

**UNIVERSIDAD METROPOLITANA DEL ECUADOR**



**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, HUMANIDADES Y EDUCACIÓN**

**CARRERA DE DERECHO**

**SEDE QUITO**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

**TEMA: “LAS FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS Y SU INFLUENCIA EN  
EL ECUADOR”**

**AUTORA: ROXANA BELÉN GUANOPATÍN PILLAJO**

**ASESORA: Dra. Marily Rafaela Fuentes Aguila**

**Quito- 2021**

## CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

Dra. **MARILY RAFAELA FUENTES ÁGUILA**, en calidad de Asesora del Trabajo de Investigación designado por la Cancillería de la UMET, certifico que el estudiante: **ROXANA BELÉN GUANOPATÍN PILLAJO**, titular de la CI. - **172592142-1**, ha culminado el trabajo de investigación, con el Tema: **“LAS FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS Y SU INFLUENCIA EN EL ECUADOR”**, quién ha cumplido con todos los requisitos legales exigidos por lo que se aprueba la misma.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad, facultando al interesado hacer uso de la presente, así como también se autoriza la presentación para la evaluación por parte del jurado respectivo.

Atentamente.



Dra. Marily Rafaela Fuentes Águila.

## **CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN**

Yo, **ROXANA BELÉN GUANOPATIN PILLAJO**, estudiante de la Universidad Metropolitana del Ecuador “UMET”, de la Carrera de **DERECHO**, declaro en forma libre y voluntaria que el presente trabajo de investigación que versa sobre: **“LAS FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS Y SU INFLUENCIA EN EL ECUADOR”** y las expresiones vertidas en la misma, son autoría de la compareciente, las cuales se han realizado en base a recopilación bibliográfica, consultas de internet y consultas de campo.

En consecuencia, asumo la responsabilidad de la originalidad de la misma y el cuidado al referirme a las fuentes bibliográficas respectivas para fundamentar el contenido expuesto.

Atentamente,

ROXANA BELÉN GUANOPATIN PILLAJO

C.I. 172592142-1

**AUTOR**

## **CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

Yo, **ROXANA BELÉN GUANOPATIN PILLAJO**, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación, **“LAS FAMILIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS Y SU INFLUENCIA EN EL ECUADOR”**, modalidad (Proyecto de Investigación) de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, cedo a favor de la Universidad Metropolitana del Ecuador una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos. Conservo a mi favor todos los derechos de autor sobre la obra, establecidos en la normativa citada.

Así mismo, autorizo a la Universidad Metropolitana del Ecuador para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de titulación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

El autor declara que la obra objeto de la presente autorización es original en su forma de expresión y no infringe el derecho de autor de terceros, asumiendo la responsabilidad por cualquier reclamación que pudiera presentarse por esta causa y liberando a la Universidad de toda responsabilidad.

**ROXANA BELÉN GUANOPATIN PILLAJO**

**C.I. 172592142-1**

## Dedicatoria

Dedico con todo mi corazón este trabajo a:

Dios, mi padre celestial, quien me sostiene fuerte de su mano y me levanta de los tropiezos, creador de todo lo que amo. Eres quien guía mi destino.

Mis padres, Esteban y Silvia quienes han sido la luz que Dios envió a mi vida, yaciendo en un pilar fuerte que me ha sostenido a lo largo del camino, me han motivado a superarme constantemente hasta verme lograr mis metas. Madre mía, gracias por ser mi mano derecha y brindarme toda su ayuda de manera desinteresada exhortando continuamente en mí la fuerza y el coraje para seguir adelante.

Mi familia, Mi hogar, Israel y Matias, ustedes son detonantes de mi felicidad, de las ganas de superarme, albergue de los deseos más profundos de mi corazón. Israel, querido esposo, gracias por apoyarme en cada decisión, por tu paciencia, tu ánimo y tu amor. Matias amado hijo, siempre fuiste y serás mi inspiración más grande, eres el motivo por el que me levanto cada día con el objetivo de lograr muchas cosas.

A mis hermanos y cuñados, quienes siempre han estado presentes en todo momento, aportando en mí cosas buenas, valores, ejemplo y convirtiendo mi vida en un baúl de muchos recuerdos invaluable.

Esto se lo dedico a todos y cada uno, *mi amada familia*, por estar presentes en mi vida y la evolución de esta. Este logro es para ustedes.

## **Agradecimiento**

Agradezco a mi querida Universidad por permitirme ser parte de sus aulas, de su historia, siendo forjadores de profesionales de calidad ética y humana. De igual manera quiero agradecer a mi Tutora de tesis, Dra. Marily Rafaela Fuentes Águila, quien siempre me brindo su mano amiga y sembró en mí, sus conocimientos, encaminándome exitosamente en este difícil pero satisfactorio proceso.

Muchas gracias a todos mis seres queridos, que siempre llevaré en mi corazón.

## Índice

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR .....	II
CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA DE TRABAJO DE TITULACIÓN .....	III
CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	IV
Dedicatoria.....	V
Agradecimiento.....	VI
RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	5
FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	5
1.1. Antecedentes de otras investigaciones .....	6
1.2. Familias y Sistemas Jurídicos. Problemas conceptuales .....	7
1.2.1 Toma de postura .....	11
1.3. Antecedentes históricos.....	13
1.4. Common Law.....	20
1.4.1 El Derecho Procesal en el Common Law.....	25
1.5. La Familia del Civil Law .....	26
1.5.1. El Derecho Procesal en el Civil Law. ....	27
1.6. Controversia entre el Civil Law y el Common Law. ....	29
1.7. Familias orientales.....	30
1.8. La familia musulmana. ....	31
1.9. El Derecho africano .....	34
1.10. La familia socialista.....	34
1.11. Los sistemas procesales de enjuiciar.....	35
CAPÍTULO II.....	36

METODOLOGÍA .....	36
2.1. Del diseño o proyecto de investigación .....	36
2.2. Tipo de investigación .....	37
2.3 Situación problemática .....	38
2.4 Novedad e importancia.....	41
2.5 Problema científico .....	42
2.6 Los objetivos generales y específicos.....	42
2.7 Métodos y técnicas.....	43
2.8 Aporte teórico .....	46
2.9 Aporte Práctico .....	46
2.10 Validación de los estudios realizados .....	46
2.11 Redacción del informe final .....	47
CAPITULO III.....	50
ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	50
3.1 Fuentes del Derecho ecuatoriano.....	53
3.2 El Derecho Consuetudinario y el pluralismo jurídico en Ecuador .....	56
3.3 Influencia de los sistemas religiosos en Ecuador .....	67
3.4 El sistema procesal ecuatoriano .....	69
CONCLUSIONES .....	76
RECOMENDACIONES.....	78
Bibliografía.....	79

## RESUMEN

La presente investigación de tipo histórico jurídica aborda lo relativo a las familias y sistemas jurídicos y su influencia en el Ecuador. Este tipo de estudio ha permitido resaltar la importancia del Derecho Comparado en los procesos de reformas legales y caracterizar cada una de las familias jurídicas y el propio sistema jurídico del Ecuador. Se deja establecida la trascendencia que han tenido las codificaciones en el Ecuador, la consagración y reconocimiento al pluralismo jurídico y a la justicia indígena como experiencias positivas en el país. El mayor valor de la investigación radica en demostrar que los cambios legislativos deben producirse cuando se aportan las bases teóricas e históricas sobre cualquier institución jurídica que requiera ser modificada, pues de otro modo las normas jurídicas nuevas pudieran constituir un simple adorno que es ajeno al contexto ecuatoriano.

**Palabras clave:** Familias Jurídicas, Sistemas Jurídicos, Fuentes del Derecho.

## ABSTRACT

The present investigation of legal historical type addresses what is related to families and legal systems and their influence in Ecuador. This type of study has made it possible to highlight the importance of Comparative Law in legal reform processes and to characterize each of the legal families and the legal system of Ecuador itself. The transcendence that codifications have had in Ecuador, the consecration and recognition of legal pluralism and indigenous justice as positive experiences in the country, is established. The greatest value of the research lies in demonstrating that legislative changes must occur when the theoretical and historical bases are provided on any legal institution that needs to be modified, because otherwise the new legal norms could constitute a simple ornament that is alien to the context Ecuadorian.

**Keywords:** Legal Families, Legal Systems, Sources of Law

## INTRODUCCIÓN

La idea de desarrollar una investigación sobre familias y sistemas jurídicos nace de la necesidad de modificar la percepción de monotonía que tradicionalmente se tiene sobre el Derecho Comparado y de las investigaciones de corte histórico jurídico. En el desarrollo los estudios asignados como estudiante en cada una de las asignaturas de la carrera de Derecho en Quito, casi siempre lo que se realiza es buscar las normas jurídicas de otros códigos extranjeros y compararlas con el Ecuador, sin profundizar suficientemente en las razones por las cuales en otros países se regula de forma diferente o igual al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El estudio de las familias jurídicas contribuye a comprender muchos aspectos relacionados con el origen del Derecho ecuatoriano y a analizar hasta qué punto el sistema jurídico nacional responde a una influencia plural de fenómenos históricos que han trascendido hasta hoy. Por supuesto, tendrá particular relevancia la forma en que Ecuador ha preservado su idiosincrasia a través del cuidado y protección de sus tradiciones culturales y jurídicas que hace muy particular incluso la presencia de la justicia indígena dentro del contexto nacional.

Dentro de la Universidad Metropolitana del Ecuador, (UMET); en su carrera de Derecho se requiere renovar y extender la visión más allá del estrecho marco de los códigos y de las fronteras nacionales, lo que quiere decir que se estará haciendo referencia prácticamente al Derecho de todos los países y esencialmente a la forma en que ha influido en el Ecuador. Esta es una de las primeras necesidades de realizar un estudio de corte histórico, doctrinal y de Derecho Comparado en el que no falte el espíritu crítico para mejorar, no solo el orden jurídico nacional sino para enriquecer la doctrina en las ciencias del Derecho.

El punto de partida de este tema es el estudio de las familias jurídicas que, con distintas denominaciones, han trascendido hasta la etapa contemporánea; la familia del Common Law, la del Civil Law, de la que ha formado parte la Romano Germánica o la Romano Francesa, la también denominada del Sistema Continental Europeo; la Familia Socialista o la Religiosa, entre otras que más adelante se analizan. En cada una de ellas se identifican las características fundamentales de cada familia jurídica, con el fin de actualizarse permanentemente a partir de su reconocimiento.

Este tipo de estudios facilita asumir con responsabilidad y compromiso posiciones críticas ante el sistema jurídico implementado en el Ecuador, así como

dialogar y debatir desde posiciones razonables sobre las codificaciones y reformas constantes que se realizan por el órgano legislativo. La presente investigación, no permite agotar el tema, pues resulta imposible desarrollar en tan poca extensión una evaluación total del Derecho universal y su trascendencia al sistema jurídico nacional.

Aunque las normas jurídicas tienen como característica general la “permanencia” es decir que se dictan para que rijan por un tiempo prolongado, los sistemas jurídicos no son estáticos pues como reflejo y consecuencia de la vida; se encuentran en movimiento y responden a la realidad económica, política y social que impera en un momento y lugar determinado. Muchas de las formas de Estado que han existido ya han desaparecido o se han transformado, de manera que también las familias jurídicas se han imbricado o modificado durante la historia de la humanidad.

En ocasiones, se considera que los temas que se han desarrollado en la historia del Derecho no merecen discurrir por una investigación, pero contrario a ello, se defiende en este proyecto la idea de que el tema de las familias y sistemas jurídicos siempre será de actualidad, pues no puede ningún Estado afrontar reformas legales, desconociendo de donde viene el Derecho que impera en su país y a qué razones obedece que en algún momento se hayan adoptado reglas para resolver conflictos basadas en la codificación, o aceptar opciones que otorguen validez a la costumbre como fuente del Derecho.

El Derecho, tiene elementos del pasado histórico y una incidencia en el futuro del Ecuador, por tanto, los órganos legislativos deben conocer que no se trata de copiar normas de países supuestamente más avanzados, ajenos a la cultura y tradición de los ecuatorianos, sino que se requiere de un estudio integral del origen de las instituciones jurídicas, de cuáles rigen y son efectivas, y qué reformas legales pueden ser más adecuadas para implementarse en el Ecuador.

Por solo anticipar un ejemplo después de comparar al Ecuador con el mundo moderno, podría surgir la interrogante: ¿Por qué no se cuenta con un código de familia, si los Estados han priorizado esta materia y la han independizado del Derecho civil y de otras ramas del ordenamiento jurídico?

Las razones antes expuestas motivan a realizar un estudio doctrinal que tribute al fortalecimiento de la historia del Derecho y a la comparación jurídica, fundamentalmente en materia de familias y sistemas jurídicos como presupuesto para

adoptar mejores decisiones normativas en el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano. De ello se derivó que se fijara el problema en una interrogante que sirvió de guía de trabajo para la investigación:

➤ ¿Cuáles son los fundamentos históricos, doctrinales y jurídicos procedentes de las familias jurídicas que han influido en el sistema jurídico ecuatoriano y que deben servir de sustento a los legisladores para la realización de reformas legales?

Como problema planteado, requiere de multiplicidad de respuestas, no se plantea ninguna hipótesis, sino que se opta por dar respuesta en las conclusiones.

Como objetivos se plantean los siguientes:

### **Objetivo General**

Sistematizar los fundamentos históricos, doctrinales y jurídicos procedentes de las familias jurídicas que han influido en el sistema jurídico ecuatoriano que deben servir de sustento a los legisladores para la realización de reformas legales.

En correspondencia con ello, nos hemos planteado como específicos los siguientes Objetivos:

1. Definir los conceptos de familias, sistemas, tradiciones y ordenamientos jurídicos que han generado confusiones doctrinales desde el Derecho antiguo hasta la contemporaneidad.
2. Comparar las grandes familias jurídicas reconocidas desde el Derecho antiguo hasta el Derecho moderno
3. Caracterizar el sistema jurídico ecuatoriano a partir de la influencia de las familias jurídicas como precedente para su perfeccionamiento.

Conforme a las sugerencias contenidas en el Manual de Procedimiento de titulación de la Universidad Metropolitana del Ecuador se propone un capítulo a la metodología. El trabajo se estructuró en tres capítulos. El primer capítulo se dedica al estudio de las familias y sistemas jurídicos desde el Derecho Comparado, donde se exponen los antecedentes de otras investigaciones, los problemas conceptuales en torno a las familias y sistemas jurídicos, antecedentes históricos, la controversia entre el Common Law y el Civil Law, así como las características de la familia socialista y la de los sistemas religiosos.

En el segundo capítulo se dedica a la metodología y en el tercero a partir de un razonamiento lógico y deductivo y la aplicación de los métodos científicos se realiza el análisis de los resultados caracterizando el sistema jurídico ecuatoriano, identificándose algunas limitaciones que pueden superarse con la profundización de la comparación jurídica con otros sistemas y con el perfeccionamiento en el orden práctico. Finalmente, se exponen las conclusiones, recomendaciones y bibliografía.

Al concluir el tema se logra sistematizar los criterios teóricos y jurídicos del objeto de estudio, caracterizar cada una de las familias y sistemas jurídicos modernos, así como determinar la influencia de tales familias y sistemas en el Ecuador desde el Derecho comparado. Se insiste en el Derecho comparado a pesar de los distintos métodos de investigación utilizados, pues ya sea como método o como disciplina, ha sido obra de los comparatistas el estudio de las familias y sistemas jurídicos.

Finalmente es trascendental expresar que la investigación que se ha escogido sobre Sistemas y Familias Jurídicas tributa a la docencia que se imparte en la Maestría de Derecho Procesal de la carrera de Derecho en Quito, y en tal sentido se optó por efectuar este tipo de estudio histórico doctrinal.

Se pretende el perfeccionamiento de los resultados obtenidos, a través de la realización de otras investigaciones y su posterior publicación como obra científica en provecho de la Unidad de Investigación sobre estudio comparado de los sistemas jurídicos. Tanto los alumnos de pregrado como los de postgrado podrán utilizar la presente investigación como material bibliográfico en su formación académica.

# CAPÍTULO I

## FUNDAMENTOS TEÓRICOS

El presente capítulo tiene como objetivo sistematizar los criterios teóricos acerca de las familias y sistemas jurídicos que han existido en la historia del Derecho, con especial énfasis en el Common Law y el Civil Law. Se caracterizan cada una de estas familias jurídicas y se evalúa su trascendencia hasta la etapa moderna en el Ecuador.

Dentro de las familias jurídicas se distinguen la del Civil Law (que en algún momento se integra como Familia Jurídica Romana, Neo Romanista o Romano Germánica, o de las cuales se indaga sobre sus antecedentes en Roma en su primera y segunda etapa). Derivado del Civil Law se conforma la conocida como Familia Romano Francesa y de algún modo se ha identificado el Civil Law con el Sistema Continental Europeo, por ello se abordan los movimientos codificadores romanos; el alemán, el francés y la codificación española.

Se examina la familia anglosajona o del Common Law, implementada en Reino Unido, Canadá, Estados Unidos de América, Nueva Zelanda, Australia, entre otros países. Se indaga sobre la familia jurídica socialista conformada por las antiguas Repúblicas Soviéticas, China, Corea de Norte, Vietnam y Cuba.

Se caracterizan además la familia jurídica de los sistemas religiosos donde rige el Islam, como Arabia Saudita e Irán. Se acotan algunos aspectos de los sistemas jurídicos mixtos de Canadá, Israel, Japón y la India. Vale aclarar que en ocasiones se entremezclan unas familias con otras, por ejemplo, el Derecho Consuetudinario, a veces, es tratado como familia aparte y en otras ocasiones, es inmerso en otras familias, pero ello obedece esencialmente a que así ha tenido lugar en la historia.

Lo que se desea esclarecer es que no todos los autores presentan el tema de igual modo. Cada estudioso del asunto se ha acogido a la clasificación que ha estimado pertinente siempre que le haya sido posible argumentar las razones por las cuales escogió una u otra variante.

### 1.1. Antecedentes de otras investigaciones

No han sido pocas las investigaciones realizadas sobre este tema, aunque es bien difícil agotar un asunto que posee disímiles aristas. En el caso del Ecuador (Blacio Aguirre , Derecho Comparado, 2010) después de haber realizado estudios sobre Derecho Comparado concluye sobre sus ventajas en la esfera nacional, ya que en su opinión este tipo de estudios aporta al legislador información para adoptar una adecuada política legislativa, le informa al Estado acerca de cuáles son las tendencias del mundo contemporáneo y de las experiencias logradas en el extranjero, de manera que es muy frecuente que los países reconozcan la importancia de la comparación de las familias jurídicas en el mundo.

Según este autor la materia de sistemas jurídicos comparados es imprescindible para llevar a efectos la idea de la unificación legislativa que muchos países defienden hoy a nivel internacional. El ejercicio del Derecho Comparado puede constituir una vía que dignifica el conocimiento jurídico común. (Blacio Aguirre , Derecho Comparado, 2010) Es el del criterio que el Derecho Comparado posibilita la propuesta de reformas legales, teniendo en cuenta las soluciones adoptadas por otros Estados y que en muchos casos han sido sometidas a comprobación en la práctica y valoradas en sus efectos. Sobre esta base pueden elaborarse nuevas leyes.

En la Universidad Andina Simón Bolívar (Alarcón Peña , 2016) desarrolló su tesis con la temática “Una metodología comparativa crítica: Su aplicación al caso ecuatoriano” y en sus conclusiones acota, que se verifica en el Ecuador “la ausencia de una metodología de Derecho Comparado”. Señala además que:

1. El ejercicio de derecho comparado no puede ceñirse al modelo tradicional y su metodología.
2. La recepción o importación mimética de instituciones o cualquier otro objeto de vanguardia foráneo no involucra un ejercicio de derecho comparado.
3. El derecho comparado no es sinónimo y tampoco se reduce a un ejercicio de legislación comparada.
4. El agrupamiento o inserción pasiva de los sistemas y subsistemas jurídicos en una u otra familia jurídica, acorde al cumplimiento de rasgos

comunes, -propio de la metodología tradicional-, desvirtúa sus particularismos o impurezas. (Alarcón Peña , 2016, pág. 78)

Finalmente hace un llamado respetuoso a la academia ecuatoriana y regional, para que se asuma la relevancia del estudio del Derecho Comparado en las mallas curriculares, alerta sobre su vínculo con la teoría local, con sus particularismos y fundamentalmente con la eficacia del sistema jurídico. Considera que esta es una realidad que no puede ser desatendida y que a través de ella se trata de generar conocimiento y recuperar la autoestima de nuestros sistemas jurídicos.

Se han realizado otros estudios sobre la influencia de la Carta Magna en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia: un ejercicio comparado y complejo (Alarcón Peña , 2016, pág. 77) Los estudios comparados sobre la familias jurídicas en el Ecuador constituyen antecedentes muy valiosos del tema que representan un avance en el pensamiento de los juristas.

## **1.2. Familias y Sistemas Jurídicos. Problemas conceptuales**

Alrededor de los conceptos de familias y sistemas jurídicos se produce un debate, pero nada que no pueda ser dilucidado si se define cada uno de ellos de forma independiente. Es necesario agregar a estas definiciones el significado de “tradición jurídica” y “ordenamiento jurídico” para establecer que, aunque existe una relación muy intrínseca entre todos, también concurren diferencias.

El concepto de tradición jurídica se asocia al conjunto de tradiciones, costumbres, cultura de un pueblo; el ordenamiento jurídico son las normas jurídicas de un Estado; la familia jurídica surge de aspectos comunes de varios sistemas jurídicos y los sistemas jurídicos conforman un conjunto de normas, instituciones jurídicas, costumbres y principios propios de un Estado o territorio. Es la forma más simple de expresar conceptos que ciertamente se entremezclan unos con otros.

Las familias jurídicas se han definido como conjunto de sistemas jurídicos que poseen rasgos comunes, atendiendo a sus antecedentes, fuentes, conceptos, principios jurídicos, metodología legal y procesal. Una familia jurídica agrupa sistemas jurídicos que poseen características similares y se encuentran separados con motivo de las fronteras que delimitan el territorio de cada Estado.

Pese a que existen en el mundo más de cien ordenamientos jurídicos estos han logrado identificarse o agruparse en unas pocas categorías. Cuando los sistemas jurídicos se agrupan por sus similitudes, se les conoce como familia jurídica.

Dentro de las familias jurídicas se reconocen la Familia Neo Romanista procedente del Derecho Romano justiniano que combinaba el Derecho Germánico con el Canónico; la Familia del Common Law con influencia danesa o vikinga; la Familia Socialista que surge a partir de 1917 con la llegada de los bolcheviques al poder, quienes traían consigo la doctrina del materialismo dialéctico; los sistemas mixtos que de forma paralela aplican varios sistemas y los sistemas religiosos basados en el Derecho Divino.

(Herter, 2009, pág. 15) reconoce como familias jurídicas: el Common Law, la Familia Jurídica del Código Napoleónico, la Familia Jurídica Alemana, los antiguos países comunistas, el grupo del Derecho Romano Germánico y los del este asiático, la Familia Jurídica Nórdica y la Familia Jurídica Islámica. Lo más generalizado en el tópico de familias jurídicas ha sido denominar como tales: el Sistema Continental Europeo también conocido como Civil Law o Sistema Romano Francés; el Derecho Anglosajón o Common Law; el Derecho Religioso; el Derecho Consuetudinario; los Sistemas Híbridos de Derecho Civil y Anglosajón y el Sistema Jurídico Socialista.

Cuando se aduce a las características de determinados grupos de países que siguen la misma línea de principios y formas de hacer justicia, algunos autores los tratan indistintamente como familias jurídicas o sistemas jurídicos. Tal es el caso de los sistemas religiosos de origen musulmán, casi nunca se tratan en la literatura como familia sino como sistema jurídico.

La familia jurídico religiosa se relaciona con un Derecho divino, nacido más allá de la voluntad de los hombres. Esta familia se torna rígida e inmutable precisamente en razón de que sus ritos descansan en dogmas que, según sus precursores, no pueden ser alterados por el hombre, pues la palabra divina no puede ser modificada por los que habitan la tierra.

Algunos autores citan al Derecho Consuetudinario como un sistema jurídico, con fundamento en la sola aplicación de las leyes que se refieren a la costumbre del pueblo. Su particularidad es que es un Derecho no escrito, se toman en cuenta las

leyes que han sido transmitidas oralmente, ejemplo de este tipo de sistema es el que existe en Mongolia y Sri Lanka.

El Derecho Consuetudinario es también denominado así por los usos y costumbres, que en algunos países como el Ecuador los consideran una fuente del Derecho, el cual funciona como reglas que se han manifestado reiteradamente en el tiempo en un territorio determinado. En sentido general se recurre a él cuando no existe una ley o una norma jurídica escrita que sea aplicable a un hecho.

Podría sintetizarse que dentro de los principios del Derecho consuetudinario se encuentran:

1. El uso repetido y generalizado de determinados comportamientos por la totalidad de los integrantes de la comunidad.

2. La conciencia de obligatoriedad por parte del grupo en el que todos deben aceptar la autoridad de la conducta común y la imposición y aceptación de esta rutina la convierte en ley.

La doctrina ha reconocido también la familia de Derecho Mixto, como la de aquellos países en los que se aplican dos o más sistemas de forma paralela. Dentro del Derecho Mixto, se encuentran aquellos países donde se ejecuta la aplicación de dos o más sistemas, comportando la existencia de un sistema acumulativo, en los cuales existe una unión de sistemas que se emplean paralelamente.

Sucedo la citada mixtura en Estados no independientes, porque lograron mantener ciertas particularidades de su sistema original en alguna parte de sus territorios y otros adoptaron las formas procesales de la metrópolis. En Quebec, por ejemplo, provincia francófona de Canadá se aplica un sistema de Derecho mixto.

Las familias jurídicas son aquellas que en varios países, regiones o continentes han asumido una misma línea de principios, en los que se incluyen los procesales y, por ende, existen semejanzas en sus procedimientos. En el ámbito procesal se les relaciona con las normas jurídicas imperantes en los procesos en cada Estado o territorio, sean normas de carácter procesal civil, penal, administrativo, laboral, constitucional, ambiental, etc.

Según (Couture Etcheverry, 1977, pág. 343) quien no distingue entre familias y sistemas jurídicos, refiere que los derechos procesales nacionales eran susceptibles

de sistematizarse en tres grandes grupos: 1) los sistemas orientales, entre los que se ubicaba los sistemas chino, hindú y musulmán; 2) el sistema soviético, al que consideraba como un sistema que mezcla elementos de los sistemas orientales y del derecho romano occidental y al que distinguía de este último sobre todo por la insólita extensión de los poderes del juez soviético y 3) el sistema romano occidental, surgido de la fusión de los procesos romano y germánico y ramificado en cinco grandes grupos: el hispano-americano, el luso-brasileño, el francés e italiano, el angloamericano y el austro-alemán.

También sobre los criterios de (Couture Etcheverry, 1977, pág. 345) en la literatura se encuentra que dentro de sus consideraciones ha expresado sobre los sistemas occidentales contemporáneos que los clasificó en: Sistemas hispanoamericanos, el francés e italiano, el anglo americano y el austro alemán.

Se distinguen también las familias jurídicas, como la romana, en segundo lugar, la germánica, la anglo-americana, la familia jurídica nórdica, y el Derecho del Lejano Oriente, donde se ubica el de China y Japón. Existen o se reconocen los sistemas religiosos, entre los que se encuentran el del Islam y el Hindú.

Ahora bien en un intento de distinguir entre los conceptos de familia jurídicas y sistemas jurídicos, se evalúan las consideraciones de algunos autores que han definido el sistema jurídico. Al finalizar el epígrafe se toma postura respecto al tema, aunque se reconoce de antemano que para el presente siglo, lo más importante no es el tema conceptual, porque la globalización ha entremezclado no solamente las definiciones sino todo el Derecho y a veces, lo que menos interesa son las deficiones o los conceptos sino otros fenómenos jurídicos más importantes.

(Guastavino, 1989, pág. 36) entiende por sistema jurídico la clase de ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente. Aunque no necesariamente un sistema jurídico coincide con un Estado, el sistema jurídico es el conjunto de normas e instituciones que integran un Derecho positivo y les son comunes a una colectividad determinada.

El sistema jurídico también puede concebirse como un sistema de fines, en el que lo realmente importante es su relevancia práctica inmediata (ligado a concretas

consecuencias jurídico-constitucionales), en el cual cada norma contiene un valor, que equivale a decir un fin, y entre las cuales, existe una relación lógica y jerarquía (Pavlovich Jiménez , 2009, pág. 18)

Carlos Santiago Nino, señala:

Es un sistema normativo que estipula, entre otras cosas, en qué condiciones el uso de la fuerza está prohibido y permitido y lo que estatuyen los órganos centralizados que aplican las normas del sistema a casos particulares (estando generalmente obligados a hacerlo), disponiendo la ejecución de las medidas coactivas que el sistema autoriza, a través del monopolio de la fuerza estatal (Nino, 2001, pág. 46)

Actualmente, (David & Jauffret-Spinosi, 2010, pág. 245) también utiliza las palabras sistemas para referirse a las familias y en relación a ellos manifiesta que los ordenamientos se suelen agrupar en tres grandes sistemas: el Civil Law, el del Common Law y el Socialista.

### **1.2.1 Toma de postura**

Para evitar confusiones y con base a las semejanzas entre las familias jurídicas, en este estudio se sigue, una clasificación que tiene en cuenta el criterio de (David & Jauffret-Spinosi, 2010, pág. 249). El Civil Law incluiría al Derecho Romano Germánico, al Romano Francés y al Sistema Continental Europeo que serían todos aquellos que siguieron la tradición romana; los que acogieron el Código Napoleónico.

De la familia del Civil Law, se distingue la del Common Law que sería otra familia, que agrupa a Inglaterra y a todas las que fueron y son colonias inglesas. Pertenecen a otra familia la Socialista; las de los regímenes que adoptaron el socialismo como sistema a partir del triunfo de los soviéticos.

Por último, quedan dos grupos importantes de familias jurídicas, las procedentes de los sistemas religiosos conocidas también como Familia Jurídica Islámica y las Familias de Derecho Consuetudinario, que se asientan en la costumbre. Como se ha expresado, es probable que la doctrina del Derecho adopte otras clasificaciones respecto a las familias jurídicas.

Llámesese familias o sistemas, lo que la doctrina mayoritaria ha querido establecer, y es que generalmente familia jurídica es un concepto más abarcador que el de sistemas jurídicos. Se ha querido distinguir que existen sistemas jurídicos que tienen caracteres comunes y pueden ser agrupados en la modernidad como nuevas familias jurídicas, tal es el caso de Ecuador, México, Colombia, Perú después de las reformas procesales de finales del siglo pasado.

Muchos autores se resisten a continuar con las confusiones que han surgido como resultado de las mutaciones que han sufrido estos sistemas o familias explicando que no son adecuadas para exponer las particularidades de los ordenamientos y sistemas jurídicos del siglo XXI. Lo cierto es que el tema puede ser adaptado al contexto contemporáneo sin grandes dificultades, lo único que se requiere es profundizar en cuál puede ser la mejor manera de denominar estas familias y evaluar los rasgos comunes en la etapa moderna.

Tampoco los criterios contrarios representan que el Derecho Romano, el Derecho Francés, el período de las codificaciones, entre otros conceptos, deban desaparecer de los estudios jurídicos, pues su importancia en la historia occidental es incuestionable. No obstante, para la etapa actual debe adoptarse una visión más innovadora, clara y esclarecedora del Derecho, que abarque todos los cambios que se han desplegado en los últimos años y se examinen además las particularidades propias del Derecho de cada Estado, región, localidad, para lo cual, la Historia del Estado y del Derecho es la herramienta por excelencia.

Los procesalistas cuando hablan de sistemas procesales, más bien utilizan ciertas clasificaciones respecto a las formas de dar solución a los conflictos. Por ejemplo, los penalistas hacen referencia a sistemas inquisitivos, acusatorios, adversarial, de jurados, oral o mixtos, estos últimos hacen referencia a cuando en un territorio rigen leyes que combinan lo acusatorio con lo inquisitivo. En el Derecho Civil, se utilizan los términos de sistema oral, sistema dispositivo, sistema de Derecho Privado.

En realidad, la doctrina procesal científica no se detiene tanto en la denominación, como en las características del sistema procesal, en las reformas, en cómo predominan, por ejemplo: en Latinoamérica, la oralidad, publicidad,

contradicción, concentración, intermediación, tutela jurisdiccional, pluralidad de instancias, la delimitación de funciones, etcétera.

Lo que más llama la atención actualmente en el Derecho Procesal de América Latina es la implementación de todo el conjunto de derechos y garantías del debido proceso y su efectividad. No obstante, todos estos componentes se relacionan de una u otra forma con las familias y los sistemas jurídicos que desde el Derecho antiguo se han manifestado en diferentes territorios en el mundo.

### **1.3. Antecedentes históricos**

El tema de las familias y los sistemas jurídicos tiene sus antecedentes en épocas muy antiguas como es el caso del Imperio Británico, regido por el sistema denominado Common Law, que ha discurrido por distintas etapas y se ha trasladado de un continente a otro en virtud de los procesos de colonización.

La evolución del Common Law puede establecerse en varias fases; la primera se caracterizó por el predominio del Derecho Sajón y abarca, desde los orígenes de Inglaterra hasta la invasión de los normandos hacia la segunda mitad del siglo XI. La segunda etapa se extiende al siglo XV, caracterizada por la centralización de la administración de justicia en los Tribunales; y una tercera fase, que abarca desde el siglo XV hasta el XVIII etapa en que se vive la época de oro de los casos Law a pesar de la influencia de la Equity que se decía que era un sistema más apegado a la justicia y hasta se tenía en cuenta la misericordia y la mansedumbre. (Rubano Lapasta, 2000, pág. 73)

Aunque con el desarrollo del capitalismo en Inglaterra se fue exigiendo mayor seguridad jurídica y el Parlamento Británico llegó a convertirse en la principal fuente del Derecho por su actuación legislativa, el Common Law sigue siendo un mecanismo completamente válido en Inglaterra y en sus excolonias.

De tales antecedentes puede resumirse que el Sistema Common Law es un Derecho creado por los tribunales en Inglaterra. En esta Isla surgieron dos cuerpos de normas diferentes: el Common Law y más tarde el Equity que se basaba en el Derecho Romano.

Hoy el Common Law se ha instalado en los Estados Unidos de América, prácticamente en todo Canadá, en el continente asiático específicamente en la India,

en el continente australiano, entre otros países. Estos sistemas jurídicos invocan el dinamismo y libertad de los jueces.

Por otro lado, los orígenes del Civil Law se remontan al antiguo Derecho Romano que se impregnó en Europa Central y Asia, y de ahí, llegó a las regiones latinoamericanas invadidas. La historia es testigo de cómo Roma fue conquistando a todos los territorios a su alrededor y a ellos fue trasladando su Derecho. Fue así que sus instituciones jurídicas se fueron diseminando y finalmente llegaron a las tierras del centro y sur de América mezclándose con las costumbres, cultura, reglas y normas jurídicas. (García Urué, 2013)

El Civil Law, calificado como el “reino del legislador”, se dice que pudo haber surgido en la antigua Roma, con la ley de las XII tablas en el año 450 a.n.e, aunque otros ubican su surgimiento con el triunfo de la Revolución Francesa o en 1804 con la promulgación del Código de Napoleón.

Sin dudas, en el Civil Law, centrado en las codificaciones, la ley de las XII tablas tuvo una trascendencia importante. Tal es la grandeza de Roma que, siendo apenas una aldea en los inicios de su expansión, logró tanta universalidad que ha creado una obra cuya influencia llega hasta nuestros días, involucrando a un cuarto de la población mundial.

El originario *Ius Civilis* romano a pesar de las disímiles y variadas situaciones que ha enfrentado y a las adaptaciones a que ha sido sometido durante siglos, rige con sus particularidades y algunas diferencias en el Derecho moderno.

Tres veces ha dictado Roma las leyes al mundo, tres veces ha llevado a los pueblos a la unidad; la primera vez a la unidad política, cuando la nación romana estaba aún en la plenitud de su pujanza; la segunda, a la unidad eclesiástica después del colapso romano; la tercera a la unidad jurídica, la Recepción del Derecho Romano en la Edad Media. Una ley muerta que despierta a una nueva vida; una ley escrita en una lengua extranjera, accesible solo a los eruditos, se abre paso alcanzando una rotunda aceptación. (De Cervantes, 2002)

Después de medio milenio, Roma logró lo que no pudo hacer cuando estaba en la cima de su poderío: regenerar el Derecho de los pueblos extranjeros. El Derecho Romano, como el cristianismo ha pasado a ser un elemento cultural del mundo moderno. (Smith, 1990, pág. 17)

En algunos períodos el sistema romano no tuvo grandes diferencias con la dinámica jurídica anglosajona pues la labor vinculada a la justicia se basaba en las opiniones de los jurisconsultos y personalidades utilizando ocasionalmente las legislaciones. Durante la etapa del bajo imperio, cuando ya Roma parecía en decadencia, Justiniano salvó de manera pulcra el Derecho Romano realizando la obra de codificación más excelente que se ha construido en la Historia del Derecho.

Por obra de Justiniano un conglomerado de reglas, leyes, instituciones y de decisiones *ad hoc* fueron compiladas, la escuela de los glosadores y posglosadores se encargó no solo de recopilar, sino de comentar, rectificar, perfeccionar, armonizar y sistematizar un arsenal de información aun sin una preparación sobre lo que era el método sistemático. Se convirtieron en verdaderos exégetas y comentaristas, cual si hubieran estado preparando un código para ponerlo en vigor.

Un Derecho casuístico, hecho por y para los prácticos, venía a convertirse para siempre en una obra de obligada consulta no sólo para la doctrina posterior sino por todos los encargados de decidir conflictos. Los glosadores y posglosadores lograron adaptar a los nuevos tiempos el Derecho que había regido en Roma durante todo su desarrollo histórico.

Estos estudiosos del Derecho, reconocidos como profesores universitarios, lograron un prestigio tal en Roma que sus comentarios constituían el fundamento para las sentencias que dictaban los jueces, casi siempre ocupados en resolver los conflictos sometidos a su consideración. Los eruditos, aun sin contar con los jueces, lograron construir una dogmática jurídica mediante la lógica o sistemática que les permitía dar respuesta a muchos casos que se le presentaban, siendo reconocidos estos estudiosos como "Oráculos vivientes del Derecho."

Fue tanta la fama que alcanzaron los comentaristas que llegaron a convertirse en una instancia a la que los jueces consultaban los casos más difíciles e inverosímiles. Nadie se atrevía a crear Derecho, los eruditos indicaban consultar las citas del digesto para ofrecer solución a los casos. Fue así que también fue surgiendo

una especie de doctrina, ideas, comentarios de Derecho que serían estudiados por los jueces quienes solo contaban con el imperfecto y rústico Derecho Feudal.

La codificación de Justiniano se mantuvo vigente durante toda la etapa de “oscurantismo jurídico” en momentos en que se daba sepultura al Imperio Romano. El *Corpus Iuris Civilis* Justiniano acuña una de las características básicas de lo que hoy se denomina Familia Romano Germánica, una codificación del pensamiento romano que garantizó que se pudieran conocer las instituciones jurídicas romanas hasta nuestros días.

Con base a las citadas compilaciones de Justiniano, a partir del siglo XII, las Universidades se encargaron de desarrollar como ciencia lo relativo al ámbito jurídico adaptando a las nuevas necesidades de la época y esa fue la cuna del sistema Romano Germánico. La familia jurídica Romano Germánica, surgió ligada al renacimiento del siglo XIII, cuando la nueva sociedad razonó sobre la necesidad del Derecho, al considerar que este es útil para garantizar el orden y la libertad que viabiliza el progreso, esta tuvo gran influencia en América Latina.

Mientras que en Europa Occidental el Derecho Romano cayó víctima de los bárbaros y fue degradado durante el Medioevo, el código de Justiniano mantuvo la esencia de la antigua cultura jurídica en una cápsula de tiempo. De esta manera, en el siglo XII, cuando Europa resurgió de la decadencia económica y cultural, el Derecho Romano ya estaba esperando para servir de fundamento para un nuevo *ius commune* de Europa continental. (Pérez Gallardo, 2002, pág. 25) Justo en el momento en que más lo necesitaba el comercio mundial, el Derecho Romano fue retomado en Europa en lo que puede llamarse Renacimiento del Derecho.

Así es que queda conformada la dinámica de la administración de justicia continental, denominada también “neorromanista” donde las doctrinas, los estudios de los profesores, las conclusiones, poseen un método, un manejo de conceptos; muchas veces exquisito, fruto del análisis lógico y sistemático, y que sirven de base a las codificaciones. El elemento que viene a ofrecerle carácter sistémico a todos los conflictos de Derecho en el sistema Civil Law, es el Código.

Al margen de los criterios en contra, sobre todo de aquellos que defienden el Common Law, el Código reúne todos los posibles casos que pueden presentarse en la vida diaria y cotidiana de la sociedad. La Europa medieval siempre estuvo

consciente de ello, era necesario condensar las normas jurídicas en algo tangible, reconocido y respetado por todos, lo cual está determinado en una premisa muy antigua en el desarrollo de la humanidad: era necesario escribir el Derecho.

El proceso de codificación se presenta como el medio ideal para la sistematización del Derecho, mediante la aplicación de métodos lógicos y de la razón. La idea de defensa de los principios de orden político y jurídico, el movimiento codificador viene a constituirse para los neorromanistas en la principal tarea para utilizar como primera fuente del Derecho, la ley. La seguridad y la certeza jurídica que transpira "el Código", constituyen fundamentos esenciales para apoyar las codificaciones.

Dentro de los primeros intentos de codificación en la etapa moderna se encuentra el Código Danés de 1683, el noruego de 1688 y el sueco de 1736. También el código prusiano de 1874, junto al código civil austríaco de 1811.

Dentro de las codificaciones modernas, se coincide en que el Código de Napoleón, fue el modelo de código de la época, el texto paradigmático de la nueva sociedad burguesa, un hito en el desarrollo posterior de la codificación en Europa y América; un código cuya irradiación alcanza a todos los procesos liberales y nacionalistas del mundo, se extendió por Rusia, Francia, pasó a las colonias africanas, americanas, Indochina; y a través de España es difundido a gran escala en América.

Napoleón convencido de la trascendencia que tendría su código expresó: "M'avrai gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil" (Cabrillac , 2009) que traducido al español significa "Mi verdadera gloria no es haber ganado cuarenta batallas, Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Aquello que no se olvidará, que vivirá eternamente, es mi Código Civil." (Cabrillac , 2009)

El código civil alemán también considerado como un código de vanguardia entró en vigor en 1900, contó con un alto nivel de abstracción y excelente técnica jurídica para su época. No obstante, la grandeza de estos códigos, a este movimiento se le han opuesto algunas corrientes como el Romanticismo Jurídico y la Escuela del Derecho Libre.

La Escuela de Derecho Libre fue una reacción en contra de la actividad codificadora, negándole al código el carácter de fuente única y su falta de plenitud, pero basados en estas cuestiones que podrían ser ciertas o no, llegaron a límites extremos. Si bien sus argumentos pudieran ser razonables en cuanto a que el juez tiene la percepción de lo justo y que incorpora su ética en las valoraciones y también su propia percepción sobre cuestiones como el bien del pueblo, la necesidad social o el interés del Estado; de estas afirmaciones extrajeron otras como el de negar la legitimidad de las fuentes formales del Derecho, valorando solo las materiales, o que la norma debe extraerse de la vida misma y no de algo escrito.

La teoría de que las únicas fuentes deben ser derivadas del orden de las cosas humanas, la evolución de los pueblos y que el juez debe alejarse de la ley si la considera imperfecta para resolver el caso en cuestión, dista mucho de lo tradicionalmente instaurado en el sistema de Derecho neorromanista. La Escuela de Derecho Libre ganó miles de detractores en razón de tales planteamientos, pues prescindían deliberadamente de la seguridad jurídica que ofrece un Código.

Por supuesto que es de justicia reconocer que la labor del juez implica que la ley no es un texto muerto, y que los jueces están llamados a interpretarla, pero la historia ha develado y demostrado las consecuencias desastrosas que ha provocado la tendencia *iusfilosófica* basada en que las normas surgen de la vida diaria y que han dejado únicamente al arbitrio de los jueces las decisiones judiciales. Muchas veces esa libertad ha provocado arbitrariedades, cuyas sentencias han sido comentadas por gozar de un abuso insostenible.

La ley en la familia del Civil Law constituye un límite al poder del Estado; los jueces y los legisladores van de la mano y crean un diálogo entre sí muchas veces difícil de entender, pero en el que el juez se encuentra obligado a consultar la ley. El juez y el legislador constituyen un par insoluble para dar solución a los litigios sometidos a consideración del primero, para los seguidores del neorromanismo, cuando el legislador habla, el juez calla; entre los anglosajones es al revés, cuando habla el juez, el legislador hace mutis.

El sentido del Civil Law otorga una importancia capital a la legislación escrita en la que los jueces solo pueden interpretar la ley como paso previo a su aplicación, de manera que logren resolver sus asuntos en virtud de la realización de un proceso

de análisis y subsunción del hecho en una norma escrita hallada en el texto legal. Esta actuación dista mucho de lo que acepta el Common Law como variante de aplicación del Derecho.

Mientras tanto la historia del Derecho ilustraba la contienda entre dos grandes familias jurídicas, el Common Law de origen inglés y luego expandido por las colonias británicas; y el Civil Law que es el mismo Romano Francés, Continental Europeo o Romano Germánico, que fue trasladado a las colonias de América del centro y sur. Sin embargo, en la actualidad, aunque algunos autores catalogan un sistema como: Civil Law y otro como Common Law, ya no es exactamente puro ninguno de los dos, las reglas y normas de uno y otro se mezclaron, aunque se conserva la esencia de su diferencia clásica: En el Civil Law, la reina es la ley y en el Common Law, el juez es rey.

Si bien para Hans Kelsen “una norma es válida, si pertenece a un sistema jurídico y cuando deriva de otra norma válida de ese sistema” (Kelsen , 1979), para Carlos Nino “Un sistema jurídico puede reconocer como válidas las reglas de otro sistema jurídico, sin que esto implique que aquellas normas formen parte del sistema jurídico en cuestión” (Nino, 2001). Hoy es más evidente para los estudiosos del Derecho la imbricación que poseen los sistemas jurídicos.

En realidad, ya no puede afirmarse que los sistemas de Common Law y Civil Law son diametralmente opuestos, pues en los sistemas de corte Romano Francés existe cierta oportunidad de utilizar fuentes no codificadas al solucionar conflictos y en el sistema del Common Law existen codificaciones y leyes que se interpretan y aplican como fuentes de Derecho. Los efectos de la globalización también repercuten en el área jurídica.

Tampoco en el presente siglo la distinción entre las familias jurídicas tiene la relevancia que tuvo antes. La familia Romano Germánica tuvo sus grandes honores y la Romano Francesa fue reconocida por sus aportes a las codificaciones llevadas a cabo en el siglo XIX, era centro de atención porque se logró transmitir en la esfera del Derecho Romano privado a gran parte de los Estados en Europa y América. Dentro de toda aquella riqueza de instituciones jurídicas que han trascendido hasta hoy, se recordará por siempre una obra casi perfecta como lo fue el Código Civil Napoleónico de 1804.

La consideración y alta estima que se le tuvo al código napoleónico llevó a que en las facultades de Derecho de las Universidades se estudiara con toda profundidad el origen del Código Civil junto al estudio del Derecho Romano y se promovió una visión histórica especialmente basada en el Derecho Romano y el Derecho Francés del siglo XIX. De ahí viene aquello de circunscribir la familia al Romano Francés.

Aunque es de reconocer que el concepto de familia jurídica perfilado por el Derecho comparado en el siglo XX, ha ido perdiendo vigencia y prácticamente no se utiliza en el presente, ello no significa que deba abandonarse. Es cierto que se produjeron en el mundo grandes transformaciones económicas, políticas y sociales que han ido marcando un nuevo camino en el Derecho, como: la desintegración del campo socialista, la caída del Muro de Berlín, la globalización, o el aumento de los conflictos relacionados con el Derecho musulmán, todo ello, indiscutiblemente ha tenido un impacto en la conceptualización de los teóricos.

Muchos acontecimientos han transformado la idea de ubicar el Derecho en alguna familia específica. Los países aceptan constitucionalmente el pluralismo jurídico como México, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, o aceptan nuevas formas de crear y entender el Derecho; en los países socialistas no se adopta rígidamente la concepción marxista; los europeos aceptan en sus tierras a los musulmanes y respetan sus derechos; muchos de los derechos reconocidos no se pueden explicar desde el Derecho Romano Francés o del Common Law.

#### **1.4. Common Law**

El nacimiento del *Common Law* se ubica en 1066 en Inglaterra, una etapa en que la Isla se dividía en feudos y los señores feudales impartían justicia a través de las cortes, pero muchas veces los procesos se tornaban engorrosos fundamentalmente por la irracionalidad de la prueba, la exagerada solemnidad y la debilidad de las sanciones. Ante esta situación Enrique II dictó un Decreto por el cual el perjudicado tenía derecho a someterse a la justicia del rey y no adherirse a la protección del Lord, en tal caso, el rey autorizaba la creación de un tribunal (King's Court), formado por un conjunto de vecinos del lugar.

Las cortes locales daban solución pronta a los conflictos sometidos a su consideración y dictaban sentencia de acuerdo a su particular concepción sobre lo que era justo y así se fue formando un cierto criterio de cuál debía ser la solución,

asentándose una especie de costumbre o Derecho consuetudinario a la cual se iban adhiriendo los jueces que posteriormente tenían un asunto semejante a solucionar (analogía).

Por otra parte, las cortes reales también impartían justicia, a veces con una concepción distinta a las costumbres locales, pero siendo esta costumbre de carácter nacional por ser común para todo el reino, fue denominada: Common Law, que era en definitiva el conjunto de decisiones que adoptaban los jueces reales a su leal saber y entender, atendiendo fundamentalmente a su razón práctica y al Derecho natural, tomando como referencia la manera en que el asunto había sido resuelto con anterioridad.

Así fue como los fallos de las cortes reales fueron desplazando a los tribunales locales entre los siglos XVIII y XIX en que estos desaparecen. Quedaba perfilado un cuerpo de usos y costumbres comunes a todo el reino que se hacía cada vez más popular por la cantidad de casos que se sometían a su consideración.

Estas costumbres reales tenían por fuentes el Derecho Consuetudinario, sajón de un lado, y del otro, el aporte normando que se sumó con la invasión de Guillermo el Conquistador en 1066. Así fue como se estableció la forma de impartir justicia en Inglaterra, la cual hubiera quedado limitada a las Islas si no hubiera ocurrido, después en los siglos XIV y XV, que Inglaterra conquistara a una parte del mundo, a quienes dejó su legado en el orden jurídico. Forman parte de este sistema en la actualidad Reino Unido y sus dominios, colonias y excolonias.

El Common Law basado fundamentalmente en la jurisprudencia y no en las leyes, evidencia el tan importante rol que se le asignó a la jurisprudencia como fuente del Derecho, lo que, si bien no se instaló con fuerza en el sistema Romano Francés en el Sistema Anglosajón constituye un paradigma.

El precedente judicial posee un valor determinante dentro del Sistema de Common Law; ya que, aun cuando la base del sistema sea de naturaleza consuetudinaria, en la práctica funciona por la vía del precedente. El precedente constituye un fallo anterior de un juez dado en un caso similar que obliga al juez posterior a resolver conforme a la decisión adoptada antes.

La comprensión de este tipo de sistema radica en que un único precedente instituye el Derecho y crea obligación. Su doctrina es la del acatamiento de los fallos

anteriores, es decir, las medidas adoptadas anteriormente por otros tribunales que solucionaron un conflicto similar son precedente para el futuro.

En el Sistema del Common Law, es suficiente que exista una disposición adaptable al caso actual para que los jueces se encuentren obligados a repetirla. Un solo precedente constituye derecho y genera obligación; su doctrina es la del respeto por aquellas decisiones precedentes, es decir, por los fallos adoptados previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Esto no ocurre en Francia, España, Ecuador, Cuba, Perú ni en ningún país de corte Romano o de tradición civilista.

Aunque en los Estados del Civil Law existe cierto respeto por los precedentes judiciales y por los fallos judiciales, un precedente no posee fuerza que obligue al juez a decidir como en el Common Law. Pero no solo en el precedente se sustenta derecho anglosajón.

Las principales fuentes oficialmente reconocidas por el Derecho anglosajón incluyen además del precedente judicial que es lo que en el Common Law se conoce como jurisprudencia; la legislación, que son las leyes del gobierno central y local, la costumbre, como pueden ser los usos mercantiles, la doctrina y la razón. Esto es lo que marca la diferencia con el Civil Law en el que la ley es la fuente principal.

En sus inicios el Common Law no fue muy bien acogido en los territorios de Ultramar. En las trece colonias, donde los jueces no eran profesionales aborrecían las sutilezas legales de Inglaterra y se decía que Dios y La Biblia los inspiraban más.

Se cuenta que un juez instruyó a un jurado diciéndole: "Hagan justicia entre las partes, no según los subterfugios jurídicos que se encuentran en *Coke* o *Blackstone* -libros que nunca he leído y que jamás leeré- sino según el sentido común que existe de hombre a hombre". Nótese que siempre está presente algo que es común a toda la tradición *iusanglosajona*: el sentido común -common sense-. (Smith, 1990, pág. 29)

Con la liberación de los Estados Unidos en momento en que se encontraban influenciados por el iluminismo francés y el odio hacia todo lo inglés, los norteamericanos tuvieron la oportunidad de acogerse al sistema continental que en aquella época inspiraba cambio y progreso, pero no se contaba con traducciones del francés al inglés y los académicos apegados a la vieja Inglaterra se encargaron de

insistir en su inviabilidad en el país. De no haber sido por ello el curso de la historia jurídica norteamericana hubiera sido otro.

Así quedó marginado el proceso de codificación en los Estados Unidos, la mejor forma que encontraron fue seguir la tradición inglesa de vincularse con las decisiones anteriores y así ponerse en consonancia con los ideales de seguridad jurídica y justicia que habían recibido de los ingleses. Esto viabilizaría dar un trato igual o semejante al anterior, de similares características.

Actualmente forman parte del sistema de Common Law, el Reino Unido, los Estados Unidos, excepto el estado de Luisiana (que quedó atado a la tradición de su exmetrópoli francesa), toda Canadá, excepto Québec (que corrió la misma suerte de Luisiana), Irlanda, Chipre, Malta, el Canal de Panamá (hasta muy recientemente que pasó finalmente a soberanía panameña), Guyana, India, Pakistán, Nepal, Bhután, Bangla Desh, Birmania, Malasia, Papua Nueva Guinea, Australia, Nueva Zelanda, gran parte de Oceanía, Nigeria, Ghana, Sierra Leona, Liberia, Sudán, Uganda, Kenya, Tanzania, Rwanda, Burundi, Swazilandia, Lesotho y Sudáfrica. (San Miguel Giralt , 2006, pág. 82)

El Common Law supone que en la mente de los jueces debe prevalecer, en todo momento, la mente de un hombre razonable, para poder determinar la responsabilidad de las personas a las que juzga, de ahí que el término derecho natural (Naturrecht). “Está investido de un halo de dignidad, encarnación de los más profundos principios y de las más altas expresiones de la razón humana y de la ley de la naturaleza implantada por Dios en el corazón del hombre.” (San Miguel Giralt , 2006, pág. 82)

Se ha expresado que, “El Common Law es el Derecho ideal y perfecto por ser él la razón natural desarrollada y expuesta por la sabiduría colectiva de varias generaciones, es el compendio de la razón y de lo razonable.” (San Miguel Giralt , 2006, pág. 83) Pero esta sublimada perversión de la razón confunde y deja perplejos, hundiendo a sus víctimas en un laberinto de errores. El juez hace el Derecho arrancando a los precedentes algo que no contienen. Él extiende sus precedentes, los cuales a su vez “son la extensión de otros hasta que; en virtud de este cómodo principio, todo un sistema de Derecho es construido sin la autoridad o interferencia del legislador.” (San Miguel Giralt , 2006, pág. 84)

He aquí el indiscutible lazo con el Romanticismo Jurídico, corriente *iusfilosófica* que criticó decididamente la codificación, al sostener que el espíritu del pueblo no puede ser englobado en una disposición normativa, y que las soluciones a los litigios solo pueden ser extraídas de la vida misma de los pueblos. Se trata de una revuelta contra el orden establecido por el Derecho (Vélez , 2018, pág. 69)

El Derecho vigente no es la ley escrita, sino la interpretación que establece el juez de los postulados de esa ley. El Derecho, más que un cuerpo de normas, es un cuerpo de decisiones de los tribunales, que toman en cuenta a las normas; es, en definitiva, el escepticismo ante las normas escritas.

Resulta que el Derecho no es la norma, ni el Derecho es el hecho, ni el Derecho es el hombre aplicador, sino la suma dialéctica de esos tres factores. El hombre más la norma, más el hecho: es eso lo que entiendo por Derecho". (Silva Gutiérrez, 1982, pág. 38)

En resumen, el Common Law se compone por normas no escritas y por tanto no promulgadas y publicadas, es un conjunto de reglas procedentes de las decisiones adoptadas en los casos solucionados por los tribunales con anterioridad. A esto se le denomina precedente jurisprudencial o jurisprudencia.

Es opinión dominante de los juristas anglosajones que la acción crea el Derecho, es decir, el Derecho existe porque existen los procesos ante las cortes judiciales.

Las características del Derecho anglosajón incluyen:

- 1.- Las leyes o códigos no siempre existen
- 2.- Tiene como fuente principal la jurisprudencia.
- 3.-Amplia libertad de contratación, son muy excepcionales las disposiciones legales instrumentadas para la relación contractual.
- 4.- Todo lo que no se encuentra expresamente prohibido por la Ley se encuentra permitido.
- 5.- La participación del jurado es oral.

(Cueto Rúa , 1997, pág. 45) expresaba que el Common Law es la política judicial sabia, porque la Corte cede ante la experiencia y la razón.

¿Cuál es la crítica de los juristas de formación romanista? El Derecho precedente deja la impartición de justicia en poder de los jueces a su absoluto arbitrio, y quizás esto no ofrezca la seguridad jurídica necesaria para el justiciable.

En conclusión, puede referirse que el Common Law, se basa en que los asuntos deben resolverse tomando en cuenta las sentencias dictadas en casos anteriores semejantes, en lugar de atenerse en las leyes escritas por el legislador. Esta forma de resolver los conflictos desde el punto de vista jurídico es el que distingue a la familia de los sistemas del Common Law de otros sistemas jurídicos que han sido reconocidos en el mundo como procedentes de la familia del Romano Germánico o el Romano Francés.

Mientras los países que siguieron la tendencia de la familia del Civil Law a la que pertenece la Romano Francesa y la Romano Germánica se atienen a lo dispuesto en las leyes y normas jurídicas aprobadas por los órganos con facultad legislativa, la familia del Common Law también conocida como anglosajona no tiene en cuenta las codificaciones, salvo casos excepcionales. El Common Law ha ido formando compilaciones de sentencias dictadas desde etapas antiguas y en la medida en que se mueve la realidad, surgiendo nuevas sentencias, mismas que se tienen en cuenta para que sean reiteradas por otros jueces.

#### **1.4.1 El Derecho Procesal en el Common Law.**

En el Common Law el sistema procesal civil no ha tenido la misma evolución, aunque también rige el principio dispositivo propio de los asuntos de orden civil, dominado por la autonomía de la voluntad el cual influye en el proceso.

A diferencia del Civil Law, el Common Law se caracteriza por la intervención de los jurados también en los procesos civiles. En los Estados Unidos se han implementado con criterios a favor, pues se asume como una justicia adecuada a sus tradiciones.

En materia de valoración de las pruebas, en el Common Law se suprimió la prueba tasada y los jueces valoran las pruebas con absoluta libertad en materia civil. La apreciación de las pruebas se encuentra regida por el principio de libre apreciación, sujeta a los criterios de racionalidad del juzgador.

Mientras en el Civil Law los jueces al dictar sentencia deben tener en cuenta las consideraciones derivadas de la prueba tasada, a pesar de sus criterios en contra,

los del *Common Law* pueden evaluar esos elementos, pero no están obligados a dictar su resolución con arreglo a ello. Los jueces del *Common Law* poseen mayor libertad para valorar las pruebas no sujetas a reglas procesales.

El mundo ha evolucionado a un punto que prácticamente todos los procesos se han internacionalizado y aunque cada uno de estos sistemas conserva sus principios básicos, aquellos puntos que parecían diferencias irreconciliables han ido tomando matices distintos. Lo mejor que puede acontecer en un estudio sobre los diversos sistemas procesales, es que se pueda extraer lo positivo de cada uno y evaluar la relación que guarda con el contexto, cultura, aspiraciones e intereses que se defienden en el Derecho del Ecuador.

La doctrina procesalista en la etapa contemporánea, más que hacer alusión a los sistemas del *Common Law* o *Civil Law* se reduce a caracterizar los sistemas de corte acusatorio, inquisitivo, o mixto. En ocasiones, denominan a los sistemas procesales como sistema musulmán, sistema alemán, británico; sistema ecuatoriano, peruano, atendiendo al país o región a que pertenezcan. De cualquier manera, introducirse en algunos de los rasgos de los sistemas antiguos y modernos de orden procesal o sustantivo, puede aportar elementos que permitan trazar nuevas perspectivas para el futuro del Derecho.

### **1.5. La Familia del Civil Law**

Esta familia de origen romano conocido como *Civil Law* tiene como fuente principal del Derecho, las leyes, codificaciones que han transitado por un amplio y abundante proceso de creación normativa. Marca la diferencia entre el *Civil Law* y el *Common Law* precisamente eso, el reconocimiento de la ley y en un lugar cimero la Constitución, como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico. Subordinadas a la Constitución se encuentran las demás normas de Derecho como las de carácter administrativo, corporativo, penal, civil, constituyendo todo un ordenamiento jurídico al que están sujetas tanto las personas naturales como jurídicas.

La familia del *Civil Law*, también relacionada o a veces identificada con el Romano-francés, rige en toda la parte de Europa, de América y de África que no pertenece al *Common Law*, además de Québec, Luisiana, así como en la parte de Asia que no pertenece al Sistema Islámico. El sistema Romano Francés rige también

en casi todas las naciones que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses. (Santibañez Ramírez , 2010)

Como se ha expresado este sistema, desde muchos siglos atrás, agrupa al Derecho germano con el romano. Por razones históricas y esencialmente como derivación de las intensas luchas por el poder sobre los territorios, los pueblos europeos se fueron mezclando unos con otros, lo que trajo aparejado que los sistemas jurídicos se fusionaran, resultando de ello, que los que recibieron la influencia del cristianismo tendieron más al Derecho Romano, a través de las instituciones del Derecho Canónico.

El sistema Romano-Germánico se concreta a un bloque edificado por la ciencia que plantea dotar a los abogados con categorías, concepciones y metodologías que les conduzcan a salidas justas. Otra de las virtudes del sistema Romano-Germánico es que ha poseído la capacidad de agrupar a los pueblos de Europa en la aceptación de su Derecho y sus tradiciones.

La Familia Romano Germánica se ha caracterizado porque su base fundamental es la codificación de las normas jurídicas de carácter general y ordenadas sistemáticamente, de las que se pueda deducir la solución concreta de los casos planteados. En estos cimientos se asienta el sistema y la codificación germánica, en la que no se utilizan reglas inéditas o asentadas en otros fallos para dar solución a sus casos, sino en ese conjunto normativo escrito y codificado.

En los países pertenecientes a la familia Romano Germánica, los jueces no elaboran la norma, debido al hecho de que la equidad requerida por el caso concreto pone en peligro su claridad de juicio y sobre todo a que su papel no consiste en pronunciarse "en forma general y reglamentaria". Los jueces tienen a su cargo la aplicación de las normas jurídicas mientras el legislativo se encarga de crear la norma jurídica. (San Miguel Giralt , 2006)

#### **1.5.1. El Derecho Procesal en el Civil Law.**

En el ámbito del Derecho Procesal Civil durante mucho tiempo giró alrededor de su forma tradicional, un juez que observaba el cumplimiento de las formalidades legales mientras las partes eran dueños exclusivos del proceso. En la etapa moderna estas formas han ido adquiriendo otros matices en el que se permite a los jueces

disponer pruebas para mejorar, proveer o resolver cuando lo considere indispensable para dictar sentencia.

En los países de corte Romano Germánico en el orden civil, el principio dispositivo permite a las partes disponer del derecho material controvertido en el proceso, iniciar y fijar el objeto del proceso y el objeto de prueba, de manera que el juez queda vinculado a resolver conforme a lo alegado y probado por las partes, a quienes le corresponde la carga de la prueba. A cada parte le corresponde probar los hechos que alegue y los que oponga a lo alegado por su contrario.

Significa que los que siguieron el sistema Romano Germánico se rigen por el principio dispositivo, donde el juez asume una postura de director encargado de resolver la cuestión litigiosa sometida a su consideración. Si bien en cada Estado o Nación existen determinadas particularidades, en su esencia, los jueces resuelven dentro de los marcos interesados por las partes y se respeta el principio de congruencia.

Otra de las tendencias cada vez más generalizadas del sistema procesal de corte romano germánico, lo constituye el dominio progresivo de la oralidad, en sustitución de la forma escrita, cuyo momento cumbre del proceso es la audiencia en la que se practican las pruebas. El juzgador en tal acto juega un rol relevante derivado de sus funciones de dirección y de los modos de actuación que le son exigibles, pues en tal sentido debe desempeñarse con total prudencia, honradez, imparcialidad, independencia, capacidad e inteligencia.

En materia de pruebas, los países que han seguido al Civil Law han tardado en asumir una libertad absoluta en materia de valoración de las pruebas, pues la prueba tasada, de una forma u otra, ha estado presente sobre determinados aspectos, como en cuanto a hechos confesados o la validez de determinados documentos públicos. Esta no ha sido la tendencia en los sistemas del Common Law, aunque, por supuesto existen fundamentos suficientes para sostener una u otra postura.

Desde hace ya varias décadas el sistema procesal civil se ha dotado de suficientes herramientas normativas, que lo colocan en condiciones de alcanzarse el debido proceso que se demanda por la comunidad internacional y las constituciones de los Estados.

### **1.6. Controversia entre el Civil Law y el Common Law.**

Aunque en la actualidad existe una tendencia a la aproximación entre el Common Law y el Civil Law sus diferencias son marcadas, teniendo en cuenta que el sistema de corte anglosajón basa sus sentencias en el precedente y en las decisiones que sus superiores adoptaron con anterioridad, es decir, las cortes quedan obligadas a decidir con base a lo decidido precedentemente, no apoyados en la legislación. En la base latina, aunque existen determinados países en que los precedentes son de obligatorio cumplimiento a menos en lo formal, los tribunales no quedan obligados a fallar igual, y aunque en otros países existe una jurisprudencia de las cortes supremas, en realidad no constituye ese fallo una fuente del Derecho.

En el Derecho Romano Francés la institución procesal de la casación se ha expresado que tiene como fin unificar los criterios de la jurisprudencia, pero esa finalidad se ha puesto en crisis también por muchos procesalistas contemporáneos en razón de la necesidad de decidir de manera justa en el caso concreto. De tal modo que la decisión de los superiores no impone a los jueces inferiores, fallar de manera igual a como lo hicieron los jueces supremos, y ni siquiera obliga a los jueces de la misma corte o tribunal supremo a decidir conforme a lo precedente, pues la fuente de Derecho fundamental es la Ley.

En los ordenamientos de corte Romano-Francés, la norma que crea el legislador: ley, es fundamental, tiene carácter esencial, y se manifiesta de manera más sistemática en los códigos, que proyectan todas las hipótesis legales a todos los potenciales conflictos a solucionar en el futuro. El juez interpreta y aplica la ley, creando Derecho al momento en que integra la propia ley que emana del legislador.

Cuando en esta familia del Civil Law se habla de fuentes, por excelencia es la ley y solo de modo accesorio se utilizan otras fuentes como la jurisprudencia, la costumbre o la doctrina, solo cuando no exista norma jurídica que pueda ser aplicada al caso. Contrario a ello es lo que acontece en la familia del Common Law en que es la creación judicial, la principal fuente de Derecho para resolver la *litis* y no el ordenamiento jurídico.

Las diferencias actualmente no parecen ser tan absolutas, ambos sistemas de Derecho se han acercado más de lo que es dable imaginarse. Cada vez más en el Derecho continental, la creación de Derecho por el juez es más importante como

oxigenador de la ley; la elaboración judicial de Derecho no es mero apéndice de la ley, sino parte funcionalmente normal y necesaria de la creación de preceptos jurídicos, porque es el juez el que establece el vínculo entre los supuestos de hecho y las normas abstractas. Además, las leyes han demostrado ser insuficientes para resolver los infinitos problemas que plantea la vida práctica del Derecho, en otras palabras, la ley no agota al Derecho.

En el caso del Derecho anglosajón, cada vez más la ley adquiere importancia, el precedente es algo así como un cuerpo con vida propia, que se alimenta del ingenio de los jueces, sin embargo, en gran medida, ni tan siquiera la Equidad puede mitigar los efectos perjudiciales del ciego apego al precedente; la extrema velocidad con que se vive hoy en día y que los países anglosajones no son precisamente los menos veloces, requiere de una necesaria rapidez en la mutabilidad de los criterios de los tribunales y sus sentencias; luego entonces, la forma más rápida de lograr ello, sin necesidad de requerir tiempo a que los jueces se pronuncien y asienten sus planteamientos en el resto de la comunidad jurídica del país, es mediante la formulación de estatutos que se expresen en ese sentido.

El otrora despreciado Derecho Público, cada vez gana más espacio y ese sí requiere necesariamente de mayor intervención legislativa en comparación con el Derecho Privado, al estar imbuido sobre todo por normas de carácter prohibitivo, imperativo, de Derecho cogente (*ius cogens*).

### **1.7. Familias orientales.**

Aunque puede aseverarse que los sistemas orientales poseen códigos modernos, al menos en el Derecho civil material, en el orden procesal no es de tal forma pues utilizan fórmulas más tradicionales que entremezclan costumbres y tradiciones. Son territorios en que se encuentra tan arraigado lo religioso que confluyen lo civil y la religión en la aplicación del Derecho.

A esta familia pertenecen el sistema chino, el musulmán, y el hindú. A pesar de la cercanía geográfica y algunas tradiciones comunes entre los países, no se puede agrupar el japonés con el chino porque el japonés posee fórmulas procesales o procedimientos muy distintos a los de los chinos.

China también posee la influencia del Derecho socialista, que en su esencia consagra formas de propiedad distintas y un conjunto de principios que devienen de

un régimen político, económico y social diferente. Los sistemas jurídicos socialistas también tienen sus particularidades.

Algunos autores agrupan a China y Japón y los denominan la familia jurídica asiática y aunque no puede hablarse de un sistema jurídico igual, es correcto reconocer que estos son países que tienen caracteres comunes en algunos ámbitos que repercuten en el sistema jurídico. La teoría confuciana sobre todo de influencia en la formación de valores deriva del orden natural de la realidad, en la cual cada persona se encuentra en el deber de guardar el debido respeto por los valores humanos, lograr la adecuada armonía entre los miembros de la familia, el debido respeto a la sociedad, asentarse en la piedad filial, todo cuanto implica un mayor compromiso con la familia, el resto de los individuos y la sociedad.

### **1.8. La familia musulmana.**

Con base al respeto que tiene implementada la familia musulmana se ha estimado en ocasiones que sus miembros poseen un excelente sistema jurídico, sin embargo, esta situación no es tan así; pues se conoce de muchas debilidades que en la realidad musulmana afectan el orden familiar y social. Las reglas por las cuales se rige el Derecho musulmán tienen su origen en el Islam que en su esencia es considerado una revelación divina que cubre todas las áreas de la vida, incluyendo el Estado y el Derecho.

Dentro de las fuentes del Derecho musulmán se encuentra el Corán en primer lugar, el que es complementado por el Sunna, que se utiliza para interpretar y esclarecer las normas del Corán. Se reconoce, además, el Ijma el cual ofrece respuestas a las interrogantes derivadas de las obligaciones del fiel. Finalmente, el Qiyas, se maneja para la aplicación de las reglas establecidas por el Corán, Sunna o Ijma. (David & Jauffret-Spinosi, 2010, pág. 331) El Derecho musulmán no solamente puede ser encontrado dentro de sus territorios sino fuera de él, ejercido por minorías musulmanas que se encuentren en otros países donde generalmente es respetado porque los musulmanes son tan fieles a sus creencias que a veces pueden llegar a posiciones extremas por defender sus ideales.

El libro sagrado del Islam es el Corán, donde se regula el matrimonio, la herencia, la filiación, es decir, aquellas instituciones jurídicas que se relacionan con la familia, las sucesiones o la transmisión de bienes de orden familiar o de la

conservación y resguardo del derecho de propiedad familiar. Su Dios es Alá y sus leyes no son otras que las que vienen de Alá y del Corán.

Las leyes del Corán ordenan el juzgamiento de aquellos que desobedezcan la legislación y mandatos de Alá, a los que llama impíos, perversos o infieles. En estos sistemas jurídicos el Estado y la religión se encuentran tan ligados que el Estado impone por la fuerza a sus súbditos, la religión.

Para la sociedad musulmana, aquello que constituya una falta para Alá o la religión es considerado un delito y debe ser castigado rigurosamente, ya sea con apedreamiento, azotes, etc. Esto se aplica en todos los países musulmanes, excepto Egipto, Jordania, Siria y El Líbano.

En muchos países musulmanes se emplea la Ley del Talión, que radica en imponer un castigo de igual magnitud al delito cometido. Los miembros de la sociedad musulmana están en la obligación de cumplir con sus ritos, rezos diarios y cumplir con el Ramadán, consistente en un ayuno y abstinencia durante un mes sagrado.

Para el Islam, Jesucristo no es hijo de Dios sino un profeta de Israel. El hombre tiene posibilidades de acercarse a Dios a través de la oración, el ayuno, la caridad, la peregrinación y las buenas acciones. En los casos en que los hijos desobedezcan a los padres se estima que están cometiendo un pecado mayor.

El matrimonio Islámico constituye un contrato formal entre los novios, el hombre puede casarse hasta con cuatro mujeres y mantener relación sexual con cualquier mujer esclava que posea. En el caso de ser mujer, esta debe casarse pura y solo se puede casar con un musulmán, y el divorcio, aunque está permitido es muy difícil que la mujer pueda obtenerlo.

A la mujer se le obliga a cubrir su rostro con la denominada burka, y el cabello con un agregado llamado HIYAB. En dependencia del país y de la cultura en que se hallen deben esconder su cara con un NICAB, dejando al descubierto sólo los ojos. Las reglas del Corán aducen que la mujer debe resguardar su cuerpo para solo exhibirlo ante su esposo.

Cuando se trata del divorcio del marido, es decir, a pedido del marido, la tradición islámica, a veces ni siquiera exige realizar el trámite, pues el hombre puede divorciarse fácilmente de su mujer. Esto ha provocado que las tasas de divorcio en el Islam sean altas y que ante los tribunales.

Según el Hadiz el profeta Mahoma, aunque no prohibía, repudiaba la práctica de los divorcios, a pesar de ello los divorcios registrados en el Islam son abundantes. En el mundo musulmán medieval el divorcio era común en varios Estados a diferencia de cómo se manifestaba en el mundo occidental donde solo fue hasta etapas recientes en que el divorcio se convierte en más usual.

Las normas del Corán para la familia se sustentan en que el esposo debe mantener a la esposa, la que debe ser fiel a su marido y los hijos deben obedecer. En la familia es el hombre el protector y defensor familiar, la mujer atiende al marido, cría los hijos y administra el hogar, y los hijos deben consagrarse a Dios y ser útiles a la sociedad.

En algunos países islámicos existe una policía religiosa, la cual se encarga de hacer cumplir las normas y leyes religiosas. En el derecho judicial el Califa representa la plena autoridad judicial, por intermedio del Cadi, juez de lo civil y penal que él mismo nombra. El Califa es el jefe de la monarquía islámica y puede confiar el gobierno a un Sultán o emir, que puede otorgarle sus mismos poderes dentro del respectivo territorio.

Dentro del Derecho Penal, no se hace distinción entre pecado y delito. Los delitos se clasifican en delitos de sangre, contra la religión y los nocivos para la buena convivencia social.

Actualmente, en la mayor parte de Occidente, el Derecho garantiza la libertad de conciencia; cada individuo puede tener las ideas religiosas que desee. Pero en la sociedad oriental, especialmente en la musulmana— parece no admitir cambios en la facultad del Estado para regular las creencias de los individuos, ejerciendo coacción más allá de simples órdenes estatales.

Desde que nace, el creyente musulmán está sometido a un orden social que es directamente voluntad de Dios, por lo que su conducta está presionada por tres órdenes de comportamiento: moral, religioso y jurídico. La posibilidad del musulmán de actuar libremente es mínima, ya que el Derecho le impone conductas necesarias para su subsistencia, inmiscuyéndose en el ámbito privado de la persona.

En los países que han separado el ámbito religioso de la esfera estatal no se puede sostener que el contenido de las normas tenga fundamento en una religión específica. Pero en los países árabes de población islámica, la religión influye

profundamente en la vida jurídica.

### **1.9. El Derecho africano**

Aunque una parte de África siguió a la familia del Civil Law, en África muchos han reconocido que el Derecho africano considera a la costumbre como parte de su orden jurídico, dado que aún existen tribus y etnias. Se contempla a la ley como medio para mantener o restaurar la paz dentro de una comunidad. (David & Jauffret-Spinozi, 2010, pág. 419)

Es uno de los derechos que no ha evolucionado con el tiempo y se mantienen las costumbres desde hace muchos años, sin embargo, muchos organismos internacionales han buscado colaborar con los pueblos africanos para que las sanciones no sean extremas. Es una temática en países africanos y no africanos procurar que no se violenten los derechos humanos.

### **1.10. La familia socialista**

El sistema procesal socialista nacido con la revolución soviética de 1917 posee instituciones muy similares al sistema romano occidental. Se encuentra regido por los principios de oralidad y sus consecuentes principios de inmediación, concentración y contradicción, tiene como momento central la audiencia de juicio oral en la que se practican las pruebas y las partes formulan sus alegatos y el juzgador emite su resolución en algunos procedimientos de forma oral y otros por escrito.

Los jueces examinan directamente los medios de prueba y procuran el conocimiento de los hechos a través de las fuentes que presentan las partes y se rigen por el principio de legalidad de la prueba y de verdad objetiva. Tanto el proceso civil como el penal, administrativo, económico y laboral es oral y la base de la sentencia se encuentra en la prueba practicada ante los jueces como ocurre en el Common Law y el Civil Law.

El juez asume su rol como director en el proceso sujeto a los principios de imparcialidad, independencia judicial y de tutela judicial efectiva y solo cuando resulta ineludible puede disponer pruebas para mejor proveer pues son las partes en el caso del proceso civil quienes deben probar los hechos que afirman y en el proceso penal es al Fiscal a quien le corresponde la carga de la prueba.

### **1.11. Los sistemas procesales de enjuiciar**

Se realiza un tópico sobre los sistemas de enjuiciar, porque generalmente en el ámbito del Derecho Procesal Penal, la literatura científica no penetra a fondo en la cuestión de las familias jurídicas. Si se hace referencia a sistemas procesales de enjuiciar se está hablando de las distintas formas que se utilizan para proceder a la investigación, acusación y juzgamiento de una persona que es posiblemente responsable de un delito. Se trata entonces de la materia penal del Derecho.

Llama la atención que la doctrina procesalista en el orden penal ha escogido un camino un poco alejado de los sistemas jurídicos tradicionales, más bien ha estado atento en verificar el surgimiento de cada institución jurídico procesal y de reconocer a los países donde más se desarrolló el Derecho Procesal.

El proceso penal, como todo proceso jurisdiccional, existe en la medida que lo ha elaborado el legislador y es bien difícil en la época actual hablar de un modelo único de proceso penal, aunque verdaderamente muchos países latinoamericanos en la actualidad han implementado un modo de enjuiciamiento similar.

Modelar los procedimientos con arreglo a los cuales se van a solucionar los conflictos resulta bien complejo para el Estado, el que debe evaluar no solo cuestiones meramente jurídicas sino políticas. Así, por ejemplo, el sistema procesal penal ecuatoriano es complejo y diverso, porque contiene procedimientos de todo tipo, unos que reflejan la influencia anglosajona y otros que representan la herencia del sistema Romano Germánico y hasta la incidencia del Romano Francés, aunque los autores ecuatorianos lo califican como romano latino.

En el capítulo siguiente se hará alusión a la metodología y finalmente se realizará el análisis de los resultados de la valoración de la doctrina, la legislación, así como el resto de las técnicas documentales, verificando cómo se ha comportado la influencia de las familias jurídicas en el Ecuador.

## **CAPÍTULO II**

### **METODOLOGÍA**

La concepción metodológica de la presente investigación se corresponde con los objetivos y el tipo de investigación concebida. En este capítulo se exponen detalladamente los aspectos relacionados con el proyecto de investigación, la problemática, el problema, la necesidad, novedad, actualidad e importancia del tema, así como el conjunto de técnicas, métodos que de forma ordenada sirvieron de guía para desarrollar este estudio.

Finalmente se presentan algunas reglas seguidas para la redacción del informe. Se incluye una breve información sobre la presentación y defensa de los resultados.

#### **2.1. Del diseño o proyecto de investigación**

Después de haber previsto el tema a tratar se procedió a elaborar el diseño de la investigación en el que se presentó la problemática, el problema, la idea a defender, el objeto de estudio, objetivos, métodos y técnicas que se utilizarían y la enunciación de los resultados esperados. Dentro de los resultados se incluyen los aportes teóricos y prácticos.

Definidos los objetivos se estuvo en condiciones de llevar adelante el proceso de investigación. Ello permitió trazar el plan de investigación y concebir una estructura lógica y coherente con los objetivos.

Posteriormente se diseñaron los pasos para cumplir cada tarea y se confeccionó un cronograma que permitiera la conclusión en la fecha programada, que en principio debía ser anterior al mes de diciembre de 2020. La planificación, organización y ordenación de cada tarea fue determinante en el cumplimiento de los objetivos planteados.

La tarea de confección del diseño permitió definir el tipo de investigación que se realizaría, la cual tendría un carácter histórico jurídico. Aunque en el Derecho suele ocurrir que directa o indirectamente se imbrican tipologías de investigación porque se abordan aspectos de orden dogmático, o de la realidad que permitirían clasificarla de sociológica, la esencia del estudio realizado es de corte histórico jurídico.

## 2.2. Tipo de investigación

Para desarrollar lo relativo al tipo de investigación dentro de la esfera jurídica se siguieron los criterios de (Tantaleán Odar R. M., 2016) quien ha expresado que el Derecho o fenómeno jurídico se encuentra conformado por cuatro grandes áreas del conocimiento que son: la parte normativa, la parte social, la parte de fundamentos y la parte histórica. Por tanto, en dependencia si el área es jurídica o social, fundamental e histórica, en el Derecho pueden realizarse estudios dogmático-jurídicos, socio-jurídicos, filosófico-jurídicos e histórico-jurídicos.

La investigación histórico-jurídica estudia el Derecho en su desenvolvimiento a través del tiempo. En este tipo de investigaciones lo que se intenta es reconstruir históricamente algún tema o evento jurídico pasado de relevancia, dicha reconstrucción se realiza de modo crítico y siempre en dirección al futuro para no cometer los mismos errores más adelante.

La variante de investigación histórico-jurídica propiamente dicha, pretende ubicar y estudiar el tema jurídico pasado pero digno de memoria, aproximándolo evolutivamente como manera de comprender su tratamiento actual, y en la medida de lo posible, proyectarse al futuro. Se busca entender crítica y evolutivamente el objeto de investigación elegido.

Aunque en las últimas etapas de la carrera de Derecho en Quito no se han realizado suficientes estudios de tipo histórico jurídico, el tema que se presenta corresponde a esta clasificación que también forma parte de las Ciencias del Derecho. Se habla de lo histórico porque se remonta al nacimiento de los grandes sistemas jurídicos que han existido en la historia de la humanidad, el Civil Law y el Common Law.

Luego en la investigación se describe paso a paso cómo las formas de solucionar los conflictos y el Derecho como resultado de las conquistas se fue extendiendo desde Europa hasta las Américas y que encontraron los invasores en las tierras de América. Una atractiva interrelación de lo histórico con lo jurídico fue el enlace del primero con el segundo capítulo en que ya se comienza a caracterizar el sistema jurídico del Ecuador.

### 2.3 Situación problemática

En Derecho, el conocer de dónde surgen las formas de proceder o la parte sustantiva de cualquier materia, permite al operador jurídico comprender e interpretar correctamente la norma jurídica. Eso solo puede ser alcanzado estudiando la doctrina jurídica y la historia universal.

Cuando se indaga sobre familias y sistemas jurídicos y se identifican los rasgos del sistema jurídico ecuatoriano se hace posible evaluar con espíritu crítico tanto la riqueza de la tradición jurídica en el Ecuador como otras prácticas que han sido importadas y que no tienen cabida en el orden interno. Este conocimiento provee de información sobre las razones por las cuales se han adoptado normas sin tener en cuenta la cultura y la historia del pueblo ecuatoriano o sobre la forma en que los indígenas han logrado mantener su sistema de justicia.

De modo que se pretendió con este tipo de estudios sentar las bases para realizar una investigación desde una perspectiva que permita ir modelando poco a poco las bases para llegar finalmente a conclusiones certeras sobre lo que debía estar legislado o no, en el Ecuador. En ocasiones se detectan lagunas jurídicas que colocan en desventaja al Ecuador en relación con otros países como es la falta de un código de familia; pero, por otra parte, Ecuador es un ejemplo internacional en lo relativo al constitucionalismo; del que muchos autores expresan que el país cuenta con una de las Constituciones más avanzadas del mundo contemporáneo.

Conscientes de que la presente investigación es insuficiente para alcanzar otros objetivos a los que solo se puede llegar a largo plazo, se aborda, en este momento, lo primario y básico sobre un tema no agotado en el país. Por el momento plantear el desenvolvimiento de las familias jurídicas, sus controversias, argumentos de defensores y detractores de cada familia, así como la influencia en el sistema de Derecho en el Ecuador, es bastante como punto de partida.

En el Ecuador se identifica que si bien se han realizado investigaciones o artículos que desarrollan tópicos aislados sobre el origen de su sistema jurídico, no existe una obra integral que establezca las pautas completas sobre los antecedentes de todo el conjunto normativo con que se cuenta en la actualidad. Y muchas veces no ha sido posible a los autores alcanzar todas las áreas del Derecho y en este caso se enfatiza en el Derecho Procesal, y punto neurálgico en las reformas procesales.

Lo que si puede verificarse es que, en cada tema de estudio que realizan los profesionales ecuatorianos, por ejemplo, sobre el origen del sistema acusatorio, los autores acotan sobre la oralidad en Grecia o en el tema de la prohibición de reforma en peor, cuando se expresa que surgió en la antigua Roma. Sin embargo, esos detalles de forma aislada no explican lo que, en sentido general, ha influido en la diversidad legislativa que se posee en el Ecuador, ni tampoco ayudan a definir si tan ardua actividad legislativa es verdaderamente factible para los ciudadanos y para el futuro del Derecho ecuatoriano.

Una de las problemáticas más frecuentes en América Latina y en la actualidad es que se viene diversificando todo el orden normativo bajo la presión de enfrentar nuevos fenómenos sociales. En muchos países si aumenta la tasa de muertes de mujeres se promulga una ley contra el femicidio; si es necesario enfrentar las drogas se realiza una ley para enfrentar la criminalidad organizada y las drogas; y aunque en el Ecuador esto no se produce como en otros países como en México, Guatemala si existe el riesgo de adoptar una política expansionista del Derecho Penal.

Varios aspectos merecen investigación de manera específica y comparada, sobre todo porque Ecuador padece de un fenómeno que también complejiza el trabajo del profesional del Derecho, y es el relacionado con instituciones jurídicas que obligan al abogado a remitirse a múltiples cuerpos legales para solucionar el asunto que a veces no amerita que la ley le atribuya tal complejidad. Lo otro es que en los códigos se realizan modificaciones sistemáticas con temas que bien pudieron ser explicados doctrinalmente, y esto da una imagen de inseguridad e inestabilidad de las normas jurídicas.

Se escoge un estudio de tipo histórico doctrinal precisamente para promover la literatura científica en el campo del Derecho, porque el jurista debe consultar los códigos y complementar la interpretación sobre el sentido y alcance de la norma jurídica con el desarrollo teórico de los temas. En realidad, los códigos no tienen como fin desarrollar conceptos y explicar a los ciudadanos los conceptos y categorías del Derecho sino establecer reglas generales o normas jurídicas, sin embargo, se presenta la dificultad de que a veces los códigos son tan extensos debido a que el legislador pretende explicitar cuestiones que lo que necesitan es desarrollo doctrinal.

La reciente reforma sobre obediencia debida en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) es una muestra de un exceso de explicaciones que inducen al error, porque si ya se encuentra establecido reglamentariamente lo que significa el uso progresivo de la fuerza, por supuesto, que le corresponde al juez en el proceso evaluar si hubo excesos o no, en el cumplimiento del deber o de la orden dada. En cuanto a esta y otras eximentes se modificó el COIP, tan solo para agregar “debidamente comprobados” una categoría procesal insertada en la parte general del código innecesariamente, porque en Derecho todos los hechos deben ser debidamente comprobados.

De modo que, con este tipo de investigaciones se promueve que el profesional del Derecho se dedique al desarrollo del pensamiento jurídico y no quede atado a códigos que no pueden convertirse en un Tratado de Derecho. Esto siempre favorecerá una aplicación más justa de la ley.

La investigación hizo surgir una nueva preocupación que puede dar lugar a otros temas como el relacionado con el exceso de codificaciones y constantes reformas procesales que ponen en duda uno de los caracteres de las normas jurídicas como es la permanencia. Ecuador promueve reformas legales de manera constante y eso tampoco favorece la seguridad jurídica, quizás esta sea una nueva problemática para analizar en el orden académico.

Solo especulativamente habría que cuestionar a partir de este estudio, si todas las instituciones jurídicas con que cuenta el Ecuador de toda procedencia, lo mismo del Civil Law o del Common Law han surtido efecto positivo en el Ecuador, o si simplemente solo constituyen un adorno inútil a la realidad que nada tienen que ver con otras culturas. Aunque es solo una hipótesis no comprobada no puede dejar de mencionarse, porque ha sido reiterada la preocupación de los juristas en la práctica sobre que muchas normas no tienen aplicación en el Ecuador.

El último aspecto que se pone de relieve y que emerge del tema investigado es que se necesitan más estudios sociológicos desde las ciencias del Derecho, que permitan verificar lo que ocurre en la realidad, porque quizás no sea la norma jurídica la que más problemas representa sino la aplicación de las normas. El error es posible que se encuentre más en la práctica, en los operadores jurídicos que, en la norma

misma lo que hace recordar aquella frase que reza: Es mejor que existan leyes malas y jueces buenos que leyes buenas con jueces malos.

Lo más importante en este punto es insistir en que la actividad científica que se ha desarrollado ha transitado por la metodología de la investigación jurídica y nada tiene que ver con la repetición a memoria de la historia del Derecho sino de una actividad reflexiva y crítica de cada acontecimiento a través del razonamiento lógico, medido de cada aspecto analizado. Con ello se pretende contribuir a promover el pensamiento crítico de las reformas que desarrolla el Estado y someter a evaluación, si verdaderamente así se contribuye al progreso y al desarrollo de la sociedad ecuatoriana.

El objeto de estudio de la investigación fue “Las familias y sistemas jurídicos y su influencia en el Ecuador”, el mismo que sirvió de título. En el informe final que se presenta, se expone en el primer capítulo, la fundamentación teórica del tema y en el segundo la explicación acerca de cómo ha influido en el Ecuador.

El objeto de estudio es un hecho identificable, concreto, real, definido, y también reconocible por los demás. La investigación revisa el objeto de estudio con una óptica no desarrollada en el Ecuador en la que se trae a debate el sistema jurídico ecuatoriano y evalúan los aspectos positivos y negativos que han incidido en la construcción de este modelo jurídico.

Respecto al objeto de estudio del Derecho ha expresado Tantaleán que,

Si bien inicialmente podría traer dificultades la falta de precisión del objeto de estudio, en nuestro campo se torna en una facilidad en cuanto al tipo de investigación que se desea hacer, pues facilita una elección con la que no cuentan otras áreas del saber. (Tantaleán Odar R. M., 2016)

## **2.4 Novedad e importancia**

La investigación jurídica es una actividad indispensable para buscar soluciones a algún problema jurídico o para tratar de buscar explicaciones que permita entender mejor la ciencia del Derecho. Antes de trazar el trayecto de la metodología en el Derecho es preciso esbozar la importancia de la actividad científica realizada y su vínculo con la sociedad. No es posible dejar de lado la trascendencia que tiene este tema para el Derecho y para la sociedad.

Para el Ecuador es un tema novedoso, porque si bien existe información sobre familias y sistemas jurídicos de forma amplia a nivel internacional, al menos en la carrera de Derecho en Quito no se estudia como asignatura los sistemas jurídicos comparados, cuando en otros países muchas personas continúan especializándose en Derecho Comparado. El punto de partida de los comparatistas es precisamente las familias y sistemas jurídicos.

Existen Institutos Internacionales de Derecho Comparado, incluso reconocidos y prestigiosos juristas de América Latina y de Europa se reúnen para debatir sobre lo más conveniente en el mundo del Derecho; y este tipo de estudio es el que permite que el jurista se proyecte y conozca más allá de sus fronteras. En las etapas modernas del Derecho, en Chile, Argentina y en otros países plantean el uso de la inteligencia artificial para la solución de determinados conflictos, y aunque la propuesta puede parecer para muchos un poco extravagante, ella no surge de personas ajenas al Derecho sino de profesionales de reconocido prestigio internacional.

Con esta explicación solo se quiere resaltar la novedad y siempre actualidad de un tema que adquiere vigencia en todas las épocas, porque la realidad económica, social y cultural se modifica y con ello el sistema jurídico de cada país.

La importancia del tema radica fundamentalmente en que los profesionales del Derecho en el Ecuador se identifican mucho con el positivismo jurídico, con los códigos propiamente dichos, pero muchos desconocen las instituciones jurídicas y su origen. El desarrollo histórico y doctrinal del Derecho es una necesidad emergente en el Ecuador para el perfeccionamiento de la ley y la justicia.

## **2.5 Problema científico**

De todos estos precedentes se decidió plantear como problema científico: ¿Cuáles son los fundamentos históricos, doctrinales y jurídicos procedentes de las familias jurídicas que han influido en el sistema jurídico ecuatoriano y que deben servir de sustento a los legisladores para la realización de futuras reformas legales?

## **2.6 Los objetivos generales y específicos**

Los objetivos se relacionaron con el para qué se realiza una investigación como está. Ellos representaron las pretensiones, es decir, el propósito o finalidad a alcanzar

con el desarrollo de la investigación. Los objetivos sirvieron de orientación y constituyeron los puntos de referencia para desarrollar la investigación.

En otro sentido, para el diseño de los objetivos se tuvieron en cuenta las propiedades y cualidades del objeto de la investigación. Los objetivos fueron expresados de manera afirmativa, y se plantean como un resultado a alcanzar durante la investigación para la solución del problema.

Los objetivos planteados fueron los siguientes:

**Objetivo General:** Sistematizar los fundamentos históricos, doctrinales y jurídicos procedentes de las familias jurídicas que han influido en el sistema jurídico ecuatoriano que deben servir de sustento a los legisladores para la realización de reformas legales.

**Objetivos específicos:**

1. Definir los conceptos de familias, sistemas, tradiciones y ordenamientos jurídicos que han generado confusiones doctrinales desde el Derecho antiguo hasta la contemporaneidad.

2. Comparar las grandes familias jurídicas reconocidas desde el Derecho antiguo hasta el Derecho moderno

3. Caracterizar el sistema jurídico ecuatoriano a partir de la influencia de las familias jurídicas como precedente para su perfeccionamiento.

## **2.7 Métodos y técnicas**

La investigación jurídica tiene sus propios métodos, no obstante, pueden utilizarse métodos de las investigaciones sociales o de otras ciencias. Dentro de los métodos utilizados en la presente investigación se encuentran: Método de análisis histórico: Este método fue utilizado desde el momento mismo de la concepción de la investigación, fue necesario indagar acerca de los antecedentes del tema antes de optar por realizar una tesis al respecto. Se consultaron textos bibliográficos que plasmaron la historia del Derecho, dentro de la cual ocupa un lugar trascendental las familias y sistemas jurídicos. Este método combinado con el lógico jurídico permitió ir evaluando el objeto de estudio en su propia evolución desde el Derecho antiguo hasta la etapa moderna. La aplicación de este método posibilitó constatar los factores históricos que incidieron en que el Ecuador adoptara en la actualidad un sistema

jurídico que siguió la línea del Civil Law, las razones de las codificaciones y la verificación acerca de la manera en que la historia incide en el Derecho.

El sistema jurídico ecuatoriano actual se evaluó en su contexto histórico concreto y en sus relaciones con las tradiciones y cultura en el país. Solo la utilización de una metodología que incluya la historia, exégesis, la lógica y la razón puede conducir a las conclusiones a las que se ha arribado.

Sobre las normas jurídicas que se analizan en el tercer capítulo relacionado con el sistema jurídico ecuatoriano se aplicó el método exegético analítico, que es propio de la metodología de la investigación jurídica y que permitió analizar el sentido y alcance de las normas citadas en su estrecho vínculo con el momento en que fueron dictadas. Implicó la realización de un análisis de los términos lingüísticos que se emplean en los textos legislativos (hermenéutica); el análisis de la unidad y coherencia de las normas jurídicas; la jerarquía normativa; las cuestiones relativas a la redacción de los textos jurídicos, así como el enunciado de algunas deficiencias de técnica legislativa, etc.

La exégesis, combinada con el análisis, permitió realizar una especie de crítica técnico-jurídica respecto a algunas instituciones como las reformas en cuanto a la exigencia referente al cumplimiento del deber, realizada en el año 2019 en el mes de diciembre al Código Orgánico Integral Penal. Por otra parte, abrió paso a la reflexión sobre lagunas normativas, por ejemplo, en el ámbito del Derecho de Familia, por falta de un código especial para la materia.

Método jurídico-comparado: Se utilizó para establecer comparaciones (semejanzas y diferencias) entre los ordenamientos jurídicos, así como para determinar singularidades, particularidades o generalidades respecto a instituciones jurídicas, principios, formas de aplicación, etcétera; de los diversos sistemas jurídicos. El estudio comparado e histórico de las principales teorías y doctrinas existentes sobre la actividad o el problema que se estudia, permitió el conocimiento de las legislaciones de terceros países y el necesario análisis de la situación internacional actual en la materia estudiada.

El método de Derecho comparado o de comparación jurídica que como se conoce también ha sido reconocido por las ciencias del Derecho y que en el caso concreto de esta investigación permitió establecer las semejanzas y diferencias entre

familias y sistemas jurídicos. Entre las familias la del Common Law, el Civil Law, la Familia Religiosa, la Familia Socialista o la de Derecho Consuetudinario.

Aunque no fue posible por razones de extensión desarrollar la comparación jurídica de distintos sistemas jurídicos de manera particular, se logró caracterizar al sistema ecuatoriano con ligeras comparaciones con otros sistemas jurídicos de Latinoamérica y de Europa. La completitud de la obra requeriría que se pudiera comparar el sistema jurídico ecuatoriano con el boliviano, colombiano, peruano o cualquier otro que posibilite acoger lo positivo que tienen implementado aquellos y verificar las razones por las cuales le ha funcionado o no, su sistema.

El análisis de documentos como método de investigación facilitó la interacción con las fuentes bibliográficas de todo tipo, libros, manuales, documentos de internet, informes, así como los códigos, leyes. Entre ellos resaltó la Constitución de la República del Ecuador de 2008, el Código Civil y el Código Integral Penal y algunos informes obrantes en Internet que permitieron en la etapa inicial realizar un bosquejo general sobre el tema.

Todo el conjunto metodológico utilizado durante la investigación requirió el uso de los métodos asociados a la teoría general del conocimiento científico. Dentro de ellos el análisis y la síntesis ordinariamente empleado en todo tipo de investigaciones para arribar a conclusiones después de haber analizado todo el conjunto bibliográfico e informaciones que fueron fichadas desde el inicio del estudio.

La inducción y la deducción también fue empleada en cada momento en que se requirió, pues en ocasiones fue más fácil llegar a una definición por vía inductiva, pero en otras, era más factibles deducir de cada aspecto tópico estudiado. Lo mismo acontece con los métodos de lo general a lo particular y viceversa.

El método esencial que permitió evaluar finalmente los resultados fue el razonamiento lógico que permitió interrelacionar el tema genérico doctrinal sobre familias jurídicas con las características del sistema jurídico ecuatoriano, el cual constituye el fiel reflejo de un conjunto de hechos y acontecimientos históricos que han dado al traste con el orden jurídico, las tradiciones, cultura, constitucionalismo con el que se cuenta en la actualidad.

## **2.8 Aporte teórico**

El aporte teórico de la investigación sobre familias y sistemas jurídicos radica en la sistematización de las consideraciones doctrinales en torno a estos sistemas desde la perspectiva del Ecuador, la exposición sobre la significación y desarrollo del pluralismo jurídico y la presencia del Derecho Consuetudinario en el país y una caracterización del sistema jurídico ecuatoriano que puede ser útil en la formación de futuros estudiantes de Derecho en su formación básica.

Desde el punto de vista teórico no solo se resalta la importancia del Derecho comparado, sino que se evidencia la trascendencia positiva que puede alcanzar la realización de este tipo de estudios. Queda demostrado que el establecimiento y caracterización de las familias y sistemas jurídicos pone al descubierto muchos aspectos de orden teórico y jurídico en los que hay que seguir trabajando en su perfeccionamiento desde la academia.

## **2.9 Aporte Práctico**

En el orden práctico puede constituir un instrumento de consulta y guía para los profesionales en los procesos de reformas legales. También puede ser útil para el análisis e interpretación de las instituciones jurídicas.

Desde el punto de vista práctico, la investigación deja un mensaje de respeto a la interculturalidad, a las tradiciones, las religiones y a las reglas y normas, por las que se rigen las distintas comunidades, pueblos indígenas y el resto de los ciudadanos. Los estudios de esta naturaleza sirven para sostener el clima o ambiente de armonía y solidaridad entre los ecuatorianos pues inciden en la formación de conciencia y valores culturales de paz.

Una de las utilidades prácticas más importantes será, que servirá de manera inmediata a los alumnos de la maestría de Derecho Procesal que desarrolla la Universidad Metropolitana del Ecuador como material bibliográfico básico. No obstante, esta investigación es solo un referente elemental que será complementado oportunamente.

## **2.10 Validación de los estudios realizados**

La validez de los estudios realizados no solo queda establecida a partir de que la investigación contiene proposiciones ciertas, verdaderas y constatables en el orden

jurídico y doctrinal sino también porque se trata de un estudio coherente y sistemático, que no por ser un estudio teórico se minimiza su valor, sino por el contrario permite invocar a la realización de otras indagaciones de este tipo.

El desarrollo por parte de los investigadores de análisis históricos provee al interesado de un conocimiento que permite trazar objetivos más alcanzables en el futuro de los que puede obtener altos niveles de aceptación y reconocimiento dentro de la comunidad jurídica. La validez también se relaciona con la consistencia alcanzada teóricamente que involucra a los fundamentos teóricos, y jurídicos del tema y su contrastación o reflejo en la ley ecuatoriana, después de haber transitado por una metodología científica coherente.

Su carácter científico puede acreditarse, además, por la utilización de métodos muy característicos del tipo de investigación efectuada. El Derecho comparado como disciplina ha dado muestras de que cada día el Derecho adquiere más semejanzas, aunque se está consciente de que no será posible por el momento pensar en un Derecho universal.

### **2.11 Redacción del informe final**

El informe es el acto de expresar por escrito las ideas que han sido compiladas mediante la acción de búsqueda bibliográfica o por la interacción con el objeto de estudio. Se trata de presentar en orden las ideas, de forma tal que faciliten su comprensión y hagan realidad el carácter comunicable de la investigación científica.

No comenzó a elaborarse el informe hasta tanto no se tuvo el estudio terminado, de forma tal que no se dificultara en el curso de la redacción el avance en la terminación de los resultados obtenidos. A tal efecto se revisaron otras tesis de alumnos graduados, pero en el presente se trató de imponer el estilo personal que determina la individualidad en la redacción.

El informe ha sido escrito con sinceridad, se han tratado de presentar las ideas imponiéndoles el sello de identidad; de forma modesta se ha expresado tanto el pensamiento como el sentimiento de identificación con las tradiciones y culturas de muchas generaciones de ecuatorianos que han defendido sus reglas y formas de dar solución a sus conflictos.

Habrán quienes afirman que los trabajos doctrinales o de compilación están exentos de esta cualidad, pero el propósito de reunir los materiales dispersos para

darles una unidad estructural o una sistemática a las ideas de otros autores, requiere de un estilo propio, y de verificar y exponer el carácter secuencial que debe tener un informe de investigación que reúna un arsenal teórico antes disperso y hasta confuso.

El lenguaje utilizado ha sido claro, escritos de tal manera que facilita la comprensión a quien lo consulta. Todo lo realizado tiene una idea central expuesta desde la introducción y lograda en las conclusiones. Se deja explicada la concatenación entre la problemática, el problema, los objetivos, los métodos y las conclusiones del tema.

Cada una de las ideas que se defienden han sido no solo argumentadas teóricamente sino desde el punto de vista jurídico, sobre todo aquellas que requerían de un sustento legal. Las propias consideraciones teóricas encontraron un reflejo en la legislación vigente del Ecuador.

En la redacción del informe se pretendió dar a conocer los resultados sin abusar de la retórica innecesaria y rimbombante, sino a través de la utilización de términos gramaticales claros, logrando una correspondencia entre las ideas y los términos utilizados para expresarlos, lo cual requirió la lectura repetida de cada párrafo por varias veces.

Las ideas que fueron tomadas de textos escritos de otros autores, fueron citadas oportunamente con todos sus datos de identificación, para de tal formar respetar la propiedad intelectual del autor y en los casos en que fue posible se buscó la fuente original de cada tópico y se citó, referenciándolo de acuerdo a las normas indicadas por la Universidad Metropolitana del Ecuador. En este proceso no se subestimó ninguna obra, pues si bien las consideraciones de autores antiguos fueron importantes, las recientes también lo son, porque aportan una noción moderna de los sistemas y familias jurídicas

Por otra parte, la bibliografía que se ha mencionado al final del informe es la consultada para la realización de la presente investigación, de la cual, no se decidió citar con mayor abundancia en razón de que, la Universidad y muchos centros educacionales en el país, exigen un bajo por ciento de coincidencia en lo escrito.

Al informe se le dio un orden lógico, conforme se concibió en el plan de tesis y se abordó exclusivamente lo trazado inicialmente, cuidando en cada momento que no

se produjera un desfase en el desarrollo del estudio. En la redacción se respetaron las normas gramaticales ajustándolas a la sintaxis y al uso del vocabulario adecuado.

Al momento de redactar el informe se trataron de cumplir determinadas reglas orientadas por la metodología de la investigación jurídica, como el utilizar en lo menor posible los adjetivos y en los casos en que se necesitó adjetivar el sustantivo se hizo lo menos posible, consignando solo uno en lugar de varios.

Se hizo poco uso de los elogios o los grados científicos de los autores, pues lo importante verdaderamente es el contenido de las ideas o consideraciones y no propiamente su grado académico u ocupación. Solo en el primer epígrafe al hacer alusión a las investigaciones anteriores en el Ecuador se citó la procedencia y grado de los autores para evidenciar el estado del arte del asunto objeto de estudio.

Se tuvo en cuenta el uso de los signos de puntuación, evitando los párrafos largos, de forma tal que el lector pueda leer la idea sin dificultad y cansancio y se evitó utilizar ideas vagas y superfluas u otras no relacionadas con el plan de investigación diseñado. Se realizaron varias revisiones para evitar también repeticiones que no eran positivas para el lector y que no requerían reiterarse en ningún momento.

## CAPITULO III

### ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

En el presente capítulo se exponen los resultados del análisis de la influencia de las familias jurídicas en el Ecuador identificando las características fundamentales del sistema jurídico ecuatoriano y su relación con las citadas familias, convencidos de que esta investigación es solo el inicio de una obra a la que habrá que dedicarle gran cantidad de cuartillas. Tratándose de un tema doctrinal e histórico que pretende esencialmente contribuir al desarrollo teórico del tema, y a aportar una herramienta de análisis que pueda ser tenida en cuenta al efectuar reformas legales; como se ha expresado anteriormente en la metodología, el razonamiento lógico, las deducciones jurídicas son fundamentales para definir las particularidades del sistema jurídico del Ecuador.

Es cierto que algunos aspectos del sistema jurídico se encuentran en pleno debate, como es el del reconocimiento del pluralismo y su vigencia en el Ecuador, así el de considerar como familia jurídica a los medios alternativos de solución de conflictos, pero si bien no se está en condiciones de ofrecer un consenso absoluto en la presente investigación, al menos, estos tópicos quedarán expuestos para que futuros estudiosos del Derecho cuenten con una problemática teórica sobre la cual se puede investigar.

El presente capítulo constituye la modesta contribución doctrinal a partir de un tema que ha permitido no solo regresar hacia los orígenes del Derecho y adentrarse en el contexto internacional para identificar y reconocer los aspectos positivos y negativos del sistema jurídico al que se pertenece, sino que ha permitido desarrollar los valores de responsabilidad y compromiso con el perfeccionamiento de la actividad normativa y práctica en el país. Si bien hay que reconocer que en el orden procesal se ha avanzado en las reformas legales, todavía en el orden sustantivo quedan legislaciones como el código civil, que, si bien fue un código de avanzada en su momento, en la actualidad no refleja en muchos aspectos la realidad e intereses de los ecuatorianos.

Por el momento, se abordan aquellos aspectos que hacen al Derecho del Ecuador diferente de la mayoría de los sistemas extranjeros y similares a algunos

ubicados en la región, como es el caso de mantener de forma paralela a la justicia ordinaria y al Derecho indígena o la similitud de las reformas procesales en los países de la región latinoamericana. No se reflejan en el informe las dificultades prácticas muchas veces reveladas por los profesionales del Derecho, en razón de que no se ha realizado un estudio empírico con entidad suficiente, pero es cierto que en ocasiones existe un divorcio entre la norma y la realidad.

Se ha podido identificar que el sistema jurídico ecuatoriano posee la influencia del Derecho Romano que fue diseminado por toda Europa, nutriendo al Derecho Romano Francés y al Romano Germánico de lo que resultó un código civil conocido como código napoleónico que llegó hasta los días de hoy junto a otras grandes codificaciones que llegaron a las Américas como resultado del proceso de colonización. España denominó al Derecho que trajo a América como “Derecho de Indias,” aunque se previó que este conjunto de reglas jurídicas debía ser adaptado a las tradiciones, cultura y reglas de los territorios colonizados.

El Ecuador, ha puesto su impronta en todo el orden normativo. A pesar de la influencia que han tenido de los alemanes, los italianos, los franceses, los argentinos y los chilenos; se mantienen sus raíces históricas, sus formas y reglas para dar solución a sus conflictos y en la presente fecha han implementado codificaciones muy avanzadas.

Es así que el Ecuador es heredero en mayor medida de la familia del *Civil Law*, caracterizada por el reino de la ley, es decir, se ubica la legislación como principal fuente del Derecho y su sistema tiene como una de sus características, el pluralismo jurídico. Dentro de todo su conjunto normativo la Constitución ocupa un papel relevante e irradia hacia todo el ordenamiento jurídico.

El Código Civil ecuatoriano fue construido con una fuerte influencia del código chileno de Andrés Bello que utilizó como fuentes el Derecho Romano, el Código Civil de Francia, el español, el austríaco y el Derecho Canónico. Un código, que aun cuando contiene un lenguaje e instituciones jurídicas muy antiguas, conserva su vigencia, y salvo algunas limitaciones puede reconocerse como un excelente Código Civil.

El Código Orgánico Integral Penal vigente en el Ecuador tuvo como precedente reciente el Código Procesal Modelo para Iberoamérica, el que se encontraba basado

en sistemas jurídicos de distintos países como fueron los Códigos italianos de 1913 y 1930, y otras legislaciones como la española, la francesa y la alemana. Aunque se encuentra bastante similitud entre el Código Procesal Modelo para Iberoamérica con el Código Procesal Penal de Córdoba, el primero tiene la influencia de los sistemas procesales de Europa, los que se encontraban mucho más adelantados en materia procesal y penal.

También, el Código Orgánico Integral Penal es un código de avanzada, digno de reconocer sobre todo en el procedimiento. Es un código que logra reunir en un solo cuerpo legal la parte general de los delitos, las infracciones incluidos delitos y contravenciones, los tipos de procedimientos para juzgar esos delitos y la ejecución de las penas, lo que viabiliza y facilita el trabajo de los profesionales penalistas.

Los países latinoamericanos poseen un ideal político sustentado en la unidad de toda Latinoamérica y esto hace también, que, en lo jurídico, muchas instituciones se manifiesten de manera casi idéntica. Se redactó un Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuyas generalidades fueron escritas en la década de los años sesenta del siglo pasado.

Se conoce que no solo existe el Código Modelo para Iberoamérica en Procesal Penal, también en otras ramas del Derecho, como, por ejemplo, en Derecho Tributario y Derecho Procesal Civil, los cuales han tenido la influencia de lo más avanzado en cada materia a nivel mundial, e inevitablemente, todo ello ha tenido una repercusión en el Derecho del Ecuador.

Finalmente, una cuestión digna de dedicarle un amplio espacio en la academia es lo que deviene del artículo 57 de la Constitución de la República, que reconoce y garantiza el derecho a crear derecho propio o consuetudinario, a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, siempre que no se vulneren los derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

El sistema jurídico ecuatoriano de hoy puede clasificarse como latino romano, de una influencia universal pero esencialmente acogido a los modelos que pertenecen al Civil Law, en la línea de las codificaciones y el reconocimiento cimero a la Constitución. Un sistema jurídico que ha respetado la tradición jurídica y cultura de lo

más autóctono del Ecuador, su justicia indígena, a pesar del Derecho extranjero y de todo fenómeno globalizador.

### **3.1 Fuentes del Derecho ecuatoriano**

El sistema jurídico ecuatoriano puede considerarse mixto, en el que tiene especial relevancia, la ley, y, en consecuencia, ocupa un lugar cimero la Constitución. En los Estados de tradición romanista la principal fuente del Derecho ha sido la ley, y en el Ecuador se establece un orden jerárquico en el que el primer lugar se le otorga a la Constitución de la República; en segundo lugar, los tratados y convenios internacionales y de ahí en adelante un conjunto normativo que funciona de la forma siguiente.

Se ubican escalonadamente por razones de orden público y privado, las Leyes Orgánicas y las Especiales, las leyes ordinarias, los Decretos leyes, los estatutos, los Reglamentos, las normas y ordenanzas distritales, acuerdos y resoluciones, demás actos jurídicos y decisiones de los poderes públicos. Aunque no en todas las materias, se tiene en cuenta la costumbre, jurisprudencia, y la doctrina científica, las cuales de manera secundaria vienen a completar las fuentes del derecho, siendo fundamentalmente utilizadas para cubrir vacíos legales muy específicos; excepto en materia penal.

La Constitución es reconocida como ley suprema, rectora de todo el ordenamiento jurídico, ley de leyes que traza un conjunto de valores, principios y reglas que irradian hacia todo el orden jurídico y el Derecho. Refleja los intereses de los ciudadanos ecuatorianos, regula el funcionamiento del Estado y la sociedad, protege los derechos fundamentales de las personas que integran la nación y consagra sus garantías.

En el Ecuador la Constitución es reconocida de hecho como un pilar de los derechos fundamentales, propio de los sistemas que siguen la familia *del Civil Law* en la etapa moderna, aunque también en los Estados que siguen el *Common Law*, las constituciones ocupan el lugar cimero dentro de su Estado. Algunos comparatistas han invocado la aprobación de una Constitución Universal, pero ésta idea todavía tiene que ser estudiada con mayor profundidad, porque las diferencias entre las naciones y territorios en el mundo son tan diversas que quizás eso no pueda alcanzarse en las próximas décadas.

Los tratados y convenios internacionales como fuentes del Derecho constituyen acuerdos del Derecho Internacional Público, celebrados entre dos o más Estados que sean integrantes de la comunidad internacional con el objetivo de regular las relaciones internacionales e instituir los derechos y obligaciones recíprocos. Estos instrumentos jurídicos son utilizados frecuentemente en el sistema jurídico del Ecuador.

Tanto los abogados, fiscales, jueces y otros operadores jurídicos invocan en sus escritos estas fuentes jurídicas internacionales a los efectos de que sus procesos se resuelvan conforme a las normas establecidas en ellas. Sus normas o principios tienen carácter vinculante y mantienen comprometidos a los Estados que han suscrito un Pacto, tratado o Convenio.

En el Ecuador el primer artículo del Código Civil instituye a la ley como fuente del Derecho. Las leyes orgánicas regulan funcionamiento de las instituciones del sector público y su organización, mientras las leyes ordinarias, generales o comunes se componen de las normas jurídicas de Derecho Público y Privado que rigen para todas las personas.

Los Decretos constituyen medios legales a través de los cuales el Presidente de la República manifiesta su voluntad del mandato soberano y ejerce las funciones que la Constitución ha establecido.

Los estatutos constituyen la norma esencial que sistematiza y regula la organización de determinadas instituciones públicas y privadas; y los reglamentos contienen un grupo de reglas encaminadas a ordenar y ejecutar el cumplimiento de una ley.

Las ordenanzas son instrumentos jurídicos emitidos por los municipios y consejos provinciales con facultad legislativa. Las resoluciones son instrumentos jurídicos que dictan los órganos del sector público para dar solución a situaciones concretas y los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad conscientes y lícitas que producen efectos jurídicos.

El Código Civil en su artículo 2 reconoce la costumbre como fuente del Derecho solo cuando la ley se remite a ella, pero no menciona la jurisprudencia como tal. En cuanto a las sentencias la ley ecuatoriana ha enfatizado en que no tienen fuerza obligatoria, sino en las causas en que se pronuncian teniendo en cuenta el artículo 3

del código civil que dispone que solo el legislador puede explicar o interpretar de un modo generalmente obligatorio. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

Cuando exista oscuridad en un precepto legal, según lo estipulado en el artículo 19 del Código Civil sin perjuicio de juzgar, los jueces podrán consultar a la legislatura por medio de la Corte Suprema, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran. (Ecuador, Congreso Nacional, 2005)

El Estado ecuatoriano ha consagrado valor a los fallos de triple reiteración, los cuales, en casación, ha considerado como precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes. Mientras el artículo 184 apartado segundo de la Constitución del 2008 reconoce los fallos de triple reiteración como jurisprudencia obligatoria y extiende la obligatoriedad para la Corte Nacional de Justicia.

En la actualidad, el avance de la jurisprudencia vinculante sustentada en los fallos de triple reiteración posee rango constitucional ya que así lo establece el artículo 184 numeral 2 de la Carta Magna. La jurisprudencia obligatoria debe ser aprobada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, según lo preceptuado en el Código Orgánico de la Función Judicial, y tiene efecto *erga omnes*, por lo que también resulta obligatoria para la Corte Nacional, a diferencia de los fallos de triple reiteración de la Ley de Casación.

Lo que literalmente expresa el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 182 es que cuando las Salas de la Corte Nacional de Justicia reiteren en tres oportunidades la misma opinión en razón del conocimiento que tengan de los asuntos mencionados, sobre un mismo tema de Derecho deben remitir a el fallo al Pleno de la propia Corte para que en un plazo de sesenta días se pronuncie al respecto. En caso de no hacer pronunciamiento se entenderá que ratifica el criterio de que debe generar fuerza obligatoria y se entenderá como jurisprudencia obligatoria.

Esta resolución que contenga los fallos de triple reiteración, será publicada en el Registro Oficial para su conocimiento general, será considerada como precedente jurisprudencial y contendrá solamente el punto de Derecho respecto al cual se ha producido la triple reiteración de la decisión. Se señalarán las fechas, y los datos de identificación del proceso, es decir, únicamente lo que resulte indispensable para generar el cumplimiento obligatorio de lo decidido.

La interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de Derecho Humanos de los cuales el Ecuador es parte le corresponde a la Corte Constitucional. Esta interpretación la realiza la Corte a través de sus dictámenes y las decisiones contenidas en las sentencias que dicta, las que adquieren fuerza vinculante y constituyen jurisprudencia en la materia.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su título VIII establece las relaciones entre la justicia ordinaria y la indígena otorgando a las comunidades y pueblos indígenas su jurisdicción con base a sus tradiciones y Derecho Consuetudinario. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009). Al respecto y por su importancia se dedica el siguiente epígrafe al Derecho consuetudinario y su relevancia en el Ecuador.

### **3.2 El Derecho Consuetudinario y el pluralismo jurídico en Ecuador**

Las culturas y las tradiciones indígenas fueron subestimadas durante muchos años como resultado de las prácticas occidentales, sin embargo, en países como Colombia, Perú, Bolivia, México y el Ecuador; lograron conservarse reglas y usos que las Constituciones modernas han reconocido. Ecuador es un ejemplo de este pluralismo jurídico.

La concepción de pluralismo jurídico surgió a finales del siglo XIX como resistencia al positivismo jurídico, pero no fue hasta la década de 1960 que se convirtió en un tema central de debate en Antropología y Sociología del Derecho (De Sousa Santos , 2012, pág. 300)

La concepción de América Latina en la teoría del Derecho se basaba en el monismo legal a partir de las teorías del Kelsen, basadas en el monopolio estatal del Derecho. Esto significa que es el Estado el que posee el poder de regular la vida social y solo él puede utilizar la fuerza para enjuiciar y reprimir los actos delictivos, es decir, todas las normas que no provenían del Estado o de los aparatos implantados por éste se denominaron costumbres, y solo se permitían legalmente en ausencia de una ley explícita y nunca contra ella (Luzuriaga Muñoz, 2017, pág. 20)

Una de las concepciones contrarias a este Derecho exclusivo del Estado es el que admite de una parte el Derecho Indígena y de otra el Derecho del Estado. El Derecho del Estado contentivo del ordenamiento jurídico normativo orientado a lograr la convivencia social y, por otro lado, el Derecho Indígena conformando por un

conjunto de normas que obedecen a la repetición espontánea y a la práctica cotidiana y que son observadas por la generalidad de los comunitarios indígenas.

Pese a que el Derecho en su variante monista ha sido aceptado y predominado en la historia del Derecho también ha sido cuestionado por los que defienden el pluralismo jurídico, quienes consideran que el monismo jurídico se muestra con un aspecto cerrado y universalizador, que busca irracionalmente la obtención de una sociedad culturalmente homogénea en la que prevalece una ley única, compuesta por normas, valores, principios y costumbres que se imponen a quienes gobiernan las minorías. (Carpio Frixone , 2015, pág. 212)

(Cabedo Mallol, 2004, pág. 115) emplea la expresión “inadecuación cultural” para referirse a las consecuencias negativas que posee la aplicación del Derecho a partir de la teoría monista y manifiesta que aquella concepción “vendría determinada por querer imponer un Derecho, de patrón occidental, formulado en una lengua que muchos indígenas desconocen, que responde a una lógica jurídica y a una racionalidad en gran parte antagónica a la cultura indígena, y que es, no en pocas ocasiones, ignorada.

La concepción pluralista se debe primariamente a dos componentes; primero, la búsqueda de un enfoque del Derecho asentado en el estudio de la sociedad más que del Estado; y, segundo, la rigurosa crítica a la visión universalizadora que procura la imposición de valores y culturas a pesar de cierta incompatibilidad con los pueblos. (Ariza & Bonilla Maldonado , 2007, pág. 112)

Se requiere la agudeza sobre cierto relativismo cultural que involucraría el reconocimiento de la paridad de valor de todas las culturas. El relativismo cultural esgrimido por los protectores del pluralismo posibilita aseverar que pueden concurrir disímiles puntos de vista, perspectivas, concepciones del mundo y culturas que hacen que el Derecho sea diverso (Cabedo Mallol, 2004)

En tal sentido se coincide con (Ehrlich, 2005, pág. 105) en el criterio que, en nuestro tiempo, el centro de gravedad del desarrollo del Derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma (Ariza & Bonilla Maldonado , 2007, pág. 12). El pluralismo jurídico busca leyes que respondan de manera coherente a su realidad y el Ecuador, que está constituido

por una gran diversidad de culturas y comunidades, requiere que sus derechos sean respetados y considerados.

En realidad, la teoría de universalizar el Derecho y la idea de imponer principios, valores, está lejos de conseguirse, a pesar de los efectos de la globalización. Los pueblos y comunidades, y mucho menos los indígenas, aceptan dócilmente un Sistema Jurídico totalmente importando y ajeno a sus tradiciones.

El problema ha sido que una parte de la civilización como bien manifiesta (Ehrlich, 2005, pág. 93) “el error radica en que los juristas están acostumbrados a reconocer solamente como Derecho aquello que emana del Estado, lo que se consolida a través de la amenazadora coerción estatal; todo lo demás sería uso moral o creaciones semejantes”

Es precisamente esta concepción equivocada lo que viene a criticar el pluralismo jurídico. Se coincide también en que esta visión monista del Derecho lo único que provoca es la marginación y prejuicios con que históricamente se ha visto y analizado al Derecho Indígena.

El pluralismo pretende que los sistemas de justicia ordinaria e indígena sean respetados en el territorio del Ecuador y en aquellos países en que coinciden ambas culturas como un verdadero espacio intercultural en el que la ley tenga en cuenta las diversas creencias, culturas y prácticas ancestrales.

Todo ello para evitar una ejecución arbitraria y ajena a los estándares y principios que han regido desde antaño en los pueblos y nacionalidades indígenas.

Dados estos antecedentes, es por tanto fundamental adoptar un enfoque del pluralismo jurídico que, en palabras de (Luzuriaga Muñoz, 2017, pág. 14), se entiende como tal “la interacción de diferentes sistemas jurídicos en un mismo campo social”, es decir, es la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos que conviven en distintos espacios en constante interacción, fluctuación, yuxtaposición, intersección e interlegalidad, que interactúan mutuamente, lo que casi siempre conduce a la apertura a nuevas influencias jurídicas.

A pesar de las distintas dificultades que se han presentado en el orden práctico, Ecuador goza de la coexistencia de dos sistemas jurídicos dentro de la sociedad ecuatoriana. Si conviven en el mismo espacio territorial ciudadanos que son indígenas y otros que no lo son, pues lo justo es que cada uno haga uso de sus sistemas de

Derecho, de una parte, existe el Derecho escrito y codificado por el Estado y de otra el Derecho Consuetudinario.

Ecuador aplica al mismo tiempo la justicia ordinaria y la indígena, situación que ha originado no pocos debates, fundamentalmente por las críticas que se le han realizado a los indígenas en sus procederes, sin embargo, en esta investigación se defiende la idea que de forma general ninguno de los procedimientos, ni siquiera los castigos que se aplican en la justicia indígena, resultan crueles o inhumanos, mucho menos si se compara con los nocivos daños que se conoce, provoca la privación de libertad que se dispone en la jurisdicción ordinaria.

En realidad, una de las deficiencias que pueden señalarse a la normativa jurídica en torno al tema, es que el orden Constitucional no ha sido suficientemente claro. Es cierto que desde la Constitución de 1998 se reconoció a las autoridades indígenas la facultad de ejercer “funciones judiciales”, y en la Constitución actual de 2008 se les reconoció a los indígenas su derecho al ejercicio de funciones jurisdiccionales, pero ninguna de las dos leyes ha establecido si existen límites o no, y la preocupación más importante es hasta qué punto puede llegar, por ejemplo, en materia de Derecho Penal.

El reconocimiento de los sistemas legales indígenas permite la articulación democrática con el sistema de justicia nacional y los poderes estatales. Al punto que, las fórmulas constitucionales utilizadas en los países andinos generalmente incluyen el reconocimiento de funciones jurisdiccionales o judiciales a las autoridades de las comunidades indígenas y/o campesinas, de acuerdo con su Derecho Consuetudinario o sus propias normas y procedimientos en el marco territorial de los pueblos o comunidades indígenas o mujeres campesinas. (Yrigoyen Fajardo, 2004, pág. 174)

Al reconocerse en el Ecuador la justicia indígena se admiten los procedimientos y normas de solución de conflictos arraigados en sus costumbres y tradiciones. No existe incompatibilidad alguna entre el Derecho Consuetudinario de los indígenas y los derechos fundamentales establecidos por el ordenamiento jurídico nacional o con los derechos humanos consagrados en los instrumentos jurídicos internacionales.

En su artículo 344, el Código Orgánico de la Función Judicial establece los principios con arreglo a los cuales deben atender los jueces, fiscales, defensores, policías y demás funcionarios públicos, las actuaciones de los pueblos indígenas.

Existe un principio denominado “Diversidad” por el que se dispone atender el Derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural. ( Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

Bajo el principio de igualdad se regula la necesidad de adoptar las medidas para garantizar el debido entendimiento de las normas, procederes y consecuencias jurídicas que se pueden producir en los asuntos en los que formen parte personas y colectividades de procedencia indígena, por lo que se puede disponer la presencia de traductores, peritos, antropólogos o especialistas que conozcan el derecho indígena.

Se establece el principio de *non bis in ídem* que impide la revisión de lo actuado por otros jueces o cualquier otra autoridad administrativa, cuando la jurisdicción indígena se ha aplicado, sin perjuicio de la revisión constitucional que pudiera promoverse. En aquellos asuntos en que exista duda en cuanto a cuál de las jurisdicciones aplicar; es decir, decidir si se aplica la jurisdicción ordinaria o la indígena se tendrá en cuenta el principio “Pro jurisdicción indígena” de manera que se asegure que la justicia indígena sea la que se aplique, de forma tal que conserve su autonomía y la menor intervención.

El principio de “Interpretación intercultural” exige la interpretación intercultural de los derechos controvertidos en el proceso. En tal sentido, se intentará tomar elementos culturales vinculados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009)

Para los casos en que los jueces ordinarios conozcan que el proceso puede ser sometido a las autoridades indígenas, declina el conocimiento del asunto siempre que haya sido solicitado por la autoridad indígena. El Consejo de la Judicatura desarrolla capacitaciones sobre las culturas ancestrales, el idioma, las costumbres, las prácticas, de forma tal que exista un apoyo y cooperación con la justicia indígena.

Cuando se vuelven a revisar las normas jurídicas se crea cierta confusión, pues cuando se habla de jurisdicción y competencia, se dice que la jurisdicción es el poder de administrar justicia. “En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función

pública de administrar justicia emanada de la soberanía del Estado ejercida por un órgano especial” (Echandía, 1994, pág. 77)

Con el concepto anterior se puede apreciar que la jurisdicción se convierte en la facultad de administración de justicia conferida al Estado y como tal identifica a los Estados que pueden ejercerla, aplicarla y decidir sobre las medidas que se les den a conocer. Esta facultad se delega en los distintos tribunales por mandato constitucional, de la misma forma que actualmente reconoce la justicia indígena.

La jurisdicción como concepto general instituye la aplicación de la ley a través de la intervención del Estado, es decir, a través de los órganos jurisdiccionales que pueden conocer del caso, con el fin de poder pronunciarse sobre la base de un criterio jurídico justo que encomiende a la parte o partes quienes se someten a su arbitraje o a una decisión guiada por la ley escrita. Mediante este sometimiento los jueces justifican su decisión y la enmarcan en una determinada legislación.

En cuanto al reconocimiento de jurisdicción, se señala que “jurisdicción es una sola, como emanación de la soberanía, pero la necesidad de especialización ha forzado la creación de varias jurisdicciones” (González, 1999). Sin embargo, la jurisdicción indígena no se ha creado porque haya sido una necesidad del Estado, ella existe y solamente se reconoce como una jurisdicción especial.

La jurisdicción indígena siempre ha existido, solo que ha tardado en ser reconocida en el Ecuador y en el mundo. El otro problema que no puede dilucidarse conforme a la ley ordinaria es la competencia, para ser juez competente se debe tener jurisdicción pues la competencia constituye, en su naturaleza jurídica, la medida de la jurisdicción. (Echandía, 1994, pág. 189)

En la justicia ordinaria se limita la capacidad de la autoridad para ejercitar su acción de resolución de acuerdo a la cuestión planteada, o del monto requerido. Al respecto (Alvarado Velloso, pág. 33) señala que: “competencia es la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre jurisdicción y competencia una relación cuantitativa y no cualitativa, de género o especie”.

Se establece así que todos los jueces están facultados para ejercerlos por su estructura de sustitución de rigor, poder y decisión. Sin embargo, su competencia para escuchar un asunto en particular es limitada, y de ahí nacen las materias o clases de habilidades.

El artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial aclara que: “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2009). Esto se refiere a la justicia ordinaria.

Si se analiza la justicia indígena, se puede considerar que también es multijurisdiccional, en virtud del alcance del derecho a conocer los hechos, sin embargo, existen algunos retrocesos y cuestionamientos en cuanto a la aplicación de penas, o castigos relacionados con hechos delictivos, sobre todo cuando se trata de actos contra los derechos de las mujeres o de la violencia intrafamiliar. Debe profundizarse con exactitud en lo que ocurre, procurando asegurar que las mujeres víctimas de violencia tengan garantizado el pleno ejercicio de la justicia.

Ahora bien, para entender la jurisdicción indígena se debe partir del pluralismo, que está garantizado por los contextos constitucionales al reconocer al Estado como plurinacional y multiétnico, identificando la diversidad lingüística y étnica dentro del país, característica conocida con el nombre de "pluralismo legal" que se refiere al Derecho Consuetudinario o Indígena.

La justicia intercultural y el pluralismo jurídico es una práctica jurídica garantizada por la Constitución. Concibe al Ecuador como Estado plurinacional que reconoce a varios grupos humanos culturalmente diferentes que conviven en el mismo territorio nacional, aunque sujetos a diferentes sistemas legales, todos supeditados al mismo Estado y llamados a cumplir las mismas normas constitucionales.

El Ecuador posee 14 nacionalidades indígenas y 18 pueblos (Carpio Frixone , 2015, pág. 209), cada uno con sus propios modos de administración de justicia, por lo que existen diferencias culturales en sus costumbres y prácticas, en sus valores ancestrales que varían, incluso entre las comunidades.

El pluralismo jurídico representa la existencia de los diferentes sistemas jurídicos; incluso, dentro de las propias comunidades indígenas, cada una con sus propias normas, instituciones, principios, valores, tradiciones ancestrales o reglas consuetudinarias, todas las que regulan el comportamiento y la conducta de los

miembros de la comunidad y que les permite resolver conflictos que amenacen su supervivencia o seguridad.

El establecimiento de un Estado Plurinacional impone una nueva forma de concebir y edificar el Estado, sobre la base del reconocimiento de los gobiernos de naciones, nacionalidades, pueblos, comunidades y municipios, lo que ofrece la posibilidad de elaborar una forma de convivencia intercultural, diversa, armónica y de esta forma fortalecer la unidad nacional en la diversidad.

En consecuencia, el pluralismo jurídico desafía el modelo de la ciencia jurídica tradicional, que ya no es capaz de dar cuenta de las muy distintas formas de ejercicio del poder, en estos tiempos en los que las sociedades se han desarrollado y se reconoce la diversidad en todos los ámbitos.

De igual forma, (Stavenhagen Gruenbaum, 1988, pág. 55), manifiesta que:

El derecho consuetudinario, costumbre jurídica, derecho alternativo, etcétera, es un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas no codificadas, distinto del derecho positivo vigente de un país determinado, señalándose que la diferencia fundamental entre derecho positivo y el derecho consuetudinario radica en el primero, que está vinculado al Estado, por ser creado mediante órgano competente

Así, “el pluralismo jurídico no pone en cuestión la unidad del derecho, si se establecen mecanismos de coordinación entre justicia indígena y la justicia ordinaria” (De Sousa Santos , 2012, pág. 55). En Ecuador la justicia indígena está integrada por las comunidades y pueblos ancestrales que mantiene una relación activa con la sociedad mestiza, a través de autoridades indígenas que pueden representar la justicia en igualdad de condiciones y al mismo tiempo identificarse con su propia gente, que son los que reconocen dicho poder legal cuando se consideran plenamente representados.

Al efecto, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT es un organismo especializado de las Naciones Unidas que se ocupa de temas laborales de cual Ecuador es parte desde 1934) en su artículo 9 establece que “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. (Organización Internacional del Trabajo, 2014)

La intención de la OIT es reconocer las prácticas indígenas ancestrales en materia de sanciones penales, sobre todo, la voluntad de dicho organismo es obligar a los países que han ratificado el Convenio 169 a aceptar esta competencia, con la exigencia de que los funcionarios de justicia tengan en cuenta los preceptos de la justicia indígena al decidir de una determinada causa en la que participa un miembro de una comunidad indígena. Así lo confirma el artículo 10 del mismo instrumento, el cual menciona, en su primer párrafo, que “cuando se impongan sanciones penales previstas en la legislación general a miembros de dichos pueblos indígenas, sus características económicas, culturales y sociales deben ser tomados en cuenta. (Organización Internacional del Trabajo, 2014)

Esto significa, de hecho, que el Derecho Penal estatal no puede ni debe aplicarse de la misma manera a todas las personas que viven en la nación, pero que, tras la adopción de los instrumentos internacionales antes mencionados, es necesario que los jueces llamados a aplicar sus decisiones a lo prescrito en este Convenio.

No todos los sistemas punitivos indígenas son iguales, tienen sus matices, es fundamental no caer en la banalidad de equiparlos con una interpretación transcultural, eso iría en contra de ellos, ignorando el hecho de que las prácticas ancestrales respondan a una costumbre o práctica ancestral. En los sistemas de control indígena, el equilibrio o la armonía dentro de la comunidad, especialmente entre las familias que la integran, es fundamental para lograr la satisfacción de las víctimas y la reintegración del sujeto y evitar su estigma.

El respeto a la Constitución y los derechos humanos, la resolución de conflictos internos se establece como límite a la jurisdicción indígena, sin embargo, “para los pueblos indígenas y para el caso de la justicia indígena, conflicto interno constituye toda acción o acto que desestabiliza la paz, la armonía y la tranquilidad de un colectivo o de una comunidad” (Tibán & Ilaquiche , 2008, pág. 44)

Luego en una imagen en el que dos personas que se autodefinen como indígenas se constituyen como sujetos pasivos y activos de un crimen, que perturba la paz y la armonía del grupo y se encuentra en territorio indígena, se enfrentaría un caso en el que el derecho consuetudinario podría aplicarse en el ámbito penal. Si esto se presenta como una posibilidad, cabe preguntarse cómo el Código Orgánico Integral Penal abordará este problema, al efecto el numeral 9 del artículo 5 refiere:

El derecho al debido proceso penal dispone: “Se regirá por los siguientes principios: (...) 9. Prohibición de doble Juzgamiento: ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto”. (Yépez Andrade , 2017)

Al leer este artículo, queda claro que la existencia de una ley penal indígena es viable, ya que se comprueba que esta posibilidad está incluso contemplada en la misma legislación penal, lo que se refuerza con la disposición general segunda transitoria del Código Orgánico Integral Penal (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014), al señalar:

En referencia a las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.

Por tanto, habiendo analizado previamente lo estipulado en estos órganos judiciales y al revisar si el Derecho Penal está directamente relacionado con estos instrumentos, se asume que el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene en cuenta la posibilidad de que las mismas autoridades indígenas puedan ser miembros de la comunidad y puedan sancionar a los miembros por los delitos cometidos en ella. No obstante, vale la pena comparar algunos aspectos con uno de los países más cercanos al Ecuador.

En Colombia, la Constitución de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (artículo 7) así como el derecho a la jurisdicción indígena (artículo 246). Con relación al Derecho Penal, el Código Penal Nacional contiene ciertos estándares que toman en cuenta la diversidad indígena. (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

El más importante de estos estándares es el que establece como causa de no credibilidad, la no comprensión de la ilegalidad de la conducta, o por determinar de acuerdo con este entendimiento, por la diversidad sociocultural (artículo 33 CP), es decir, se establece la irresponsabilidad criminal del indígena vía causal de exoneración. Esta norma data del Código Penal de 1936, que inicialmente consideraba irreprochable al indígena en virtud de ciertas condiciones psicosociales por pertenecer a una comunidad, y que le impedían comprender la ilegalidad de la

conducta, luego se transformó en la imposibilidad de comprender esta ilegalidad a través de la diversidad sociocultural (Becerra Becerra, 2006).

De igual forma, el Código Penal colombiano contiene un mandato explícito sobre el tipo de medidas de seguridad aplicables a las poblaciones indígenas declaradas inocentes por su diversidad sociocultural, las cuales deben consistir en la reintegración a su entorno cultural (artículo 73). Según esta disposición, el Código Procesal Penal ordena a los jueces encargados de la ejecución de sentencias y medidas de seguridad coordinar con las autoridades indígenas de la comunidad interesada para la ejecución de las mismas (Díaz Villegas, 2012, pág. 185).

(Díaz Villegas, 2012, pág. 185), advierte que el mandato constitucional, distingue dos jurisdicciones paralelas: por un lado, el ordenamiento jurídico nacional, que está integrado por: a) la Constitución Política y la legislación nacional que se aplica a los pueblos indígenas por ser considerados "ciudadanos"; y, b) la legislación nacional indígena adoptada por los pueblos indígenas y comunidades indígenas de los Andes, que como resultado del proceso de aculturación han perdido total o parcialmente sus costumbres ancestrales, sistemas de control y autoridades, y están en proceso de restaurar sus propios sistemas regulatorios.

Por otro lado, según el citado autor, existen sistemas jurídicos indígenas, sistemas propios que tienen competencia jurídica por reconocimiento constitucional y que cuentan con autoridades, sistemas de control y órganos de decisión propios. La base jurídica de este sistema "mixto" se encuentra en el artículo 30 del Código Procesal Penal de Colombia, que exime de la jurisdicción penal ordinaria lo que conoce la jurisdicción indígena.

La cultura y las tradiciones indígenas se han subestimado durante muchos años debido a la introducción de prácticas occidentales que, en general, se describen como ideales y únicas. Sin embargo, ninguno de ellos estableció límites a la jurisdicción del asunto, lo que sugiere que la jurisdicción de los nativos americanos podría, en teoría, extenderse para incluir todas las áreas, comprendido el Derecho Penal.

Ante esta realidad, y luego de las recientes reformas de las distintas leyes, cabe preguntarse si estos ordenamientos jurídicos contemplan la posibilidad de una aplicación real de la justicia indígena como mecanismo sancionador de actos

delictivos, tal es la posición adoptada aquí, que se manifiesta a partir de este momento, en el que se buscan soluciones en el marco del Derecho Penal oficial (posiblemente justificación del ejercicio lícito de un derecho o de una exención por error de entendimiento cultural), fundamento político de la viabilidad pena.

### **3.3 Influencia de los sistemas religiosos en Ecuador**

Conforme lo dispone la Constitución de la República del Ecuador en su Artículo número 1, “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural y plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada” (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008). Cuenta el país con una ley de cultos que norma el desarrollo de las actividades religiosas de las confesiones de fe.

Un Estado laico es aquel que no reconoce oficialmente ninguna religión con preponderancia a otras. Su legislación no realiza ninguna protección prioritaria a favor de las religiones salvo los casos en que se exige el respeto y la protección de la libertad de cultos o religiones que poseen protección constitucional y demás.

El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 184 sanciona a la persona que empleando violencia impida a uno o más individuos profesar cualquier culto, con pena de 6 meses a 2 años. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

A diferencia de los sistemas propiamente religiosos poseen una especial devoción por los textos bíblicos, la libertad de religión reconocida en el Estado ecuatoriano se limita a consagrar en las leyes diversos principios que deben ser observados por la sociedad en todos sus órdenes. Estos principios se reducen a los siguientes:

1. La igualdad jurídico política de todos los ciudadanos, independientemente de sus creencias.
2. La neutralidad del Estado, con respecto a la iglesia o a todo culto particular.
3. La garantía de libre ejercicio de cultos.
4. La liberación de una esfera pública independiente de cualquier institución religiosa y de cualquier simbolismo religioso determinado.

El Estado laico es una representación política separada de cualquier religión en la que existe neutralidad con respecto a cualquier institución religiosa o cualquier culto en particular y que tiene como finalidad garantizar la libertad religiosa.

Un aspecto curioso que emerge del Derecho comparado es que los países que mantienen sistemas religiosos ofrecen un rol muy importante a la familia y las atienden con carácter prioritario, sin embargo; el Ecuador, un país que respeta todas las religiones y en el que, en sentido general, la población posee altas creencias no posee un Código de Familia independiente del Derecho Civil lo que constituye una tarea pendiente en el orden jurídico.

Aún con las críticas que puedan realizarse a la forma en que la familia es tratada en los sistemas religiosos, de acuerdo a su cultura y costumbres, se le ofrece prioridad, sin embargo, en el Ecuador existe una dispersión jurídica en el tratamiento a la institución de la familia desde el punto de vista jurídico que en ocasiones resulta contraproducente con los avances que se tienen en Latinoamérica. Las normas jurídicas sobre la familia se encuentran diseminadas en varios cuerpos legales, como el Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Civil, entre otras.

En la Constitución ecuatoriana de 1830 se estableció como religión oficial la católica, en la Revolución liberal se aprobó una nueva Constitución que garantizaba la libertad de conciencia, siempre que no fuera contraria a la moral y al orden público. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 1830) En la Constitución de 2008 en el artículo 1 fue que se consideró al Ecuador como un Estado laico y se consagró la libertad e igualdad religiosa; y, el deber del Estado de proteger la práctica religiosa voluntaria y la expresión de quienes no profesan religión. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

No obstante, aunque la Constitución actual consagra la libertad religiosa, no cuenta el Ecuador con una ley que desarrolle suficientemente este derecho. Existe una Ley de Cultos que data de 1937, compuesta de 6 artículos, que regula la representación legal y la administración de los bienes de las organizaciones religiosas, pero no regula el derecho a la libertad religiosa, como tal.

La libertad religiosa es un derecho de la familia ecuatoriana. Los integrantes de las familias pueden profesar la confesión de fe que deseen, en tanto lo hagan libre y voluntariamente.

Los cristianos en Ecuador son el grupo religioso mayoritario, cuyo libro sagrado es La Biblia, para los que la familia es sagrada, el matrimonio indisoluble, el esposo debe amar a su esposa, la esposa respetarlo, los hijos obedecer y los padres no abusar de los hijos y sus valores se centran en el temor a Dios, la oración, el agradecimiento, el servicio, la paz, el gozo, la armonía, el amor y la paz. De alguna manera estas enseñanzas, en la práctica, evitan conflictos familiares, aunque existen roles cristianos que entran en conflictos con algunos derechos de la mujer civilizada como aquellos en que su misión es criar los hijos y ayudar al marido porque a veces esto se enmarca en conductas machistas.

### **3.4 El sistema procesal ecuatoriano**

El debido proceso constituye uno de los derechos fundamentales que posee cada ciudadano a ser procesado de manera justa, lo que representa el derecho de toda persona a que se les garantice ser oído, y que sea respetado en su dignidad y libertad. La Constitución de la República del Ecuador (2008), establece en su artículo 76 que en todo asunto en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el debido proceso.

De modo que, si se trata de un proceso penal tanto el fiscal como la persona a quien se le acusa de un delito o en el proceso civil, las partes, sean naturales o jurídicas deben participar en el proceso en igualdad de oportunidades, ambos tienen el derecho a proponer pruebas, hacer alegaciones, presentar escritos, interrogar o contrainterrogar, o a recurrir las decisiones con las que se encuentren inconformes, entre otros derechos que deben ser respetados y a las que se les informe y notifique de cada decisión para hacer valer sus derechos.

Constitucionalmente está refrendado el principio de igualdad en el precepto número 76 y en artículo 11 numeral 2 de la Constitución, donde se estipula que todas las personas gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Siendo la igualdad la antesala de la contradicción que posibilita en todas las materias, etapas, diligencias que las partes puedan enfrentarse entre sí y oponerse a lo alegado por su contrario. El artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador consagra este principio junto a otros como la concentración, (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

La legislación regula el principio de legalidad, que no solo significa la imposibilidad de calificar por una infracción que no esté prevista en la ley o de imponer una pena que el legislador no ha creado, sino que las personas para ser sancionadas tienen que haber discurrido por un debido proceso, donde se hayan cumplido todas las formalidades legales, que se hayan respetado todos los preceptos legales que protegen al individuo como parte de los límites que se imponen al *ius puniendi* estatal, (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) en el artículo 76 numeral 3.

El moderno proceso ecuatoriano se sustenta en la oralidad, una oralidad alcanzada después de muchos años de escritura, de secretividad y de inquisición. En los procesos penales, como en los no penales, los procedimientos son fundamentalmente orales.

La oralidad facilita el cumplimiento de los principios y garantías del debido proceso. Solo por excepción se dispondrá celebrar un juicio a puertas cerradas, y según la ley en muy pocos casos las actuaciones se mantienen bajo reserva de ley.

Las audiencias y juicios orales que se celebran en todas las materias en la esfera jurisdiccional, permiten que se cumplimenten en la práctica los principios de contradicción, concentración o unidad de actos, el principio de economía procesal, la inmediación que se ofrece a las partes y a los ciudadanos en general, que el juez tenga contacto directo con las partes y que la justicia se realice ante los ciudadanos, es decir, con la oralidad también se facilita la publicidad, la participación y control de la población en las audiencias.

El Código Orgánico General de Procesos (Ecuador, Asamblea Nacional, 2015) en el artículo 6 establece que la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso. Las audiencias que no sean conducidas por la o el juez serán nulas.

En materia penal Ecuador ha transitado hacia un modelo esencialmente acusatorio, un modelo que aun cuando no puede afirmarse que es totalmente acusatorio, si puede considerarse que muchos aspectos cumplen con esta característica reconocida en la actualidad en América Latina como la forma más adecuada para un Estado democrático y de justicia social.

El proceso penal reviste gran importancia en virtud de que se encuentra amparado en una serie de garantías fundamentales que se encuentran contenidas en la Constitución de la República de Ecuador (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008), que a su vez ponen en movimiento al Código Orgánico Integral Penal, (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) con la finalidad de una administración de justicia más humana, objetiva y con la participación de juzgadores independientes e imparciales que deberán respetar absolutamente la dignidad humana.

A partir del año 2000, cuando entra en vigor el Código de Procedimiento Penal el Ecuador adopta el sistema procesal acusatorio. Este momento constituyó un paso trascendental para el Estado ecuatoriano, pues representa un salto cualitativo en la historia del Derecho, donde viene a ajustarse el proceso, a un modelo que más se aviene a un Estado social y democrático que requiere mayor eficiencia en la justicia.

Numerosos países en Latinoamérica se sumaron a las reformas esencialmente acusatorias que comenzaron a finales del siglo pasado. El Ecuador cuenta con una Constitución ampliamente garantista, que consagra los derechos fundamentales y las garantías procesales, con una transformación del rol de la Fiscalía en los procesos, la consagración de la mínima intervención en el ámbito del Derecho Penal, la aspiración de convertir en totalmente real el principio de oralidad por encima de la escritura y alcanzar la justicia a través de la inmediatez, contradicción, publicidad, concentración y todos los principios que integran el debido proceso.

Uno de los pilares del acusatorio es la citada oralidad cuyas raíces se remontan a la historia griega con el “Tribunal de los Heliastas, en donde el acusado tenía su juicio en la plaza pública frente a un jurado popular, trasladándose más tarde el procedimiento a los jurados romanos”. (Zabala Baquerizo, 2004, pág. 20)

El sistema acusatorio reconoce al acusado su condición de sujeto del proceso, a él le son respetados sus derechos, los cuales constituyen un límite al *ius puniendi* estatal se ejerce por los órganos jurisdiccionales.

Las funciones de las partes en el proceso penal se encuentran bien delimitadas, el fiscal tiene su rol, el juez debe dictar sentencia de manera imparcial e independiente. En el sistema acusatorio el fiscal, el abogado de la víctima y la defensa del imputado se enfrentan en igualdad de oportunidades dentro de un proceso ante

un juez imparcial quien con base en las pruebas decide si condena o no a la persona acusada.

Los jueces no ejercen ningún tipo de actividad investigativa o acusadora, de forma tal que se encuentre garantizada la independencia judicial y la imparcialidad del juez. No debe permitir el juez ningún tipo de influencia de amigos, parientes, o funcionarios políticos en sus decisiones. El principio de imparcialidad se encuentra constitucionalmente consagrado en el artículo 76 literal K. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

El procesado, imputado o acusado comparece siempre con la asistencia de un abogado defensor. El artículo 76 numeral 7 inciso b) de la Constitución de la República vigente establece el derecho de la persona de defenderse y contar con los medios y el tiempo suficiente para preparar adecuadamente su defensa, lo cual está en concordancia con lo establecido en los instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

La persona procesada en el área penal puede designar un abogado de su elección para que lo represente no solamente en el juicio o las audiencias anteriores, sino para que solicite los beneficios de excarcelación o solicite ante un juez de garantías la materialización de sus derechos como persona privada de libertad. El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador reconoce y ofrece la posibilidad de que estos derechos de los privados de libertad se soliciten ante el órgano jurisdiccional competente.

Existe una defensoría pública que asiste gratuitamente a aquellas personas en determinadas materias siempre que no posean recursos monetarios o se encuentren en situación de vulnerabilidad para que no queden desprotegidos, fundamentalmente aquellos que en el orden penal no tienen posibilidades de pagar los servicios de un abogado.

La persona es inocente hasta tanto se dicte fallo condenatorio firme contra él, después de haberse desarrollado un amplio proceso con todas las garantías procesales y constitucionales. La declaración del acusado no es considerada un medio de prueba sino un medio de defensa y todo delito debe ser probado con independencia de los detalles que haya ofrecido el procesado durante las investigaciones.

Ninguna persona puede ser obligada a declarar en su contra, pues en caso de ser sometida a proceso penal puede guardar silencio o prestar la versión que estime conveniente sin que con ello se exponga a ser castigado con una pena mayor, las personas no pueden ser forzadas a declarar ni puede utilizarse contra ellas ningún mecanismo que implique tortura física o psicológica para obligarlas a declarar contra sí mismas o contra sus familiares.

Tanto el Código Orgánico integral penal como la Constitución de 2008, consagran el principio de objetividad dirigido a que el Fiscal no solo debe aportar los elementos de convicción suficientes para poder acusar a una persona, sino que debe aportar tanto lo que haya investigado en contra como aquellos elementos que están a favor del procesado. Así se contempla en el artículo 195 de la Constitución y 5 apartado 21 del COIP. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Asimismo, ocurre con el principio de favorabilidad indicativo de que cuando existan dos normas que se encuentren en colisión u ofrezca dudas sobre cual emplear se aplique la menos rigurosa, aunque su promulgación sea posterior a la fecha de ocurrencia del hecho. Ello se consagra en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución y el artículo 5 numeral 2 del citado COIP.

El deber de motivar las decisiones que se adopten se encuentra previsto en varios cuerpos legales, la Constitución lo prevé en el artículo 76 pero también el COIP lo regula en el artículo 5 punto 18 como principio del proceso. Significa que los jueces deben explicar y justificar conforme a derecho sus decisiones so pena de nulidad en caso de no realizarlo correctamente. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En la República del Ecuador, está garantizado el derecho de impugnación de toda resolución administrativa o judicial, pues toda persona que se vea afectada o cree que está afectada, que se le ha violentado o vulnerado un derecho, tiene derecho a impugnar dicha resolución. En materia penal el recurso que se establezca únicamente por el condenado no puede ser modificado en su contra según el principio de *non reformatio in peius* que impone a los jueces que resuelven el recurso imponer una pena más grave que la que se dispuso en la sentencia anterior.

La impugnación es el medio a través del cual todos los ciudadanos tienen el derecho de reclamar por algún derecho vulnerado o por alguna acción que no haya sido la adecuada por parte de la administración pública o por parte del sistema judicial,

siendo considerado como herramienta que la ley entrega a los ciudadanos para oponerse a decisiones de la autoridad siempre y cuando exista de por medio un derecho vulnerado.

En el artículo 77 de la Carta Magna (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) se consagra el derecho a impugnar toda resolución o toda sentencia siempre y cuando se haya vulnerado un derecho, al tiempo que se regula la prohibición de reformar en perjuicio del recurrente que se ha mencionado *up supra*.

En todas las materias pueden mediarse los conflictos en materias transigibles, atendiendo a los principios de voluntariedad, confidencialidad, neutralidad entre otros que se requieren para que las partes se sometan a este tipo de procedimiento.

Con el transcurso del tiempo y la puesta en práctica del acusatorio en Ecuador se pudo llegar a la conclusión de que no existe un sistema puro, sino mixto, en razón que una parte lleva el sistema oral y otra parte es por escrito, aún existe cierta secretividad en las actuaciones, siendo así, es criterio aceptado por algunos tratadistas y ratificado por la realidad procesal de los participantes involucrados en el proceso judicial.

En el área penal existen procedimientos alternativos de solución del conflicto, como la conciliación. La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 190 , (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008) reconoce como medio alternativo de solución de conflicto, a la conciliación, norma Constitucional que tiene concordancia con lo que dispone el artículo 663 del Código Orgánico Integral Penal. (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Para acceder a la conciliación dentro de un procedimiento directo, debe cumplir con los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad.

Tampoco es una innovación el sistema oral como tal, desde la época de los grandes emperadores romanos, que pertenecieron a la familia Civil Law, las sustanciaciones de los procesos judiciales se hacían a la luz pública y de forma oral. Lo nuevo es la implementación en la justicia ecuatoriana y si todavía se armonizan la escritura y la oralidad todavía se puede considerar un sistema mixto.

Todos estos requerimientos permiten que se dicte una sentencia justa, en un plazo razonable en que queden resueltas las peticiones de las partes y se motiven

conforme a derecho todas las decisiones judiciales. Los fallos se dictan o se dan a conocer de forma oral, la ciudadanía puede controlar la labor judicial.

Cierto es que todo este conjunto de normas jurídicas de carácter garantista no da por sentado que en la práctica todo funcione como la ley prevé, pero lo cierto es que lo que corresponde hacer a la ley se encuentra previsto en ella. Por supuesto que hay que hacer mucho todavía por formar adecuadamente los valores para que los jueces, fiscales y demás profesionales del Derecho respondan a un comportamiento ético pero esta tarea corresponde a un nivel más global donde se encuentra incluida la Universidad.

## CONCLUSIONES

De acuerdo a los objetivos planteados en el presente estudio se concluye lo siguiente:

1. La confusión conceptual en torno a familias jurídicas, ordenamientos jurídicos, sistemas jurídicos y tradiciones jurídicas debe quedar zanjada en los términos siguientes: El concepto de tradición jurídica se asocia al conjunto de tradiciones, costumbres, cultura de un pueblo; el ordenamiento jurídico son las normas jurídicas de un Estado; la familia jurídica surge de aspectos comunes de varios sistemas jurídicos y los sistemas jurídicos conforman un conjunto de normas, instituciones jurídicas, costumbres y principios propios de un Estado o territorio.

2. El Common Law aun en la modernidad es un Derecho esencialmente práctico y no escrito, que fue sustentado en sus orígenes en la costumbre y en el Derecho Común, pero tiene como basamento los fallos dictados por los jueces con anterioridad. Un Derecho en el que reina el sentido común y la libertad de los jueces para decidir y en el que sus defensores consideran que constituye un ejemplo de dignidad y de una justicia contextualizada a la realidad, mientras sus detractores consideran que no tiene en cuenta la seguridad jurídica que ofrece la codificación. El Common Law rige en Inglaterra, Canadá, Estados Unidos de América y en casi todos aquellos territorios que fueron colonias británicas.

3. El Civil Law ha sido históricamente la familia contraria al Common Law en el que rige la ley, y sobre el que se dice que reina o gobierna el Código, cuando la ley habla el juez calla, porque esta familia jurídica que tuvo su origen en Roma se sustenta en las leyes, se expandió por casi toda Europa y llegó a América del centro y sur a través de las normas jurídicas que se fueron imbricando como resultado de las conquistas y de la colonización.

5. El Civil Law transitó por un proceso de codificación arduo, complejo y excelente; desde el *corpus, iuris civilis* de Justiniano, pasando por el Código Civil Alemán, el Código Napoleónico, el código austriaco, el Código de Instrucción Criminal Francés hasta llegar a América en que surgen otros códigos, como el Código Civil de Andrés Bello y las abundantes codificaciones actuales producto de las reformas procesales de finales del siglo pasado demuestran la grandeza de Roma y de su Derecho de alcance universal.

6. El resto de las familias jurídicas, las religiosas, socialistas o de Derecho consuetudinario, aunque poseen caracteres propios, no llegan a convertirse en sistemas puros pues contienen tanto del Civil Law como del Common Law. La realidad contemporánea ha demostrado que ni siquiera las dos grandes familias jurídicas lo son.

7. Los efectos de la globalización han traído consigo la idea de un Derecho universal que, aunque está muy lejos de alcanzarse por las diferencias de orden económico, político y social, para la presente etapa, muchos juristas defienden la posibilidad de una Constitución Universal o la tecnologización de la justicia de manera uniforme.

8. Ecuador posee un sistema *sui generis*, que posee componentes de varios sistemas, aunque si hubiera que clasificarlo en uno de ellos es de corte romano latino. Un sistema jurídico cuya fuente esencial es la Constitución y las leyes, con fuerte influencia del Derecho Romano, de los alemanes, franceses, españoles, italianos y luego de todo el proceso codificador de Chile, Argentina, Uruguay, Perú, Colombia con cierta influencia también de los Estados Unidos de América fundamentalmente en torno a la solución alternativa de conflictos.

9. Dentro de los grandes logros del sistema jurídico ecuatoriano se ubica la conservación de sus tradiciones, cultura y justicia indígena. Constitucionalmente refrendado, el Ecuador es uno de los pocos países a nivel mundial que aplica su Derecho Consuetudinario.

10. Como todo sistema jurídico el Ecuador posee deficiencias en el ordenamiento jurídico que han sido cuestionadas y merecen convertirse en objeto de estudio de otras investigaciones como es el caso de la superabundancia normativa de una parte y por otra, la existencia de algunas materias como el Derecho Civil y de Familia que deben adecuarse a la realidad y contexto actual.

## **RECOMENDACIONES**

A la Universidad Metropolitana del Ecuador.

Que el resultado de la presente investigación sea utilizado en la enseñanza de pregrado y postgrado en la Universidad Metropolitana del Ecuador, fundamentalmente en la maestría de Derecho Procesal que se desarrolla en la carrera de Derecho en Quito.

## Bibliografía

- Alarcón Peña , P. A. (Junio de 2016). *Una metodología comparativa crítica: su aplicación al caso ecuatoriano*. Recuperado el 28 de Julio de 2020, de Universidad Andina Simón Bolívar: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5141/1/RD070-DDE-Alarcon-Una%20metodologia.pdf>
- Alvarado Velloso, A. (s.f.). *Jurisdicción y Competencia*. Recuperado el 22 de Agosto de 2020, de Academia Virtual de Derecho: [https://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion\\_y\\_Competencia\\_\\_AAV.pdf](https://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf)
- Ariza, H. L., & Bonilla Maldonado , D. (2007). *Pluralismo Jurídico*. Bogotá : Siglo de los hombre Editores .
- Becerra Becerra, C. A. (Diciembre de 2006). La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: entre el pluralismo y la autonomía relativa. *El otro Derecho*(35), 213-236. Recuperado el 25 de Agosto de 2020, de <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/93LajurisdiccionespecialindigenayelderechopenalenColombia.pdf>
- Blacio Aguirre , R. (26 de Marzo de 2010). *Derecho Comparado*. Recuperado el 28 de Julio de 2020, de Derecho Ecuador: <https://derechoecuador.com/derecho-comparado-0>
- Cabedo Mallol, V. (2004). *Constitucionalismo y derecho indígena en América latina*. Valencia : Universidad Politécnica de Valencia.
- Cabrillac , R. (Diciembre de 2009). El Derecho Civil Francés desde el Código Civil. *Revista de Derecho Valdivia* , 22(2), 65-73. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502009000200004](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502009000200004)
- Carpio Frixone , M. B. (Septiembre de 2015). Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal? *Law Review*, 2(1), 207-230. Recuperado el 17 de Agosto de 2020, de

[https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law\\_review\\_011.pdf](https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Documents/edicion003/law_review_011.pdf)

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (30 de Noviembre de 1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado el 24 de Agosto de 2020, de <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>

Couture Etcheverry, J. (1977). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.

Cueto Rúa , J. C. (1997). *El Common Law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

David, R., & Jauffret-Spinosi, C. (2010). *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

De Cervantes, J. (2002). *Introducción a la Historia del pensamiento jurídico en México*. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

De Sousa Santos , B. (2012). *Justicia Indígena, plurinacionalidad e Interculturalidad* . Quito : Abya Yala .

Díaz Villegas, M. R. (Diciembre de 2012). ntre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal. *Revista de Derecho*, 25(2), 177-205. Recuperado el 25 de Agosto de 2020, de [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502012000200008#n14](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200008#n14)

Echandía, H. (1994). *Compendio de Derecho Procesal* . Caracas : Editorial Biblioteca Jurídica Dike .

Ecuador, Asamblea Constituyente. (23 de 9 de 1830). *Constitución del Estado de Ecuador*. Riobamaba. Recuperado el 8 de 11 de 2020, de [https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion\\_1830.pdf](https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf)

Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de Octubre de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Obtenido de Registro Oficial N° 449 : <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>

- Ecuador, Asamblea Nacional. (9 de Marzo de 2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Registro Oficial Suplemento 544:  
[https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo\\_organico\\_fj.pdf](https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/normativa/codigo_organico_fj.pdf)
- Ecuador, Asamblea Nacional. (10 de Febrero de 2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado el 14 de Agosto de 2020, de Registro Oficial Suplemento 180:  
[https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT\\_CEDAW\\_ARL\\_EQU\\_18950\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/EQU/INT_CEDAW_ARL_EQU_18950_S.pdf)
- Ecuador, Asamblea Nacional. (22 de Mayo de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Recuperado el 26 de Agosto de 2020, de Registro Oficial Suplemento 506:  
<https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>
- Ecuador, Congreso Nacional. (24 de Junio de 2005). *Código Civil*. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de Registro Oficial Suplemento 46:  
<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Ehrlich, E. (2005). *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Madrid: Marcial Pons.
- García Urué, E. J. (2013). *El Common Law y el Civil Law*. Recuperado el 2 de Agosto de 2020, de Slideshare: <https://es.slideshare.net/edgarjogarcia/el-common-law-y-el-civil>
- González, C. (1999). *Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero indígena*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley .
- Guastavino, E. P. (1989). *Sistema y axiología del Derecho Civil. Tomo 1*. Buenos Aires: La Ley.
- Herter, C. J. (2009). Los sistemas jurídicos en el mundo. *Notarius International*, 7(1), 185-200. Recuperado el 28 de Julio de 2020, de [http://www.notarius-international.uinl.org/DataBase/2009/Notarius\\_2009\\_01\\_02\\_hertel\\_es.pdf](http://www.notarius-international.uinl.org/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf)
- Kelsen , H. (1979). *Teoría General del Derecho y del Estado* . México : Universidad Nacional Autónoma de México .

- Luzuriaga Muñoz, E. D. (2017). *Problemática jurídica en torno a la competencia en la justicia indígena: caso Saraguro*. Recuperado el 16 de Agosto de 2020, de Universidad Andina Simón Bolívar: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5523/1/T2209-MDC-Luzuriaga-Problematika.pdf>
- Nino, C. S. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. Recuperado el 11 de 12 de 2020, de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf)
- Pavlovich Jiménez , G. d. (Marzo de 2009). Concepciones del sistema jurídico. Reglas y principios. Colisión y ponderación de principios. Incidencia en la interpretación constitucional en el contexto de los derechos fundamentales. *Justicia Juris*, 8, 9-17. Recuperado el 19 de Julio de 2020, de <https://core.ac.uk/download/pdf/225608931.pdf>
- Pérez Gallardo, L. (16 de julio de 2002). De la Codificación Civil. En C. Veldés Díaz, *Derecho Civil Parte General*. La Paz: Ediciones Jurídicas-Consultora Guzmán Santiesteban Asociados.
- Rubano Lapasta, M. (2000). El Sistema de Common Law en el Derecho Inglés y el Sistema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista de la Facultad de Derecho Público*(18), 69-78. Recuperado el 11 de Diciembre de 2020, de <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/search/authors/view?firstName=Mariela&middleName=>
- San Miguel Giralt , J. (2006). Derecho Romano Francés y Common Law: a escena. *Revista Cubana de Derecho*(27), 77-100. Recuperado el 3 de diciembre de 2020, de [https://www.researchgate.net/publication/317240655\\_Derecho\\_Romano-Frances\\_y\\_Common\\_Law\\_A\\_Escena](https://www.researchgate.net/publication/317240655_Derecho_Romano-Frances_y_Common_Law_A_Escena)
- Santibañez Ramírez , A. M. (2010). *La enseñanza del Derecho en el sistema romano germánico y en el Common Law*. Recuperado el 11 de Agosto de 2020, de IberoPuebla: <https://repositorio.iberopuebla.mx/handle/20.500.11777/1072>

- Silva Gutiérrez, G. M. (1982). *La Jurisprudencia como fuente de Derecho*. San José: Juricentro, S. A.
- Smith, J. F. (1990). *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Stavenhagen Gruenbaum, R. (1988). *Derecho Consuetudinario, Indígena y Organización Social*. Quito: IDIES.
- Tantaleán Odar , R. M. (2016). Tipología de las Investigaciones Jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 13(43), 1-37. Recuperado el 12 de Agosto de 2020, de file:///C:/Users/Guerra/Downloads/Dialnet-TipologiaDeLasInvestigacionesJuridicas-5456267.pdf
- Tibán , L., & Ilaquiche , R. (2008). *Jurisdicción indígena en la Constitución política del Ecuador*. Latacunga : Fundación Hanns Seidel.
- Vélez , M. (2018). Estudio Sociojurídico de la familia y el matrimonio en el Ecuador y en Perú. *Analysis*, 21(10), 1-22. Recuperado el 6 de Agosto de 2020, de <https://studiahumanitatis.eu/ojs/index.php/analysis/article/view/2018velezc/2018velez>
- Yépez Andrade , M. (Mayo de 15 de 2017). *Principio Non Bis In Idem*. Recuperado el 23 de Agosto de 2020, de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/principio-non-bis-in-idem----primera-parte->
- Yrigoyen Fajardo, R. Z. (Junio de 2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El otro Derecho*(30), 171-195. Recuperado el 20 de Agosto de 2020, de <https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/128elotrdr030-06.pdf>
- Zabala Baquerizo, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino.