

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA  
AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL**

**AUTOR:**

**YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA  
REPÚBLICA**

**TUTOR:**

**SEGURA RONQUILLO, ERIKA ALEXANDRA AB. Mgs.**

**Guayaquil, Ecuador**

**27 de agosto del 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
CARRERA DE DERECHO**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**, como requerimiento para la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**.

**TUTORA**

f. \_\_\_\_\_  
**SEGURA RONQUILLO, ERIKA ALEXANDRA AB. MGS.**

**DIRECTORA DE LA CARRERA**

f. \_\_\_\_\_  
**LYNCH FERNÁNDEZ, MARÍA ISABEL, AB. MGS.**

**Guayaquil, a los 27 del mes de agosto del año 2016**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL**, previo a la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 27 del mes de agosto del año 2016**

**EL AUTOR**

f. \_\_\_\_\_  
**YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**  
**CARRERA DE DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, **YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 27 del mes de agosto del año 2016**

**EL AUTOR:**

f. \_\_\_\_\_  
**YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**AB. ERIKA ALEXANDRA SEGURA RONQUILLO, MGS.**  
TUTORA

f. \_\_\_\_\_

**AB. MARÍA ISABEL LYNCH FERNÁNDEZ, MGS**  
DIRECTORA DE LA CARRERA

f. \_\_\_\_\_

**AB. PAOLA MARIA TOSCANINI SEQUEIRA, MGS.**  
COORDINADOR DEL ÁREA



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
CARRERA DE DERECHO**

### **DEDICATORIA**

Dedicada a mi madre, quien pese a todas las diferencias que nos distancian, ha sabido apoyarme incondicionalmente en todos los momentos de mi vida.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
CARRERA DE DERECHO**

**AGRADECIMIENTO**

Agradezco a mi mamá por ser incondicional en todo momento. A María de los Ángeles Bermeo, por tolerarme en cada fecha de matriculación y a mi tutora Ab. Erika Segura Ronquillo por brindarme las pautas necesarias para culminar mi trabajo.

# ÍNDICE

RESÚMEN.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I : LA INVESTIGACIÓN.....	5
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	8
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	53
CAPÍTULO IV: PROPUESTA.....	69
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	72
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	777

## RESUMEN

La imparcialidad judicial se ha erigido en un dogma jurídico que asevera que los jueces al momento de emitir una decisión judicial, deben ser neutrales y abstraerse de sus concepciones ideológicas y morales. Las escuelas constructivistas del derecho, donde encontramos a corrientes como el iusnaturalismo, el formalismo jurídico, el positivismo jurídico y el post-positivismo, tratarán de justificar su existencia mediante dos recursos. El primero es la concepción del derecho como un sistema coherente y completo. El segundo recurso es consecuencia del primero, debido a que el derecho es completo los jueces al momento de tomar una decisión no podrán ejercer su discrecionalidad, sino que lo harán en estricto apego al derecho. Por otro lado, encontramos a las escuelas críticas, que más que justificar una práctica o un principio, tratan de corroer los principios jurídicos para ver lo que se oculta detrás de ellos. Los críticos vienen a decir que la imparcialidad es más una herramienta discursiva tras la cual se ocultan intereses en pugna, que algo real y tangible. Lo decisivo dentro de un proceso son las relaciones de poder y no la norma como tal. Por tal motivo se mitiga el mito de la imparcialidad y la noción del juez como agente neutral.

***Palabras Claves: (Imparcialidad judicial- escuela crítica del derecho- escuelas constructivistas del derecho-relaciones de poder-discurso-metarrelato)***

## **ABSTRACT**

Judicial impartiality has emerged as a legal dogma that asserts that judges when issuing a court decision must be neutral and abstract from their ideological and moral conceptions. Constructivist schools of law, where we find currents as the natural law, legal formalism, legal positivism and post-positivism, try to justify their existence by two resources. The first is the concept of law as a coherent and complete system. The second action is a consequence of the first, because the law is complete system, the judges when making a decision may not exercise their discretion, because they will resolve in strict compliance with the law. On the other hand, we find the critical schools, which more than justify a practice or principle, try to corrode the legal principles to see what is hidden behind them. Critics are saying that impartiality is a discursive tool behind which are hidden conflicting interests, that something real and tangible. What decision within a process are power relations and not the rule as such. For this reason the myth of impartiality and the notion of the judge as a neutral agent is mitigated.

## REPORTE DE LA HERRAMIENTA URKUND



### Urkund Analysis Result

**Analysed Document:** YANEZ ROBI PROYECTO FINAL.docx (D21551972)  
**Submitted:** 2016-08-31 00:17:00  
**Submitted By:** taryn.almeida@cu.ucsg.edu.ec  
**Significance:** 3 %

#### Sources included in the report:

1416022092\_DERECHO.docx (D12201754)  
Ensayo Final; Mateo Barreno Guevara.docx (D20973318)  
TUTORIA FINAL DE INVESTIGACIÓN IV.docx (D18608208)  
<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>  
<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0707110131A/20754>  
<http://www.cide.edu.co/ojs/index.php/silogismo/article/viewFile/64/53>

#### Instances where selected sources appear:

9

# **TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL.**

## **INTRODUCCIÓN**

Pese a que la teoría del derecho dentro de la enseñanza jurídica del país, ha sido desvalorizada y reducida a un problema casi sin importancia (aunque en los últimos años ha ganado importancia por todo esto del Neoconstitucionalismo), se podría decir que toda la teoría del derecho gira alrededor de las respuestas que se pueden dar a dos preguntas fundamentales. La primera es ¿Es el derecho un sistema coherente, completo, que contiene en sí la solución de todos los problemas que se presentan dentro del tejido social? Y la segunda, que se encuentra estrechamente relacionada a la primera, es ¿Son los jueces aplicadores neutrales e imparciales de normas previamente establecidas o son agentes creadores de derecho que se dejan llevar por cuestiones morales, económicas y políticas? Las respuestas que se dé a cada una de estas preguntas dependerán de la teoría jurídica a la que se suscriba.

Aunque se tenga un desconocimiento profundo sobre filosofía del derecho, partimos de la idea de que toda respuesta a estas preguntas, y por lo tanto toda práctica jurídica, se fundamenta en una noción, aunque sea vaga y ambigua, de lo que es el derecho. Partimos de la diferencia entre teoría y doctrina. Mientras que la teoría se preocupa de la definición de lo que es el derecho, de las cuestiones más abstractas y generales de la práctica jurídica, la preocupación de la doctrina jurídica siempre estará enfocada a resolver problemas prácticos y técnicos, en definir instituciones plasmadas en el ordenamiento jurídico, en dar herramientas hermenéuticas que permitan llenar

ciertos vacíos y aclarar ciertas palabras que se usan dentro de un corpus normativo. Sin embargo creemos que estos problemas técnicos no son posibles resolverlos si no se parte de una noción de lo que es el derecho y por lo tanto de una teoría del derecho determinada. Puedes ser un completo ignorante de lo que dicen los grandes filósofos del derecho, pero no por ello quiere decir que no adoptes una teoría específica sobre lo que es el derecho. Si es así, tu concepto de derecho va a estar influenciado por el sentido común, por las cosas que escuchaste en la escuela de derecho, argumentos que leíste en una decisión judicial, pero nadie que ose llamarse “abogado” puede obviar y rehuir de la respuesta a estas preguntas, por más de que la filosofía le parezca algo absurdo, incomprensible e innecesario.

La respuesta que se dé a la primera pregunta determinará la respuesta de la segunda. Si se dice que el ordenamiento jurídico posee una lógica interna que le permite dar respuesta a cada caso concreto que se presenta en la sociedad, también se dirá que el juez es un sujeto imparcial que posee (o debe poseer) la capacidad de encontrar dentro del mismo ordenamiento jurídico una respuesta correcta. A las corrientes que dan una respuesta afirmativa se les ha denominado “constructivistas” (Rodríguez , 1999). Dentro de las teorías constructivistas se encuentran concepciones disímiles y a veces aparentemente contradictorias tales como el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y lo que en Latinoamérica se ha denominado “neoconstitucionalismo.” Por otro lado, si la respuesta a la primera pregunta es negativa, es decir, si se dice que no es verdad que el derecho posea una coherencia interna, se dirá que los jueces no son aplicadores imparciales de normas previas, sino que su posición dentro de la estructura social le permite resolver potencialmente lo que sea y que las limitaciones a sus resoluciones están dadas por factores extra-jurídicos, tales como la ideología, la moral, la política y el contexto dentro del cual emite su

resolución. A estas posturas, menos conocidas dentro del ámbito académico latinoamericano, se les ha denominado estudios críticos del derecho. Pese a que no es una corriente uniforme, podemos decir que todos los autores que se adscriben a este espectro intelectual poseen una pretensión común: desmitificar y corroer los mitos sobre los que se erige la práctica jurídica.

Duncan Kennedy, uno de los máximos representantes de los estudios críticos del derecho, utiliza una metáfora para explicar el papel de la crítica dentro de la teoría jurídica. Mientras que las teorías constructivistas constituyen un “cuerpo” que se pretende ordenado, sistemático y apolítico, las teorías críticas son “el virus” (Kennedy, 1997), cuya finalidad es la corrosión del cuerpo, para sacar a trasluz lo que subyace detrás del discurso, los intereses que se ponen en conflicto en toda decisión judicial y cómo la ideología y la política, que han sido radicalmente expulsados del análisis del derecho, son los factores determinantes de toda decisión judicial. El juez, al igual que un parlamentario, es un agente político que se encuentra encubierto tras el velo de un discurso que niega pero a la vez legitima su papel político.

Este planteamiento propone una metodología de estudio e investigación jurídica radicalmente distinta a las propuestas por las teorías constructivistas, ya que incorpora dentro de su análisis conceptos provenientes de la sociología, de la filosofía y de las ciencias políticas, permitiendo un estudio más integral de la práctica jurídica. El siguiente estudio tendrá como finalidad realizar una crítica a uno de los pilares fundamentales sobre el que se erige el derecho moderno: la imparcialidad judicial. Principio que se usa como argumento correctivo al momento de realizar una crítica a una decisión que nosotros consideramos incorrecta o correcta. Cuando una decisión no sea conforme a nuestros intereses, cualquiera que estos sean, diremos que el juez adoptó una decisión parcializada, que desdeñó de sus deberes como juez y como figura

imparcial. Sin embargo, nosotros creemos que la imparcialidad es más bien una estrategia discursiva que un estado real del sistema judicial.

En la primera parte del trabajo, desarrollaremos las principales corrientes constructivistas y la forma de cómo justifican la respuesta a los dos preguntas antes mencionadas. En la segunda parte, desarrollaremos lo que se conoce como estudios críticos del derecho, donde criticaremos a la imparcialidad y a los postulados de las escuelas constructivistas. Por último, la tercera parte se hablará sobre las ciencias sociales dentro del estudio del derecho, para posteriormente utilizar dos métodos de investigación social, que provienen de la investigación social cualitativa: la entrevista y el análisis del discurso. La entrevista se realizó a un abogado para demostrar dos cosas: la insuficiencia de la comprensión sobre lo que es derecho dentro del mundo de los abogados y cómo los factores extra-jurídicos intervienen en concreto dentro de la decisión judicial. El análisis del discurso se realiza sobre una sentencia de la Corte Constitucional para demostrar las estrategias discursivas que utilizó la Corte para dar una respuesta ideológica a un problema aparentemente jurídico.

No somos profetas ni reformadores sociales para proponer una modificación de las estructuras políticas del país que permitan la mejora de una práctica que se caracteriza por su papel fundamentalmente indeterminado y arbitrario, a lo sumo podemos plantear una reforma dentro del plan de estudios de las facultades de derecho, para que los futuros abogados posean más herramientas de análisis.

# **CAPÍTULO I : LA INVESTIGACIÓN**

## **Planteamiento del problema**

La imparcialidad judicial es un principio jurídico fundacional de las sociedades democráticas modernas. Este subyace de la teoría liberal de la división de poderes donde se establece que toda república debe tener tres poderes que se hagan contrapeso mutuamente. El poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial. Cada uno con autonomía frente a los demás. La política, se ha dicho, se desenvuelve dentro de las dos primeras funciones, dejando de lado la influencia que esta ejerce dentro de la decisión judicial. Sin embargo, ¿Es realmente cierto, más allá de las palabras y los discursos, que la política no interviene dentro de la decisión judicial? ¿Los jueces acaso son autómatas, que pueden abstraerse de sus nociones de moralidad, de su ideología política y de sus intereses económicos al momento de tomar una decisión judicial? ¿Existe una respuesta correcta, única e imperturbable a la que los jueces pueden acceder mediante un análisis riguroso del ordenamiento jurídico?

## **Objetivo general**

- Analizar uno de los principios fundamentales sobre los que se erige el Derecho moderno: El principio de imparcialidad judicial. Con el objetivo de verificar si la política, la ideología y las opiniones individuales y subjetivas de los jueces interfieren dentro de la decisión judicial de la práctica jurídica ecuatoriana.

### **Objetivos específicos:**

- Describir el funcionamiento del principio de imparcialidad dentro de la práctica jurídica ecuatoriana.
- Determinar la relación que existe entre ideología, política y derecho y ver cómo se articulan en la decisión judicial.
- Describir y cuestionar las principales teorías constructivistas del derecho y su concepción sobre la imparcialidad judicial y separación entre derecho y política.

### **Justificación**

El estudio del derecho resulta insuficiente si no se tienen elementos conceptuales que te permitan una comprensión integral de lo que es el derecho y de lo que implica su práctica. Se estudia mucho la dogmática, la parte pragmática, lo que los códigos dicen y las instituciones jurídicas que se encuentran ahí plasmadas, dejando de lado reflexiones más profundas que nos permitirían tener una mirada crítica de la realidad circundante. La crítica se vuelve estéril si no la haces desde una posición teórica firme y solo te dejas llevar por reflexiones divulgadas por diarios y revistas especializadas. Creemos que hoy más que nunca se hace necesario el estudio de corrientes jurídicas provenientes de otras regiones para una comprensión más integral de lo que es el derecho. Nuestro objetivo es refrescar el debate, replantearse los dogmas que están más naturalizados, que han sido llevados al grado constituirse en sentido común. Dogmas del derecho tales como la certeza, la imparcialidad, seguridad jurídica, etc., son necesarios cuestionar para ver lo que se encuentra tras de ellos, para develar lo que ocultan. Los beneficiados de una re-lectura y replanteamiento de los principios básicos del derecho, seremos todos los que somos o estamos a punto de ser abogados, porque mientras más debates se hagan sobre las condiciones de nuestra

práctica social, más amplia y por lo tanto más enriquecida serán nuestro horizontes teóricos-comprensivos de aquello de lo que somos parte y de esa forma podremos plantear y exigir cambios y transformaciones.

### **Preguntas de la investigación**

- 1.- ¿Cuáles son las teorías que legitiman la noción del juez como un agente imparcial desligado de la ideología?
- 2.- ¿Qué relación existe entre el derecho, ideología y relaciones de poder?
- 3.- ¿Cuáles son las principales teorías que conciben al derecho como un sistema completo que posee en sí mismo todas las respuestas posibles a todos los fenómenos jurídicamente relevantes?
- 4.- ¿Qué teorías niegan al juez como agente imparcial y apolítico?
- 5.- ¿Qué teorías rechazan la noción del derecho como un sistema completo?

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **1. Imparcialidad judicial desde las teorías constructivistas del derecho**

Dentro de las teorías jurídicas constructivistas más importantes, sobre todo para nuestra realidad local, se encuentran las siguientes: el Iusnaturalismo, el formalismo jurídico o positivismo ideológico, el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo también llamado por algunos autores como post-positivismo. Casi todas estas escuelas jurídicas son estudiadas de manera superficial dentro del pensum de estudios de pre-grado de la carrera de derecho. Se le da demasiada importancia al debate entre el Ius-naturalismo/positivismo jurídico como si fuera una discusión actual y vigente, cuando en realidad hace años atrás tuvo su desenlace y perdió su vigencia.

En la actualidad son muy pocos los teóricos que se auto-definen iusnaturalistas, generalmente los académicos que lo hacen tienen una fuerte influencia del cristianismo dentro de su comprensión del mundo. Todas estas escuelas pretenden dar una respuesta coherente sobre lo que es el derecho, es decir conciben al derecho como un sistema coherente, aunque entre las escuelas van a diferir sobre el alcance de la coherencia y por lo tanto sobre el alcance del principio de imparcialidad.

Al respecto, se entiende por imparcialidad al principio jurídico que dice que el juez debe ser neutral al momento de tomar una decisión y que su resolución debe estar motivada y apegada estrictamente al derecho. La imparcialidad implica, a su vez, el desapego por parte del juez a cualquier tipo de consideración ideológica, moral y económica al momento de tomar su decisión. El juez, como sujeto imparcial, no crea derecho, solo lo aplica. La imparcialidad solo es posible, porque el ordenamiento

jurídico es un sistema completo, o casi completo, que prevé la solución a los problemas que se presentan en la sociedad.

En este sentido, como apreciación general, este concepto de imparcialidad contendría los siguientes elementos:

- La coherencia e integridad del derecho, entendiendo que el sistema jurídico posee en sí mismo, todas las respuestas a todos los casos posibles que se presenten en la sociedad. El juez solo puede ser imparcial y tomar su decisión en estricto derecho, debido a que posee un ordenamiento jurídico previo que le dice la forma de cómo debe resolver cada caso.
- En ese sentido la imparcialidad se entiende como el deber del juez de tomar una decisión neutral, con estricto apego al ordenamiento jurídico, dejando de lado sus apreciaciones personales, tanto ideológicas como morales.
- El juez vendría a ser, en mayor en menor grado como veremos adelante, un agente mecánico, casi sin voluntad, ya que para poder ocupar su posición y cumplir con su deber de ser imparcial, tiene que abstraerse de sus valores morales y concepciones ideológicas, como si ello fuera realmente posible.

## **1.2. Iusnaturalismo. El derecho más allá del derecho.**

Todos los autores que se califican como Iusnaturalistas identifican el concepto de derecho con el de moral. Moral que se encuentra asociada con un ideal de justicia, con una concepción de lo que es bueno y de lo que es malo en el mundo. El derecho es un sistema coherente y unitario, pero esa coherencia está más allá de la literalidad de la ley, ya que el derecho positivo, como toda creación humana, es imperfecto. Sobre ese derecho escrito existe una realidad metafísica, que permite llenar y suplir todos los vacíos, lagunas y contradicciones que tenga el derecho positivo. Y

al mismo tiempo se erige como criterio de validez normativa, es decir toda norma escrita que contraríe los principios del derecho natural es inválida, es decir que no posee la categoría de norma jurídica. Siguiendo al jurista argentino Carlos Nino, podemos decir que las posturas Iusnaturalistas se caracterizan por sostener conjuntamente 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 pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales y de justicia.” (Nino, 2003, p.16)

Al respecto es preciso indicar que la tesis uno tiene que ver con la ética, es decir, con la existencia y búsqueda de principios morales universales que permitan una separación entre aquello que es bueno y aquello que es malo y por lo tanto de lo que es justo e injusto. La tesis dos, tiene que ver con el concepto de derecho, donde se establece que será derecho todo aquello que corresponde a aquellos principios universales de justicia y moralidad. Vemos aquí la conexión que existe entre ambas tesis, ya que será derecho solo aquello que corresponda a los principios éticos. Derecho y justicia, para esta escuela, vendrían a ser lo mismo, entidades que se corresponden mutuamente.

El juez para esta escuela es un autómatas que debe aplicar todas las leyes que se ajusten a los principios universales de justicia, que es el criterio de validez de toda norma jurídica. Por lo tanto también es una agente imparcial, ya que posee dentro del ordenamiento jurídico todas las respuestas y cualquier desviación debe y puede ser sancionada.

Los Iusnaturalistas difieren sobre aquello que consideran justo y por lo tanto respecto a lo que consideran derecho, ya que como dijimos la justicia es el criterio de validez normativo. La respuesta dependerá de una concepción filosófica más amplia, que tenga que ver con la respuesta a la pregunta ¿Qué es la justicia? En este punto debemos describir y marcar una línea demarcatoria entre las diferentes escuelas iusnaturalistas que han existido, que difieren en aquello que consideran “justicia”. Podemos decir que existen tres formas de concebir al derecho natural. Una teológica, una racionalista y otra histórica (Nino, 2003). Un Iusnaturalista teológico-cristiano como Santo Tomás de Aquino, dirá que existe un orden natural eterno constituido por las prescripciones impuestas por Dios a los hombres, por lo tanto la justicia estará asociada a los mandamientos que Dios dio a los hombres mediante sus múltiples manifestaciones.

Por otro lado, Kant y Spinoza fueron los máximos representantes de la escuela racionalista. “Los juristas racionalistas intentaron formular detallados sistemas de derecho natural, cuyas normas básicas, de las cuales se inferían lógicamente las restantes, constituían supuestos axiomas autoevidentes para la razón humana, comparables a los axiomas de los sistemas matemáticos.” (Nino, 2003, p. 17). Para los racionalistas no hay que ir tan lejos para encontrar esos principios universales, estos se encuentran en la “naturaleza” racional del hombre. Entonces para saber cuáles son las leyes naturales que rigen los principios de justicia, habría que indagar en las categorías del pensamiento racional.

Posterior a esta escuela racionalista, surgió en Alemania la escuela histórica del derecho, que tiene un tinte iusnaturalista pese a que sus autores rehusaron tal designación. Los autores más prominentes de esta escuela son Friedrich Savigny y Georg Puchta. Esta corriente trata de colegir principios universales sustraídos del

desarrollo histórico del hombre. Parten de una concepción teleológica del desarrollo histórico, como si la historia tuviera un desenlace, un fin. Los principios universalmente válidos serán aquellos que corresponden a la dimensión teleológica de la historia.

Sobre estos aspectos, es menester tener en consideración que si bien es cierto, no existe concordancia total entre estas tres corrientes que se adscriben al iusnaturalismo, las tres consideran que es posible acceder a un conjunto de principios universales que permitirán determinar cuándo una norma se considera jurídica y cuando no. La diferencia es sobre el contenido concreto de dichos principios. Un seguidor de Tomás de Aquino diferirá con un seguidor de Kant, por ejemplo, en tanto la forma y método de llegar a esos principios universales, como en el contenido concreto de dichos principios. Eso es lo que más se ha criticado al iusnaturalismo, esto es la inconsistencia entre los mismos autores que se adscriben dentro de esta escuela, al momento de definir cuáles son los criterios universales de validez del derecho.

### **1.3. Formalismo jurídico. Cuando el derecho se agota en la norma.**

En la academia jurídica local existe una tendencia a identificar al positivismo jurídico con lo que se suele denominar formalismo o positivismo ideológico.<sup>1</sup> (Nino, 2003) Estas corrientes no tienen ningún defensor explícito, es más bien un constructo del sentido común de los abogados, es parte del discurso y la filosofía que subyace de la dogmática jurídica, más que una filosofía propiamente dicha. Norberto Bobbio caracteriza a esta corriente por las siguientes tesis:

---

<sup>1</sup> Pese que para Carlos Nino el formalismo y el positivismo lógico son dos corrientes diversas, nosotros la vamos a tratar como posiciones idénticas.

“1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez.

2) El derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal” (Bobio, 1997, p. 46)

Esta teoría se diferencia del positivismo jurídico, debido a que no parte de una separación metodológica ni conceptual entre derecho y moral, sino que su concepción de moralidad está atravesada por el de validez jurídica. Todo lo que emana del derecho, que no es más que la manifestación de voluntad general, es justo. El criterio de corrección del derecho se encuentra dentro del mismo derecho. Y no solo eso, sino que el derecho en su estructura formal está compuesto esencialmente por leyes. Un positivista jurídico, por ejemplo, podrá decir que una norma jurídica es válida pero es injusta desde un punto de vista moral y por lo tanto existe un deber ético de desobedecer a una norma jurídica que contraría dichos principios de justicia. Para un positivista ideológico no existe posibilidad de realizar esa crítica, ya que identifica moral con derecho. Esta corriente está más emparentada con el iusnaturalismo que por lo que definiremos posteriormente como “positivismo jurídico.”

Para esta corriente el derecho es un sistema completo, unitario y armónico. Completo porque posee en su seno las soluciones a todos los conflictos que surjan en la sociedad. Unitario porque solo hay un derecho, no hay nada por fuera de este o por

lo menos lo que está fuera del derecho no puede ser un criterio de validez. Es armónico porque no posee antinomias y si es que en algún momento se llegara a presentar una contradicción entre normas jurídicas, siempre estarán las reglas de resolución de antinomias. Estas son el criterio de jerarquía, el criterio de especialidad y el criterio cronológico. El papel del juez, dentro todo este entramado teórico, es mecánico. Solo debe subsumir un hecho concreto a una generalidad establecida dentro del ordenamiento jurídico. El juez, al no ser un agente elegido mediante voluntad popular, tampoco puede ser creador de derecho y por lo tanto no puede ser un agente político. Esto quiere decir que el juez es imparcial, ya que posee dentro del ordenamiento jurídico todas las soluciones a los problemas que se presentan en la sociedad.

El juez a lo sumo puede generar jurisprudencia, pero esta no posee la categoría de ley, sino solo es una guía que los mismos jueces tienen para resolver casos similares, que poseen cierto un grado de dificultad. Si es que una ley no es clara, siempre será posible apelar al “espíritu de la ley” o a los motivos del legislador. Tal y cómo lo dice el artículo 18 del Código Civil (corpus normativo venerado por todos los seguidores de esta escuela)

“Art. 18.- 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: 1.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá a su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien 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”

Como si las leyes poseyeran una especie de alma, se apela a su espíritu para llenar cualquier vacío que se pueda presentar. Espíritu que es parte de la ley cabe

recalcar. En este contexto, se podría decir que esta es la corriente predominante en la academia ecuatoriana, ya que la enseñanza del derecho se ha caracterizado por poner énfasis en lo que dice la ley y en rol pasivo de los jueces al momento de tomar una decisión. Nada se estudia sobre casos judiciales paradigmáticos y es muy difícil escuchar a algún académico sostener que el derecho tiene lagunas y fundamentalmente indeterminado. Se muestra una fe ciega en la norma como si esta estuviera recubierta por un hálito divino y como si la intención del legislador fuera suficiente para resolver cualquier problema interpretativo. Nuestra enseñanza al ser más bien de tinte civilista-formalista, bebe mucho de esta escuela.

Los positivistas ideológicos parten de la separación tajante entre derecho y política. Se niega al juez como agente ideológico. Tal y como lo dijo Montesquieu “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes” (Montesquieu, 1906, p. 120). En este orden de ideas, esta investigación considera que estos elementos son importantes porque permiten definir la escuela que creemos imperante dentro de la formación jurídica ecuatoriana, que aún sigue teniendo un tinte civilista y legalista bien marcado. Y es más, algunos llegan hasta el punto de no querer ni si quiera acomodarse o abrir pautas para una discusión sincera entre diferentes posturas sobre lo que es el derecho, esto se debe a que al ser una concepción ideológica, se han elevado a dogmas las creencias de las que se parten y para que una discusión pueda fluir, es necesario abrirse un poco más a la crítica. Como hemos dicho anteriormente esta escuela está caduca y podemos encontrar a sus defensores más abiertos, en los autores pre-revolucionarios franceses del siglo XVIII.

#### **1.4. Positivism jurídico. El derecho parcialmente completo**

Dentro de la academia ecuatoriana se suele hacer una analogía entre positivismo jurídico y la postura ética que niega la existencia de principios universales, es decir, que niega la tesis 1 propuesta por los iusnaturalistas que dice que existen principios universalmente válidos asequibles a la razón humana. Es decir, el positivismo vendría a ser una especie de escepticismo ético, que postula la inexistencia de principios morales universales. Pese a que es cierto que muchos positivistas jurídicos, tales como Hans Kelsen, eran escépticos en materia ética, esa no es la característica primordial de esta escuela. La característica principal o la tesis central del positivismo jurídico es la separación, dentro de cualquier tipo de definición que se haga sobre el derecho, entre derecho y moral. Para definir lo que es el derecho hay que dejar de lado los juicios valorativos (cómo debería ser el derecho), juicio que le corresponde realizar a la ética, y usar juicios y proposiciones descriptivas (qué es el derecho). No es que la práctica jurídica esté alejada de la moral, dentro de esta es común escuchar juicios valorativos por parte de los abogados que incurren a un litigio, como de los jueces que justifican una decisión judicial, sin embargo para realizar una definición clara de lo que es el derecho, es necesario desapegarse de toda concepción moral.

De esto no se sigue que todos los positivistas son escépticos en materia moral, sino que mediante esta tesis tratan de darle especificidad y autonomía a la ciencia del derecho frente a las demás ciencias. Si es que el derecho dependiera de la concepción moral de lo que es justo, cada uno tuviera su propia concepción de lo que

es derecho y eso no es permisible dentro de una sociedad ordenada y civilizada, que resuelve sus conflictos mediante un orden racional. Humano, imperfecto, pero al fin y al cabo racional.

En este contexto, Kelsen ha sido erigido como el máximo representante de esta corriente, sin embargo creemos que Herbert Hart es el autor más importante que se adscribe dentro de esta escuela, sobre todo por los debates que mantuvo con Ronald Dworkin, reconocido jurista estadounidense cuyo pensamiento, como explicaremos más adelante, ha venido ganando importancia tanto en el medio intelectual, como en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Herbert Hart influenciado por la filosofía analítica inglesa, escuela que se caracteriza por partir del análisis del lenguaje como factor fundamental de toda investigación filosófica, parte de que el problema entre iusnaturalistas y positivistas es un problema de definición de lo que es el derecho, es decir un problema fundamentalmente lingüístico. Hart como seguidor de la filosofía analítica inglesa, sobre todo de Bertrand Russell, defiende una concepción convencional del lenguaje, lo que lo llevará a defender al derecho como convención social. “El significado de una palabra está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de esa palabra.” (Nino, 2003, p.36) Por tal motivo, para saber lo que es el derecho hay que indagar las condiciones de uso de la palabra derecho. Pero el análisis del concepto de derecho no debe quedarse ahí, ya que el uso común de la palabra derecho también trae consigo muchas ambigüedades. Sería absurdo sostener, por ejemplo, que entre los legos, jueces y abogados hay una noción uniforme de lo que es el derecho. Para salir de la ambigüedad dada por el uso común del lenguaje, es necesario realizar una definición que permita delimitar de forma “objetiva” lo que es derecho para separarlo de aquello que no es derecho y esto debido a cuestiones

pragmáticas. Si solo lo que es justo fuera considerado derecho, no habría cómo realizar una crítica a lo que se considera “derecho injusto”, debido a que este no entraría dentro de la definición. Si el derecho solo son aquellas normas que consideramos justas, la posibilidad de cualquier crítica a una norma injusta se ve imposibilitada. En cambio, si se realiza una definición que vaya más allá de consideraciones éticas, se podría realizar un juicio valorativo aseverando que una ley es mala y por lo tanto se podrían dar razones morales por las cuáles dicha ley debería ser derogada y eliminada del ordenamiento jurídico. Para llevar a cabo dicha labor de definición, Hart trata de dar respuesta a lo que él denomina “tres problemas recurrentes” dentro de la definición del derecho. “¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ella?, ¿en qué se diferencia la obligación moral, y qué relación tiene con ella? y ¿qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?” (Hart, 1961, p.16)

La primera pregunta hace referencia a la relación que existe entre derecho y coerción. Hart se pregunta si la amenaza de una sanción es la parte definitoria de lo que es Derecho. Cabe recalcar que en el ambiente jurídico anglosajón, existen dos pensadores que son considerados como los padres del iuspositivismo, autores que se estudian bastante poco dentro del ámbito académico ecuatoriano. Estos autores son J.L Austin y Jeremy Bentham. Austin es el autor que nos interesa en este momento, porque Hart parte de una crítica a su teoría del derecho. Para Austin la coerción, es decir la amenaza de una sanción, y la noción de soberano son los dos elementos constitutivos de lo que se considera derecho. Es decir, toda norma jurídica debe poseer la amenaza de una posible sanción en caso de su inobservancia y debe ser emitida por un órgano que sea considerado como soberano, que posea la facultad de dictar normas de forma ilimitada y que sus órdenes tengan un efecto práctico, es decir que sus mandatos se

cumplan entre los ciudadanos. El derecho, desde esta perspectiva, “es el conjunto de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por el soberano en ejercicio de su poder legislativo ilimitado.” (Rodríguez, 2005,p.21)

Para Hart no basta solo con definir al derecho como un concepto, sino verlo también como una práctica social, por lo tanto es necesario indagar en la estructura interna de dicha práctica.

“Lo que le interesa es aclarar el sentido del lenguaje jurídico, un sentido que para él, como para el segundo Wittgenstein, está determinado por el uso que se hace de él, por el contexto de acción y por la intención de los que usan ese lenguaje en la vida social.” (Planas Aleix, 2007,p.142)

Por tal motivo Hart rechaza el criterio de identificación del derecho que hace Austin. En primer lugar, si la soberanía fuera el criterio identificación, cómo se explica que las normas jurídicas sigan siendo vigentes después de la desaparición o el cese de funciones de las personas que promulgaron una ley. En segundo lugar, cómo se explica mediante esta teoría que pone énfasis en el aspecto coercitivo de derecho, la existencia de reglas que no tienen como finalidad sancionar una conducta, sino más bien facultar a un individuo la capacidad de crear normas jurídicas o acuerdos jurídicamente relevantes, como en el caso de los contratos. Por último, si el soberano es un ente con capacidades ilimitadas, cómo se explica la existencia de normas cuya finalidad son limitar y reglamentar los procesos mediante los cuales se expiden las normas. Y aquí entramos a la tercera interrogante que se plantea Hart (volveremos a la segunda interrogante más adelante). Para Hart, Austin deja de lado la noción de “regla”, categoría de suma importancia dentro del positivismo hartiano, como explicaremos en breve. Siguiendo a Hart, podemos decir que la teoría de Austin permite comprender el

hecho de que una persona esté obligada a realizar una conducta, pero no permite vislumbrar lo que significa que una persona tenga una obligación jurídica. Sin esa distinción, no se podría diferenciar una regla jurídica de una orden que te da un asaltante de entregarte tu dinero. Para Hart “el que una persona tenga una obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé la obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de la aplicación de la regla.” (Hart, 1961,p.106)

A raíz de esto, Hart dirá que las reglas se clasifican en primarias y secundarias. Las reglas primarias son todas aquellas que imponen una obligación a los individuos. Estas obligaciones pueden estar formuladas de forma positiva, como el deber del padre de cuidar a sus hijos, o en negativo como la obligación de no tomar arbitrariamente la vida de los demás (toda obligación de no-hacer se traduce en una prohibición). Las reglas secundarias son las que otorgan potestades o facultades a los individuos o autoridades para “crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario.” (Hart, 1961,p.101) Aquí entrarían todas las normas que reglamentan la elaboración de un contrato o las normas que estipulan el proceso mediante el cual se expide una ley. Para Hart existen tres tipos de reglas secundarias.(Hart, 1961) La “reglas de cambio”, que son todas aquellas que se refieren a la creación de reglas primarias por parte tanto de los ciudadanos como de las autoridades. Las “reglas de adjudicación” que se refiere a las normas que reglamentan el ejercicio de la función judicial y por último la más importante de todas, la “regla de reconocimiento”. Esta de aquí es el criterio de identificación del derecho. No hay que confundir a la regla de reconocimiento con la constitución o en el caso de Inglaterra, que es desde dónde escribe Hart, con leyes expedidas por el Parlamento. El derecho no se puede otorgar a sí mismo la calidad de derecho, eso sería caer en una auto-referencialidad. El criterio de identificación es extra-jurídico y por lo tanto es de tipo fáctico, es decir es un hecho

social y por ese motivo es la única regla cuya validez depende de su aceptación. De esta regla de reconocimiento no se puede predicar su validez, sino solo su existencia. A diferencia de Kelsen para quién el criterio último de reconocimiento del derecho era un presupuesto, es decir una hipótesis que se acepta así nada más, para Hart este criterio es de tipo fáctico.

En síntesis, Hart va a decir que si bien es cierto el derecho es fundamentalmente una práctica social, aunque su definición sea más bien abstracta, compuesta por reglas. Dentro de estas reglas estarán aquellas que imponen obligaciones o prohibiciones, conocidas como reglas primarias. Y aquellas que son más bien de tipo procedimental, es decir que establecen los requisitos en base a los cuales pueden crearse nuevas reglas primarias. Estas vendrían a ser las reglas secundarias, dentro de la cual la regla de reconocimiento sería la más importante de todas, ya que es el criterio de validez del derecho. Hart innova por su claridad y sistematicidad. Es bastante claro al momento de definir la forma de cómo se estructura el derecho, que para él no deja de ser indeterminado, aparte de establecer un concepto de derecho que permite una mayor claridad de análisis al no identificarlo con la moral. Esa es quizá su mayor preocupación. El de dar una definición clara de lo que es el derecho que le permita diferenciarlo de otros sistemas normativos y dentro de eso juega un papel importante la regla de reconocimiento.

En cuanto a la segunda pregunta que se hace Hart que tiene que ver con la diferenciación entre derecho y moral, podemos decir que en su obra no realiza una distinción muy clara y nítida entre la diferencia entre estos dos sistemas normativos. Pero podemos decir que para Hart lo que diferencia al derecho de la moral es la regla de reconocimiento, por un lado, y el carácter institucional del derecho, por el otro. La

práctica del derecho, a diferencia de la moral, posee todo un entramado institucional que le permite funcionar (tribunales, policía, fiscalía)

¿Cuál es el papel del juez siguiendo con los planteamientos de Hart? Para Hart el derecho, al estar formulado mediante proposiciones lingüísticas (todas las normas jurídicas son al fin y al cabo un conjunto de proposiciones cuya finalidad es prescribir una conducta), adolece de los mismos vicios del lenguaje común. Es decir, posee cierta ambigüedad y vaguedad que no le permite delimitar ciertos casos que el autor considera extraordinarios. Toda expresión lingüística tiene un “núcleo duro” de significado que permite decir con certeza que un objeto o hecho del mundo puede ser designado mediante dicha expresión. Pero también posee una zona periférica, donde cualquier persona común dudaría si aplicar un término para referirse a ese objeto, que de cierta forma se sale o desbordan los márgenes de las palabras. Tomemos como referencia el ejemplo que el mismo Hart da en su obra (Hart, 1961). Nadie dudaría que un carro o un camión son vehículos, sin embargo ¿se puede usar la misma palabra para designar a una bicicleta? Aquí las opiniones serían disímiles y habría que indagar en los usos del lenguaje y las propiedades de la palabra “vehículo” para resolver dicho problema. Ahora bien, así como en el lenguaje ordinario, en la práctica jurídica también hay casos fáciles o de núcleo duro, donde ninguna persona dudaría en la aplicación de una norma, y casos periféricos o difíciles, que no fueron previstos por el legislador que expidió la regla jurídica, y en estas circunstancias el juez posee discrecionalidad para resolver el caso como mejor convenga y se convierte por tanto en un agente creador de derecho. Estos casos difíciles son excepcionales, por lo tanto la actividad “legislativa” del juez no es común, pero eso no quiere decir que no se presenten en la práctica judicial. Obviamente posterior a ello, el legislador puede reformular la ley y no tomar en cuenta el precedente judicial, pero eso no niega el rol

eventualmente creador del juez. Para Hart por tal motivo el derecho es un sistema parcialmente completo, porque siempre se presenta la posibilidad de que emerjan casos que no fueron previstos por el legislador, por tal motivo el juez es solo en algunos casos puede ser imparcial, que es cuando tiene casos fáciles, y habrá otros en los que se convierte en un agente creador de derecho, que resolverá según sus preferencias, obviando el principio de imparcialidad y esto debido a que el derecho no da una respuesta para ese caso. Esta situación, como ya dijimos anteriormente, es excepcional.

En síntesis, podemos decir que para el positivismo de Herbert Hart, el derecho es un sistema parcialmente completo y por lo tanto el juez es excepcionalmente un agente ideológico. El derecho al estar compuesto por lenguaje, por palabras, también adolece de sus vicios. Y así como no hay cómo hacer una definición clara de ningún concepto, ya que todo marco conceptual o toda categoría siempre van a tener una zona periférica que será difícil delimitar, el derecho tampoco puede hacerlo. Eso no implica adoptar una postura escéptica frente a las reglas y decir que el derecho es esencialmente indeterminado, sino solo aceptar una realidad que puede ser difícil de tolerar, pero no imposible de conllevar. El juez, debido a que el derecho es parcialmente completo, será un agente mecánico e imparcial en el caso de que tenga reglas claras que aplicar, pero ahí donde las reglas se difuminan por su ambigüedad, podrá hacer caso de su capacidad interpretativa y creador para resolver el caso según convenga. Sin embargo, Hart no da muchas luces sobre ese papel del juez, solo lo menciona, pero nunca explica cómo se lleva a cabo dicha actividad.

### **1.5. Post-positivismo. Los principios jurídicos y la ponderación**

A raíz de la expedición de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, dentro del ámbito intelectual ecuatoriano se vino a hablar de un nuevo paradigma de pensamiento jurídico, que desde ahora se iba a aplicar dentro de la práctica jurídica local, debido a que la propia constitución, norma superior, aseveraba que el Ecuador era un Estado Constitucional de Derechos, poniendo a la constitución por encima de las demás normas, pero no solo mediante las palabras y las promesas (las 20 constituciones anteriores se arrogaban a sí mismas ser la norma superior), sino mediante mecanismos y garantías jurisdiccionales que tenían como finalidad hacer de la constitución una norma de aplicación directa, independientemente de si el legislador expedía una norma que regulara la viabilidad de un derecho constitucional. El Tribunal Constitucional mediante sentencia 001-08-SIC-CC se auto-proclamó Corte Constitucional, cosa que causó algunas críticas dentro del ámbito jurídico, pero lo que más impacto tuvo, sobre todo dentro del estudio del derecho, fue lo que dijo sobre el Estado Constitucional de Derecho y sobre la aplicabilidad directa de la constitución. Posterior a ello, dentro de la academia se empezaron a reformular los planteamientos básicos sobre la teoría del derecho, que como ya dijimos anteriormente tienen una fuerte influencia del formalismo jurídico, y se empezó a hablar del neoconstitucionalismo como nuevo paradigma.

Esta investigación considera que si se trata de un nuevo paradigma porque ha traído consigo el debate de nuevos planteamientos que antes no se discutían. Como por ejemplo, el papel de la constitución y de los jueces constitucionales. Pero es un paradigma nuevo en relación a nuestro contexto, porque los temas que recién se están discutiendo ahora en el Ecuador, donde el rol de los jueces se ha puesto en centro del debate, se vienen discutiendo muchos años en otros países. Lo importante es la ruptura

que esta corriente marca con el formalismo jurídico, lo que ha permitido refrescar, de alguna forma, el debate.

Pese a que hay un sinnúmero de autores que entran dentro de este espectro intelectual, vamos a hablar de dos autores por ser los más influyentes dentro de la academia, así como en la jurisprudencia constitucional local. Estos autores provienen de tradiciones intelectuales distintas, como ya veremos, pero se caracterizan por un desplazamiento de los problemas tradicionales de la teoría del derecho. Sobre todo en estos tres puntos: 1) el centro de atención se pasa de los casos fáciles a los casos difíciles, es decir se pone énfasis en el carácter indeterminado del derecho; 2) El legislador deja de ser la figura central del análisis del derecho y en cambio se pasa a dar más importancia al juez y a los abogados litigantes; 3) se pasa de la clásica preocupación positivista que se pregunta qué diferencia al derecho de la moral, a preguntarse sobre la relación que existe entre derecho y moral. Los autores neoconstitucionalistas más relevantes dentro de la realidad jurídica ecuatoriana son Ronald Dworkin y Robert Alexy, por lo que se esbozará una descripción básica de sus planteamientos.

Ronald Dworkin dedicó varios años de su vida a cuestionar la teoría jurídica de Herbert Hart. En su obra más conocida dentro de América Latina “Los derechos en serio”, aseveró que su objetivo era minar los tres presupuestos básicos del positivismo jurídico que son:

“a) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas<sup>2</sup> especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales

---

<sup>2</sup> En la traducción se usa norma como sinónimo de regla

pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su *pedigree* u origen (...) b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de derecho, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (...) entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. Ha de ser decidido por un funcionario, por ejemplo un juez, que “ejerza su discreción”, lo que significa ir más allá de la ley (...) c) Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o le prohíbe que lo haga. (...) En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando un juez decide un conflicto ejerciendo su discreción no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto” (Dworkin, 1989, p.66)

Respecto al primer y segundo punto, Dworkin asevera que no todo el derecho está conformado por reglas identificables por su “linaje” mediante una regla de reconocimiento. Para él, existen no solo reglas dentro del ordenamiento jurídico, sino principios y muchas de las veces esos principios no están escritos, sino que subyacen de la práctica jurídica de un país, son los fundamentos bajo los cuales se erige el derecho positivo y los jueces deben tomarlos en cuenta al momento de tomar una decisión judicial. Por esta razón para Dworkin el tercer pilar sobre el que se erige el positivismo conceptual hartiano se desmorona, porque los jueces no solo aplican reglas dentro de sus decisiones, sino también principios, eso quiere decir que nunca ejercen discrecionalidad, ya que siempre tienen la obligación de tomar las decisiones en derecho y no tomar decisiones en base a sus apreciaciones subjetivas. Al no existir discrecionalidad, el juez siempre es un agente neutral, imparcial, que no puede tomar una decisión en base a sus preferencias ideológicas, sino en estricto apego a lo que está establecido en el derecho. En los casos fáciles, dónde el juez no tiene que escrutar ni

indagar mucho debido a que no presenta ninguna dificultad de interpretación, se resuelve en base a reglas. Pero hay caso en los que un hecho no es fácilmente subsumible a una norma, pero eso no quiere decir que el juez en esas circunstancias deba resolver según su arbitrio, sino que debe resolver tomando en cuenta los principios. Para Dworkin existe dos tipos de principios: las directrices políticas y principios en sentido estricto (Dworkin, 1989). Por directriz política hace referencia “al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado” (Dworkin, 1989, p.72) Tiene que ver usualmente con mejorar algún aspecto económico, político o social de la sociedad. El principio, en cambio, “es un estándar que debe ser asegurado, no porque asegure o favorezca una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad.” (Dworkin, 1989, p.72)

Para Dworkin la diferencia entre principios y reglas es una diferencia lógica. Las reglas son aplicadas en base a la lógica del todo o nada, es decir son disyuntivas. O se aplica a ese caso o no. No hay puntos intermedios. Posee excepciones, pero eso no niega su lógica disyuntiva, solo modifica sus condiciones de aplicación. En cambio un principio puede ser modulado, ya que no establece las condiciones en las cuales debe ser aplicado. Una regla tiene la siguiente estructura “Si X, entonces Y” Si se configura una acción X, entonces tiene Y resultado. Un principio es un mandato, que no presenta una condición de aplicación definida. Ejemplo, “todos tienen derecho a la vida”. Dentro de esa formulación no existe la lógica causal del “si-- entonces”. El único límite que posee un principio es otro principio y cuando estos dos colisionan el juez debe ponderar, según el caso concreto, para ver cuál de los dos prevalece. Eso no significa que el principio que no prevaleció en ese caso concreto queda expulsado del ordenamiento jurídico, ya que aquí no se aplica la lógica del todo o nada, porque los

principios, a diferencia de las reglas que son absolutas, son relativos. En el caso de que dos reglas colisionen siempre se podrá apelar a los criterios para resolución de antinomias: jerarquía, especialidad, cronológico. Sin embargo, eso no es posible en el caso de los principios. Para el autor, los principios prevalecen sobre las reglas, ya que toda regla no es más que un principio que ha sido ponderado previamente por el legislador. Si bien es cierto, Dworkin habla de la ponderación de principios, no establece un método muy claro para llevar a cabo dicha tarea. A lo sumo propone un modelo arquetípico del juez ideal, que sería el juez Hércules, como él lo llama. Para el autor el argumento positivista de la discrecionalidad judicial atenta contra la democracia y contra el estado de derecho. Cuando un individuo activa el aparato judicial, lo hace pensando en que él posee un derecho previo, no que el juez se va inventar una norma para resolver su caso.

Por tal motivo, para Dworkin existe una respuesta correcta para cada caso, así sea un caso difícil, pero de esto no se concluye que en los caso difíciles el juez sea un ente mecánico, como el juez de los formalistas que desnaturalizan el papel de los jueces, sino que la respuesta en los caso difíciles debe ser “construida a partir de los materiales jurídicos ya existentes o preexistentes” (Flores, 2016,p.18).

El juez no crea derecho, sino que interpreta y argumenta los materiales jurídicos existentes para ver cuál es la respuesta de cada caso. El juez Hércules vendría a ser el juez que aceptando el ideal democrático de respuesta correcta, toma en cuenta toda la historia judicial de un país, tanto los principios como las reglas y argumenta sus respuestas en base a los principios que fundan la sociedad política en la que toma

su decisión, que en el caso de Estados Unidos, que es el país de donde Dworkin escribe, es el liberalismo político.

En este contexto, se considera importante recalcar que la teoría de Ronald Dworkin gira en torno de cuestionar la concepción teórica de Hart, que acepta parcialmente la indeterminación de las normas y por lo tanto el papel creador y parcial del juez. Para Dworkin eso es inconcebible. Cuando una persona activa el sistema judicial lo hace porque se cree sujeto de un derecho por el que va a reclamar, no lo hace con la intención de que el juez resuelva según sus preferencias e ideología. Para esta labor, Dworkin introduce la categoría de principios, que diferencia sobre todo de las reglas porque no funciona en base a la lógica del todo o nada, sino que puede ser modulado o ponderado según los casos concretos. Si hay vacíos dentro de las reglas, el juez siempre podrá indagar en los principios sobre los que se erige la práctica jurídica de su país, y por lo tanto siempre podrá encontrar una respuesta correcta para cada caso, sin tener que recurrir a sus preferencias ideológicas para llenar los vacíos que puedan tener las reglas. Este planteamiento parece recordarnos al positivismo ideológico, ya que también se empeña en establecer que el derecho es un sistema completo. Pero difiere con él porque es una teoría más sofisticada e introduce la dimensión de los principios. También en que no le da tanta importancia a la ley como centro del ordenamiento jurídico, esos principios de los que hablará Dworkin se encuentran muchas veces dentro de la constitución. Y por último difiere en que para Dworkin los jueces no son mecánicos, sino que deben interpretar y argumentar sus respuestas. La única forma de llegar a esa respuesta correcta que prevé el derecho, es mediante la argumentación.

Por otro lado, debido a la falta de precisión de la metodología que permita un camino certero hacia una respuesta correcta, autores como Robert Alexy, con su fórmula de la ponderación ha dado más luces sobre ese método. Al respecto, Robert Alexy considera que los principios son “mandatos de optimización”, esto significa “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.” (Bernal Pulido, p. 6)

Los principios deben ser desarrollados en la mayor medida posible y su única limitación son los otros principios con los que convergen. Sin embargo, siempre se puede dar una situación en la que dos principios colisionan dentro de un caso determinado. Pensemos por ejemplo un caso en el que se enfrenta el derecho a la libertad de culto con el derecho a la salud de un niño (Alexy, 1993). Esto se podría dar en el caso de que un niño necesite una transfusión de sangre pero los padres, que son testigos de jehová, se oponen a ello por sus convicciones religiosas. En este caso el juez debe limitar uno de estos principios que colisionan. Pero ¿cómo resolver dicho caso? Alexy propone lo que él denomina la estructura de la ponderación (Alexy, 1993) que se conforma por: “la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación.” (Bernal Pulido,p.8)

La ley de la ponderación asevera lo siguiente: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” (Alexy, 1993, p.161) Para llevar a cabo hay que seguir tres pasos. El primero de ellos es definir el grado de afectación de uno de los principios en colisión, para evidenciar si esa colisión es real o solo aparente. En segundo lugar, hay que analizar “la importancia de satisfacción del principio que juega

en el lado contrario” (Alexy, 2002, p.40 ) Por último, hay que definir si hay una justificación de esa limitación que se va a hacer de un principio para que prevalezca otro, que en ese caso concreto, se plantea como más importante. La segunda variable que determina si es que la importancia de un principio justifica la limitación de otro principio es lo que Alexy denominó “peso abstracto”. Esta variable lo que viene a decir es que si bien es cierto dos principios pueden tener el mismo rango dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, es decir, pueden provenir de la constitución, hay ciertas ocasiones en las que uno de ellos puede tener más relevancia que el otro. La tercera variable, a la que Carlos Bernal Pulido denomina variable S (Bernal Pulido), hace referencia “seguridad de las apreciaciones empíricas”. (Bernal Pulido, p. 11) En el ejemplo que pusimos anteriormente, donde se da una colisión entre el derecho a la salud y el derecho al libertad de culto, el juez debe asegurarse de que efectivamente en el caso de que no se haga la transfusión de sangre, existirá un daño considerable en la salud del niño. Si es que esa afección no es real, es decir si se puede evitar el perjuicio a la salud mediante formas que no limiten la libertad de culto, entonces el juez debe desestimar la medida que limita un derecho fundamental.

Ahora bien, a partir de ahí, Alexy se pregunta cómo determinar el peso de un principio frente a otro. Para ello Alexy realiza una fórmula matemática que denomina “fórmula del peso”. Y tiene la siguiente estructura (Bernal Pulido,p.12):

$$GP_{i,jC} = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA} + SP_{jC}}$$

Lo que esta fórmula representa es el peso del principio  $P_i$  con relación al principio  $P_j$  es el resultado de la división entre

“el producto de la afectación del principio  $P_i$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio  $P_j$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.” (Bernal Pulido, p.13)

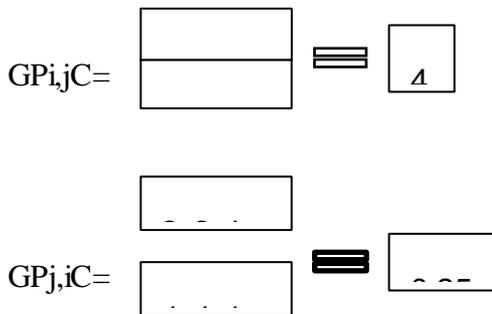
Para llevar a cabo dicho ejercicio hay que asignarle una valoración a cada uno de los factores que intervienen dentro de la operación. Con respecto a los dos primeros factores de la operación que son la afectación al principio y el peso abstracto hay cómo asignarle un valor en base a la triada que se compone por las siguientes valoraciones: “leve  $2^0$ , o sea 1; medio  $2^1$ , o sea 2; e intenso  $2^2$ , es decir 4.” (Bernal Pulido, p.13) En cambio para determinar la valoración de la seguridad de las premisas empíricas hay que seguir con la siguiente tabla de valoración: “un valor de seguro  $2^0$ , o sea, 1; plausible  $2^{-1}$ , o sea  $\frac{1}{2}$ ; y no evidentemente falso  $2^{-2}$ , es decir,  $\frac{1}{4}$ .” (Bernal Pulido, p. 13)

Siguiendo con el ejemplo antes propuesto, suponiendo que la no transfusión de sangre implicará una afectación grave a la salud del niño y posiblemente su muerte, se pueden hacer las siguientes valoraciones. Podemos decir que con respecto a la afectación del derecho a la salud, en caso de que se limitara su rango de aplicación sería intensa, por lo tanto hay una valoración de 4 ( $IPiC=4$ ). El segundo punto que es el peso abstracto del principio, podemos decir que es de 4 ( $GPiA=4$ ) porque su no observancia puede implicar la afectación a otros principios tales como la vida, y como sabemos la vida es la condición de posibilidad de todos los demás derechos. Por

último, la seguridad de las premisas empíricas podemos decir que es de valor seguro (SPiC=1), porque su inobservancia significaría una grave afectación a la salud del niño.

En cuanto a la libertad de culto, podemos decir que en cuanto a la afectación al derecho de libre culto sería medio, debido a que la decisión que resuelva limitar ese derecho no imposibilitaría el ejercicio del mismo, ya que no prohibiría a los padres a que sigan yendo a su iglesia y sigan manifestando su devoción. Por lo tanto equivaldría a un 2 (WPjC=2). Con respecto al peso abstracto, podemos decir que es medio, ya que en este caso no es un caso de vida o muerte, solo implica limitar en un aspecto la creencia de los padres, por lo tanto su valoración podría ser media (GPjA=2) y por último en cuanto a la seguridad de las premisas, podemos decir que es intensa, debido a que si se hace la transfusión de sangre a la hija es seguro que ocasionará un malestar y una contradicción en las creencias de sus padres, por lo tanto equivale a 1 (SPjC=1).

Ahora se aplica la operación para determinar el valor de la limitación de cada uno de esos derechos.



Como vemos, el derecho a la salud posee una valoración más alta, por tal motivo es el que prevalece frente al otro. Cabe mencionar que para la teoría de Alexy el juez debe argumentar sus valoraciones, no puede asignarle un valor así por así, de forma discrecional.

En conclusión, estas fórmulas permiten describir el método concreto que debería usar el juez para ponderar principios que colisionen en un caso concreto. De esta forma se deja de hablar de la ponderación en abstracto y se establece un método concreto que dice el camino que deben seguir los jueces para alcanzar la respuesta correcta, es decir la respuesta que prevé el ordenamiento jurídico para ese caso.

Por último, dentro de la estructura de la ponderación, se encuentran las cargas argumentales, que se llevan a cabo cuando dos principios quedan empatados en la aplicación de la fórmula que explicamos brevemente en el anterior punto. Siguiendo lo que dice Carlos Bernal Pulido, podemos decir que Alexy parece defender dos posturas al respecto. (Bernal Pulido) En su libro “teoría de los derechos fundamentales” sostiene que todos los principios asociados a la libertad y a la igualdad, siempre poseen una carga valorativa superior. Según esto, ningún principio jurídico puede prevalecer sobre estos, a menos que posean “razones más fuertes” (Alexy, 1993) a su favor. Esto quiere decir, en otras palabras, que cualquier empate entre principios se daría a favor de aquel que sea más compatible o esté más directamente vinculado a la libertad o a la igualdad. En cambio en su “Epílogo a la Teoría de derechos fundamentales”, que fue publicado con posterioridad al libro antes mencionado, asevera que la carga argumentativa se da a favor del principio democrático, es decir a favor del legislador. Es decir, si es que se demanda la inconstitucionalidad de una ley, en caso de que haya un empate entre los principios que están en pugna, se favorecerá al legislador y no se declarará la ley inconstitucional. Robert Alexy pretende esbozar un método racional y objetivo que permita al juez dar una respuesta correcta. Como vemos, el juez siempre tendrá dentro de los materiales jurídicos una respuesta que le permitirá decidir un caso difícil donde existe una pugna

entre dos principios. Los autores antes mencionados consideran al derecho un sistema completo que posee en sí todas las soluciones posibles, ya que el derecho no solo está compuesto por reglas, sino también por principios. Por lo tanto el juez no es un agente ideológico creador de derecho. Es un agente imparcial, alejado de cualquier interés político-ideológico, que resuelve los casos tal y cómo lo prescribe el ordenamiento jurídico.

## **2. Estudios críticos del derecho**

El derecho moderno, tal y como lo conocemos hoy en día, tiene dos orígenes. El primero tiene su raíz en Francia, en los pensadores ilustrados que plasmaron los primeros cimientos de lo que vendrían a ser posteriormente las repúblicas modernas. Autores como Montesquieu y Jean Jaques Rousseau empezaron a tratar temas como la voluntad general, el espíritu de la ley, separación de poderes, etc., ideas que influenciaron la Revolución Francesa, donde se constituyó una de las primeras Repúblicas modernas. Tuvo mucha influencia la idea de la separación de poderes, donde se planteaba la existencia de tres funciones para que ninguna casta, sector o individuo sea el que detente todo el poder político. Estas funciones eran la función ejecutiva, la función legislativa y la función judicial. De estas tres, la segunda fue a la que se le dio más importancia dentro de la reflexión jurídica europea por la siguiente razón: Al ser el órgano democrático por excelencia, todo lo que emanaba de él, es decir las leyes, eran la manifestación de la voluntad general. La ley pasó a ser el centro de la reflexión jurídica. El juez dentro de esta reflexión quedaba degradado a un papel secundario, donde era un simple aplicador de normas previas. El Código Civil se erigió como el Corpus normativo por excelencia y muchos países latinoamericanos empezaron a emular a los excéntricos franceses, adoptando de forma mimética dicho

corpus normativo. Pero también las reflexiones que se hacían en torno a él. La reflexión sobre la decisión judicial carecía de importancia, lo único que interesaba era desarrollar a profundidad las instituciones establecidas en las leyes, o los grandes principios del derecho para otorgarle técnicas de elaboración de leyes al legislador. Así nacieron los grandes tratados doctrinarios del derecho.

Curiosamente esta labor siempre giró en torno a la resolución de problemas de índole hermenéutica, interpretaciones que ayudaron, y siguen haciéndolo hasta ahora, a resolver problemas interpretativos a los jueces. El segundo origen del derecho moderno es lo que se conoce como Common Law, que nace dentro de Inglaterra y aquí se le da importancia a los precedentes judiciales y por lo tanto el juez pasa a ser un actor fundamental dentro de la práctica jurídica. Por esa razón en estos países surgió una tradición de pensamiento jurídico que en América Latina ha sido prácticamente ignorada. Estamos hablando de la escuela realista, que es escéptica frente a las normas. Para ellos las normas jurídicas no limitan la labor del juez. Creer lo contrario es una quimera, una ilusión, el juez puede resolver prácticamente lo que sea. En efecto, Oliver Wendell Holmes, uno de su máximo exponentes, aseveró lo siguiente: Las decisiones judiciales se escribe en el lenguaje de la lógica que pretende satisfacer el afán de conseguir la certeza. Pero este ideal es una ilusión. Detrás de la lógica hay posiciones legislativas del juez que están en pugna, que el juez decide en base a sus preferencias. (cita extraída de Rodríguez C., 1999, p. 25). Vemos claramente como Holmes, que cabe recalcar fue juez de la Corte Suprema de Justicia Estadounidense desde 1902 hasta 1932, ataca duramente a la certeza dentro del derecho y por lo tanto a la imparcialidad de los jueces dentro de la decisión judicial.

Los estudios críticos del derecho reivindican esta tradición y van más allá de sus antecesores. Los estudios críticos del derecho es una corriente heterogénea que

nació en Estados Unidos aproximadamente en los años 70. Influenciados tanto por el realismo jurídico como por las corrientes críticas del pensamiento, sobre todo la vertiente post-estructuralista francesa<sup>3</sup>. Debido a ello viene su nombre. “Estudios” porque no hay un problema homogéneo dentro de toda esa amalgama de autores que adoptan una posición crítica frente al derecho. Dentro de esa escuela se habla desde libertad sexual, colonialismo, hasta llegar al papel fundamentalmente ideológico del juez. Este último tópico es quizá el eje transversal de todos los que se encuentran bajo este paradigma de pensamiento. Son “críticos” porque su finalidad es minar los presupuestos básicos del derecho y la práctica jurídica. Eso los diferencia de las teorías constructivistas antes mencionadas cuya finalidad es justificar y legitimar el estado actual de cosas dentro de la práctica jurídica. Pese a las diferencias entre los diferentes autores, podemos decir que comparten un objetivo común que es “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que crean derecho mientras se ven como meros instrumentos del mismo”. (Kennedy, 1992, p.284) Los críticos tienden a negar todo “meta-relato” o Gran Teoría que se han elaborado bajo la episteme moderna. El modernismo es una comprensión del mundo que pone énfasis en la razón, en las grandes narraciones históricas que usualmente están relacionadas a un origen y al cumplimiento de una promesa. Pensemos en la idea de comunismo. Esta tiene un origen, que es la comunidad primitiva, y a su vez un desenlace, que vendría a ser la Revolución Social. Detrás de la idea de comunismo, sobre todo en la vertiente marxista, existe la idea de que la historia tiene un telos, una finalidad, que para el marxismo vendría a ser la emancipación del hombre. La historia se concibe de forma lineal y en perpetuo progreso ascendente. Esto a su vez, gira en torno a la figura de la promesa. Debido a que el mañana será utópico, debes sacrificar

---

<sup>3</sup> Dentro del postestructuralismo podemos encontrar una amalgama de autores tales como Michel Foucault, Gilles Deleuze, Françoise Lyotard, etc.

tu presente, mediante formas de activismo político, para alcanzar el sueño idílico que está al orden del día. Los autores posmodernos vendrían a marcar una ruptura con las ideas y pensamientos que se encuentran dentro de ese paradigma.

Jean-François *Lyotard*, uno de los autores más significativos del posmodernismo, aseveró:

“Los “metarrelatos” a que se refiere La condición posmoderna son aquellos que han marcado la modernidad: emancipación progresiva de la razón y de la libertad, emancipación progresiva o catastrófica del trabajo (fuente de valor alienado en el capitalismo), enriquecimiento de toda la humanidad a través del progreso de la tecnociencia capitalista, e incluso, si se cuenta al cristianismo dentro de la modernidad (opuesto, por lo tanto, al clasicismo antiguo), salvación de las creaturas por medio de la conversión de las almas vía el relato crístico del amor mártir.” (Lyotard, 1986, p.28)

Podemos decir, siguiendo las palabras de Lyotard, que todo metarrelato es una gran narración que impulsa a un grupo de gente a adoptar una posición frente a la realidad. Esta postura puede ser tanto conformista, el metarrelato del capitalismo como la mejor forma de sociedad posible, así como revolucionario, el metarrelato de las grandes transformaciones sociales. Estos metarrelatos están asociados siempre a una Gran Teoría. El liberalismo político y económico en el caso de los defensores del capitalismo y el marxismo en el caso de los defensores del socialismo/comunismo. En el caso de la teoría del derecho, el gran relato que justifica su la existencia del derecho es la noción del derecho como un sistema coherente que hace del juez un agente neutral e imparcial, ya que posee dentro de la norma todas las respuestas posibles. Relato que proviene de la teoría liberal (todos los autores constructivistas sobre los que hablamos previamente se adscriben a alguna forma de liberalismo). Por tal motivo, la crítica a la

imparcialidad judicial es una crítica a la filosofía política liberal, pero esa labor no implica necesariamente la adscripción al marxismo. La escuela crítica al desdeñar de los grandes relatos de la historia, también lo hace de sus mitos fundantes. Y uno de esos mitos es la imparcialidad judicial.

En síntesis, podemos decir que los Estudios Críticos del Derecho es una escuela cuya preocupación es indagar sobre aquello que se encuentra tras el discurso, tras el relato, para ver las pugnas reales que determinan una decisión judicial. Para ello critican a la imparcialidad judicial como metarrelato del liberalismo político. Pero dicha crítica no gira en torno a una concepción marxista del derecho. Sino que va más allá, ya que concibe al marxismo como un relato más. Bebe de las fuentes del pensamiento posmoderno, inaugurado por autores como Lyotard y Michel Foucault y por lo tanto conciben a la práctica judicial desde su dimensión política.

## **2.2. Derecho y política**

Para determinar la forma de cómo lo político influye dentro de la decisión judicial, Kennedy utiliza tres tópicos (Rodríguez , 1999). El primero de ellos es algo de lo que ya se habló en párrafos anteriores y tiene que ver con la forma de cómo la ideología interviene dentro de la aplicación del derecho. El segundo elemento tiene que ver con el uso de un tipo de argumento dentro de las decisiones judiciales, que son los de conveniencia pública. Por último, Kennedy afirma que dentro de la experiencia del juez “tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de libertad como de restricción” (Rodríguez , 1999, p. 61 ) El lenguaje que se aplica dentro de toda decisión judicial resalta únicamente el aspecto restrictivo del ámbito judicial, como si fuera una

actividad mecánica (Rodríguez , 1999). Explicaremos detalladamente cada uno de estos tópicos.

### **2.2.1. Derecho, ideología y relaciones de poder**

¿Qué significa que los jueces sean actores ideológicos? Siguiendo a Kennedy y diremos que la ideología es “un proyecto de universalización de una intelligentsia que considera que actúa “para” un grupo cuyos intereses están en conflicto con los de otros grupos” (Kennedy, 2010, p.28 ) El conflicto es el que define la ideología y detrás de todo conflicto hay una relación de poder. Para el autor francés Michel Foucault el poder siempre es una relación de fuerza, de choque, de guerra, entre aquellos que lo ejercen poder y aquellos sobre los cuales se ejerce el poder. Esa relación de fuerza no es necesariamente externa al individuo sobre el que se ejerce el poder, ya que las relaciones de poder son un entramado complejo que atraviesan la vida cotidiana, y por lo tanto están presentes dentro de los hábitos, los gustos, las formas, las expresiones, las miradas, etc. El conflicto se puede dar desde la misma psiquis del individuo que ha interiorizado las formas poder de las sociedades modernas (vigilancia, control) y su impulso instintivo que lo lleva a liberarse, eventualmente y de forma parcial, de estas formas de dominación. Para Foucault, el logro de la modernidad ha sido que ha conseguido que cada individuo sea a su vez el sujeto que ejerce control y poder sobre sí mismo, por tal motivo no es necesario que haya un policía por cada persona, ya que el control se ejerce desde la propia psiquis. El individuo moderno es a la vez amo y esclavo de sí mismo. Por eso para Foucault el cuerpo siempre es un campo de batalla. Sin embargo el poder no solo está presente en la esfera individual de los sujetos, también se manifiesta de forma colectiva, es decir hay estructuras sociales que hacen que un grupo de personas sea el beneficiario de ciertas prácticas, que posea privilegios con relación a otro (una persona que dentro de un campo social tenga ciertos

privilegios, puede ser que en otro ámbito no los posea) y que por lo tanto pueda determinar e influenciar una decisión judicial. El poder, sin embargo, no es una propiedad que se pueda poseer, sino una actividad que se ejerce. Por tal motivo el análisis marxista del poder como opresión de una clase sobre otra es limitado. Pensemos en un momento en el siguiente caso hipotético. Una mujer violada, pobre, sin recursos e influencias, fue violentada por un sujeto que pertenece a su misma clase social, vive en su mismo barrio, posee su misma formación académica. Sin embargo, en un sistema patriarcal, donde las mujeres son revictimizadas, podría darse el caso de que un juez, con una ideología machista-conservadora, resuelva a favor del violador y contra la víctima.

En este caso, no está presente la “lucha de clases”, sino que son otras formas de reproducción del poder las que se manifiestan. Aquí el poder tiene que ver con el sometimiento, el control, la dominación que un individuo está facultado a ejercer sobre otro, debido a su posición estratégica, posición que se respalda mediante un discurso determinado. Con respecto a las relaciones de poder asevera lo siguiente:

“En cualquier sociedad, relaciones de poder múltiples atraviesan, caracterizan, constituyen el cuerpo social; y estas relaciones de poder no pueden dissociarse, ni establecerse, ni funcionar sin una producción, una acumulación, una circulación, un funcionamiento del discurso(...) estamos sometidos a la producción de la verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad(...) el poder no cesa de indagar, de registrar, institucionaliza la pesquisa de la verdad, la profesionaliza, la recompensa(...) estamos sometidos a la verdad en el sentido que la verdad hace ley, elabora el discurso verdadero que, al menos en parte, decide, transmite y empuja efectos de poder(...) después de todo somos juzgados, condenados, clasificados, obligados a competir, destinados a vivir de un cierto modo

o a morir en función de discursos verdaderos que conllevan efectos específicos de poder” (Foucault, 2002, p. 140)

Los elementos que cabe resaltar de esta cita, son los siguientes. En primer lugar, el poder atraviesa todo el cuerpo social y no se encuentra separado del sujeto que es considerado por el discurso marxista como explotado. Como ya mencionamos anteriormente, Foucault rechaza la concepción marxista del poder, porque la considera chata e instrumental. Pero por las mismas razones rechaza la concepción liberal del poder, debido a que tiene una noción igual de instrumental que la de marxismo. Para los liberales el poder se reduce a un juego electoral, de grupos organizados, de partidos políticos. El poder para Foucault está en todas partes y no solo se manifiesta cada cuatro años cuando vamos a votar. El segundo elemento que vale resaltar es que las relaciones de poder no pueden funcionar sin un discurso que lo legitime y por lo tanto el poder está asociado con la producción de la verdad. Pero el autor no entiende a la verdad como algo tangible, que puede ser conocido mediante algún método, es decir no concibe a la verdad como ente, sino como como una construcción histórica (ver más sobre la verdad). A Foucault le interesa, sin embargo, definir las condiciones de producción de dichas verdades, que tienen efectos dentro del tejido social y para ello toma como referencia a los aparatos judiciales, como instituciones productoras de verdad. El juez es un obispo de la verdad, ya que esta es hablada a través de él, sus palabras no son más que el fiel reflejo de esa realidad metafísica. El juez dentro de sus decisiones decide sobre lo verdadero de ciertos hechos. Verdad que va a tener efectos en la realidad. Pensemos, por ejemplo, en una persona privada de libertad. Puede ser que esa persona no haya cometido delito alguno, pero para la sociedad el hecho de que el juez lo haya hecho responsable de un delito, ya lo convierte en un criminal, en un delincuente. Lo que trata de ocultar el discurso de la verdad es la pugna

que se encuentra tras las palabras. La imparcialidad es la forma perfecta de mantener escondido a eso que es evidente, pero al mismo tiempo está ausente dentro de nuestras palabras y críticas.

En síntesis, podemos decir que las relaciones de poder a través de toda la estructura social, determina la forma de cómo va a resolver un juez determinado caso. Una persona siempre podrá utilizar su posición estratégica para influenciar en una decisión judicial. Así, un empresario, podrá usar sus influencias o su peso económico para revertir una decisión a favor de sus trabajadores. Esto no quiere decir que las personas que recurran a su posición estratégica siempre vayan a tener éxito en su cometido, ya que en última instancia el que resolverá será el juez, quien también a su vez va a ver y abogar por la conveniencia de resolución, sea cual sea.

La decisión judicial también será creadora de verdad, enunciando los efectos prácticos que dicha enunciación tendrá sobre el tejido social. Un criminal es criminal no porque haya delinquido, sino porque hay un agente institucional que así lo determina. Que lo reviste con ese estigma.

### **2.2.2. Derecho y discurso**

Las normas para los críticos no constituyen verdaderos límites de la actividad judicial, ya que toda norma posee principios contradictorios en su seno y el juez siempre podrá adoptar y argumentar en base a los materiales jurídicos que más se adecúen a su ideología. Los límites a la actividad judicial son meta-jurídicas y están en otro plano, no en el normativo, piénsese en la opinión pública, por ejemplo. El derecho tiene un carácter normativo, ya que prescribe formas de conducta. Pero estas prescripciones se hacen efectivas dentro de su ámbito de aplicación, por lo tanto son

los aplicadores del derecho (tales como los jueces, fiscales, policías, etc.) los que deciden las normas que se harán efectivas y la forma de interpretar esas normas según su conveniencia. Los jueces a través de las decisiones judiciales tratan de “generar un efecto retórico particular: el de la necesidad jurídica de sus soluciones, sin considerar la ideología.” (Kennedy, 2010, p.27)

Y ese efecto retórico lo hacen a través de un discurso, que trata de ocultar la realidad ideológica del juez. Siguiendo a Michel Foucault, diremos que el discurso es “un conjunto de enunciados que dependen de un mismo sistema de formación” (Foucault, 2010, p. 141) Por sistema de formación Foucault entiende un complejo de relaciones que funcionan como reglas, que posibilitan la aparición de un discurso. El discurso solo es posible para aquellos que están capacitados de emitir enunciados válidos, por lo tanto el discurso se fundamenta en un régimen de exclusión, entre aquellos que pueden hablar y aquellos que no. “Hablar” aquí no se entiende como “voz”, no estamos diciendo que los que no pueden hablar no pueden emitir y realizar conjugaciones lingüísticas, solo que sus enunciados no serán tomados en cuenta por los dispositivos encargados de crear, reproducir y legitimar discursos. El discurso, como todo enunciado lingüístico, trata de otorgar sentido a una realidad, pero ese propósito es un proceso de disputa, entre diferentes concepciones del mundo que se quieren imponer como verdaderas. Dentro del campo jurídico, son los académicos, políticos y jueces los que más están interesados en reproducir formas discursivas que legitimen una posición ideológica. El discurso en el ámbito jurídico opera de la siguiente manera:

“En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar a aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en

el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de la forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos, ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen de manera consciente, semiconsciente o inconsciente- proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social.” (Kennedy, 1997, p. 14)

El discurso de la coherencia del derecho y de la imparcialidad de su aplicación hace parecer natural y justo la forma de cómo funciona la práctica jurídica, ocultando de esta forma los intereses, las pugnas, los conflictos, que se definen dentro de una resolución. Y generalmente los intereses que prevalecerán son el de los grupos que poseen mayor capacidad adquisitiva y mayor capital simbólico. Pero esto frente a los ojos de la sociedad civil tiene que aparecer como justo, legítimo, natural y es precisamente eso lo que se oculta tras el discurso de la imparcialidad. Ahora bien, ¿cuáles son los enunciados que un juez usa en concreto para tomar una decisión que resulte a su conveniencia? Para Kennedy existen dos tipos de argumentos que son usados dentro de cualquier resolución judicial. (Kennedy, 1997). Debido a la dificultad de la traducción de esos dos conceptos, usaremos la traducción realizada por César Rodríguez (Rodríguez , 1999). Estos son los argumentos deductivos y los argumentos no deductivos. Los primeros son aquellos donde se subsume un hecho dentro de una regla determinada. Aquí se aplica una forma de razonamiento silogístico. En cambio los segundos, siempre apelan a alguna categoría meta-jurídica, como la conveniencia pública de la decisión, la justicia de la decisión, etc. No actúa en base a la lógica silogística. La diferencia entre estos dos argumentos son las siguientes (Kennedy, 1997). En primer lugar, la aplicación de los argumentos no deductivos presupone que

las reglas, son insuficientes para resolver ese caso, debido a la oscuridad de la regla, a que no prevé una solución o a que su aplicación es inconveniente debido a la injusticia que traería consigo su aplicación. En segundo lugar, los argumentos no deductivos “apelan siempre a la *deseabilidad de un resultado*” (Rodríguez, 1999,p. 73) y para ello recurren a la consecuencias estimadas de la resolución. Por tal motivo, mientras que los argumentos deductivos se preocupan por mirar el pasado, es decir las normas previas a la resolución, los argumentos no deductivos miran al futuro, es decir de qué manera va a beneficiar la resolución a la sociedad. En tercer lugar, los argumentos no deductivos se ponderan dos posturas diferentes, pero a diferencia de Dworkin que cuando habla de ponderación habla de dos principios que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico, Kennedy habla de la ponderación de dos posturas ideológicas. “De esta forma, el juez habla un lenguaje ideologizado, el lenguaje jurídico, que reproduce en el campo de la adjudicación los mismos argumentos utilizados en otros escenarios por grupos ideológicos.” (Rodríguez , 1999, p. 77)

En síntesis, podemos decir que la imparcialidad funciona como estrategia discursiva que trata de ocultar los intereses que están en pugna dentro de todo procesos judicial. Intereses que van a ser determinantes dentro de la resolución del juez.

Para llevar a cabo este cometido, es decir, el de pintar una resolución de imparcialidad, sin que deleve los intereses en pugna que se juegan dentro del proceso judicial, el juez podrá recurrir a argumentos no-deductivos, que tienen que ver con apelar a instancias extra-normativas para justificar su resolución. Así argumentos de conveniencia pública, siempre serán usados dentro de toda resolución, para decir que esa fue la mejor forma posible de resolver un caso.

### **2.3. Los tipos de jueces**

El juez, debido a la posición que ocupa dentro de la estructura social, siempre tiene la posibilidad realizar una elección estratégica que le permita manipular el significado original de un texto jurídico. Dicha manipulación no es necesaria, es decir el juez no está obligado a alejarse de la resolución convencional que se le da a un caso determinado, sino que la posibilidad de hacerlo siempre está en el orden del día y eso va a depender de las capacidades argumentativas del juez. Sin embargo, que modifique o cree una norma, no quiere decir que vaya a tener éxito en su cometido, porque siempre existirán presiones externas al proceso que se interesarán en el resultado del litigio. Aquí la separación entre casos fáciles y casos difíciles se evapora en el aire. El juez puede manipular a su favor cualquier caso, presente o no un problema de interpretación. Y la diferenciación entre reglas y principios son más bien herramientas retóricas que usa el juez para resolver de una u otra manera, más que mandatos claramente exigibles. Más aún el método propuesto por Alexy, que supuestamente trata de eliminar la discrecionalidad con una propuesta que se asemeja a un ejercicio matemático. Esto no puede ser posible, porque las palabras no pueden ser matematizadas y más aún cuando se admite que la valoración de las variables que intervienen dentro de la ponderación depende de la capacidad argumentativa de los jueces. En otras palabras, el juez puede valorar los principios en pugna de a forma que le dé la gana, siempre y cuando posea la capacidad retórica y argumentativa para ello. Pero hay que recordar que no solo la ideología individual influye dentro de la decisión judicial. La opinión pública, por ejemplo, puede presionar a que un juez decida de una u otra manera, al igual que el peso político de una de las partes, así como su capacidad económica. Y las estrategias retóricas no solo se usan dentro del plano de la interpretación de una norma, sino también en la valoración de la prueba. Si es que un

juez decide hacer caso omiso a una prueba importante y relevante, es posible que modifique la resolución judicial a favor de una de las partes.

¿Cómo se lleva a cabo esa actitud estratégica que le posibilitan al juez decidir un caso según sus preferencias ideológicas? Para Kennedy existen tres tipos de jueces (Kennedy, 2010). El juez activista, el juez mediador y el juez bipolar, sobre este último no vamos a hablar, debido a que no tiene relevancia para el análisis de la realidad ecuatoriana, en vez de esa categoría usaremos la de juez pseudo-neutral. Cabe mencionar que los jueces antes mencionados son “tipos ideales”, es decir no existen en la realidad, son una exageración de la misma que permiten dar cabida a una interpretación sobre hechos sociales. Siguiendo al sociólogo Max Weber, podemos decir que el tipo ideal es:

"un cuadro conceptual que no es la realidad histórica, al menos no la 'verdadera', y que con mucho está destinado a servir como esquema bajo el cual deba subsumirse la realidad como espécimen, sino que, en cambio, tiene el significado de concepto límite puramente ideal, respecto del cual la realidad es medida y comparada a fin de esclarecer determinados elementos significativos de su contenido empírico." (Weber, 1982, p.82)

En síntesis, podemos decir que los tipos de jueces que vamos a describir a continuación son tipo ideales, según la terminología Weberiana, ya que son formas exageradas de formas de interacción que ocurren en la práctica. Esto quiere decir que no se puede encontrar dentro de la realidad esa forma pura. Los jueces siempre van a ir de uno a otro lado, dependiendo de las circunstancias. Pero definir tipos ideales, nos permite mayor claridad conceptual, sobre todo al momento de realizar una crítica. En

los siguientes apartados se pretenderá describir la forma de cómo operan los jueces, dependiendo de la postura determinada que adopten frente al derecho.

### **2.3.1. Juez activista (restringido)**

Para entender cómo opera este juez, propondremos ejemplo similar al de Duncan Kennedy. (Kennedy, 2010) Supongamos que una jueza tiene que resolver un caso sobre el que existe una norma previa, bien definida y con una interpretación que ha sido aceptada mayoritariamente dentro de la práctica judicial. Sin embargo, dicha regla y su correspondiente aplicación no son de su preferencia ideológica. Supongamos que la jueza es conservadora, de ideología política de derecha, y en ese caso concreto se va a decidir sobre un tema relacionado al micro-tráfico de drogas, cosa que ella detesta por estar contra los valores de la familia y orden que dice defender. Ella no es corrupta, no acepta dinero de las partes involucradas y cree siempre que todas sus decisiones se toman en estricto apego a la Ley. Esta jueza en ese caso, pese a no tener claras evidencias de que la persona aprehendida es responsable del delito de microtráfico, resuelve contra el procesado. Su resolución va a tener motivaciones extra-jurídicas, ya que lo que influenció en su decisión fue su concepción moral de lo bueno. A lo mejor, el aprehendido no seguía los estándares estéticos del buen ciudadano, que ella toma muy en cuenta de manera inconsciente, al tomar una decisión. A lo mejor tuvo una intuición de que el procesado era culpable y por eso desde el principio se predispuso a tomar una decisión en su contra. Su motivación para extender la interpretación de la norma fue extra-jurídica, como claramente se ve. Pero para lograr aquel cometido, tiene que esbozar razones fuertes que motiven su decisión y esas motivaciones y argumentos debe encontrarlos entre los materiales jurídicos que posee (norma, precedentes, doctrina). Si es que no es capaz de hacerlo, la jueza se abstendrá de resolver tal y como quería hacerlo desde un principio.

En su labor argumentativa tiene que demostrar que la solución que está tomando es la decisión que el derecho exige y más aún si es una jueza penal, donde se supone que la analogía y la interpretación extensiva están prohibidas. En este caso vemos cómo la jueza por motivos ideológicos, toma una decisión jurídica determinada. Kennedy le pone bastante énfasis al papel que juega la ideología dentro de la decisión judicial, pero deja de lado otros factores, como por ejemplo coimas a las que podría incurrir una de las partes interesadas en el proceso, o el valor político de uno de los implicados dentro del proceso. Quizá las haya obviado porque en la práctica jurídica estadounidense ese tipo de resoluciones, es decir las que están motivadas por intereses económicos individuales del juez y por el peso político de un individuo, no son muy comunes dentro de su realidad y contexto. Sin embargo, tal no es el caso de la realidad ecuatoriana, donde en el día a día jueces no solo aceptan coimas, sino exigen dinero para resolver de una manera determinada. Donde los jueces se dejan fácilmente manipular por “llamadas” que provienen de las altas esferas de la política. En ese caso, el juez también es un activista, porque también está manipulando los materiales jurídicos para tomar una decisión que para bien o para mal, le beneficia.

En síntesis, este tipo de juez será el que resuelva según sus preferencias ideológicas o intereses económicos en juego. Eso lo puede hacer de forma consciente o no. Para ello, deberá encontrar argumentos que tengan un respaldo dentro del material jurídico sobre el que va a trabajar. Su labor creativa y parcial no siempre tendrá éxito. Habrá veces en las que no lo podrá hacer y cuando no vea una forma adecuada de motivar sus resoluciones en dirección a sus preferencias, se abstendrá de ello. En todo caso, modificar los textos jurídicos siempre será una posibilidad latente para este tipo de juez.

### **2.3.2. Juez Moderado**

El juez moderado es aquel que media entre las ideologías políticas o interés que se encuentran en pugna dentro de la resolución. Es el que toma una postura intermedia entre la interpretación de derecha de una norma y la interpretación progresistas de la misma. Para ello, pone en tensión esas dos posibilidades, asumiendo una postura que se adecúa a lo que Aristóteles denominó el “justo medio”.

“Desde el punto de vista de un observador que intenta predecir su comportamiento, el mediador está controlado por la ideología, aun si se trata de la ideología de otros, aunque se abstenga de tal compromiso ideológico. Ello se debe a que él media predeciblemente entre las diferencias de posición ideológica de otros. Deja que los ideólogos decidan indirectamente por él al plantear una elección y luego rechazarla eligiendo el medio” (Kennedy, 2010, p.42)

Este tipo de juez no es muy común dentro de la realidad ecuatoriana, por el que no daremos muchos comentarios al respecto.

### **2.3.3. Juez pseudo-neutral**

Este tipo ideal no es propuesto por Kennedy. Es una construcción categórica en base a nuestra propia experiencia. Este juez se caracteriza por seguir los estándares interpretativos dominantes. Puede hacerlo por temor, ya que teme ser sancionado en caso de que se haga evidente su posición creadora, o por convicción, puede ser que sea un ferviente creyente del derecho y por lo tanto asume la actitud de juez responsable. En todo caso, su ideología igual va a determinar su resolución, solo que de una manera diferente. Recordemos lo que dijimos en capítulos anteriores sobre el positivismo ideológico. Este juez será un ferviente devoto de la norma, del ordenamiento jurídico, en sus resoluciones lo único que hará es manifestar sus prédicas, su evangelio. Sin

embargo, en los casos difíciles, es decir cuando un caso no entre dentro de un estándar interpretativo dominante, él creará derecho ya que no tendrá otra opción, pese a que él piense desde su fuero interno que ha tomado la resolución en estricto apego al derecho. Cuando los materiales jurídicos no alcanzan será su ideología y su concepción moral la que llenará dicho vacío.

## **CAPÍTULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

### **3.1.- DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

En la investigación se usa un método descriptivo, ya que parte de la descripción de teorías jurídicas ligadas al liberalismo político, que conciben al derecho como un sistema completo y al juez como un agente imparcial. Cada uno dando diferentes respuestas a cada uno de los elementos. Pero a la vez es interdisciplinaria, ya que trata de realizar una crítica a esos dos elementos y las corrientes que defienden su existencia a partir de conceptos y análisis que provienen de la sociología y de la filosofía social y política. Por tal motivo se usaron dos métodos de investigación cualitativa, que fueron el análisis del discurso y la entrevista.

### **3.2.- INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

Contra las concepciones tradicionales del derecho que solo se enfocan en su aspecto normativo y valorativo, la sociología del derecho o el análisis sociológico del derecho viene a integrar otros elementos de análisis que permiten una visión más amplia de lo que es la práctica jurídica. El derecho no existe en el aire, ni es una actividad desvinculada de la sociedad, sino que precisamente se desenvuelve dentro de un contexto y por tal motivo la práctica jurídica, como cualquier otra práctica social, está atravesada por otros elementos, que no han sido tomados en cuenta por las teorías jurídicas tradicionales. Como vimos en capítulos anteriores, conceptos que provienen de la filosofía social, tales como relaciones de poder, discurso, campo social, metarrelatos, tipo ideal, entre otros, permiten analizar otras aristas de la práctica jurídica y por ende problematizar ciertos aspectos del derecho, que están ausentes dentro de la enseñanza jurídica. Por este motivo queremos aplicar dos métodos de

análisis cualitativos para dar más credibilidad a nuestra hipótesis. Estos son la entrevista y el análisis del discurso.

La investigación cualitativa “busca la comprensión e interpretación de la realidad humana y social, con un interés práctico, es decir con el propósito de ubicar y orientar la acción humana y su realidad subjetiva” (Rodríguez J. M., s/f, p. 15). Es decir pone énfasis en los factores subjetivos, en las motivaciones de los sujetos que intervienen dentro de una práctica social, para poder ubicar y orientar la acción humana. Es debido a ello que consideramos de suma importancia de la utilización de esos dos métodos antes mencionados, ya que nos van a permitir darle más fuerza a las premisas de las que partimos, debido a que analizará las motivaciones de los actores que intervienen dentro la práctica jurídica. En el primer caso, es decir en el análisis de la sentencia se pretenderá demostrar las verdaderas motivaciones de los jueces al momento de tomar su resolución. En la segunda parte, se realizará una entrevista a un abogado, para saber cómo funciona la práctica judicial en concreto y las diferentes nociones que este tiene sobre el derecho, nos permitirán ver las deficiencias de la enseñanza jurídica, en cuanto a teoría del derecho se refiere.

#### **a) Análisis del discurso.**

#### **Sentencia de la Corte Constitucional. Dictamen Nro. 001-14-DRC-CC. Caso 0001-14-RC**

El análisis del discurso es un método que se aplica para examinar las repercusiones que un discurso determinado tiene dentro de la sociedad. Como ya dijimos en el capítulo anterior el discurso se caracteriza por producir un efecto de verdad dentro de la sociedad y porque son pocas las personas que están en la potestad de producir discurso. Aquellas que pueden crear discursos están protegidas por un

entramado institucional que les posibilita emitir verdades que se reparten por el tejido social. Tal es el caso de los jueces y más aún de los jueces constitucionales, cuya labor es interpretar lo que dice la norma suprema, que es la constitución. Por tal motivo, lo que en este párrafo queremos denostar es la repercusión ideológica de una sentencia aparentemente neutral y cuáles fueron los argumentos centrales que se utilizaron para tomar dicha resolución.

En el Dictamen 001-14-DRC-CC, Caso 0001-14-RC, la Corte Constitucional decidió sobre una solicitud de proyecto de “enmienda” presentado por Gabriela Rivadeneira, Presidenta de la Asamblea Nacional. En dicha solicitud se dispuso que la Corte Constitucional realice el control de constitucionalidad sobre 13 puntos enmiendas que se querían realizar y establezca cuál es la vía por la que se debe reformar la constitución. La constitución establece dos formas de reforma. A la primera la llama enmienda y se realiza mediante referéndum solicitado por el Presidente o por el 8 por ciento de las personas inscritas en el padrón electoral o por solicitud de la tercera parte de los asambleístas. El proyecto se tramitará en dos debates, donde debe haber una distancia de un año más 30 días, contando el tiempo desde la aprobación del proyecto de enmienda por parte de la Corte Constitucional.

La segunda forma de modificar la constitución es la reforma en sentido estricto. Si la reforma es parcial se deben dar dos debates, con un lapso de 90 días entre cada uno de ellos. Una vez aprobado el proyecto de reforma, se llevará a cabo un referéndum donde esta deberá ser aprobada por más del 50 por ciento de las personas inscritas en el padrón electoral. La diferencia de ambos procesos tiene que ver con las modificaciones que se quieren hacer. La enmienda no transforma sustancialmente la estructura del Estado de Derecho, mientras que la reforma sí lo hace. En este caso precisamente se disputaba eso, ya que la intención del Bloque PAIS, era modificar la

constitución mediante enmienda, ya que las tres cuartas partes de los asambleístas son parte de la bancada gobiernista. En cambio, si las reformas se llevaban a consulta, era bastante probable que perdieran, debido al desgaste político del “Correísmo” en los últimos años.

Debido a la extensión de la sentencia (esta consta de 141 páginas) analizaremos el punto más polémico que fue la reelección indefinida de las autoridades de elección popular. Podemos decir que la Corte esboza 6 grandes argumentos para afianzar su decisión, que fue a favor de la reelección indefinida.

- 1) Los sistemas políticos latinoamericanos tienen diferentes sistemas democráticos y es cada estado el que impone las formas de cómo llevar a cabo su democracia, de acuerdo a sus necesidades.
- 2) Reelejirse permite que la participación ciudadana cobre mayor relevancia, ya que no limita la voluntad del pueblo a elegir al mismo candidato por el tiempo que quiera.
- 3) Ni en la constitución de 1998, ni en la del 2008 se impone la alternancia como un elemento constitutivo del Estado.
- 4) La autoridad que quiere reelejirse y no puede hacerlo debido a una limitación a la reelección, es discriminado, es decir está en una relación de desigualdad frente a los demás y uno de los objetivos de la constitución del 2008 es la eliminación de la desigualdad.
- 5) La limitación a la reelección es a su vez una limitación a los derechos de participación, por lo tanto una decisión contrario viabilizará ese derecho, que tiene que ver con elegir y ser elegidos.

- 6) Mediante la reelección se garantiza un nuevo rol de los ciudadanos dentro del sistema democrático, debido a que será su voluntad la que decidirá si un representante se queda o no en su cargo.

En cuanto a estos argumentos diremos lo siguiente. La corte adopta una noción determinada de democracia, concepto que sobrepasa los límites del ámbito jurídico, para pasar al ámbito político. Aunque no hace su definición de forma clara, entiende por democracia un sistema en el que el pueblo puede elegir indefinidamente a la misma persona como su representante. Respecto a este punto cabe que dentro de la teoría política no hay una concepción uniforme al respecto. Por lo que dicha elección, fue ideológica. Es decir, la Corte tuvo que valorar las diferentes nociones de democracia que hay, para llevar a cabo su decisión. Sin embargo, no las plasma dentro de su sentencia. Solo habla de una forma de concebir la democracia y argumenta como si eso fuera lo que la constitución quiere decir.

Otro punto sobre el cual hay que hablar es que la Corte al principio de sus argumentos cita textualmente la definición de Norberto Bobbio de democracia, y esto lo hace no para aclarar algún término o algún problema de interpretación, sino para lisa y llanamente legitimar su decisión mediante una falacia de autoridad, es decir aquella que recurre a una autoridad, en este caso una autoridad intelectual, para justificar un argumento. En otra parte de la sentencia la Corte afirma que “no existe un único sistema, ni sistemas que sean mejores o peores, ya que estos dependen de la configuración de varios subelementos(...)” (Dictamen 001-14-DRC-CC, 2014) Sin embargo, a lo largo de su sentencia da muchas razones para creer que la reelección indefinida es mejor la alternancia. Por lo tanto podemos decir, que usó dicho argumento para darle apariencia de imparcialidad, al no estar supuestamente haciendo ninguna valoración sobre los mejores sistemas democráticos posibles. La Corte

Constitucional utiliza argumentos no deductivos, apelando a la conveniencia de su decisión y eso es evidente. Los efectos que tuvo dicha sentencia son claros, ya que se favoreció al partido que en la actualidad detenta el poder, otorgándole legitimidad jurídica a una decisión política.

## **b) Análisis de entrevista**

La entrevista es una importante herramienta utilizada dentro de la investigación cualitativa su finalidad es indagar en las motivaciones del entrevistado, en los factores subjetivos y en sus experiencias subjetivas. La entrevista:

“es un modelo que propicia la integración dialéctica sujeto-objeto considerando las diversas interacciones entre la persona que investiga y lo investigado. Se busca comprender, mediante el análisis exhaustivo y profundo, el objeto de investigación dentro de un contexto único sin pretender generalizar los resultados.

La entrevista, desde la perspectiva del paradigma citado, constituye el fluir natural, espontáneo y profundo de las vivencias y recuerdos de una persona mediante la presencia y estímulo de otra que investiga, quien logra, a través de esa descripción, captar toda la riqueza de sus diversos significados.” (Fernandez Carballo, 2001, p.15)

Existen algunos tipos de entrevistas, sin embargo las más importantes son la estructurada y la no estructurada. La primera es la que tiene un guión previo, las preguntas se encuentran formuladas antes de realizar la entrevista, mientras que la entrevista no estructurada es más informal. Ahí las preguntas fluyen dependiendo de la conversación que se tiene entre los sujetos que son parte de la entrevista. Ahora bien, nosotros decidimos realizar una entrevista no-estructura, ya que la improvisación permite mayor creatividad.

Las preguntas giraron en base a tres cuestiones. La primera era saber la definición de derecho que el entrevistado tenía. Logramos ver que su concepción del derecho es contradictoria, ya que adoptó diferentes posturas en las diferentes preguntas que se le realizaron. En la primera pregunta, donde le preguntamos, valga la redundancia, qué entendía por derecho, el entrevistado respondió: “es un conjunto de normas establecidas en el ordenamiento jurídico” y empezó su respuesta diciendo “según lo que dicen los libros y lo que nos enseñaron en la Universidad”. Es evidente la tautología en su respuesta. El derecho es lo que dice el derecho. Es prácticamente lo que dijo, pero usó otro concepto, el de “ordenamiento jurídico” para que la tautología no se haga tan evidente. Y atribuyó su definición a lo que los profesores le dijeron, por tal motivo podemos ver que las deficiencias que tuvo para dar una definición clara del derecho, se deben a lo que aprendió dentro del aula de clases.

Posteriormente cuando le preguntamos sobre la diferencia entre derecho y moral, aseveró que el derecho se caracteriza por su aspecto coercitivo, es decir por la sanción. Y eso era lo que lo diferenciaba de la moral. A lo que yo le pregunté que si esa era la diferencia, dónde quedaban las normas jurídicas que no poseen sanciones, tales como las normas que versan sobre contratos, respondiéndome que eso es materia civil, y que ahí rige la voluntad de las partes. En preguntas posteriores quisimos indagar en si el abogado concebía al derecho como un sistema completo, a lo que respondió primero algo relacionado con lo que él denominó “normas en blanco”, que es cuando hay un vacío dentro del ordenamiento jurídico, sin embargo apeló a los criterios de interpretación establecidos dentro del código civil para aseverar que siempre existía una respuesta dentro del ordenamiento, hasta cuando no hay respuesta, el legislador ya ha previsto una y estaba establecida en una ley. Por lo tanto el sujeto entrevistado, consideraba que el derecho poseía en sí todas las respuestas posibles.

La segunda cuestión sobre la que traté de indagar fue su concepción sobre la decisión judicial. Y aquí cayó en una contradicción conceptual. Como dijimos antes primero concibió al derecho como un sistema completo, que poseía todas las respuestas posibles, pero cuando le preguntamos sobre si consideraba al juez un creador o un aplicador del derecho respondió: “Se constituye en aplicador de derecho y también se constituye en creador de derecho.” Posterior a ello le preguntamos en qué momento el juez crea derecho y nos habló de la sana crítica, como una forma subjetiva de valoración e interpretación de las normas. Vemos cómo el entrevistado va desde el formalismo más burdo, hasta el realismo más radical. Eso se debe a la ausencia de una enseñanza integral de la teoría del derecho.

El último punto que nos interesó analizar, fue las formas de cómo el principio de imparcialidad se destruye en la práctica judicial, por lo que le preguntamos si consideraba que los intereses políticos influyen dentro de la decisión judicial. En su respuesta nos habló de un caso que parecía conocer muy bien, donde aseveraba que una persona bastante cercana al correísmo, hacía lo que se le daba la gana con sus trabajadores (despidos intempestivos, maltrato psicológico) y que pese a ellos habían acudido a organismos jurisdiccionales para hacer valer sus derechos, los jueces nunca sentenciaban contra la persona ligada al correísmo por temor a que les abrieran un expediente administrativo y los expulsaran de sus funciones. Transcribimos textualmente lo que nos dijo: “Por ejemplo, un caso aquí, donde hay una empresa cuyo dueño es una de las piezas importantes del gobierno, trata como le da la gana a los trabajadores, los bota cuando le da la gana, presentan demanda los pobres trabajadores. Jamás, nunca ningún trabajador ha ganado una demanda contra esa persona. Fue un asambleísta y ahora constituye parte del gabinete del presidente. Entonces tiene abogados improvisados, abogados recién graduados, pero eso no importa, porque así

lo represente un abogado que no vaya a decir ni una sola palabra, el juicio ya está ganado porque existen injerencias políticas. Los jueces se sienten obligados a resolver a su favor, porque caso contrario le abren un expediente administrativo y los botan. Entonces el trabajador nunca gana.”

## **RESULTADO DE LA ENTREVISTA**

### **Datos Del Entrevistado**

- **NOMBRE:** El entrevistado prefirió quedar en el anonimato por lo que seguiremos con su voluntad.
- **EDAD:** 50 años,
- **PROFESIÓN:** Abogado
- **ALMA MATER:** Universidad Técnica de Machala.
- **ESPECIALIDAD:** Tiene experiencia sobre todo en el ámbito penal.
- **FECHA DE GRADUACIÓN:** Se graduó de abogado hace 10 años

### **Preguntas realizadas y sus respuestas**

#### **¿Qué es el derecho?**

Según lo que dicen los libros y lo que nos enseñaron en la Universidad, el derecho es el conjunto de normas que están establecidas en el ordenamiento jurídico para regular la conducta de los seres humanos frente a la sociedad. Eso es lo que dice el ordenamiento jurídico

### **¿Qué es el ordenamiento jurídico?**

Son las normas que están escritas, el derecho positivo, lo que está escrito, lo que se te impone que tienes que hacer, lo que puedes y no puedes hacer.

### **¿Cuál sería entonces la diferencia entre una norma moral que está escrita en un texto religiosa y la norma que está escrita en el código civil?**

Lo que pasa es que los libros religiosos no son de obligación para las personas. En cambio lo que se encuentra establecido dentro del código civil, son obligatorias para las personas que se encuentran dentro del territorio ecuatoriano. Por ejemplo, las normas morales solo rigen para las personas que pertenecen a ese credo.

### **¿cuál sería, entonces, la diferencia entre una norma moral y una norma jurídica?**

Que la norma moral no es obligación..eh.. Por ejemplo, en la iglesia, hay unas religiones que te dicen que no puedes tomar, pero eso no quiere decir que si tú tomas, te van a llevar preso. Porque eso no tiene nada que ver con la norma legal.

### **¿Y qué pasa en el caso de las sanciones de otro tipo dentro del orden moral, como por ejemplo, la crítica, el bochorno, la expulsión de un credo religioso etc. Que diferencia a esa sanción de una sanción jurídica?**

Ninguna porque la expulsión de un credo religioso no implica una sanción punitiva. Por ejemplo, estamos hablando de una contravención de tránsito si tú cometes una contravención de tránsito que es parte del derecho positivo entonces te bajan puntos a la licencia, hay una sanción económica.

**¿Qué pasa con las normas que no establecen una sanción, como por ejemplo las normas relativas a los contratos?**

Esa es una norma de carácter civil. En derecho civil tú puedes hacer cualquier contrato pero ninguno de estos puede estar por encima por la ley. Por ejemplo, en el derecho civil rige la voluntad de las partes. Tú haces un contrato y en ese contrato dice que solo tienes dos años para hacer una reclamación si te construyen una casa y existe algún vicio oculto, se te daña. Pero resulta, que el código civil te dice que tienes 5 años para reclamar por vía ejecutiva y 10 años para vía ordinaria, es decir, ningún contrato, ningún acuerdo civil, puede estar por encima de la norma.

**¿Pero en ese caso no hay una sanción?**

No, no hay sanciones.

**¿Entonces la sanción tampoco es la característica del derecho?**

Yo dije que el derecho rige la conducta de los seres humanos en la sociedad.

**Las normas morales también rigen la conducta de la vida es más, mucha de las veces las normas, la moral es mucha más importante que el derecho. La moral social se suele cumplir de forma mucho más efectiva que las normas jurídicas.**

No necesariamente, ese es un concepto que se utilizaba antes de que exista la norma jurídica escrita. Antes se regía por las normas morales y no había ningún tipo de inconveniente. Pero a pesar de haber normas morales, también existía castigo, como el ojo por ojo, diente por diente y para evitar esos excesos es que se reguló bajo la norma legal.

**¿El derecho contiene en sí la respuesta a todos los casos que se presentan en la sociedad?**

No. Hay normas que se llaman normas en blanco, es decir que hay casos que no contempla el derecho. Las normas en blanco también el legislador las previno. En el código civil se establece cómo operar cuando existe una norma en blanco. Dice tácitamente cuáles son los pasos que tienes que seguir cuando no hay una norma que no está establecida con respecto a cierto tipo de conducta.

**Eso quiere decir que el derecho contiene en sí todas las respuestas, porque también tiene una respuesta en el caso de que tampoco haya una respuesta.**

Sí, exacto. Pero solamente en plano civil. En plano penal no es así. Si la conducta no es delito, no hay delito.

**Pero por eso, hace una topología de todas las conductas que se consideran infracciones**

Por su puesto. Vamos a suponer que hay personas que están teniendo sexo en su vehículo en la calle, la policía a veces se confunde y coge y dice que estás cometiendo un delito, o sea dice que estás teniendo sexo en la vía pública. Pero eso no es delito ni contravención. Eso no es nada, porque primero no estás en la vía pública, estás en tu carro. Que el carro está en la vía pública, sí, pero la ley no dice que debes estar en carro en la vía pública.

### **Entonces hay problemas de interpretación**

Pero por eso es que hay consultas. Cuando hay problemas de interpretación la ley establece que tú puedes suspender el proceso, en caso de que exista un proceso, y elevar a consulta a la corte nacional.

### **¿Esa interpretación usted cree que es discrecional?**

Es discrecional. Definitivamente es discrecional cuando no hay una norma claramente establecida, también es a discrecionalidad del juez la valoración de una prueba. Puede ser tan evidente como también puede que no lo sea, pero como el juez tiene que resolver.. Pero también para eso hay recursos de impugnación, donde se eleva a un superior para que corrija o confirme lo que haga el juez inferior.

### **¿Cuál es el rol del juez dentro de todo esto que ha dicho, o sea el juez es un ente creador de derecho o es un ente netamente aplicador de derecho?**

Se constituye en aplicador de derecho y también se constituye en creador de derecho.

### **¿En qué momento crea derecho?**

En el momento en el que resuelve el juez con respecto a algún tipo de situación que se pone ante sus ojos, o sea que tiene que tener su sana crítica. La aplicación de la sana crítica a veces se ha hecho una arbitrariedad en cuanto a los jueces. Porque la sana crítica es subjetiva. La sana crítica para el juez puede ser una interpretación y para otro, otra interpretación. Eso constituye también una arbitrariedad por parte del juez.

### **Entonces el derecho no es tan completo como dijo anteriormente**

Yo no dije que el derecho sea completo. Yo dije que el derecho establece las leyes para lo que hay hacer y lo que no hay que hacer. Eso establece el derecho. Pero en carácter de resolución, yo tengo muchos casos en los que inclusive existen dos jueces que sobre la misma conducta opinan cosas diferentes. Por ejemplo, el delito de piratería. En el anterior código penal el delito de piratería era sancionado con penas superiores a 10 años y se encontraba en otro capítulo que el delito de robo. Pero actualmente el delito de piratería ya se quitó del Código Integral Penal. No existe. Entonces algunos jueces dicen que se subsume en el delito de robo y otros dicen que no. Entonces hay presos por un delito que ya no existe en nuestra legislación. Siendo el mismo país. Unos están presos por piratería y otros están libres por le mismo delito.

### **¿Y el mismo juez puede resolver dos casos iguales de diferentes maneras?**

No puede, pero lo hace. Igual eso puede significar que alguien lo denuncie por error inexcusable.

### **¿Cuáles son los factores que determinan que un juez resuelva dos casos iguales de diferente manera?**

Puede ser porque sea que el juez no recordó cómo resolvió la última vez, para pensar bien y para pensar mal, puede ser que se le entregó algún valor para que el juez resuelva de la manera de cómo ellos quieren que resuelva.

### **¿Usted cree que los intereses políticos y económicos determinan de alguna manera una decisión judicial?**

Correcto. Existe. Por ejemplo, un caso aquí, donde hay una empresa cuyo dueño es una de las piezas importantes del gobierno, trata como le da la gana a los trabajadores,

los bota cuando le da la gana, presentan demanda los pobres trabajadores. Jamás, nunca ningún trabajador ha ganado una demanda contra esa persona. Fue un asambleísta y ahora constituye parte del gabinete del presidente. Entonces tiene abogados improvisados, abogados recién graduados, pero eso no importa, porque así lo represente un abogado que no vaya a decir ni una sola palabra, el juicio ya está ganado porque existen injerencias políticas. Los jueces se sienten obligados a resolver a su favor, porque caso contrario le abren un expediente administrativo y los botan. Entonces el trabajador nunca gana.

### **Análisis y comentarios**

De la entrevista se coligen tres cosas que las detallaremos una por una. En primer lugar, la definición que el entrevistado tiene del derecho. En segundo lugar, la definición que el entrevistado tiene de imparcialidad judicial y creación normativa del juez y por último, un caso concreto donde él sabía de la intervención de factores extra-jurídicos dentro de la resolución de algunos casos.

Con respecto al primer punto vale resaltar la ambigüedad de la definición. El entrevistado no esboza una definición clara de lo que es el derecho, una definición que, por ejemplo, le permita demarcar claramente lo que es derecho de lo que es moral. También realiza respuestas ambiguas a lo que es el derecho, suscribiendo a diferentes escuelas del derecho descritas en este trabajo. En un primer momento parece suscribir a un formalismo radical, al decir que el derecho posee en sí todas las respuestas posibles, hasta para aquello que no está prevista, hay una previsión por parte del legislador, previsión establecida en el título preliminar del Código Civil. Por otro lado, asevera que el juez es creador de derecho y lo hace cuando aplica las reglas de la sana crítica, que son subjetivas.

Con respecto al segundo punto, el entrevistado sostiene que los jueces son agentes tanto creadores como aplicadores del derecho. Son creadores, cuando ejercen la sana crítica. En cuanto a la imparcialidad, parece ser que al entrevistado le parece un principio real, deseable, pero que lastimosamente no se aplica en la realidad del país.

Con respecto al último punto, el entrevistado enuncia un caso ligado a una figura cercana al “Correísmo”. Dijo que era un empleador que despedía intempestivamente a sus trabajadores, sin embargo ninguno de sus ex empleados logra ganar ningún juicio contra él, debido a su influencia y al peso político que tiene. Hasta dijo que ni si quiera veía necesario contratar un buen abogado, cuando sus trabajadores lo demandaban, debido a que ya sabía de antemano que iba a ganar todos los caso. Los jueces resolvían a su favor por miedo, ya que algunos temían que los despidieran de sus cargos.

## **CAPÍTULO IV: PROPUESTA**

### **Análisis de resultados.**

De la investigación se pueden deducir los siguientes resultados:

- 1.- No es verdad que la ideología no intervenga dentro de la toma de una decisión judicial.
- 2.- Existe una estrecha relación entre derecho, ideología y política. Y esto se confirma tanto en sentencias como en opiniones individuales de practicantes del derecho.
- 3.- Existe una comprensión bastante pobre de lo que es el derecho, debido a que la enseñanza del derecho no ha dado las pautas suficientes para analizar los principales tópicos y problemas que vienen alrededor de la reflexión sobre lo que es el derecho y lo que esto implica en la sociedad

### **Propuestas concretas**

#### **En la Academia:**

- 1.- Reformar el pensum académico de materias como filosofía del derecho y sociología jurídica, donde aún se siguen enseñando problemas que ya no tienen cabida en la actualidad. Esto para ver la forma de cómo se vincula la reflexión teórica de lo que es el derecho con la práctica concreta.
- 2.- Implementar una materia dedicada a las escuelas críticas del derecho, tales como la crítica feminista del derecho, la teoría decolonial y la filosofía post-estructuralista francesa, que permitan un análisis más comprensivo de lo que es el derecho y de su práctica social.

3.- Capacitar a los profesores que dan las materias de Filosofía de derecho y Sociología Jurídica, para que puedan dar de una mejor manera su cátedra, donde se abarquen las escuelas descritas en este trabajo.

4.- Actualizar los libros de Educación a Distancia sobre las materias Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica, ya que se considera que están desactualizados y que no dan cabida a los nuevos debates que están surgiendo en el ámbito intelectual internacional, quedando la reflexión sobre el derecho dentro del Ecuador, estancada en el tiempo.

5.- Fomentar el pensamiento crítico entre los estudiantes de derecho, mediante foros, mesas redondas, charlas, conversatorios, donde se hablen de los más diversos temas, que no incluyan únicamente la dogmática jurídica, sino también la filosofía, la sociología, las ciencias políticas. Estudios que nos permitirán tener una visión más integral del derecho como ciencia.

#### **En la Función Judicial:**

1.- Capacitar a los jueces del Ecuador a través del Consejo de la Judicatura, sobre las escuelas descritas en este trabajo y sobre sus implicaciones dentro de la práctica judicial.

2.- Que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se dirija a tratar la imparcialidad judicial como un principio socio-político y no solo como un principio jurídico, para que de esta forma se aclaren los alcances que tiene.

3.- Modificar el artículo 9 del Código Orgánico de la Función Judicial que habla de la Imparcialidad Judicial. En esa reforma deben tomarse en cuenta los elementos descritos en este trabajo, tales como las relaciones de poder y el discurso.

## **CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **Conclusiones**

Casi todos los que alguna vez hemos estado inmersos dentro de un proceso judicial, saben que hay factores extra-jurídicos que van a condicionar la respuesta del juez. Pese a ello, seguimos reproduciendo el discurso de la verdad, donde se nos dice que la imparcialidad es algo real y tangible. Esto de cierta forma nos imposibilita realizar una crítica efectiva a la práctica social de la que somos parte. Una crítica real a la práctica judicial, no puede partir de sus mismos presupuestos. Por tal motivo, se hace necesario traer consigo un acervo teórico que permita una comprensión más integral y holística de lo que es el derecho. Para dejar de hablar el lenguaje del poder, es necesario rebuscar en los márgenes, en las ideas que nos han dicho que son incorrectas, en los autores que nos han prohibido leer.

Y precisamente ese ha sido el objetivo de este trabajo. Indagar en aquellos reductos que han sido dejados de lado, por ser considerados muy radicales o poco comprensibles o incluso inservibles para nosotros como abogados. Nosotros creemos todo lo contrario, es precisamente por la ausencia de estudios y teorías innovadoras que nos vemos arrastrados a ser parte de una práctica social que se hunde por su decadencia y corrupción. Esto no es algo nuevo. Creo que todos los que han pasado por un tribunal están conscientes de las miles de arbitrariedades que a veces se cometen. Sin embargo, carecemos de un bagaje conceptual que nos permita posicionarnos realmente frente a esos temas.

Es por eso, que hoy más que nunca se vuelve imprescindible la vuelta a la teoría, pero no para un deleite individual, que nos permita ser más cultos y tener

mayores conceptos y categorías sobre las que hablar en las reuniones de amigos, sino para adoptar un posicionamiento real frente a cuestiones que muchas de las veces resultan desagradables y nos hacemos de la vista gorda solo por comodidad. Salir de la comodidad, investigar, indagar, cuestionar. Eso le hace falta al estudiante de derecho, que se contenta solo con lo que lee en sus libros anticuados de derecho, o con lo que el profesor le dice dentro del aula de clases.

La única forma de transformar una realidad que consideramos indeseable, a parte del bagaje teórico que siempre es necesario, es intervenir dentro de la práctica de alguna forma. Esto se puede hacer mediante foros, charlas, conversatorios, donde se pongan al orden del día debates sobre la dogmática jurídica y sobre los dogmas más profundos de la enseñanza del derecho. Los dogmas están ahí porque se nos han repetido miles de veces que son la verdad, más no porque sean la verdad. Cuestionar nuestras creencias más profundas para así poder replantearnos lo que es el derecho y cómo queremos que se lleve a cabo su práctica. Pero el debate no solo debe quedar entre los abogados.

Hay que tratar de encontrar puentes con otras ciencias, tales como la sociología y las ciencias políticas, porque en ellas se encuentran muchas respuestas a nuestras preguntas. Tener una comprensión interdisciplinaria de lo que es la sociedad, lo que es el Estado, lo que es el Derecho. Siempre el conocimiento se enriquece cuando suma y no cuando resta. Sin embargo, muchas veces miramos con desdén y por encima del hombro a los estudiosos de esas ramas del conocimiento, solo porque sus carreras no resultan tan lucrativas como las nuestras.

Pero el debate no solo debe quedar en el aula de clases, con los intelectuales y los especialistas. Debe salir del aula de clases para instaurarse en la sociedad. Hacer que

el debate y la discusión se reproduzcan por todo el tejido social, que salga de la academia, donde los aficionados también puedan participar. Porque el derecho es algo que no solo le concierne a los especialistas, sino también a los involucrados. Y todos, en mayor o menor medida, se ven afectados por la práctica judicial. Eso también logrará una democratización del derecho, que mucha de las veces se vuelve algo elitista, donde los especialistas se creen estar dotados de capacidades especiales, solo por saber las leyes que nos rigen. Desjerarquizar la enseñanza y la forma de relacionarnos con los otros es la única forma de cómo se puede lograr una sociedad más democrática, más plural, más participativa. Y eso es lo que hemos querido lograr con este trabajo.

## Recomendaciones

Entre las recomendaciones que proponemos se encuentra una actualización a la malla curricular de la carrera de derecho, donde se implemente una materia denominada “teoría crítica”, para estudiar y analizar corrientes jurídicas marginales que permiten una conexión entre derecho, sociología y política y por lo tanto una comprensión más amplia de la práctica jurídica. Como hemos dicho a lo largo de nuestra tesis, el manejo de categorías que provienen de otras ramas del conocimiento, tales como la Filosofía y la Sociología, nos permiten un análisis más integral de lo que es el derecho. Sin embargo, esa necesidad analítica, no se manifiesta o no se ve reflejada dentro de los pensum de estudios. En materias tales como filosofía del derecho, aún es recurrente poner como punto de partida y de finalización del pensamiento iusfilosófico al debate entre iusnaturalismo-iuspositivismo, cuando dicho debate, como ha quedado expuesta en la trabajo es uno de los tantos que se han dado, y ni si quiera es el más vigente.

Es por esa razón que se torna urgente una reforma integral del pensum, según nuestras necesidades. No puede seguir siendo una realidad que mientras en otros países, tales como Colombia y Argentina, se debate sobre Derecho y Sociedad, Derecho y Globalización, Derecho y Economía, aquí los debates sigan girando alrededor de problemáticas desfasadas, que ya no tienen importancia. Y precisamente esos debates han sido posibles, debido a emergente interconexión y diálogo del derecho con otras ramas del pensamiento. Hasta desde la pedagogía se habla del paradigma de la interdisciplinariedad, ya que siempre un estudio y una comprensión interdisciplinaria permitirá una comprensión más integral y por lo tanto más certera de un fenómeno a investigar.

En cuanto a reformas legales, no podemos proponer una en específico, porque creemos que los caminos que se deben de seguir en cuanto a la sociedad civil y política deben ser discutidos y es en la misma discusión donde se plantean las pautas y las mejores soluciones a un problema. Frente a eso, solo sugerimos abrir los canales de comunicación y diálogo entre personas provenientes de diferentes sectores de la sociedad, para que así puedan buscar y construir una solución al problema. No creemos que la imparcialidad sea un ideal a alcanzar, ya que es estructuralmente imposible hacer que una persona se abstenga de su ideología personal y de sus concepciones morales, al momento de tomar una resolución. Los jueces, al igual que todas las personas, poseen una historia personal y de vida, poseen juicios sobre lo que creen incorrecto e incorrecto, etc. Y no hay mecanismo alguno que pueda evitar que esos factores psicológicos intervengan dentro de una decisión. Sin embargo, creemos que al dejar de hablar de la imparcialidad como un ideal o como algo real, también se develan los verdaderos intereses en juego dentro de una decisión judicial. Lo que le permite a la sociedad civil en general tener una lectura más crítica de lo que en realidad se puso en juego en una decisión de gran envergadura. Eso a lo mucho, se podría logra.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Dictamen 001-14-DRC-CC, 0001-14-RC (Corte Constitucional 31 de octubre de 2014).
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Recuperado el 28 de 08 de 2016, de <http://epp.di.unito.it/index.php/epp/article/viewFile/85/68>
- Bernal Pulido, C. (s.f.). *Publicaciones Universidad de Alicante*. Recuperado el 28 de 08 de 2016, de <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>
- Bobio, N. (1997). *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Fernandez Carballo, R. (2001). La entrevista en la investigación cualitativa. *Pensamiento Actual*, 14-21.
- Flores, I. (2016). *Biblioteca virtual jurídica del Instituto de investigaciones jurídicas de la Unam*. Recuperado el 28 de 08 de 2016, de <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/10449/12593>
- Foucault, M. (2002). *Historia de la locura en la épica clásica*. México D.F.: Fondo de Cultura económica.
- Foucault, M. (2010). *La arqueología del saber*. México: Siglo XXI Editores.
- Foucault, M. (s.f.). *Hecho Histórico*. Recuperado el 28 de 08 de 2016, de <http://www.hechohistorico.com.ar/archivos/FoucaultI%20-%20La%20verdad%20y%20las%20formas%20jur%C3%ADdicas.pdf>
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kennedy, D. (1992). notas sobre la historia de los CLS en Estados Unidos. *Doxa 11*, 282-294.
- Kennedy, D. (1997). *A critique of Adjudication. Fin de siècle*. Massachussets: Harvard University Press.
- Kennedy, D. (2010). *Izquierda y Derecho*. Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- Liotard, J.-F. (1986). *La posmodernidad explicado a los niños*. Barcelona: Gedisa.
- Montesquieu. (1906). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Biblioteca de derecho y ciencias sociales.
- Nietzsche, F. (1873). *La caverna de Platón*. Recuperado el 28 de 08 de 2016, de <http://www.lacavernadeplaton.com/articulosbis/verdadymentira.pdf>

- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Planas Aleix, C. (2007). *Revistas UCM*. Recuperado el 2016 de 08 de 28, de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0707110131A/20754>
- Rodriguez, C. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Rodriguez, C. (2005). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodriguez, J. M. (s/f). *Corporación Internacional para el Desarrollo*. Recuperado el 24 de 08 de 2016, de <http://www.cide.edu.co/ojs/index.php/silogismo/article/viewFile/64/53>
- Weber, M. (1982). *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires: Amorrortu.



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**, con C.C: # **(0703911867)** autor/a del trabajo de titulación: **TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL**, previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **29 de agosto de 2016**

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES**

C.C: **0703911867**



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	TEORÍA DE LA DECISIÓN JUDICIAL: UNA MIRADA CRÍTICA AL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD JUDICIAL		
AUTOR(ES)	YANEZ PEREZ, ROBI ANDRES		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	TUTORA: SEGURA RONQUILLO, ERIKA ALEXANDRA		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	JURISPRUDENCIA		
CARRERA:	DERECHO		
TITULO OBTENIDO:	ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	27 de Agosto de 2016	No. DE PÁGINAS:	79
ÁREAS TEMÁTICAS:	Sociología del derecho, Filosofía del derecho, Teoría del derecho		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	<i>Imparcialidad judicial- escuela crítica del derecho-escuelas constructivistas del derecho-relaciones de poder-discurso-filosofía del derecho</i>		
<b>RESUMEN</b>			
<p>La imparcialidad judicial se ha erigido en un dogma jurídico que asevera que los jueces al momento de emitir una decisión judicial, deben ser neutrales y abstraerse de sus concepciones ideológicas y morales. Las escuelas constructivistas del derecho, donde encontramos a corrientes como el iusnaturalismo, el formalismo jurídico, el positivismo jurídico y el post-positivismo, tratarán de justificar su existencia mediante dos recursos. El primero es la concepción del derecho como un sistema coherente y completo. El segundo recurso es consecuencia del primero, debido a que el derecho es completo los jueces al momento de tomar una decisión no podrán ejercer su discrecionalidad, sino que lo harán en estricto apego al derecho. Por otro lado, encontramos a las escuelas críticas, que más que justificar una práctica o un principio, tratan de corroer los principios jurídicos para ver lo que se oculta detrás de ellos. Los críticos vienen a decir que la imparcialidad es más una herramienta discursiva tras la cual se ocultan intereses en pugna, que algo real y tangible. Lo decisivo dentro de un proceso son las relaciones de poder y no la norma como tal. Por tal motivo se mitiga el mito de la imparcialidad y la noción del juez como agente neutral.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-991895430	E-mail: <a href="mailto:robi_yanez@hotmail.com">robi_yanez@hotmail.com</a>	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: <b>AB. PAOLA MARIA TOSCANINI SEQUEIRA</b>		
	Teléfono: +593-4-2206950		
	E-mail: <a href="mailto:paolats77@hotmail.com">paolats77@hotmail.com</a>		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			