



Fecha de presentación: 09/01/2022, Fecha de Aceptación: 16/03/2022, Fecha de publicación: 01/05/2022

La crisis de la ley jurídica: historia y actualidad.

The crisis of the legal law: history and present.

Clara Daniela Romero Romero¹

E-mail: clararomero@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1922-0922>

Erik Javier Betancourt Pereira²

E-mail: academiaesinju@outlook.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6835-6295>

Karina Katuska Sotomayor Cabrera³

E-mail: ksotomayor@umet.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5144-9017>

¹ Carrera de Derecho de la Universidad Tecnológica Indoamérica. Ambato, Ecuador

² Consejo de la Judicatura, Ecuador

³ Carrera de Derecho Universidad Metropolitana, Sede Machala, Ecuador

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Romero-Romero, C. D., Betancourt-Pereira, E. J. & Sotomayor-Cabrera, K. K. (2022). La crisis de la ley jurídica: historia y actualidad, Ecuador. *Revista Sociedad & Tecnología*, 5(2), 321-335. Doi: <https://doi.org/10.51247/st.v5i2.217>.

RESUMEN

Con la modernidad, las doctrinas basadas en leyes divinas de las antiguas civilizaciones fueron relegadas, surgiendo un derecho basado en pactos. El presente trabajo tiene por objetivo analizar la crisis de la ley jurídica a partir del contractualismo y en base a la Norma Fundamental. Fueron empleados los métodos histórico-lógico, exegético, hermenéutico e inductivo-deductivo. Se concluye que la ley perdió su fuerza jurídica frente al predominio del derecho basado en pactos, la Constitución se ha convertido en la Norma Fundamental de una nación, provocando que los jueces sean los encargados de aplicar e interpretar las normas.

Palabras clave:

Ley, consecuencias divinas, pactos, Constitución, interpretación

ABSTRACT

With modernity, the doctrines based on divine laws of ancient civilizations were relegated, giving rise to a law based on pacts. The objective of this paper is to analyze the crisis of the legal law from contractualism and based on the Fundamental Norm. The historical-logical, exegetical, hermeneutical and inductive-deductive methods were used. It is concluded that the law lost its legal force in the face of the predominance of the law based on agreements, the Constitution has become the Fundamental Norm of a

nation, causing the judges to be in charge of applying and interpreting the norms.

Keywords:

Law, divine consequences, pacts, Constitution, interpretation

INTRODUCCIÓN

Este artículo es el resultado de un estudio referencial, donde se expone la concepción de la ley, en aquellas civilizaciones antiguas que posteriormente marcaron el rumbo de la sociedad actual. En consecuencia, se han considerado las culturas griega y romana.

Por otra parte, a partir del contractualismo, la concepción del Derecho y Estado se fundamentó en la Norma Suprema. La ley, se ha visto sustituida por una Constitución y principios que buscan limitar el autoritarismo del Estado y que reconozca derechos para los ciudadanos (Barcia Rodríguez et al., 2022). Por lo anterior, se da paso a la judicialización del Derecho, permitiendo a los jueces tomar la última decisión para solventar controversias.

Se inicia con un análisis de la visión de la ley por parte de los romanos y griegos, pues en ellos se sentó los cimientos de la cultura occidental y donde la ley era suprema. Posteriormente, con las teorías del contractualismo, todo lo señalado por estas grandes civilizaciones quedó en el olvido. Las sociedades, empiezan a instaurar y realizar pactos para constituir su Derecho, generalmente a través del pacto dado en llamarse Constitución; la cual plantea los compromisos y fines a los que las sociedades pretenden llegar. Con el paso del tiempo, se constitucionaliza el Derecho, en donde cada norma y regla debe dirigirse en concordancia a la Norma Suprema (Flores Gómez & Carvajal Moreno, 2013); provocando que la ley pierda su status, y por ende la Norma Fundamental se erija como la suprema de un colectivo, el cual decide someterse voluntariamente a ella.

Esta situación, da como resultado la judicialización del Derecho, en virtud de que los principios, valores y derechos de la misma deben ser interpretados y tal actividad ha sido dispuesta en manos de los jueces; no obstante, este contexto provoca inseguridad jurídica, al ser las decisiones tomadas por el arbitrio de hombres cuyos parámetros y estándares no están del todo definidos (Medina Peña et al., 2021). Las interpretaciones de las normas realizadas por los administradores de justicia, marcan en la actualidad, los ideales colectivos.

La concepción e importancia de la ley en la antigüedad, se perdió en el tiempo como resultado de la evolución social. Este trabajo tiene por objetivo analizar la crisis de la ley jurídica, a partir del contractualismo y en base a la Norma Fundamental.

METODOLOGÍA

Este estudio responde a una investigación descriptiva de tipo revisión bibliográfica sustentada en los métodos histórico-lógico, exegético, hermenéutico e inductivo-deductivo (Guamán Gómez et al., 2021). Mediante el método histórico-lógico, se estudió la evolución en el tiempo de la ley, partiendo de la ley antigua de las grandes civilizaciones que marcaron a la vida jurídica de occidente, versus el predominio de los pactos en la actualidad.

La exegética y el método inductivo-deductivo facilitaron el análisis de la concepción de la ley, siendo contrastada con la creación y régimen jurídico de la Constitución, en el Estado Moderno, para comprender su giro evolutivo desde el respeto de lo divino y el cosmos hasta un pacto de los hombres a través de la Norma Fundamental. Asimismo, la hermenéutica permitió el estudio e interpretación de los diversos materiales bibliográficos especializados en el tema.

La búsqueda de la información estuvo direccionada a los siguientes aspectos:

- Origen y evolución de la ley

- La importancia de la Ley en Grecia
- La importancia de la Ley en Roma
- El Contractualismo
- El Constitucionalismo

DESARROLLO

Antes de cualquier análisis es necesario partir del origen y evolución de la ley hasta nuestros días.

Origen y evolución de la ley

El código denominado ley, fue imperioso de crearse desde el momento en el cual los hombres decidieron vivir en comunidad, porque era preciso mantener el orden y marcar los límites de la conducta de los individuos. Fue conveniente definir derechos y obligaciones, para que, de esta manera, la vida no fuera tan caótica. Cada sociedad fue responsable de elaborar sus propias leyes, las cuales, en un inicio, estaban mezcladas de misticismo, religión y un trasfondo perpetuo de poder y autoridad.

Fue en Roma donde surgió la necesidad de aplicar nuevas normas legales a las actividades y al comportamiento de la vida diaria, y la idea de ir ampliando las leyes que ya existían sobre la propiedad de la tierra y los mecanismos de herencia, y de cómo se debería llevar a cabo esa transferencia entre familiares, además de seguir las Tablas o las normas y las leyes fijadas en el foro, que era donde de alguna manera se regulaban los litigios (León Carrión, 2018).

Roma legisló casi en su totalidad la actividad humana; por ejemplo, los derechos y deberes de los consumidores, con el fin de garantizar la calidad de la comida que se vendía y que siempre estuviera en buen estado; así como los horarios laborales, concediendo a los trabajadores urbanos 18 horas libres al día; además, fueron poseedores de entradas gratis a los baños y espectáculos públicos, lo cual no incluía a los esclavos (León Carrión, 2018).

Por su parte, los griegos, se dedicaron al desarrollo del pensamiento, el conocimiento, la ciencia y las artes a través de las cuales dejaron un gran legado a la humanidad; no se puede olvidar que, cuando los romanos realizaron las XII Tablas, esto fue gracias al envío de un selecto grupo de juristas a estudiar en Grecia, de esta manera se elaboraron las primeras leyes formales para la civilización (Escobar Fornos, 2002).

Al ser los griegos, los pioneros en desarrollar la Filosofía, esta influyó de forma destacada en el área legal; pues contribuyeron con ideas de lo justo, equitativo, siendo necesario responder sobre temas esenciales de la naturaleza del Derecho o la justicia. Asimismo, se plantearon problemas como la igualdad, la igualdad ante la ley, la igualdad en los tributos o cargas públicas, y sobre qué es y cómo se debe entender a la democracia.

Sobre el tema Robledo Rodríguez (2013, p.153) planteó:

Pues bien, de una sociedad en que hay preminencia de los *themis* (donde las primarias reflexiones de la filosofía son también conductoras de la polis y del mundo) se pasará luego, a una sociedad imperada por la idea de *dikè* o justicia, en la que existe un predominio de la idea racional (*logos*) de igualdad (*isonomía*), de modo tan profundo que si la *Themis* responde a un tipo de sociedad aristocrática, la justicia (*Dikè*) la prudencia (*sophrosyne*) son el inicio de la sociedad democrática griega.

Los griegos y romanos fueron los precursores en establecer los parámetros de la cultura occidental, creando las pautas necesarias que formaron el pensamiento, político, económico y hasta la ciencia; estas fueron las bases del sistema normativo romano-germánico,

establecidas por los grandes juristas romanos y por los filósofos griegos.

Este sistema de derechos tenía un marcado misticismo así se puede apreciar en las obras literarias romanas y griegas llegadas hasta nuestros días; en ellas se observa que la diosa Dike, preocupada por la correcta administración de justicia, alejada de toda falsedad, era la encargada de llevar los clamores al dios Zeus, cuando la administración de justicia no era loable. Asimismo, en las obras de Hesíodo, se pone de manifiesto el castigo de la diosa, si existía arbitrariedad.

Por otra parte, en la *Ilíada* de Homero, el dios Zeus se enoja cuando la justicia, no es diligente; en la *Odisea*, se indica que los conocedores del estudio y aplicación de la justicia, no es de todos, sino de un grupo selecto, como es el caso de Néstor. En *Antígona* de Sófocles, las leyes eran reveladas por los dioses a los reyes mediante los oráculos o de forma onírica.

Como se observa estas sociedades parten de una idea de justicia basada en el derecho natural, de la cual se desconoce sus inicios; sin embargo, nadie duda de esta concepción legal. Además, se plantea un orden general de las cosas. La diosa Dike, está relacionada con lo planteado por Platón, el cual expone: hacer lo que cada uno debe hacer, en base a como lo debe hacer. Las leyes fueron creadas por los hombres, con el afán de mejorar sus conductas y que la sociedad posea un fundamento para mantener la armonía, respeto y una convivencia pacífica. Las leyes ordenan el proceder de los hombres de forma tal que tengan coherencia con el derecho natural, es decir, una razón universal.

La importancia de la Ley en Grecia

Siguiendo la obra de Jaeger (2018) encontramos que los griegos eran amantes de las leyes, pues la desobediencia no sólo consistía en una falta de respeto de manera externa; sino, a la vez interna; en donde, la obediencia a la ley, volvía a un hombre justo y virtuoso. Adicionalmente, la ley era concebida como un principio vital, en

razón que el derecho y la norma eran consideradas como una sola visión y conexión orgánica de un todo en la sociedad. Para los primeros filósofos, la ley y la justicia, son el centro de la cultura humana; por su parte, la ley y el derecho formaban un segmento del núcleo de la cultura griega, el cual, era la clave para entender todo lo concerniente al Estado y a la obediencia de la norma, según los preceptos del orden cósmico.

Este mismo autor expresa que los griegos fervientemente seguían a la ley, eran parte del orden y del derecho natural dado a los hombres por la razón universal. Estas leyes, estaban circundadas en misticismo y a la voluntad de los dioses quienes gobernaban el mundo. A través de las obras literarias, se puede conocer el pensamiento y cosmovisión de esta cultura, la cual es cuna del saber.

Mediante las obras de Homero, se vislumbran diversos aspectos de la sociedad griega con respecto al derecho. Para los griegos de entonces Zeus era un dios justo, honesto y leal, para con los hombres y sus iguales, era el único encargado de establecer justicia en el mundo, era una especie de legislador supremo.

Para Hesíodo, Zeus era la encarnación de la justicia en la Tierra; mientras tanto, Dike vendría a ser la diosa del derecho, la cual establecía un orden y llevaba justicia como bien supremo de la vida humana. En efecto, la justicia es entendida como un instrumento para ejecutar la voluntad de Zeus; de esta manera, se plasma el ideal del orden que dirige el universo, surgiendo principios, los cuales guardan máximas atenienses.

De igual forma, Homero, muestra un derecho regulador del orden y la sociedad, siendo concedido a la diosa Diké, conocida como la diosa del derecho y también diosa de la igualdad y la obligación mutua, dando a entender que existía un procedimiento de administración de justicia racional, dada por la costumbre; luego el *nomos*, fue codificado por sabios legisladores y otras por el pueblo.

Asimismo, Dike, es una diosa todopoderosa, omnisciente y omnividente, para establecer el orden en la polis.

Tanto, Homero como Hesíodo, proveen elementos para analizar el concepto de ley y justicia. Los griegos realizaron grandes aportes y reflexiones del derecho, desde el ámbito de la filosofía plasmado en sus diferentes obras literarias. Proponen la existencia de un orden cósmico en el mundo; guiado por los dioses, entendiéndose que la ley está íntimamente relacionada con lo divino.

Por su parte, Protágoras indica que el germen de la justicia, fue colocado por los dioses en el alma de los hombres, lo cual está en relación a la ley que da el orden. La ley, no sigue a la naturaleza; sino el hombre la impone a la naturaleza. Pero esta era fundada por los hombres, los cuales se derivan de la naturaleza humana dotada por Zeus. Al instaurar la ley y el Estado, el hombre se emancipa de la naturaleza y triunfa sobre el imperio del caos (Jaeger, 2018).

Para los griegos, las leyes rigen la sociedad humana en base a normas guiadas por el cosmos, pues de las relaciones humanas, se revelan relaciones cósmicas. Por tanto, los individuos deben comportarse adecuadamente, y la justicia, es hacer lo que hay que hacer, debido a la existencia de normas impregnadas para ser cumplidas a cabalidad.

Para el pueblo griego existía una correlación en las relaciones individuales, sociales y con el Estado; predominaba el orden y armonía entre las diversas relaciones. Se observa la preponderancia de acatar los lineamientos de los dioses; pues la justicia, es un don dado a los hombres para que vivan racionalmente. Por último, los hombres no eran autosuficientes, sino debían respeto y obediencia a seres superiores, los cuales eran capaces de sancionar las malas acciones. Sin embargo, los sofistas manifestaron que la justicia no se debe a un don dado por los dioses y no responde

a la naturaleza. Por el contrario, las leyes responden a los anhelos de los hombres para estar al servicio del poder. No obstante, la idea sobresaliente era la sumisión a lo sobrenatural y dependencia de seres superiores.

La importancia de la Ley en Roma

En Roma, surgieron grandes juristas; esta civilización dejó como legado la institucionalización del Derecho; se preocuparon por sentar las bases y precedentes para el Derecho occidental y las diferentes instituciones civilistas como, por ejemplo: el matrimonio, la patria potestad, la sucesión, entre otras de gran trascendencia.

Los romanos diferenciaron el Ius y el Fas, lo cual es importante para comprender la concepción de la ley y como la diferenciaban de aquellas consideradas religiosas. El IUS es comprendido como el derecho objetivo; también, era definido como la situación jurídica o status, en donde se indicaba una persona dotada de capacidad de derecho con valor de ordenamiento jurídico humano. En cambio el FAS era entendido como hablar y declarar, con el tiempo y la laicización del derecho significó el ámbito de lo permitido por manifestación de la divinidad (Di Prieto & Lapiza, 1982).

Según Petit (2007), el Fas, era el derecho sagrado y el Ius, la obra humana que estaba compuesto por un conjunto de reglas fijadas por la autoridad, en el cual los ciudadanos estaban obligados a obedecer. La idea se amplía con la influencia de la filosofía griega para el siglo VII, tomando el dogma de la existencia de un derecho innato anterior a las leyes escritas y aplicables al ser humano. Para Ulpiano, el derecho es el arte de lo que es bueno y de lo que es equitativo; de esta forma, no se debe consagrar como reglas de derecho todo lo que es bueno; pues existen preceptos de moral los cuales escapan a la sanción de la ley positiva, y son aquellos que fijan los deberes del hombre consigo mismo y la relación interpersonal.

Aunque el Fas y el Ius tiene cada uno su propio espacio, existe relación entre ellos. El Fas, es la ley divina y el Ius, es la ley humana. El derecho objetivo, es la facultad de una persona de exigir de otras una conducta específica, entonces, el fas es el derecho religioso presente en el Derecho público y en el privado.

No obstante, la ideología religiosa no penetraba en todo el Derecho, había una escisión entre lo divino y lo humano, con fronteras delimitadas. El Ius es lo variable y perfectible, en cuando a creación humana dependiente de un acuerdo del pueblo, para que vincule jurídicamente, en donde la falta de observación a los dictámenes del mismo, resultaría en perjuicio a intereses humanos. Mientras que, el derecho divino se basa en que la voluntad divina es inmutable; por esta razón, sólo los dioses podrían modificarlo, el hombre únicamente debía obedecerlo (Flores, 2014).

Como se observar, para los romanos, existían diferencias entre el derecho divino y el humano: las leyes divinas eran inquebrantables mientras que, las leyes humanas podían modificarse y dependían de un acuerdo entre el pueblo; en la cual, su inobservancia sería un perjuicio a intereses humanos. A esto, se suma que las creencias religiosas estaban presentes en actos jurídicos, como en los ritos del matrimonio, en los primeros contratos, entre otros.

La religión influye en el Derecho y en la Constitución Política de la Roma Antigua, los representantes políticos también hacen referencia a lo divino en sus actos, manifestando un papel del sacerdote con una función religiosa relacionada a su actuación en el cargo. Algunos magistrados tenían ese rol y tal influencia, no sólo se dio en el periodo monárquico; sino, además en la República (Flores, 2014). Algunas autoridades ejercían funciones sacerdotales y esto implica que las actividades realizadas estaban íntimamente ligadas con las creencias.

La ley para las grandes civilizaciones como la griega y la romana, era de vital

importancia, pues organizaba la vida, tanto a nivel individual como colectivo. La justicia era parte de la virtud humana, lo cual significa la perfección del hombre que estaba relacionada con el bien como principio supremo del ser.

Por lo hasta aquí analizado la ley, para las civilizaciones griega y romana, era el reflejo de la razón, revelada al hombre por las leyes que rigen al cosmos; en donde preexistieron los mandatos divinos. La desobediencia a las mismas, tenía consecuencias no sólo humanas, sino divinas (una especie de karma); además, estas leyes buscan el bien y la felicidad para la colectividad.

El Contractualismo

El Contractualismo, es una corriente moderna filosófica, política y de derecho que impugna el dogma, la cual expone que el poder de la autoridad proviene de Dios; se basa en la razón y en el juicio analítico. Esta doctrina, surge en oposición de las doctrinas teocráticas y de la fuerza que no justifican el ejercicio del poder público, ni satisfacen la inquietud humana de explicar, por qué unos hombres tienen derecho de mandar y otros de obedecer.

El hombre para su subsistencia se integró en un colectivo, bajo una voluntad rectora, es así, que, mediante una convención o contrato, los hombres abandonaron el estado de naturaleza, ingresando al estado de sociedad, el cual está formado por un ente político. El Estado, tiene como fundamento el contrato para que la voluntad de los gobernantes sea respetada.

El iusnaturalismo moderno, aporta ideas al liberalismo político, como el ejercicio racional de la libertad, en donde justifica que los hombres sean sujetos de derechos, los cuales resguardan y garantizan la libertad de cada persona. Los individuos, en uso de la capacidad de raciocinio podrán descubrir los principios naturales del derecho, para fundar una sociedad sobre principios universales válidos, donde podrá gobernar la paz y justicia. Los principios racionales,

construyen un gobierno racional, respetuoso de la ley natural y libertad (Pedraza Ramos, 2018). En esta teoría, se desprende que los hombres son seres racionales capaces de percibir los principios naturales del derecho y eso les permite construir un gobierno racional, respetuoso de la ley natural y libertad.

El contrato social es la fundamentación racional de los principios normativos, para justificar, regular y garantizar derechos delimitando los poderes inherentes a ellos. El Estado de derecho se rige por cuatro principios: 1. El imperio de la ley, 2. División de poderes, 3. Legalidad de la administración y 4. Derechos y libertades. El Estado de Derecho significa la sujeción a un marco jurídico que regula los poderes y actividades del Estado y de los ciudadanos mediante leyes, resultado de la expresión de la voluntad popular. La voluntad popular se manifiesta mediante la representación de los delegados quienes deciden, realizan concesos y forman acuerdos sobre las normas con las cuales se organizará la sociedad (Pedraza Ramos, 2018).

El contrato social, se trata de un mecanismo para que cada pueblo cree las normas que considere convenientes para el progreso del mismo; en virtud, que los gobernantes son depositarios del poder y autoridad por delegación de la voluntad soberana. El estado de Derecho, se levanta sobre la legitimidad de la autoridad y sus acciones a través de la ley.

El pacto se efectúa mediante promesas, en donde cada individuo se cohesionan entre ellos, ganando poder social; en efecto, al delegar el poder al gobernante se garantiza que los individuos pierdan poderes. El acto de promesa, es llevado a cabo siempre en presencia del prójimo; estableciendo una relación de reciprocidad, con la que se afianza la comunidad política. Por otro lado, el consentimiento puede ser llevado a cabo por la persona de manera aislada o de manera libre y secreta al emitir el sufragio. Debido a la cantidad de sujetos de una comunidad, es imposible reunir a

todos; por ello, mediante la representación eligen a una persona capacitada y competente, que sea capaz de manejar el poder, defendiendo los intereses comunes; de esta manera, el sufragio se convierte en inclusión de la comunidad política (Pedraza Ramos, 2018).

El pueblo está compuesto por múltiples integrantes; siendo difícil que todos gobiernen; por ello, se requiere elegir a personas adecuadas para guiar al colectivo, haciendo cumplir las normas para alcanzar el bien común. Es así, que los gobernantes con gran poder, logran esto mediante las leyes. La ley ya no es la norma moral destinada a la rectificación de la conducta, sino como una forma psicológica ordenada para la obediencia; es decir, queda reducida a una forma coercitiva, predominando una obediencia ciega del hombre ante la ley; a cambio de esto, se instaura la paz y se garantiza la seguridad (Portela, 2020).

Entre los contractualistas se destaca Locke (2021), quien manifiesta que los hombres son iguales, libres e independientes; ninguno puede ser separado de este estado, para ser sometido al poder político de otro, sin su propio consentimiento. Por ende, el hombre acuerda con otros hombres juntarse en sociedad, para lograr su preservación, seguridad mutua, al permitirle gozar de lo que le pertenece en propiedad.

Dicho autor sostiene que, el origen contractual del poder político, sirve de la hipótesis de la formación del Estado, por un acto de voluntad de los hombres, justificada en el ejercicio del poder estatal en la medida en que se cumple los fines ligados al interés general. Sin embargo, el ejercicio de este poder, impone limitaciones a quien lo ejerce, no se puede actuar arbitrariamente o por sus propios designios, debe respetarse los principios de libertad, igualdad y el respeto de los derechos de los asociados; y si el gobernante impone un régimen de opresión o privilegios, por el contrato el pueblo, lo desobedece.

La sociedad política nace cuando cierto número de hombres decide unirse, renunciando a esa especie de facultad ejecutiva otorgada por la ley natural en favor de la comunidad. La finalidad del ingreso de las personas en la sociedad, es disfrutar de la propiedad en paz y tranquilidad; por ello, se le confiere importancia al poder legislativo, el cual debe ser cuidadosamente elegido. Las leyes deben dar certeza, pues así los ciudadanos conocerán cuál es su deber, pero no puede eliminar la propiedad a ningún hombre, ni fijar impuestos, sin su consentimiento, ni transferir el poder de hacer las leyes a ningún otro (Portela, 2020).

Asimismo, de acuerdo con Rousseau (1985), el hombre ha sido libre por el pacto social; en donde, el hombre enajena sus derechos a la comunidad y a cambio de esta enajenación obtiene una libertad civil más restringida teóricamente que la libertad natural de la que disfrutaba; sin embargo, es más eficaz porque será garantizada por el Estado.

El pacto justifica el orden social y ningún hombre posee autoridad natural sobre sus semejantes, por esto las convenciones son la base para toda autoridad legítima entre los hombres; es decir, existen cosas derivadas de la naturaleza de las cosas y se fundan en la razón. A partir de esta teoría, se establece: 1.- la libertad, es el valor natural que acompaña al hombre, 2.- el hombre no puede renunciar a ella, 3.- los hombres están obligados a obedecer a poderes legítimos, 4.- las relaciones de mando y obediencia de la sociedad, es a partir de un pacto; el contrato es lo único que legitima al poder. A todo esto, la declaración de la voluntad general se hace por medio de la ley; la opinión de un pueblo nace de su constitución y aunque la ley no rige las costumbres, es la legislación la que las hace nacer (Portela, 2020).

También, para Portela (2020), el origen del contractualismo radica en la autoridad y el poder del pacto derivado de un contrato, siendo una invención humana, la cual constituye la razón de la soberanía.

Este pacto pudo tener origen en las concepciones sofisticadas; sin embargo, existe la contrarreforma, para justificar la presencia del mismo. La protección de los individuos, es causa del poder, ya que el hombre no cuenta con medios necesarios para protegerse por sí sólo y, por ende, requiere de los demás para su bienestar.

El pacto es el fundamento para el poder de la autoridad y con él, la presencia del Estado; no obstante, esta alianza se basa en la voluntad de los individuos por conformar la comunidad, puesto que no pueden cuidarse por sí sólo; por esta razón, se busca la manera para proteger a los individuos; de esta forma se supera la idea de que el poder y autoridad proviene del derecho divino o ley natural; así como que la soberanía se deriva de la divinidad.

El Constitucionalismo

El constitucionalismo nació con la Revolución Inglesa de 1688, a partir de entonces los poderes del rey están limitados por los derechos de los súbditos y por las competencias del parlamento, quien libremente elegido y reunido aprueba las leyes, los impuestos y las obligaciones militares. El documento más conocido donde se plasmaron estos intereses, es el Bill of Rights de 1689. Este pergamino permitió restringir los poderes de la nobleza y promulgó la libertad de culto entre católicos y protestantes, la apertura de escuelas y el acceso a las funciones públicas. A partir de este hito, se desarrollaron dos constitucionalismos bien diferenciados: el francés y el estadounidense (Alfonso Ruiz, 2004).

La primera Constitución conocida en América, fue la de Filadelfia en 1787, la cual buscaba fundar una nación independiente, siendo la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 la plataforma ideológica de la Constitución norteamericana, donde se resume la filosofía política que orienta el futuro entendimiento de los derechos fundamentales de ese país. Representa los derechos fundamentales del colectivo como la autodeterminación, se resaltan

algunos de ellos, dados por el creador como la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y donde para garantizar esos derechos estaban los gobiernos, derivando sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; si un gobierno, destruye los principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno, el cual mantenga esos principios (Carbonell Bravo & Cruz Barney, 2020).

La Revolución Francesa de 1789 aportó con la Declaración del Hombre y del Ciudadano; fue el preámbulo del texto constitucional que llegó después; este documento buscaba romper con el antiguo régimen, con esto se sentaron las bases para fundar un novedoso orden político y social capaz de establecer una nueva etapa en el desarrollo humano y de asegurar la felicidad. La Declaración contiene enunciados jurídicos con principios políticos del nuevo régimen como derechos, ley, libertad, poder, entre otros (Carbonell Bravo & Cruz Barney, 2020).

La Declaración del Hombre y del Ciudadano como la Constitución de Filadelfia de 1787 marcó un hito en la historia de la humanidad, poniendo fin al autoritarismo del régimen anterior y proclamando el control y límite del poder, dando lugar a la Constitución, la cual depende de cada nación.

La Constitución es un documento fundamental, básico de todo Estado, este contiene normas básicas. En sentido material, es el conjunto de reglas relativas a la organización y a la actividad del país (López Moya, 2021); en sentido formal, es el instrumento para reglamentar el funcionamiento de las instituciones políticas y el cumplimiento de ciertas formalidades especiales, a través de un procedimiento diferente al establecido por las demás normas del derecho (Naranjo Mesa, 1997).

El Estado Constitucional, surge para dar fin al absolutismo, al reclamar los derechos de las personas, poniendo límites a las autoridades en turno, por

esto nace un pacto social, en este acuerdo se establece que el pueblo es quien permite que los gobernantes lideren a favor del bien común y si no se cumple será el mismo pueblo quien pida cuentas; este pacto estará recogido en un documento denominado Constitución, la cual contiene los lineamientos esenciales de un Estado y los derechos del pueblo. El pacto expone los diferentes intereses de los factores reales de poder; es decir, guarda diferentes intereses de aspectos como: los económicos, sociales, políticos, agrícolas, geográficos, naturales, entre otros, pues la Norma Fundamental debe regular adecuadamente el bien de la comunidad, así como, los diferentes aspectos que involucran a la nación.

El Constitucionalismo dio paso a cambios radicales, volviendo a la Constitución en la hoja de ruta del Estado, en la que constan los parámetros económicos, políticos, sociales, jurídicos, entre otros; a esto se suma, el principio de supremacía constitucional, en donde todas las normas son parte del ordenamiento jurídico y deben estar en concordancia con la Norma Fundamental; pues en caso contrario, serán inválidas y eliminadas del ordenamiento jurídico.

Para verificar tal cometido, se crean Cortes o Tribunales Constitucionales, con el afán de convertirse en el custodio de la Constitución y verificar de forma abstracta que los actos de poder público como las normas, estén conformes a la Norma *Normarum*. Además, los derechos humanos son el norte de los diferentes Estados, quienes deben velar por su vigencia y eficacia. Por tal motivo, la labor del juez, toma vital importancia para garantizar el efectivo goce de los derechos contemplados en la Constitución, así como en los convenios y tratados internacionales.

De tal manera, se da paso a la judicialización del Derecho; actualmente se observa un poder judicial con fuerza, ya que en determinados casos puede convertirse en legislador negativo, asimismo debe velar por el mayor espectro de protección de los derechos

humanos a favor de los ciudadanos (Betancourt Pereira & Romero Romero, 2021).

Los jueces para cumplir la noble misión de argumentar derechos y garantías constitucionales, realizan un proceso hermenéutico de la normativa y su uso. Los límites de este proceso, es demostrar y evidenciar la operación argumentativa en la cual se explican los razonamientos como las decisiones. La argumentación, establece que la hermenéutica verifique: contextos, situaciones, relaciones con la norma y cumplimiento del proceso; todo esto, se manifiesta en el discurso argumentativo. Por su parte, los hechos deben estar en constante actualización, porque debe coincidir en tiempos evolutivos del Estado y la norma constitucional (Córdova, 2016).

La construcción argumentativa, debe exponer cómo se elaboró la interpretación; es decir, explicar, justificar sus razonamientos y decisiones. Se debe dar a conocer el diálogo analítico para llegar a la respuesta y cómo utilizar la norma, enlazando el sentido constitucional, con el caso en particular. Dentro de las teorías interpretativas de la Constitución, están: los disensos agudos y crecientes sobre un mecanismo único o unificado para ejercer esta acción, y variaciones sobre los saberes y valores de una ética de la interpretación que son desplazados y enfrentan múltiples fenómenos (Córdova, 2016). En efecto, los jueces velarán por la justicia, el bien común y la armonía del pueblo, pues son los encargados de interpretar y aplicar la norma (Betancourt Pereira & Romero Romero, 2021).

Para Pulido (2005), las decisiones judiciales deberían ajustarse a las reglas de la argumentación jurídica, y éstas se enmarquen racionalmente, siendo aceptadas por los auditorios de la Corte Constitucional. Seguidamente, se expone su punto de vista:

Una decisión es racional si respeta las reglas de la lógica deductiva, así como los

principios de la racionalidad práctica: consistencia, eficacia, coherencia, generalización y sinceridad, si se utiliza sin eludir la utilización de alguna fuente del derecho de carácter vinculante, y si no se adopta sobre la base de criterio éticos políticos, no previstos específicamente por el ordenamiento jurídico (p.50).

Adicionalmente, este autor indica bajo su óptica, que el justificar tales decisiones consiste, en fundamentar, justificar y limitar los cauces por los cuales fluye la praxis de la jurisdicción constitucional, para construir perspectivas de análisis y la pertinente crítica de esta. La teoría de la argumentación, explica el cómo se desarrolla el control de la constitucionalidad de las leyes, la teoría de las disposiciones constitucionales y la hipótesis de los argumentos de interpretación constitucional, para desempeñar este objetivo.

El legislador y el juez ostentan competencias diferentes; sin embargo, estas se complementan entre sí en los diferentes ordenamientos jurídicos y cada vez esta relación es más estrecha. El uno produce las leyes, mientras que el otro es el encargado de aplicarlas o interpretarlas; es por eso, que las Cortes Constitucionales se vuelven legisladores negativos, porque la jurisprudencia aparece como resultado de un proceso contra la ley; o el juez constitucional positivo, ayuda a perfeccionar y reconstruir el ordenamiento jurídico diferente a la norma suprema. Luego, los jueces son los encargados de completar los vacíos de la ley o condicionar la interpretación de su alcance. Generalmente, los jueces constitucionalistas son los garantes de hacer efectivos los alcances de los principios constitucionales a través de sus razonamientos y argumentaciones, así como del fortalecimiento de la supremacía constitucional, pues evita la existencia de lagunas o espacios normativos sin aplicación y vigencia (Bernal Cano, 2013).

Posterior a la revisión de las responsabilidades y actividades de un juez, su profesión no resulta sencilla, pues se requiere de un verdadero ejercicio argumentativo en el cual fundamentará adecuadamente las respuestas con buenas razones y analizar apropiadamente los intereses para ver su peso y contrapeso. Asimismo, en la práctica puede generarse una serie de inconvenientes, incluso podría existir un cierto grado de riesgo de la seguridad jurídica, pues los jueces son hombres preocupados por la justicia, los cuales aspiran a ideales abstractos, hasta impersonales y al parecer conductas arbitrarias y/o voluntaristas (Maino, 2018).

De acuerdo con Córdova (2016), el presente y futuro de los derechos y garantías, están en manos de los legisladores; no obstante, la mayor responsabilidad se encuentra en las decisiones de los jueces de la Corte Constitucional, ya que ellos manejan el sistema de fuentes jurídicas, reforman las leyes o desarrollan contenidos, sin aprobación del legislador y tanto la Asamblea Nacional como este órgano supremo, poseen naturaleza política.

Mediante un pacto, la mayoría de personas renuncia a sus libertades para concederle a un determinado grupo dichas potestades para que gobiernen. El Estado, es resultado de un convenio de cada uno de los que conforman la organización. De ahí surge que este Estado cumplirá fines para el bien común y por eso está conformado por poderes, cada uno con facultades, actividades y funciones con la finalidad de alcanzar resultados. Generalmente, se habla de tres poderes: uno, dedicado a administrar, otro a elaborar leyes y el tercero especializado en la administración de justicia.

De tal forma, se vislumbra que el Derecho está prácticamente en manos de los jueces, quienes tienen la titánica tarea para garantizar los derechos de todos los ciudadanos; tratando de no afectar la seguridad jurídica, ni tampoco provocar incertidumbre o mayores conflictos en la

sociedad; por tanto, su labor es garantizar y mantener el bien común, por encima de los intereses individuales.

CONCLUSIONES

La revisión bibliográfica realizada permite concluir que:

- La concepción de la ley a lo largo del tiempo, ha evolucionado; en los inicios de las primeras civilizaciones, la ley era considerada como sagrada y se pensaba que su incumplimiento traía consigo consecuencias, las cuales superaban al ámbito humano y trascendían a lo divino.
- Los griegos eran amantes de las leyes, pues la desobediencia no sólo consistía en una falta de respeto de manera externa, sino también interna; por tanto, la obediencia a la ley volvía a un hombre justo y virtuoso. Adicionalmente, la ley era concebida como un principio vital, en razón que el derecho y la norma eran vistos como una sola visión y conexión orgánica de un todo en la sociedad. Además, los griegos forjaron la idea de que las leyes rigen a la colectividad y responden a normas guiadas hacia el cosmos y en las cuales se refleja la reciprocidad de las relaciones humanas con las relaciones cósmicas.
- En la antigüedad se creía que las leyes eran creadas por dioses (los hombres no eran autosuficientes), seres superiores capaces de sancionar por las malas actuaciones. Los romanos, diferenciaban entre el derecho divino y humano. Las leyes divinas, eran inquebrantables; mientras que, las leyes humanas eran modificables, dependiendo del acuerdo asumido por el pueblo. También, las creencias religiosas estaban presentes en actos

jurídicos (ritos del matrimonio, primeros contratos, entre otros). El Fas, fue un derecho revelado por los dioses, siendo respetado y acatado, pues trae consigo una sanción divina. El derecho objetivo, debía ser conforme a este y su violación acarrearía impactos en la conducta humana, especialmente en puestos públicos. Las creencias, están presentes formando la visión jurídica del derecho romano.

- Se habla de la ley eterna a lo se indica que, si la ley es reflejo de la razón, dictada por el gobierno de un pueblo y el mundo es regido por la Divina Providencia; entonces el universo es gobernado por la razón divina. Esa razón del gobierno y ordenación de todas las cosas existentes en Dios, tiene carácter de ley. Las concepciones de la razón divina, no se producen en el tiempo, sino en la eternidad; es así, que esta razón de la divina sabiduría dirige toda acción y todo movimiento. Al deponer lo divino; las leyes ya no responden a parámetros omnipotentes, sino humanos; por ende, la concepción y respeto a la misma cambia y se aparta de la razón. El Estado moderno, nace por un pacto, en el cual, la mayoría permite que una minoría gobierne a nombre de pocos; con ello surge la Constitución para dar fin al autoritarismo de los gobernadores, reclamando los derechos en favor de los ciudadanos.
- La Constitución, es un documento creado por la representación de unas pocas personas las cuales simbolizan a la mayoría, buscando frenar y controlar el poder de las autoridades; en donde se recopila el sentir de los diferentes sectores que conforman a la sociedad. La mayoría del colectivo, se somete por un acuerdo; luego, las leyes son acuerdos de la sociedad,

aplicadas por unos cuantos que son guiados por voluntad de todos.

- La interpretación de la ley queda en manos de los jueces; es por ello, la existencia de la judicialización del Derecho, en virtud que son los jueces los encargados de revelar la ley y aplicar las respectivas sanciones, medidas o reparaciones de ser el caso. En la actividad interpretativa, no están definidos parámetros universales, como en la civilización griega y romana. De esta manera, la ley se encuentra en crisis, por su falta de certeza. Pues, no provienen de reglas expuestas por seres sobrenaturales que se convertían en dones revelados a los hombres.
- Las leyes en la antigüedad, respondían a aspectos universales, divinos y mediante reglas firmes y claras. En el hombre, estaba presente la concepción de las sanciones sobrenaturales; mientras que; actualmente, las leyes ha sido transformadas por principios que varían según el criterio de los hombres, las cuales pueden basarse en pasiones y creencias propias; éstas con el paso del tiempo van tomando en nuevas perspectivas. A partir del contractualismo, en base a la Norma Fundamental, predomina el derecho basado en pactos, dejando a tras las doctrinas místicas.

LIMITACIONES Y ESTUDIOS FUTUROS

La principal limitación del estudio está dada por su carácter descriptivo. Los autores se proponen continuar esta línea de investigación, utilizando técnicas de recolección de información de fuentes primarias que incluya estudiantes de la carrera de Derecho y jueces.

RECONOCIMIENTO

Los autores agraden la cooperación de los colegas de las universidades Tecnológica Indoamérica y Universidad Metropolitana Sede Machala, así como del consejo de la Judicatura.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfonso Ruiz, M. (2004). Constitucionalismo y la Democracia. *Isonomía*, (21) 51-83.
<http://www.scielo.org.mx/pdf/is/21/n21a3.pdf>

Barcia Rodríguez, S. M., Plua Barcia, S. G., & Vargas Rodríguez, P. J. (2022). Creación de un Observatorio de Derechos Humanos en la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí. *Sociedad & Tecnología*, 5(1), 27-42.

Bernal Cano, N. (2013). Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho. *Cuestiones Constitucionales*, 365-383.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88527465012>

Betancourt Pereira, E. J., & Romero Romero, C. D. (2021). Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos. *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 482-499.

Betancourt Pereira, E. J., & Romero Romero, C. D. (2021). Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 482-499

Carbonell Sánchez, M. & Cruz Barney, O. (2020). Los Orígenes del Estado Constitucional y de la filosofía del Constitucionalismo. En M. Carbonell , & ó. Cruz, *Historia y Constitución* (págs. 59-92). Universidad Nacional Autónoma de

México.
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4038-historia-y-constitucion-homenaje-a-jose-luis-soberanes-fernandez-tomo-i>

Córdova, P. (2016). *Derecho Procesal Constitucional. Estudios Críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. cep.

Di Prieto, A., & Lapiza, Á. (1982). *Manual de Derecho Romano*. Depalma.

Escobar Fornos, I. (2002). El Sistema Representativo y la Democracia Semidirecta. En Concha Cantú, Hugo A. (Coord.) *El Sistema Representativo y la Democracia Semidirecta*. (Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional). (pp.131) Universidad Nacional Autónoma de México: Serie Doctrina Jurídica, No. 100, 1ª ed.
[http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=345ISBN 970-32-0004-4](http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?!=345ISBN%20970-32-0004-4)

Flores, A. (2014). La relación entre FAS y IUS, en la Romanística Contemporánea: sustractos ideológicos de un debate sobre la relación entre religión y Estado. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 505-515.

Flores Gómez, G. F. & Carvajal Moreno, G. (2013). *Nociones de Derecho positivo Mexicano*. Ediciones Universales, México. 367, pp.

Guamán Gómez, V. J., Herrera Martínez, L., & Espinoza Freire, E. E. (2021). La investigación y la formación de estudiantes de la carrera de Docencia en Educación Básica, Universidad Técnica de Machala. *Conrado*, 17(79), 55-61.

Jaeger, W. (2018). *Alabanza de la ley, Los orígenes de la Filosofía del Derecho y los Griegos*. OLejnik.

- León Carrión, J. (2018). El origen de las leyes y del derecho. *El Correo de Andalucía*.
<https://elcorreoweb.es/opinion/columnas/el-origen-de-las-leyes-y-del-derecho-YD4467212>
- Locke, J. (2021). Carta sobre la Tolerancia. España: Editorial Verbum.
- López Moya, D. F. (2021). Las políticas públicas como garantía de los derechos fundamentales. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 44-60.
- Maino, G. (2018). El principio de subsidiariedad y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En D. Herrera, J. Lafferriere, G. Maino, & D. Ranieri, *Estado de Derecho y Derechos Humanos* (págs. 298-319). Buenos Aires: EDUCA.
- Medina Peña, R., Valarezo Román, J., & Romero Romero, C. D. (2021). Fundamentos epistemológicos del neoconstitucionalismo Latinoamericano. Aciertos y desaciertos en su regulación jurídica y aplicación práctica en Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 213-225.
- Naranjo Mesa, V. (1997). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: TEMIS.
- Pedraza Ramos, A.K. (2018). Contractualismo contemporáneo. El equilibrio reflexivo como mecanismo en los consensos de justicia. *En claves del Pensamiento*, 12(23) 93-114.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2018000100093
- Petit, E. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Porrúa.
- Portela, G. (2020). *Orígenes y Desarrollo Histórico del Contractualismo Político*. EDUCA.
- Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Universidad del Externado de Colombia.
- Robledo Rodríguez, A. (2013). Aportes de la Cultura Griega en la construcción de la filosofía del Derecho Contemporáneo. *Byzantion nea hellás* (32), 145-162.
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-84712013000100007
- Rousseau, J. J. (1985). Emilio. Madrid: Editorial EDAF.

CONTRIBUCIÓN DE LOS AUTORES

Clara Daniela Romero Romero: Selección del tema y búsqueda de información general, redacción del documento.

Erik Javier Betancourt Pereira: Formulación de la estructura del trabajo de investigación, revisión de los avances de la investigación, con el desarrollo de correcciones de fondo.

Karina Katuska Sotomayor Cabrera: Revisión de la estructura del documento, aplicación de Normas APA7, revisión general del documento final (redacción y ortografía) y bibliografía empleada.

BIOGRAFÍA DE LOS AUTORES

Clara Daniela Romero Romero

Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, Magíster en Derecho Constitucional, Mediadora Especializada. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Docente de la Universidad Tecnológica Indoamérica.

Erik Javier Betancourt Pereira

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, Magister en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Doctorando Derecho Constitucional. Subdirector Nacional de Innovación, Desarrollo y Mejora del Servicio de Justicia. Director de la Academia de Estudio e Investigación Jurídica "Aesinju".

Karina Katuska Sotomayor Cabrera

Ingeniera en Gestión Empresarial, Magíster en Administración de Empresas. Experiencia profesional en análisis de información documental, dominio de normas sobre estilo de clasificación/presentación de información y capacitación a usuarios sobre investigación.