y productivas, bajo los principios de igualdad, equidad social y territorialidad, en sus literales:

- a) Fortalecer los estándares de calidad y los procesos de acreditación y evaluación en todos los niveles educativos, que respondan a los objetivos del Buen Vivir, con base en criterios de excelencia nacional e internacional.
- b) Establecer mecanismos de apoyo y seguimiento a la gestión de las instituciones educativas, para la mejora continua y el cumplimiento de estándares de calidad.
- c) Armonizar los procesos educativos en cuanto a perfiles de salida, destrezas, habilidades, competencias y logros de aprendizaje, para la efectiva promoción de los estudiantes entre los distintos niveles educativos.
- d) Generar mecanismos para la erradicación de todo tipo de violencia en los centros educativos y asegurar que los modelos, los contenidos y los escenarios educativos generen una cultura de paz acorde al régimen del Buen Vivir (s/p).

Con este articulado del plan de desarrollo nacional 2013-2017, denominado “Plan Nacional del Buen Vivir” 2013-2017, se busca mejorar las condiciones de vida de la población ecuatoriana, comprometiéndose el estado en un rediseño institucional que esté acorde con los cambios constitucionales y los diferentes programas de desarrollo que se diseñan en la nación. Esta situación se encuentra en sintonía con la nueva episteme institucional del estado y sus diferentes órganos del poder público.

Conclusiones

Los cambios ocurridos en el desarrollo de la humanidad, ha traído nuevas concepciones en la visión del derecho por lo cual el proceso y la filosofía existente en la Interpretación Jurídica, la cual ha desarrollado un sin fin de escuelas de interpretación las

cuales se colocan a la par del tiempo histórico y la episteme que se maneje para la misma. Es por ello que la presencia de las distintas escuelas de interpretación jurídica estas en sintonía con los paradigmas humanos y científicos que se encuentre en ese momento histórico.

Algunas escuelas de interpretación jurídica han perdido vigencia en sus posturas filosófica jurídica, otras las han mantenido o han evolucionado con el devenir del tiempo histórico, colocándose a la par de la doctrina y el desarrollo jurídico del estado de derecho.

En tal sentido, se demostró la importancia vital que posee la interpretación jurídica en el proceso del derecho, y la postura que presenta cada escuela de interpretación en cuanto a dicho proceso y como percibe cada uno la posición de jurista y del funcionario encargado de dirigir el proceso judicial.

Siendo el Derecho el encargado de regular la vida en sociedad del ser humano, por lo cual aplica a los hechos producidos en dichas relaciones el cumplimiento de la normativa establecida, siendo el instrumento más fidedigno para el seguimiento de dicho proceso la hermeneusis jurídica, la cual considera para su proceso interpretativo a la doctrina y la jurisprudencia, al igual que las costumbres y tradiciones, para la valoración de los hechos y contractarlos con las leyes.

Se determinó que el cambio constitucional ocurrido en el año 2008 en la república del Ecuador, ha traído un cambio epistémico y teleológico a la concepción del estado y su vinculación con los ciudadanos, a los cuales se le ha puesto en el

centro de la vida institucional y los poderes del mismo giran en torno a este ser social.

Referencias :

- Aguirre Montenegro, J (2008). La Interpretación de las Normas Laborales. Recuperado de: <https://lawiuris.wordpress.com/2008/02/16/interpretacion-de-las-normas/>
- Alzamora Valdez, M. (1982). Introducción a la Ciencia del Derecho. Tipografía Sesator. Octava Edición. Lima, Perú.
- Avendaño, C. (2018). La doctrina jurídica. Definición De doctrina, Derecho Canónico, Derecho Francés, Principio Dispositivo e Inquisitivo. Recuperado de: <https://www.grin.com/document/416030>
- Consejo Nacional de Planificación (2013). Plan nacional para el buen vivir 2013 2017. Registro Oficial Suplemento 78. Recuperado de: <http://www.cpccs.gob.ec/wp-content/uploads/2015/12/PNBV-2013-2017.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador (2008). En el Registro Oficial N° 449. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Contreras Peláez, F. J. (2005). Savigny y el historicismo jurídico. Madrid: Tecnos.
- Daniel (2011). Interpretación jurídica y sus escuelas. Recuperado de: <http://interpretacionjuridicaysusescuelas.blogspot.com/2011/09/interpretacion-juridicay-sus-escuelas.html>
- Du Pasquier, C. (1994). Introducción al Derecho. Editorial Jurídica Portocarrero S.R.L. 5ta edición. Traducción del francés por Julio Ayasta Gonzales. Lima, Perú.
- Fernández López, J. (s/f). Jurisprudencia - doctrina jurídica. Recuperado de: <http://www.hispanoteca.eu/Foro/ARCHIVO-Foro/Jurisprudencia-doctrina%20jur%C3%ADdica.htm>

- Franco de la Cuba, C. (s/f). La interpretación de la norma jurídica. *Derecho & Cambio Social*. Recuperado de: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista002/interpretacion.htm>
- Guastini, R. (1999). *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de J. Ferrer i Beltrán. Gedisa. Editorial, Barcelona.
- Hallivis Pelayo, M. (2009). *Teoría General de la Interpretación*. México: Porrúa
- Hernández Marín, R. (1989). *Teoría general del derecho y de la ciencia jurídica*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Hoyos Zavala, E., Alcívar Trejo, C., Lecaro Nath, G. & Coronel Gómez, M. (s/f). La diversidad de las escuelas de interpretación jurídica con relación a la Constitución del Ecuador. Recuperado de: <https://ecotec.edu.ec/content/uploads/mcientificas2018/7gestion-relaciones-juridicas/012.pdf>
- Huerta Ochoa, C. (2006). Savigny en el contexto actual de la interpretación. En González Martín, N. (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineu*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Igartua Salaverría, J. (1994). *Teoría analítica del Derecho La interpretación de la Ley*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. Versión castellana de Roberto J. Vernengo, de la Segunda Edición Alemana. UNAM. México.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción de Rodríguez Molinero, M. Editorial Ariel, Barcelona.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- López de Sosoaga López de Robles A. (2014) El método interpretativo de Von Savigny en el análisis de la legislación educativa: un estudio de casos sobre el currículo de Primaria. *Revista de Educación y Derecho* 9. Universidad de Barcelona. Recuperado de:

<https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/10503/13260>

- Molitor, E. y Schlosser, H. (1975). *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*. Casa editorial Bosch. Traducción de la 2ª edición alemana. Barcelona, España.
- Monereo Pérez, J. L. (2005). *Historicismo y ciencia del derecho en Savigny*. En Savigny, F.C. von. y Monereo, J. L. (Dir.). *Tratado de la posesión: según los principios del Derecho romano (I-XLV)*. Granada, Comares.
- Morgan-Evans, E. (2001). *El elemento valorativo en la interpretación del derecho*. Tesis doctoral presentada ante la Universidad de Extremadura. Cáceres España.
- Ossorio, M. (s/f). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. 1ª Edición Electrónica Datascan, S.A. Guatemala. Recuperado de: <https://www.herrerapenalozca.com/images/biblioteca/Diccionario-de-Ciencias-Juridicas-Politicasy-Sociales---Manuel-Ossorio.pdf>
- Peña Cabrera, R. (1983). *Tratado de Derecho Penal. Volumen I*. Tipografía Sesator. Tercera Edición. Lima, Perú.
- Pintore, J. (1988). *Manuale di teoría generale del diritto*. G. Giappichelli Editore, Torino Italia.
- Rodríguez Paniagua, J. (1976). *Ley y derecho: interpretación e integración de la ley*. Madrid: Tecnos. La diversidad de las escuelas de interpretación jurídica con relación a la constitución del ecuador
- Rodríguez Vidales, Y. (2018). ¿Cuál es la diferencia entre jurisprudencia y doctrina? *Revista Confilegal*. Recuperado de: <https://confilegal.com/20180813-la-diferencia-jurisprudencia-doctrina/>
- Savigny, F. (1994). *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma
- Soriano, R. (1993). *Compendio de teoría general del derecho*. Editorial Ariel, Barcelona.
- Tamayo, R. & Salmorán, Y. (1992). *Elementos para una teoría general del derecho*. Introducción al estudio de la ciencia jurídica. Editorial Themis, México.

CAPÍTULO IV

LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA COMO RESULTADO DEL ENFOQUE IUS- NATURALISTA Y POSITIVISTA DEL DERECHO

Ab. Carlos Alcívar Trejo. Mg.
Ab. Ambar Murillo Mena. Mg.
Dr. José J. Albert Márquez

I.- Introducción

En el proceso de desarrollo de la humanidad, en su transitar por los diversos periodos de la historia, se ha visto en la necesidad de crear e incorporar a sus actividades diarias unas series de normas y estatutos básicos para el logro de una convivencia armoniosa. Habiendo siempre individuos que van en contra de esa norma establecidas por consensos en algunas civilizaciones, mientras que en otras estas normas de convivencias han sido impuestas.

Es por ello que, para mantener el orden y una convivencia armoniosa, de manera individual, grupal, colectiva y social, es necesario la convergencia de varios factores que orienten y conduzcan a este fin, entre los cuales se encuentran la educación, las leyes, el Gobierno, entre otros. Razón por la cual, el estudio derecho es fundamental para el desarrollo y la convivencia de la sociedad en el transcurso de la historia de la humanidad, por cual lo al establecer un cuerpo normativo, el cual contenga reglas claras, estableciendo las consecuencias a las cuales se enfrentan los individuos que la infrinja. Contando para su interpretación de

los concedores del derecho, quienes son los encargados de velar por su cumplimiento, de aplicación e interpretación.

En esta evolución histórica de las reglas de convivencia, ha surgido visión de los derechos humanos, la cual se apoya en la filosofía hermenéutica, Beuchot (2011) quien afirma

pero que tiene que hacerlo desde una ontología que la acompaña, ya que sin una ontología nos quedamos sin antropología filosófica o filosofía del hombre (que es una ontología de la persona), y sin ello no podemos dar a los derechos humanos un sustento suficiente. Tal fundamento es la ley natural, la cual supone una ontología y una antropología filosófica, para desde allí dar base a la ética y al derecho (p. 28).

El surgimiento de la valoración de los derechos humanos, tiene su fundamentación filosófica en el Naturalismo y el positivismo jurídico, lo cual ha traído discusiones de notables juristas, por cuantos unos apoyan la tesis de la ley natural de los derechos humanos y otros sostiene que la misma debe a la norma jurídica y no a la naturaleza del hombre. Estas posturas se han visto reflejadas en diversas normativas legales de diversos países y en convenios internacionales como la declaración universal de los derechos humanos.

En la república del Ecuador, la postura naturalista y positivista jurídica del derecho se ha visto reflejada en la constitución del año 2008, en la cual se ha plasmado las garantías de los ciudadanos, desde un punto jurídica natural, por ser ciudadano ecuatoriano y por la concepción de la ley.

II.- Métodos:

El objetivo principal del capítulo es Analizar la importancia desde la relación que tienen los fundamentos y preceptos basados en el naturalismo y positivismo, en el contexto del derecho, como fuente histórica para el desarrollo del Derecho y su fundamentación.

Planteándose dos objetivos específicos Describir los fundamentos y preceptos asociados al naturalismo y positivismo en el devenir histórico del derecho; Caracterizar derecho la importancia de las fuentes del derecho en la praxis del profesional del Derecho y en el devenir de sus actos, desde el punto de vista y el enfoque histórico de varios autores.

III.- Los Derechos Humanos:

Noguera Laborde (1998) “entiende por Derecho como el ordenamiento de la vida social, desde el punto de vista de la justicia, expresando en un conjunto de normas, con miras a realizar el bien común” (p. 10). Restrepo Martínez (s/f) el derecho constituye:

un producto humano o de cultura, que consiste en una forma normativa de vida social. En lo normativo está la clave del asunto. El Derecho se ha convertido en una verdadera institución del actual Estado en la que se tipifica el control social. Dicho control actúa en primera instancia, como prevención de la aparición de las tensiones originadas por la afirmación de existencia que cada individualidad posee. De manera que el Derecho actúa como elemento equilibrante, homogenizador de las fuerzas dispersas. Cuando el Derecho y la Moral coinciden plenamente, es

cuando al individuo se le trata como algo que hay “suavizar” (p. 1).

Reyes (2003) indica que.

Para Max Weber, el Derecho es aquello que el Legislador Político establece como Derecho, en conformidad a un Procedimiento Jurídico Legitimado. - La Escuela Histórica del Derecho sostiene, que el Derecho consiste en la unidad orgánica que se forma a través de todo el pasado de una Nación; que nace de su íntima esencia y de su historia, y que no puede ser una cosa distinta de lo que en realidad es. Así, el Derecho, es tan fáctico como la existencia misma. La costumbre, esa manera, es la que determina la existencia del Derecho (p. 211).

Mientras que Hart (1994) afirma lo siguiente:

la conocida sentencia Kantiana, según la cual el Derecho “es el complejo de las condiciones por las cuales el árbitro de cada uno puede coexistir con el arbitrio de todos los demás, según una ley universal de libertad”. Para Kant por otro lado el concepto de Derecho no radica en la realización de la libertad, sino en su limitación. Para él, existe una limitación a la libertad individual en aras de lograr un acuerdo con el arbitrio de los demás (p. 32).

Reyes ob. cit.

Además, agrega Hegel que el Derecho consiste en que cada individuo sea respetado y tratado por el otro como una esencia libre, pues es solamente en esta medida que el libre querer se toma en él mismo en otro como objeto y como contenido (p. 211).

Ante la concepción imperativista del Derecho son necesarias, así como lo expresa el jurista y filósofo J.L. Austin citado por Hart ob. cit. “personas o cuerpos de personas que emitan órdenes

generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general que estas amenazas se harán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia” (p. 32).

El origen del constitucionalismo en el Ecuador se remonta al año de 1830, año en la cual es promulgada la primera constitución, surgiendo la misma en medio del proceso de independencia de la nación de la corona española de la cual el país era colonia en esa época. Antes de este despertar, los seres humanos estaban desprotegidos dado que sus derechos naturales y fundamentales no estaban tipificados en norma alguna. Años más tarde, surge la postura naturalista de los derechos humanos, siendo para considerados por Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond (2014) los de mayor relevancia son:

John Locke, quien elevó la defensa de los derechos naturales a la categoría de principio fundamental de legitimación del gobierno y fin básico de la sociedad civil. Siguiendo con Locke el cual afirmó que la propiedad es un Derecho Natural y que se deriva del trabajo, además, dijo que la propiedad precede al Estado y que éste no puede disponer de la propiedad de los sujetos arbitrariamente. Otros filósofos han considerado que los derechos humanos se derivan de un derecho o valor fundamental determinado. Para muchos autores, entre los que se encuentra Samuel Pufendorf, el sistema de derechos naturales del hombre se deriva de su dignidad; otros, como Hegel o Kant, afirmaron que la libertad es fundamento de los derechos humanos y, al mismo tiempo, el principal de éstos. Kant representó la culminación de un proceso encaminado a depurar las teorías iusnaturalistas de elementos históricos o empíricos, entendidas como exigencias de la razón práctica (s/p).

En este sentido, Gaviria Díaz (2002) establece que para conocer la evolución del Derecho natural hay que conocer su origen y objetivo:

La génesis de esta corriente está ubicada en Grecia y es llamado Iusnaturalismo Cosmológico; su punto de partida es la naturaleza y es desde ahí que se plantea la pregunta por el hombre, sus conductas y por la posibilidad de regirlo, trasladando las reglas del mundo natural al mundo social. Su objeto es buscar en éste, dado su carácter igualitario, las reglas que se aplican a los hombres, sabiendo que las relaciones que se producen entre los hombres mismos son generadores de mucha desigualdad.

A esta corriente la sigue el Iusnaturalismo Teológico que desde sus reflexiones sobre la razón y la voluntad; la pregunta sobre lo bueno o lo malo afirma que la esencia de la Ley es la razón, una razón divina. En ese orden racional es al que nos debemos someter por ser el orden que Dios nos ha dado (p. 89).

Postura que pretende empleando la razón para que emerjan las verdades éticas fundamentales. Después de la segunda guerra mundial, surge la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fuente de toda doctrina social presente en las áreas del conocimiento tales como Sociología, Política, Psicología, Historia y la Filosofía entre ellas. En este pensamiento convergen los diferentes intentos por crear desde la razón humana y colocando por delante al hombre como raza superior sin discriminación. Con esta Declaración se da el salto que permite consolidar la idea de igualdad tan anhelada, vista como una gran utopía.

En este sentido, Beuchot ob. cit. indica que “se entienden los derechos humanos como derechos naturales subjetivos o individuales” (p. 29). Mientras que para la ONU (s/f)

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición. Entre los derechos humanos se incluyen el derecho a la vida y a la libertad; a no estar sometido ni a esclavitud ni a torturas; a la libertad de opinión y de expresión; a la educación y al trabajo, entre otros muchos. Estos derechos corresponden a todas las personas, sin discriminación alguna (s/p).

Es por ello que, al hablar de los Derechos humanos, producto de la corriente naturalista jurídica o la filosófica jurídica Iusnaturalismo hay recordar que la vida, la libertad, la dignidad, la seguridad, son valores atesorados por el hombre, el cual ha generado un sinnúmero de luchas para el logro de los mismo, desde la guerra de independencia nacional hasta la lucha contra las diferentes dictaduras que lo han suprimido, siendo por esta razón un factor que incide en la historia, la cultura y el poder. Ser la búsqueda suprema del hombre el bienestar moral, físico, intelectual, social y económico, siendo estos los prerequisites para una existencia total y humana.

Estos son los principios y/o valores amparados en la declaración Universal de los Derechos Humanos. Al reconocer estos como derechos fundamentales del ciudadano, asume el Estado su difusión, caracterización, impulsando los procedimientos para el manejo correcto de los mismo. El Estado Constitucional del Derecho del Siglo XXI ha sido impregnado de los derechos

humanos como fuente consustancial de la Democracia Social en atención de los pueblos.

IV.- El IUS- Naturalismo.

Cuando se invoca a la creencia del ser superior, de la providencia divina, las posturas culturales o sociales de la existencia de una ley celestial, estamos en presencia de lo que los juristas denominan del derecho natural. En este sentido, Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond (2014) realizan un estudio histórico indicado sobre el mismo estableciendo los siguiente:

Desde el Siglo XVII, con Hugo Grocio, ha cobrado fuerza el Iusnaturalismo Racionalista, de la mano de autores que se desvinculan progresivamente de la idea de Dios, si bien existen en la actualidad diversas fundamentaciones iusnaturalistas de carácter o inspiración religiosa; entre ellas se encuentra la Doctrina Social de la Iglesia, que retoma las ideas de los Padres de la Iglesia y Santo Tomás de Aquino. Llegar a lo realmente humano es una de las críticas principales de las ponencias de Juan Pablo II en su encíclica “*Humanae Vitae*”, al señalar que: “la vida es un sentir desde una divinidad al bien común expreso en la realidad cristiana, desde la moralidad del bienestar (s/p).

Los seguidores de esta postura filosófica jurista, materializan esta postura con el término *iusnaturale*, el cual posee diversas perspectivas para su definición, entre los cuales se encuentra Cicerón (1848) “el manato divino, como algo creado por la voluntad divina, por esto el hombre tiene que sumirse a su

mandato” (147). Al respecto, García Máynez (1968) afirma que el “iusnaturalismo sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido” (p. 128). Nino (1975) establece que:

la concepción Iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de Justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) una tesis acerca de la definición del concepto de Derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no puede ser calificadas de “Jurídicas” si contradicen aquellos principios de Justicia. Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aun cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será considerado un Iusnaturalista (p. 175)

El iusnaturalismo también se ve guiado por la doctrina estoica, la cual habla sobre el hombre, siendo visto como único e inigualable mediante lo cual se habla de una verdad o razón universal; en la cual el mismo se ve envuelto ya que forma se encuentra en si o forma parte de este conocimiento general. Cicerón ob cit. dice:

Existe una ley verdadera, la recta razón, conforme a la naturaleza, universal, inmutable, eterna, cuyos mandatos estimulan al deber y cuyas prohibiciones alejan del mal. Sea que ordene, sea que prohíba, sus palabras no son vanas para el bueno, ni poderosas para el malo. Esta ley no puede contradecirse con otra, ni derogarse en alguna de sus partes, ni abolirse toda entera. Ni el Senado ni el pueblo pueden libertarnos de la obediencia a esta ley. No necesita un nuevo

intérprete, o un nuevo órgano: no es diferente en Roma que en Atenas, ni mañana distinta de hoy, sino que en todas las naciones y en todos los tiempos esta ley reinará siempre única, eterna, imperecible, y la guía común, el rey de todas las criaturas, Dios mismo da el origen, la sanción y la publicidad a esta ley, que el hombre no puede desconocer sin huir de sí mismo, sin desconocer su naturaleza y sin sufrir por esta sola causa la más cruel expiación, aunque haya evitado en otro tiempo lo que se llama suplicio (p. 147).

Iusnaturalismo está asociado a las filosofías eclesiásticas por su alta relación con lo moral como fuente de equidad social, dado que es desde el subconsciente como la persona se apropia y hace vida la norma más allá de tenerlas por escrito, es decir, impulsar la ley de la razón, si el ser humano se apropia de la ley y la hace vida, administra su propio castigo pues moralmente está formado para ello, entonces no se necesita ningún órgano sancionador pues el mismo hombre se convierte en veedor y autoregulator de sus acciones en relación con los otros y consigo mismo. En este sentido, Bobbio et al. (1991) indica que:

El iusnaturalismo es una doctrina filosófica tan antigua como la disputa que tenían Sócrates y los sofistas por distinguir aquello que estaba dictado por la naturaleza (physis) de lo que era establecido y convenido por los hombres (thesis); pero a su vez es tan moderna como las teorías políticas de los siglos XVII y XVIII que explican el origen y el fundamento del poder político con base en la existencia de derechos naturales, anteriores a la conformación del Estado. Y aunque los representantes del iusnaturalismo han desarrollado diferentes interpretaciones, comparten no obstante una tesis básica: el derecho natural no sólo se distingue del derecho positivo (p. 836).

Marcone (2005). Indica que:

Para el iusnaturalismo la naturaleza es algo que existe *per se*, independientemente de nuestra voluntad y de nuestra fuerza. Por eso, este derecho natural, que se supone supremo y trascendente, no depende en lo más mínimo de las consideraciones ni de las formulaciones humanas o estatales. Los derechos naturales existen por sí mismos porque provienen de la propia naturaleza humana. Esta naturaleza (divina o racional) es lo que determina la existencia y el contenido de esos derechos, los cuales, independientemente del reconocimiento que tengan en el derecho positivo (estatal), existen y resultan universalmente válidos y necesarios (p. 2).

Es lógico el pensar que es imposible encontrar que dos seres racionales tengan nociones contrapuestas respecto de las normas naturales de conducta. Puestos que estas normas no se fundan en las determinaciones impuestas por un Estado o en las consideraciones particulares de un sujeto sino en "la naturaleza", en un orden natural el cual puse ser considerado de origen racional o divino, con características anterior o superior a la contingencia humana. Orden que, podría decirse que "desde siempre", ha determinado lo justo y lo bueno con independencia del tiempo y del espacio. Por eso algunos autores caracterizan al iusnaturalismo como lo indica Fernández (1993) "el intento de deducir de la naturaleza humana un conjunto de reglas de conducta humana, satisfactorio desde el punto de vista de su bondad y expresión definitiva de la idea de justicia" (p. 57).

En este orden de ideas Kelsen (1993) señala que el problema del iusnaturalismo se basa en "la falacia lógica que consiste en inferir el "deber ser" (lo axiológico) del "ser" (lo ontológico). Apelan a

un orden trascendente pero nunca señalan quién establece y determina los contenidos de esos supuestos dictados de la naturaleza o de la razón” (p. 69). Marcone ob cit. Siendo esta la causa por la cual se pretendió el deducir el derecho natural (y, más aún, el derecho positivo) a partir de un supuesto orden justo y bueno, universal y trascendente, lo cual conlleva al riesgo de justificar, en nombre de ese mismo orden, de ciertas leyes que a todas luces podrían resultar más peligrosas para la sociedad que las que se dictan en un Estado legal y legítimamente constituido. Prosigue la autora Marcone ob cit. al afirmar lo siguiente:

El iuspositivismo sostiene que el único derecho válido es aquel que dicta el Estado. Por eso en primera instancia genera reacciones encontradas; a diferencia del iusnaturalismo, que en seguida se gana la aceptación de todos aquellos que lo consideran superior por apelar a una moral que trasciende la contingencia del derecho positivo (pues este último se supone en muchas ocasiones injusto). Sin embargo, como veremos en lo que sigue, muchos juristas han advertido que esa confianza en la supuesta bondad del iusnaturalismo puede tener un efecto bumerán: el iusnaturalismo puede llegar a ser mucho más peligroso que el iuspositivismo en caso de que ambos constituyan el fundamento de un orden injusto (p. 3)

V.- El IUS Positivismo.

Para Marcone ob cit. El iuspositivismo es

parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo,

trascendental, como pretendía el iusnaturalismo (p. 3).

García Máynez ob. cit. establece que "el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo" (p. 12). Lo cual implica que desde la visión del iuspositivismo los instrumentos legales nacen del Estado sin reconocer los valores sociales que pudieron ser la génesis de los mismos, el hombre nació libre, pero vive entre cadenas. Esta postura del Derecho no reconoce el Derecho natural, pues se considera que el Derecho proviene de una Ley Impuesta, ni siquiera la sociedad por consenso puede salvarse.

Augusto Comte, es reconocido como en fundador del positivismo, sus sucesores directos fueron Hume y Kant. Riezu (2007) indica que para Comte el positivismo:

es relativo, preciso, orgánico y real. Esta filosofía se complementa con las realidades apreciables; es imperativo eliminar toda indagación sobre lo absoluto. Inclina el ser a lo útil, permitiéndole la condición de aprovechar el curso de los acontecimientos. Elimina todo lo indeterminado y vago volviéndose una ciencia exacta como el cálculo. Da lugar a la fenomenología; exige las comprobaciones porque nada continuo no siendo perfectamente demostrable y se encuentra concatenado con los hechos cuyas leyes invariables descubre, e esta forma deja un camino fiable para el progreso científico. Acorde con esto, compete decir las palabras de Comte: El positivismo no es otra cosa que el sentido común generalizado y sistematizado (p. 50).

Siendo lo indicado por el autor una afirmación que establece al positivismo donde el Estado es la fuente para generar las leyes para beneficio de la sociedad, pues el Estado como sistema y

veedor máximo legisla en atención a la necesidad de la sociedad con el propósito de generar un ambiente saludable, coherente, responsable y con orden.

Características del Derecho Positivo.

Del Vecchio (1980) establece las características del pensamiento positivista jurídico de la siguiente manera:

Vigente: es el que rige efectivamente la convivencia social en un lugar determinado. P. ej., los artículos del código penal referentes a los delitos de homicidio, robo, etc., que se aplican a cada momento. No vigente: por el contrario, es el que no tiene efectiva aplicación. P. ej., cualquier ley derogada que ya no tenga aplicación (p. 53).

El Iuspositivismo Desde Diferentes Perceptivas Jurídicas.

Vecchio ob. cit. que define al derecho positivo como “el sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento” (p. 51). Como lo menciona el autor, la norma en si misma tiene el poder de regular el comportamiento del ciudadano en relación con los otros.

Kelsen (1982), sostiene que “la eficacia, vigencia y positividad, consiste en que las normas sean realmente obedecidas y aplicadas” (p. 48). Lo que hace vigente a una norma es su aplicación en el momento en que se requiere la misma para regular la conducta humana inapropiada llenando con ella los extremos que dicha regulación del comportamiento amerite. Entonces se sostiene que el derecho positivo es justo, reafirmandolo con el pensamiento de Cossio (1954) quien

menciona “porque sosteniendo que el derecho en conducta en interferencia intersubjetiva, es lógico que el único derecho sea ése.” (p. 39).

Stammler (1930) dice “que el derecho positivo es aquél que regula jurídicamente aspiraciones concretas; en cambio, derecho vigente es sólo una parte del derecho positivo: aquél posible de ser implantado” (p. 46). Partiendo de esta premisa, el derecho vigente es la aplicación del derecho positivo, dado que el primero al regula las conductas inapropiadas del ser humano, devela las bondades implícitas en el derecho positivo.

Para García Máynez ob. cit., derecho vigente es “el conjunto de normas imperativo-atributivas que, en una cierta época y un país determinado, la autoridad política declara la obligatorias” (p. 14). Para este autor el derecho positivo es la norma de cumplimiento obligatorio sin considerar su vigencia para ser aplicada.

Corrientes Positivistas:

El positivismo extremado niega la existencia del derecho natural (iusnaturalismo), idea que va de la mano del relativismo y el escepticismo donde los valores jurídicos son el prisma para ver la aplicación adecuada de la norma. Su máximo representante es Hans Kelsen quien considera la norma después de su promulgación es incambiable, inmutable dado que el fin de la misma es la optimización constante de su aplicación.

Por otro lado, al hablar de Positivismo atenuado, reconoce como objeto de estudio la creación de las normas jurídicas, pero admite el derecho natural para complementarla. Considerándose entonces que el iusnaturalismo es un complemento para el

Iuspositivismo. Es la disposición que se atribuye al artículo 18 numeral 7 del Código Civil Ecuatoriano:

Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

7^a. A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal (s/p).

Por lo que el derecho positivo no puede negar el derecho natural dado que este último no solo le imprimió al derecho su motivación inicial, al mirar los valores que le son intrínsecos al ser humano por el simple hecho de su condición humana (iusnaturalismo). Si partimos del hecho que el fin último de la norma es garantizar el control social, constituye entonces la moral su carácter de estabilizador y regulador de la conducta.

Para Stammler (1958) considera la sociedad como la “acción conjunta reglada de los hombres” (p.51), y al orden jurídico como “un medio para el logro de fines” (p. 9).

Para Stammler la norma jurídica es un intento del hombre para el control de la sociedad, para llegar a un fin deseado que, en mi perspectiva, es el manejo de la conducta humana y de esta forma lograr un desenvolvimiento en el cual participen las normas establecidas de manera que su empleo se vea como causante del fin deseado. Es decir, la norma es una forma de manipular creada por el hombre para llegar a un fin que le concierne.

Por su parte, el derecho es solo un medio para el logro de los objetivos propuestos conjugando los fines humanos y los medios adecuados. Según Stammler ob.cit. la forma de identificar al derecho justo del que no lo es, se puede apreciar la idea del

derecho que él la define como “la noción de la armonía incondicionada de todo contenido jurídico” (p. 93).

Esto quiere decir que el derecho, en su perspectiva, tiene que ser valorizado, revisado; de esta forma se diferencia ya que siendo analizado logra una armonía que lo lleva a la perfección y como efecto causa su efectividad jurídica. Por lo tanto, el derecho justo es justo por su validez y su empleo siendo siempre comedido. La concepción de derecho justo esta concatenada a la definición de idea social, y no se ve captado como una utopía o una meta jurídica. Se ve a la idea social como el camino al cumplimiento de todos los posibles anhelos o fines jurídicos.

Kelsen ob. cit. establece que “la tarea de elaborar una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de la ciencia de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias” (p. 52). Las leyes han sido creadas para regular la conducta del hombre en todos los ámbitos de su vida atendiendo los aspectos débiles o vulnerables de la sociedad y a partir de la participación de las personas en su diseño manteniendo el control social propiciando un ambiente saludable.

En este sentido, Kelsen ob. cit. desea probar que únicamente existe el derecho positivo visto como “una serie de normas coordinadas y sistematizadas y ajeno a cualquier actitud valorativa” (p. 52). Aplicación de controles a las situaciones corruptas, injustas e inaceptables que se ven entorno a nuestra sociedad común, se logra al volcar la mirada al derecho positivo y presentarlo como único y perfecto para recuperar el control social.

La Teoría Pura es la ciencia que aborda solo que es y cómo se crea el derecho, siendo este su objeto absoluto, sus seguidores deben estudiar de manera literal el derecho sin aprensiones. En la filosofía de Kelsen, el derecho hinca en temas morales, biológicos, psicológicos e incluso teológicos, inculcando una fuerte falta de sentido crítico y aportando una amenaza a la verdadera ciencia jurídica.

El Derecho comprendido como un sistema normativo.

Kelsen como gran estudioso del derecho, establece que la ciencia jurídica tiene como objetivo principal dos aspectos fundamentales que son el ser un sistema establecido y las acciones que producen la generación y la práctica del derecho. En tal sentido se entiende el sistema establecido, aquel que parte del pensamiento monótono en el cual se concibe al sistema jurídico como la norma de una sociedad, concebido como un sistema de reglas o normativas que regulen el comportamiento de las personas. Mientras que las acciones que producen la generación y la práctica del derecho, se entienden como la perspectiva voluble en la cual se tiene presente las acciones de la conducta establecidas por las distintas normativas jurídicas establecidas por la legislación vigente.

En tal sentido, la concepción del derecho se percibe como parte esencial del orden o sistema normativo establecido por la legislación vigente, siendo complementada con la jurisprudencia y la tradición jurídica. Es por ello que se ha vuelto fundamental, la visión de Kelsen, quien incluye la concepción el antagonismo

que presenta las ciencias jurídicas en su división de ciencia social y ciencia natural.

La ciencia natural, ha sido definida como un evento creado por la casualidad. Siendo producto de la ley de acción y reacción, la cual es generada por un ciudadano en su condición de libre determinación y acción que posee de hacer sus actividades. Mientras que la ciencia social, concibe a las ciencias jurídicas como una manera de observar el comportamiento del ciudadano y los actos que este realiza. Siendo regulada por la normativa legal vigente y supervisada por la sociedad.

Esta situación ha generado la creación de una concepción que contracta la visión de ciencia dependiente de la naturaleza y la de ciencia dependiente de la sociedad. Tales divergencias se crean de acuerdo a los principios en los cuales están inmersos los términos costumbre y hecho, siendo establecidos de la siguiente manera:

En cuanto a la naturaleza, esta se encuentra establecida por la casualidad, la cual establece la causa que genera el hecho, es decir, se constituye la vinculación entre la causalidad y la causa, indicando que la una no puede estar presente sin la otra, las cuales se encuentran presente en las actividades regulares del ciudadano.

Con respecto al orden social, esta se encuentra guiada por las facultades legales de los ciudadanos, las cuales se ejecutan por medio de las relaciones jurídicas. Dichas relaciones se encuentran reguladas de dos formas en primer lugar, lo establece la norma jurídica quien indica los parámetros del accionar de la

conducta del ciudadano. En un segundo lugar se encuentran las sanciones que están establecidas en la normativa legal para aquellos ciudadanos que realicen acciones en contra de la norma vigente, siendo establecida como la reacción a la acción empleada por el ciudadano, estableciéndose como consecuencia.

Bobbio et al. ob. cit. plantea que la forma de entender el planteamiento del positivismo jurídico, es cuando se indica que para concebir el positivismo jurídico es necesario entender tres aspectos, es que no poseen una subordinación repetida y ni conservan una oposición bilateral, lo cual quiere decir que la presencia de una de ellas no implica causa y menos establece consecuencia de la otra. Estableciendo los aspectos de la siguiente manera:

En cuanto al primer aspecto se tiene que, para comprender al positivismo jurídico, este debe ser visto como una forma de aproximarse al estudio del derecho, por lo cual Norberto Bobbio indica que esta manera de acercamiento, no está concebido como un método de investigación efectivo, por cuanto se concibe como parte de un objeto de estudio, en tal sentido este autor plantea que debe haber una diferencia percibida en cuanto lo que representa el derecho ideal y lo que es la praxis del derecho real de manera cotidiana.

En concordancia de lo expuesto anteriormente el derecho ideal, es concebido como una valoración, de lo que el derecho que debe ser. Mientras que el derecho real, se encuentra considerado como un derecho objetivo, situación que muestra que este es un derecho de lo que es, por lo cual se puede afirmar que el derecho

debe estar sustentado en los hechos acontecidos y no en simples hipótesis. Siendo establecido para Bobbio et. al. Ob. cit. el conocimiento de los hechos debe ser el interés principal del jurista auténtico, quien debe sustentar sus convicciones jurídicas al derecho real, ya que este proviene de la praxis diaria y no de lo que debería ser que es lo que plantea el derecho ideal, en este sentido el basamento del iusnaturalismo no posee objetividad puesto que se basa no en la realidad. En tal sentido se identifica al jurista con tendencia positivista, puesto que es el profesional que presenta una actitud frente al derecho en la cual valora los hechos y se comporta como un ser éticamente neutral.

Con lo cual se puede afirmar, que en el jurista que se observe esta postura, debe ser considerado como un jurista positivista y es quien consigue comprender el derecho positivo como un grupo de normas vigentes. Sabiendo que el derecho vigente, se encuentra fundamentado en los hechos, con el cual se puede establecer los hechos visibles. Estando los hechos visibles conformados por tres criterios los siguientes:

El primero establece el procedimiento jurídico, estableciendo en el mismo que cada normativa jurídica ha sido creada con la visión del procedimiento que va a ser aplicado de manera efectiva.

En el segundo criterio establecido como la obediencia, se encuentra que se establece de manera detallada que cada norma jurídica, tiene que ser aceptada por la ciudadanía de forma general con aplicación igualitaria.

Mientras que el tercer criterio está concebido como la aplicación, siendo estructurada por el grupo de normativa jurídicas, quien es

utilizada para definir una controversia del ámbito jurídico, siendo la autoridad judicial está en la obligación de interpretar y aplicar las normas vigentes que ayuden a resolver el conflicto planteado.

El segundo aspecto que es el positivismo jurídico entendido como una teoría o determinada concepción del derecho.

Para Bobbio et al. ob. cit. establece que la concepción del positivismo como teoría, se encuentra relacionada de la manera de en qué se concibe la realidad. Es por ello que, en el ambiente jurídico, esta definición es observada como una realidad catalogada como fenómeno de lo jurídico, esta concepción se encuentra interconectada el poder soberano el cual posee la capacidad de imponer ciertas condiciones, de la cual surge el concepto de Estado. Por lo cual se encuentra establecida como una teoría estatal del derecho.

Continuando con la noción del derecho como una teoría determinada, Bobbio ob. Cit. muestra la visión establecida por el filósofo y jurista Eugen Ehrlich, el cual mantuvo una crítica al positivismo jurídico, por cuanto mantuvo en su quehacer profesional una postura cotidiana hacia la sociología del derecho, este filósofo indicaba los tres principios de positivismo jurídico, lo cual mantiene una coincidencia con el postulado de Bobbio, siendo los tres principios.

Como primer principio, se tiene que toda decisión judicial admite la presencia de una norma jurídica, el segundo principio indica la norma jurídica preexistente a la decisión judicial fue establecida por el Estado por medio de su órgano correspondiente. El tercer

principio establece que el conjunto de las normas jurídicas preexistentes en un estado, crean una unidad jurídica, lo cual se encuentra manifestado en el ordenamiento jurídico del Estado.

Se puede hacer notar que la teoría estatal del derecho, se encuentra relacionada con otras teorías. Las cuales mantienen interrelación de las definiciones de la teoría de la coactividad, la cual expone en su concepción al derecho como un conjunto de normas que son obligatorias, otra teoría que se interrelaciona es la teoría imperativa, esta indica que la norma jurídica es un mandato, por lo cual constriñe al ciudadano, también tenemos a la teoría de la supremacía de la ley, quien indica que la fuente del derecho, es aquella que coloca a la ley como la máxima fuente del derecho, igualmente se tiene a la teoría del sistema pleno, la cual indica que el ordenamiento es pleno, en el cual no se perciben lagunas jurídicas. Estas teorías conllevan a establecer que debido a los conflictos de relevancia jurídica que ocurren en la sociedad, las cuales en conjunto presentan una solución a los hechos ocurridos en base a la normativa, por último, la teoría de la actividad lógica, esta teoría conlleva a la metodología de la ciencia jurídica, lo cual resalta el hecho de la aplicación de la metodología en el uso de los juristas y los jueces procurando una actividad lógica.

Como tercer aspecto; el positivismo jurídico como una determinada ideología de la justicia o como una ideología para alcanzar la justicia.

En este sentido Bobbio ob. Cit. establece que, en algunos valores positivos, se encuentra correctamente variado con el derecho

ideal, puesto que por medio de los valores positivos que se establece el derecho positivo bajo la concepción de dos argumentos.

En el primero se establece que el derecho positivo, está concebido como justo y siendo equitativo consolida su validez. Concibiendo que este criterio de justicia se asocia igualado al criterio de validez.

El criterio de validez, se encuentra definido para el derecho positivo, como una norma que es válida motivado a que ha sido emanada de una autoridad legal, lo cual indica que es producto de una voluntad dominante.

Como segundo argumento es la ideología, la misma se encuentra relacionada con alcanzar la justicia, la cual es uno de los fines deseables de todo estado de derecho, surgiendo la separación de la misma con los fines morales, para lo cual se busca llegar a los fines anegables los cuales son el orden, la paz, la certeza; con lo cual se creará en general lo que se comprende como la justicia legal.

Es por ello se establece como prioridad el conocimiento y el obediencia de las normas jurídicas, motivado a que el cumplimiento de las mismas es un deber moral de todo ciudadano. Comprendiendo que el deber moral es considerado como la exigencia de la conciencia hacia el acatamiento de la ley, siendo de esta manera debido a la validez, que es justa por compromiso con la comunidad y no por temor a la sanción que le será aplicada.

VI.- El IUS Naturalismo y el IUS Positivismo, su Relación jurídica con la Constitución del Ecuador

La concepción naturalista y positivista del derecho, se expresa en los principios constitucionales que poseen los ciudadanos y están expresados en la constitución ecuatoriana, en los capítulos de los derechos y las garantías que les proporciona este instrumento legal a todos los ciudadanos ecuatorianos y están fundamentados en la concepción de los derechos humanos consagrados a nivel mundial. En este contexto Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob.cit.

Fundamentalmente estos derechos se encuentran en medio de la disputa entre iusnaturalismo y positivismo. Más sin embargo resultaría interminable cualquier discusión que se base en cada una de las poses, sin olvidar obviamente que todo derecho lo encontraremos en algunas condiciones estructurales del individuo, las cuales serán fundamentales para el buen vivir, y tres fundamentos desarrollados a partir de este: la igualdad, la libertad, la dignidad. Situaciones mínimas frente al sin número de virtudes relacionados a la naturaleza humana, mismos que no son estrictamente derechos sino la teoría de donde surgen (s/p).

Derecho Constitucional.

Tamayo-Tamayo (2014) afirma que el Derecho Constitucional:

Abarca todo lo concerniente a la forma del Estado, del gobierno (que es la representación política del Estado), al igual que los principios, garantías y derechos fundamentales de las personas y la regulación de los Poderes Públicos. Se sustenta en la Constitución, denominada también Carta Magna, que es el pilar fundamental del orden

jurídico de un Estado, la cual prevalece y está por encima de cualquier otra ley (p. 1).

Aguilar Cavallo (2010) indica que el derecho constitucional abarca “la protección del individuo, de los grupos y los pueblos, y sus derechos, ocupan el primer lugar entre los valores protegidos por el orden jurídico” (p. 2). En este contexto, el Tribunal Constitucional chileno (2008), dictamina que “todos los valores, principios y normas articulados en [la Constitución] gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político” (p. 250). Por lo cual Aldunate (2008) señala que:

La identificación entre derechos fundamentales con derechos consagrados positivamente en la Constitución corresponde precisamente a la Ley Fundamental de Bonn: los Grundrechte (literalmente, derechos fundamentales) son, precisamente, los derechos garantizados por dicha Ley Fundamental. Esto facilita las cosas a la doctrina alemana ya que, para el tratamiento del tema sólo recurre, en general, a dos categorías: derechos humanos (Menschenrechte) y derechos fundamentales (Grundrechte). A partir del texto de la Constitución de 1978 (título I, “De los derechos y deberes fundamentales”), la doctrina española ha acogido este mismo sentido para la expresión “derechos fundamentales” (p. 47).

Es este contexto la vinculación del positivismo a través de la doctrina de iuspositivismo queda relacionado con la normativa suprema ecuatoriana, por cuanto norma la organización del estado y regula el funcionamiento de los poderes públicos. De la misma manera la ley suprema de los ecuatorianos está identificada o influenciada, como lo está la mayoría de las constituciones de los países del mundo, por la concepción

naturalista del derecho, es decir por el iusnaturalismo, por cuanto norma los derechos y garantías de las personas de manera individual, grupal o social del pueblo ecuatoriano.

Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob. cit. afirman que:

Hoy el derecho constitucional recibe varias menciones y suele confundirse, así llegamos a referirlo en ocasiones como derechos constitucionales, fundamentales y derechos humanos, y para poder establecer las marcadas diferencias de lo indicado, lo mencionaremos resumidamente (s/p).

Sabiendo que, los Derechos humanos son conquistas jurídicas que la humanidad ha logrado para mejorar la vida del hombre en sociedad, lo cual indica la construcción de normas que garanticen los principios básicos inherentes a la condición humana, quedando estos en manos del Estado, convirtiendo al mismo en un ser social y democrático de Derecho, acorde con la tendencia mundial del reconocimiento de los derechos económicos, políticos, culturales y sociales de la población. Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob. cit. indica que:

Los derechos constituyen el primer puntal sobre la cual se levanta toda sociedad civilizada para construir y desarrollarse. Sin estos no existiría la vida ni su correspondiente evolución; entiéndase familia, sociedad, etc. (...) establece que todo individuo es digno de atributos, derechos y/o facultades, como los derechos, igualdades, libertad e inviolabilidad los cuales deberán ser siempre protegidos y reconocidos por el ordenamiento jurídico de cada Estado. Todo ser humano tiene sus condiciones universales de derechos naturales, derechos superiores,

derechos pre estatales, estos relacionados al poder político. Vemos que la Constitución ampara estos derechos fundamentales mas no los crea, estos siempre estuvieron (s/p).

Es por ello que cuando se lee la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la misma se establece como ideario supremo “derechos fundamentales”, lográndose la inclusión de estos principios en los textos constitucionales de muchos países, siendo en la incorporación de este término, la definición jurídica alemana una de las pioneras. Con lo cual se establece un sistema de valores humanos, los cuales comenzaron a denominarse derechos fundamentales, los cuales son en la actualidad orden universal, de rango jerárquico inferior a las declaraciones e instrumentos internacionales.

Cuando se indica los derechos fundamentales, se está afirmando que son derechos humanos a los cuales el estado los ejecuta de manera eficiente, siendo innegables a la población y validos con igualdad de oportunidad para todos, los cuales se encuentran incluidos en el ordenamiento jurídico de la nación. Lo cual garantiza que los mismos se encuentran vinculado a la dignidad del ser humano dentro del estado de derecho vigente y acorde con la sociedad en la cual se ejecute, siendo la constitución el máximo instrumento jurídico de una nación, esta les da el rango constitucional a los derechos fundamentales, siendo este uno de los motivos por los cuales se le asigna de igual manera en algunos casos a los derechos humanos con derechos constitucionales. Para Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob.cit.

Jurídicamente presentan una estructura reglamentaria, fundamentada en la disposición que permite a todo individuo civilizado poder realizar o no acciones; esto es entonces, parte del derecho subjetivo, que a su vez contiene al titular del derecho subjetivo, al objeto del derecho, y al sujeto pasivo. Por su emplazamiento dentro de un Estado constitucional de reglas jurídicas supremas, prevalecen para la creación, interpretación y aplicación de otros preceptos de derecho infra constitucional (s/p).

En el Derecho Positivo se imprime gran preponderancia a los derechos fundamentales, considerados derechos inalienables de la persona, haciendo énfasis en que la protección de estas conquistas constitucionales corresponde a prestaciones que deben ser dadas y respetadas por los Poderes Públicos.

Garantías Constitucionales.

Las garantías constitucionales son definidas por Catanese (s/f) como:

los medios o instrumentos que la Constitución Nacional pone a disposición de los habitantes para sostener y defender sus derechos frente a las autoridades, individuos o grupos sociales; mientras que las garantías procesales como las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos (p. 1).

En cuanto a las garantías constitucionales establecidas en la normativa ecuatoriana, se puede establecer que son un cumulo de preceptos constitucionales, que tienen por objeto primordial el respaldar la honra y honor de los ciudadanos, así como, también establece la igualdad, la libertad, la política y social en la

vida del estado, o cualquier figura fundamental actual, así como garantizar la evolución integral del ciudadano en un entorno grupal o social. Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob. cit. indican que:

Actualmente, la jurisprudencia y la doctrina constitucional han admitido una doble dimensión de todos estos derechos ya recalcados; estableciendo esta dualidad e indicando que son derechos subjetivos, la de los ciudadanos que se establecen en estricto sentido, cuando estos derechos garantizan una situación jurídica de libertad frente a la vida; pero además debemos entender estos elementos importantes como ordenamiento objetivo de una comunidad nacional, la cual se configura para el convivir pacífico y humano, recordando el Estado social y democrático de Derecho que actualmente rige la Constitución (s/n).

Es por ello que, el estado por medio del poder público impone el respeto de las garantías consagradas en la carta magna, ubicando al sistema jurídico político como el encargado de velar por el fiel cumplimiento de las mismas, siendo los derechos y las garantías constitucionales los elementos objetivos de su protección, por lo cual toda acción de un órgano de la administración del estado debe ser respetada y guiada para su seguridad y crecimiento, la misma debe estar sustentada en el ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, a pesar de que se encuentran establecidos en nuestra constitución y son de cumplimiento obligatorio por todos los órganos de estado ecuatoriano, la realidad no es tal motivado a que es una quimera el respeto de los derechos fundamentales, con lo cual podríamos decir hay funcionarios que valiéndose de

su investidura violan estos principios constitucionales, por lo cual la carta magna establece la manera de reponer los abusos de autoridad que pueda realizar un ciudadano en particular o una institución del estado. En este sentido Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob. cit. establecen que:

Además, los derechos fundamentales forman la perdurable teoría y conforman la historia que marcara la transformación de una colectividad, y es aquí que el iuspositivismo no encajara con sus normas, teniendo así una evolución de esos derechos fundamentales. Así tenemos un crecimiento del pensamiento constitucional de estos derechos, que los tendrá que reconocer absoluta y totalmente en la sociedad, siendo pilar de toda institución estatal democrática y constitucional que se considere tradicional o que avance en su desarrollo (s/p)

Si concebimos la idea de visualizar el estado social de derecho asociado a los derechos fundamentales, siendo la Constitución su ley suprema, colocaríamos a los ciudadanos en una posición en la cual se les ha restringido su desarrollo individual, grupal, colectivo y social, es decir, se limita su libertad, ya que se torna el estado, en el centro total de la disposición jurídica desplazando a los ciudadanos. Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob cit.

Generalizando, podemos expresar que sea equilibrando estos límites internos o con la óptica de la limitación exterior, se considera la naturaleza no absoluta de estos derechos y la exigencia de su incremento en toda sociedad en acorde con toda la riqueza constitucionalmente amparada en una apreciación total y aceptando la consecuencia eficaz y conveniente de todo lo amparado en nuestra constitución (s/p).

VII.- El Estado de Derecho en el Ecuador.

La definición de estado de derecho, es concebida por medio de la postura naturalista y positivista, siendo para Schmitt (1983) Estado de Derecho como un Estado donde se respeta sin condiciones el Derecho vigente: "el derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan" (p. 141). Marshall Barberán (2010b) "el Estado de Derecho es condición, por tanto, de seguridad jurídica y mantenimiento del status quo" (p. 5). Esta concepción se refleja en el principio del estado definido por Marshall Barberán (2010a) como:

El principio constitucional del Estado de Derecho como un principio prescriptivo o normativo, debe distinguirse de los modelos de Estado que pueden ser descritos como Estados de derecho. En este sentido, el primer modelo y el origen terminológico del concepto sugieren la posibilidad de entender al Estado de Derecho como un tipo de Estado (p.2).

En cuanto a la doctrina que sustenta el estado de Derecho Marshall Barberán ob cit indica que:

El fundamento del Estado de Derecho se encuentra en la doctrina del derecho natural racional. La explicación del término, no debe entenderse, en su origen, como la sujeción del Estado al derecho estatal, sino al derecho supra-positivo, permanente y universal que emana de la razón. Así, su fundamento se encuentra en la naturaleza del individuo: en la libertad y la igualdad de las personas que se reúnen en una comunidad y que se desarrollan en la autonomía moral, la igualdad jurídica y la posibilidad de lograr el bienestar económico a través de la adquisición de la propiedad y el ejercicio libre de la empresa (p.2).

Estas doctrinas jurídicas se ven reflejas en la Constitución de la República del Ecuador 2008 de la siguiente manera:

La concepción del Estado.

En el Título I, el cual contiene los Elementos Constitutivos del Estado, en su capítulo primero. Principios fundamentales establece en el artículo 1 que:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible (p.1).

Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob. cit. indican que:

Al tener a estos derechos fundamentales existentes, mismos que favorecen al individuo de la satisfacción misma de su vida, la cual tiene conexión fraterna con valores superiores, siendo estas cualidades insustituibles de la esencia del hombre y obviamente están para su avance, progreso y desarrollo. Recalquemos que fueron establecidos a lo largo de la historia, y que no son impuestos por un estado, que este los acepta y reconoce para elevarlos a calidad de norma jurídica y brindar la seguridad y apoyo que merecen (s/p).

En la declaración fundamental del estado ecuatoriano, se denota tanto la doctrina naturalista como la positivista, por cuanto

cuando se reconoce la organización del estado se establece el criterio positivista que es el ordenamiento jurídico, ya que se define la concepción del estado y la organización del mismo. De igual manera se percibe la concepción naturalista cuando se establece que la radica en el pueblo que es su derecho natural por ser ciudadano de la república.

Los Derechos.

La constitución de la república del Ecuador en su Título II. Denominado los Derechos, presenta en el capítulo primero, apartado de los Principios de aplicación de los derechos, artículo 11 lo siguiente:

El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.
2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (...)
4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.
5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.
6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (pp.11-12).

En opinión de Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob cit.

Entendamos que los derechos subjetivos humanos fundamentales de todo ciudadano y/o persona física jurídica jamás podrán separarse de

su titular. Ya que estos forman elemento esencial y constitutivo de toda persona, por lo mismo son llamados Derechos Universales ya que su consideración compromete e indica que todo ser humano es igual a otro por lo tanto se le asignan y a su vez son fundamentales por ser imprescindible para el normal y equilibrado desarrollo y desenvolvimiento de todo estado de derecho (s/p).

En cuanto a los derechos fundamentales consagrados en la constitución, se observa el predominio de la doctrina naturalista, por cuanto cuando se reconoce el derecho natural de los ciudadanos a la igualdad y la no discriminación ante la ley y la sociedad. Igualmente se consagran los derechos humanos de los ciudadanos y la responsabilidad del estado en el cumplimiento de la norma establecida. Igualmente se reafirma la doctrina iusnaturalista al declarar que la no existencia de una norma de ninguna manera menoscabara el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, se presenta la doctrina iuspositivista al establecer que el estado resarcirá los daños que ocasione algún órgano del poder público al restringir los derechos consagrados en esta norma constitucional.

En la Sección segunda, denominada Ambiente sano, se tiene al artículo 14 que establece lo siguiente:

Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño

ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados (p.13).

Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob. cit. indican que:

Analizando, vemos que una situación temible a nuestros días respecto a estos derechos es el simple hecho de no valorarlos, no salvaguardarlos y no respetarlos. Ya que el dilema se da en la situación jurídica y más estrictamente en lo político. Por lo tanto, es obligatorio conocer cómo, cuántos y cuáles son estos derechos y la manera más concreta y válida para avalarlos y así evitar que estos sean atropellados constantemente (s/p).

Este artículo se concibe bajo el enfoque iusnaturalista, por cuanto solo refiere derechos naturales de los ciudadanos y la forma del estado de garantizar la preservación del medio ambiente, al no haber implícitamente sanciones, no se denota la doctrina iuspositivista.

Afirman Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond ob. cit.

El reconocer el poder constitucional de derechos y a su vez de libertades no garantiza su total ejecución y desempeño. Como ya se ha dicho a través del sistema, un derecho pesa y vale lo mismo que sus garantías y estas a su vez son la demostración del deseo y pretensión del constituyente en hacerlos realidad. Jamás servirá un interminable listado y puntuaciones, si estos no son respaldados y asignados de métodos suficientes y eficientes para el total y armonioso desenvolvimiento jurídico (s/p).

Las Garantías.

La Constitución de la República en su Título III, denominado Garantías Constitucionales, en su Capítulo primero, apartado Garantías Normativas, establece en su artículo 84, lo siguiente:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (pp.38-39).

Afirman Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond
ob cit:

Cada Estado crea y proporciona un ordenamiento jurídico apegado a su propio sistema de protección idóneo, apropiado y oportuno de acuerdo al ámbito en que evoluciona su labor. Más para que ciertos ordenamientos sean abastecidos de verdadera justicia constitucional se deberá ofrecer una dualidad en la protección al estipularse la eliminación del ordenamiento jurídico o de determinadas disposiciones legales que quebrantan un derecho fundamental (s/p).

Este artículo se concibe bajo el enfoque iuspositivista, por cuanto solo refiere al ordenamiento de los derechos naturales de los ciudadanos y la forma de como el estado se adaptará para garantizar el estado de derecho y la evolución del mismo. Aunque se habla del estado de justicia constitucional, no se denotan los derechos naturales, por lo cual no se denota la doctrina iusnaturalista en este artículo.

En la Sección segunda, apartado de la Acción de protección, el artículo 88 indica:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación (p.40).

El artículo en estudio, se observa mayormente el enfoque iuspositivista, por cuanto se refiere al reconocimiento y reincorporación de los derechos constitucionales que han sido vulnerados por alguna acción de actos u omisión de cualquier autoridad pública no judicial. Es decir, se norma la manera de garantizar la preservación de los derechos fundamentales y la manera de revertir su violación. Por lo cual, a pesar de que se busca preservar y revertir la vulneración de los mismos, no se denotan los derechos naturales, por lo cual no se aplica la doctrina iusnaturalista en este artículo.

En el ordenamiento jurídico, se presentan diversos esquemas procesales encaminados a la preservación de la defensa de derechos y libertades consagradas en la carta magna ante posibles amenazas de vulneración de los mismos, estos procesos garantizan el estado de derecho y la preservación de los derechos humanos fundamentales, la constitución de la republica del

ecuador, está provista de mecanismos para la protección de los derechos fundamentales, uno de estos mecanismo son los amparos constitucionales y las garantías jurisdiccionales.

En la Sección tercera, apartado de la Acción de hábeas corpus contemplada en el artículo 89 indica que:

La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad.

Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida. La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien la haya dispuesto o provocado, según el caso. De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad.

La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

En caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.

Cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia. (p.40).

Afirman Alcívar Trejo, Calderón Cisneros & Del Pozo Raymond

ob cit:

Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho. Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con el capítulo tercero de la constitución actual de la república del Ecuador (s/p).

El artículo en estudio, se observa mayormente el enfoque iuspositivista, por cuanto se refiere a la reincorporación del derecho constitucional que la libertad y la presunción de inocencia, la cual ocurre por la acción de actos u omisión de cualquier autoridad judicial. A pesar de que se busca preservar y revertir la vulneración de la privación de la libertad que es un derecho fundamental, no se denota la promoción de los derechos naturales, por lo cual no se aplica la doctrina iusnaturalista en este artículo.

Conclusiones

La importancia que presenta el naturalismo en los fundamentos y preceptos constitucionales, están relacionado con los derechos y garantías que están expresada en este instrumento legal, el cual no está condicionado a la forma, rezo, color de piel, sexo y costumbres de los ciudadanos, sino que por el contrario busca la igualdad de todos para procurar una convivencia individual, grupal, colectiva y socialmente aceptadas por la moral y la ética.

Mientras que el positivismo, se refleja en los principios fundacionales de la nación, en la cual se define y norma el tipo de estado que se está diseñando. De igual manera se encuentra la doctrina Iuspositivista en la normalización y organización del estado y en la manera que el estado garantiza el cumplimiento de los derechos contemplados en la carta fundacional de estado ecuatoriano.

En este sentido se puede afirmar que las doctrinas jurídico-filosófica del Iusnaturalismo y el Iuspositivismo, están inmersa en la construcción del ordenamiento jurídico del estado, con lo cual se busca una concepción plural del orden social.

Con la aplicación de la postura del Iusnaturalismo y el Iuspositivismo, se logra la organización del estado ecuatoriano, colocando el énfasis en la preservación de los derechos humanos de la población, normando la manera de revertir su violación, entre los derechos de los ciudadanos más respetado se encuentra el de la libertad la cual se consagra en la presunción de la inocencia de todo imputado.

Referencias:

- Aguilar Cavallo, G. (2010). Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? Revista Boletín mexicano de derecho comparado 43 (127). México. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000100001
- Alcívar Trejo, C., Calderón Cisneros, J. & Del Pozo Raymond, V. (2014). El iusnaturalismo y el iuspositivismo como fuente de

- la Constitución Ecuatoriana de 2008. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales. Recuperado de: www.eumed.net/rev/cccss/27/constitucion-ecuatoriana.html
- Aldunate Lizana, E. (2008). Derechos fundamentales, Santiago de Chile, Legal Publishing.
- Beuchot M. (2011). La ley natural como fundamentación filosófica de los derechos humanos. *Hermenéutica analógica y ontología*. Revista Veritas 25.
- Bobbio, N. et al. (1991). Diccionario de política. México: Siglo XXI
- Catanese, M. (s/f). Garantías constitucionales del proceso penal. Ponencia Estudiante UBA. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/catanese.pdf>
- Cicerón, (1848) *Epistulae ad Atticum*.
- Código Civil (2005). Ley Reforma al Código Civil. Oficio No. 0110-CLL-CN-05. Recuperado de: <https://www.quito.gob.ec/lotaip2013/a/CodigoCivil2005.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador (2008). En el Registro Oficial N° 449. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Cortés Rodas, F. (2002). La verdad en el infierno: Dialogo filosófico en las voces de Hobbes, Kant, Maquiavelo, Bogotá: siglo del hombre Editores.
- Cossio, C. (1954). *Teoría de la Verdad Jurídica*. Buenos Aires.
- Fernández, E. (1993). "El iusnaturalismo" en Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- García Máynez, E. (1968). Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gaviria Díaz, C. (2002) "un enfoque Positivo en la Constitución", en: Varios, El debate de la Constitución. Bogotá: ILSA
- Hart, L. (1994). El Concepto de Derecho. clarendon Press: segunda edición, Oxford.
- Kelsen, H. (1982). Teoría Pura del Derecho. Argentina: EUDEBA.
- Kelsen, H. (1993). ¿Qué es justicia? Barcelona: Planeta–Agostini.
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Revista Andamios 1(2) México. Recuperado de:
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300006
- Marshall Barberán, P. (2010a). El estado de derecho como principio y su consagración en la Constitución Política. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte 17(2). Chile. Recuperada de:
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532010000200008
- Marshall Barberán, P. (2010b). "La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 35. Chile.
- Nino, C. (1975). Notas Introducción al análisis del Derecho. Buenos Aires: astrea Vol. 2
- Noguera Laborde, R. (1998). Derecho Natural y Derecho Positivo. Santa fe de Bogotá D.C: Universidad Sergio Arboleda

- ONU (s/f). Derechos Humanos. Recuperado de:
<https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>
- Restrepo Martínez, A. (s/f). Una mirada a la jusfilosofía en el último siglo. archivo del portal de recursos para estudiantes. Recuperado de:
<https://www.robertexto.com/archivo4/jusfilosofia.htm>
- Reyes, O. (2003). El Derecho civilizador. Bogotá D.C: Ediciones Desde Abajo.
- Riezu, J. (2007). La concepción moral en el sistema de Augusto Comte. Editorial San Esteban.
- Schmitt, C. (1983). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza
- Stammler, R. (1930). Tratado de Filosofía del Derecho. Madrid: Reus.
- Stammler, R. (1958). La Esencia Del Derecho Y De La Ciencia Del Derecho. La Universidad.
- Tamayo-Tamayo (2014). Derecho Constitucional. Recuperado de:
<http://tamayo-tamayo.com/articulo-derecho-constitucional>
- Tribunal Constitucional de Chile (2008), Requerimiento de Inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del Artículo 38 ter de la Ley núm. 18.933, conocida como Ley de Isapres, en Recurso de Protección contra Isapre ING Salud S. A., Rol de Ingreso núm. 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol núm. 976-2007.
- Vecchio, G. (1980). Filosofía el Derecho. Bosh.

Descubre tu próxima lectura

Si quieres formar parte de nuestra comunidad,
regístrate en <https://www.grupocompas.org/suscribirse>
y recibirás recomendaciones y capacitación



   @grupocompas.ec
compasacademico@icloud.com

Ab. Carlos Alcívar Trejo. Mg.

Docente tiempo parcial de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad ECOTEC.

Jefe de Cultura Científica. Vicerrectorado Académico - Decanato de Investigación, Internacionalización y Posgrados de la Universidad de Guayaquil.

Phd. (C) UNIVERSIDAD DE CORDOBA ESPAÑA, en Ciencias Sociales y Jurídicas

Phd. (C) en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Argentina (UCA)

Orcid.org/0000-0002-2937-1417

1calcivar@ecotec.edu.ec

1carlos.alcivart@ug.edu.ec

Ab. Ambar Murillo Mena. Mg.

Coordinadora Académica y Docente Titular Tiempo completo de la Facultad de Derecho y Gobernabilidad de la Universidad Tecnológica ECOTEC

Phd. (C) Universidad de Córdoba España, en Ciencias Sociales y Jurídicas
amurillo@ecotec.edu.ec

Dr. José J. Albert Márquez

Secretario Académico Responsable de Calidad

Facultad de Derecho y CC. EE. y Empresariales Área de Filosofía del Derecho.

Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Córdoba. Doctor por la Universidad de Córdoba con la calificación de Sobresaliente “cum laude” y la mención de Doctor Europeo, por la tesis titulada “El pensamiento jurídico y político de José Pedro Galvão de Sousa”-Profesor del Programa PRESHCO de la U.C.O. (Programa de Estudios Hispánicos de la Universidad de Córdoba), impartiendo la asignatura de “Derechos Humanos”.

Profesor en el Máster Interuniversitario En el Máster Interuniversitario “Derechos Humanos y Cultura de la Paz”, de las Universidades de Córdoba, Málaga y Granada. Asignatura: Democracia y Derechos humanos en contextos no occidentales. Docencia en la Facultad de Derecho De la UCO (Asignaturas) Teoría del Derecho Filosofía del Derecho- Derechos Humanos Derecho y Humanidades, Oratoria y Fuentes de la Información Jurídica y Derecho y Nuevas Tecnologías de la Información.

Profesor en el Título Propio “Diploma de Especialización en Mediación Familiar y Menores en Conflicto Intra y Extra Judicial”.

Profesor Colaborador Grupo Docente 121 de la Universidad de Córdoba desde 2007 hasta la actualidad.

Universidad de Córdoba

jj1almaj@uco.es

