

CIVILISMO, *AEQUITAS* Y REPUBLICANISMO ROMANO EN EL CONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Y LATINOAMERICANO: VIEJOS Y NUEVOS PARADIGMAS

Roque Armando FARTO BENAVIDES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El civilismo como forzoso auxiliar en la interpretación constitucional latinoamericana*. III. *El republicanismo y aequitas romana en el paradigma del neoconstitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La creciente influencia que desde mediados de la última década del siglo XX ejerce el denominado neoconstitucionalismo¹ en la generación de textos constitucionales, normativa secundaria, así como en las decisiones de jueces, tribunales y órganos de control constitucional en muchos países de América Latina, conduce a un significativo segmento de académicos y abogados autoproclamarse neoconstitucionalistas² y, en no pocos casos, sostener que el

* Profesor titular de la cátedra de instituciones del derecho romano de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Quito.

¹ Término con que se designa a una serie de teorías nacidas en Europa, a partir de la segunda guerra mundial que, en lo sustancial, propugnan constitucionalizar los derechos para su efectivo ejercicio, sobre la base de los derechos humanos. Llegó a los círculos jurídicos latinoamericanos durante los años 80 del siglo; entre sus más visibles exponentes están Luigi Ferrajoli, Suzzane Pozzoli, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Miguel Carbonell.

² Lo afirma el profesor Giovanni Battista Ratti, catedrático de la Universidad de Génova, refiriéndose a la opinión de Suzzanne Pozzolo, en su ponencia “Neoconstitucionalismo negativo” presentada en la I Jornada Internacional de Derecho, organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador los días 24, 25 y 26 de

derecho romano por su contenido “esencialmente” *iusprivatista*, ya no debería merecer mayor preocupación académica porque ahora resulta más importante para la academia crear asignaturas que permitan el conocimiento de los nuevos paradigmas constitucionales y así lograr la consolidación del “estado de derechos y justicia”;³ proceso que pasa por desterrar la interpretación civilista que por mucho tiempo se aplicó a la norma constitucional.

Por no concordar con este punto de vista que desconoce o minimiza el aporte del *ius publicum* romano, que ha servido como modelo de organización para las repúblicas contemporáneas instituciones políticas y sus valores sociales que en la etapa republicana dieron origen al establecimiento de límites al poder de los gobernantes, planteo, por un lado, una breve explicación sobre la presencia del civilismo en la interpretación constitucional latinoamericana para demostrar que no es producto de una perversidad ideológica o jurídica, ni de una conspiración internacional y, por otro, la necesidad de un republicanismo vivo, que practique la efectiva división e independencia de poderes, como condición indispensable para que se cumpla con la buena intención consagrada en los textos constitucionales latinoamericanos de vivir bajo la primacía de los principios, el goce de los derechos fundamentales y su tutela efectiva.

He prescindido intencionalmente de información y afirmaciones categóricas extraídas de textos de autores representativos tanto del derecho romano como del llamado neoconstitucionalismo, sino en lo estrictamente necesario, no solo porque se hallan reproducidas en una infinidad de estudios, sino por el enfoque histórico-sociológico que pretendo imprimir al tratamiento de este tema. Ante lo cual, he preferido recurrir más bien a fuentes actualizadas que informan sobre los resultados prácticos de las teorías con el fin de juzgar el funcionamiento de una sociedad, no por la literatura de sus textos constitucionales sino por los problemas que se resuelvan en la realidad.

Para el efecto, la presente ponencia se ha dividido en dos partes, en la primera haré un rápido recorrido explicativo para aclarar por qué en Latinoamérica las normas constituciones debieron ser interpretadas bajo preceptos propios del derecho civil, algo que si bien hoy resulta inconcebible, desde un punto de vista histórico no lo fue; mientras en la segunda, me referiré a la vigencia que mantienen la *Aequitas* y el republicanismo romano como valores que tienden a evitar la arbitrariedad del poder estatal cuando se concentre en una sola persona o partido y, por intereses políticos o de

febrero de 2015, en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2015/03/17/neoconstitucionalismo-negativo>.

³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 1.

otra naturaleza, a pretexto o en nombre de los derechos expida normas y resoluciones que más bien los termine vulnerando. Y finalmente, concluiré con algunas ideas respecto de lo expresado.

II. EL CIVILISMO COMO FORZOSO AUXILIAR EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

En efecto, si alguien me pregunta, cuál de las veinte constituciones que ha tenido el Ecuador desde 1830 hasta 2015 ha sido la que más logró enraizar prácticas políticas y jurídicas en la sociedad ecuatoriana, yo respondería sin ambages que esa “Constitución” se llama Código Civil. ¿Por qué? Porque las constituciones ecuatorianas han tenido un carácter muy efímero, provisional y coyuntural, elaboradas generalmente a conveniencia del poder político de turno.

Para sustentar esta afirmación, tomo como muestra lo que acontece con la actual Constitución, vigente desde octubre de 2008, creada a través de asamblea constituyente y aprobada mayoritariamente por el pueblo en referéndum, la cual finalmente no llegó a los 300 años de duración, según lo vaticinó el discurso oficial⁴, pues a poco de su entrada en vigencia, experimentó reformas⁵, historia que aún no concluye porque en un futuro cercano se espera que sufra enmiendas.⁶

La anterior Constitución ecuatoriana, la de 1998, duró menos de diez años; su reemplazo por la actual ni siquiera resultó dramático porque se le atribuyó ser la causa de todos los males del país,⁷ pese a que incorporó demandas directas de algunos grupos sociales como, por ejemplo, la declaratoria del Ecuador como país pluricultural⁸ por presión del movimiento

⁴ Así es como en varias ocasiones el presidente ecuatoriano, Rafael Correa, públicamente ponderaba el valor del contenido de la actual constitución vigente desde octubre de 2008, elaborada mediante Asamblea Constituyente y aprobada mayoritariamente mediante referéndum por el pueblo ecuatoriano, a la que por su alto nivel de garantismo, calificó como “una de las mejores de Latinoamérica y el mundo”.

⁵ La Constitución ecuatoriana experimentó reformas en 2011, también aprobadas en referéndum por el pueblo ecuatoriano; entre ellas cabe destacar las referidas al funcionamiento del sistema judicial, medio ambiente y regulación de los medios de comunicación.

⁶ Actualmente, en medio de la polémica el gobierno de Rafael Correa busca “enmendar” la Constitución para, entre algunos puntos, establecer la reelección presidencial indefinida.

⁷ Una de las debilidades que tuvo esta constitución fue su falta de legitimidad política ya que al no contar con el aval del pueblo mediante un referéndum aprobatorio; sus detractores la descalificaron indicando que fue hecha por las élites económicas.

⁸ Constitución de 1998, artículo 1.

indígena ecuatoriano que emergió como una de las fuerzas políticas más importantes del país, desde que efectuó un gran levantamiento en 1990, cuestionando, entre otras cosas, el carácter del Ecuador como país unitario.⁹

Mayor duración experimentó la constitución de 1978, que entró en vigencia a partir de agosto de 1979, que marcó el retorno del país al régimen constitucional, luego de nueve años de dictadura militar; siendo reformada en el año de 1983; a esta constitución se le culpó, entre otras cosas, de propiciar la ingobernabilidad por contener un excesivo sistema de contrapesos que devino en la pugna de poderes entre las funciones del Estado.¹⁰

Y así, podríamos seguir retrocediendo en el tiempo, donde solo verificaríamos el carácter meramente transitorio de las constituciones ecuatorianas, situación que contrasta con la estabilidad constitucional alcanzada por otros países latinoamericanos, como, por ejemplo, Colombia cuya penúltima Constitución estuvo vigente, con sesenta reformas de por medio, desde 1886 hasta 1990 o nuestro país anfitrión México, cuya Constitución Federal de 1917, está por cumplir la centuria y Argentina donde aún sigue vigente la Constitución Nacional de mayo de 1853, con sus respectivas reformas.

No obstante, en el continente hay casos bastante parecidos al ecuatoriano, pues solo considerando las constituciones expedidas durante el siglo XX, podemos advertir que la inestabilidad constitucional ha sido una constante, así, se puede mencionar que Chile registra dos constituciones; Paraguay tres; Perú cuatro; Bolivia tres; Brasil cuatro; Uruguay, siete; la República Bolivariana de Venezuela, trece.

En contraste, si hablamos de los códigos civiles, la historia es otra, por ejemplo, Argentina aún se rige por el código redactado por don Dalmasio Vélez Sarsfield, cuya vigencia data de 1869; Brasil por el de autoría del jurisconsulto Augusto Teixeira en 1859; Chile por el Código Andrés Bello de

⁹ En 1990, durante la presidencia de Rodrigo Borja Cevallos (1984-1988) y cercana la conmemoración de los 500 años del “descubrimiento de América”, la Confederación de Nacionalidades Indígenas CONAIE, organizada a mediados de los años 80, protagonizó un levantamiento indígena en la sierra y oriente ecuatoriano, demandando el reconocimiento del Ecuador como país plurinacional, la devolución de las “tierras ancestrales” y el reconocimiento de los derechos culturales; desde entonces, hasta 2004, en que varios de los líderes indígenas fueron cooptados por los sucesivos gobiernos, el movimiento indígena fue la fuerza social mejor organizada del país.

¹⁰ Desde el 10 de agosto de 1979, año en que el Ecuador retornó al régimen constitucional, tras 9 años de dictadura militar prácticamente todos los gobiernos entraron en pugna con el poder legislativo y aún con el poder judicial; como ejemplos sobre la marcha, se puede citar la famosa frase “gobernaremos desde la oposición”, pronunciada por un diputado opositor al gobierno del presidente Febres Cordero (1984-1988), y también que en una ocasión el propio Febres Cordero, ordenó cercar con tanques la sede de la Corte Suprema de Justicia para evitar la posesión de los magistrados designados por la mayoría opositora del Congreso Nacional.

1855, en todos los casos con las reformas de rigor; además, difícilmente encontraremos el caso de uno de nuestros países con más de dos códigos civiles.

Este fenómeno de transitoriedad constitucional que no se vivió en el ámbito civil parece ser producto de una mayor empatía entre las hipótesis contenidas en la norma civil y la realidad cotidiana de la población; en tanto el ciudadano concurre a sufragar cada determinado tiempo, todos los días hay nacimientos, muertes, matrimonios, divorcios, celebración de contratos, etc., hechos y actos de naturaleza civil.

Sin embargo, la efectividad alcanzada por la norma civil en los ordenamientos latinoamericanos no hubiese sido tal sin el respaldo de la técnica jurídica del *ius privatum romano*, desarrollada, perfeccionada e, incluso, involucrada por aproximadamente los trece siglos que duró esta civilización.¹¹

Históricamente hablando el derecho romano habría tenido “dos vidas”, una primera cuando tuvo directa vigencia en Roma y sus provincias (747 a.C.-310 d.C., en Occidente) y “una segunda vida”,¹² cuando luego de algunos siglos de la caída de Roma y su consecuente pérdida de vigencia en Europa occidental, reapareció sirviendo de sustento al derecho canónico y mereciendo la preocupación académica de algunas escuelas jurídicas que aparecieron sucesivamente a partir del siglo XIII, como la de los glosadores, post glosadores y pandectistas alemanes, para finalmente convertirse en derecho vigente con la aparición del primer Código Civil francés en 1804.¹³

En efecto, por su alto nivel de refinamiento técnico, combinado con una capacidad racional para predecir conductas humanas y regularlas a través de enunciados normativos de carácter general, aplicables a un sinnú-

¹¹ Por ello, es necesario aclarar que el derecho romano habiendo nacido aproximadamente en el año 747 a.C., no ha tenido una continuidad histórica ininterrumpida, desde aquel entonces hasta nuestros días, pues a partir del siglo IV perdió total vigencia en las que fueron provincias del imperio.

¹² Así se refiere Guillermo Margadant a la etapa histórica que siguió al redescubrimiento del derecho romano en Europa, ocurrido en el siglo XIII cuando el monje Irnerio, profesor de Retórica de la Universidad de Bolonia, preparó sus clases utilizando versiones fragmentarias del Digesto de Justiniano, escritas en latín vulgar, dando origen a la escuela de los Glosadores, que fue el punto de partida para la difusión y estudio sistemático del derecho romano en Europa durante los siglos posteriores. Guillermo F. Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa-Librero Editor.

¹³ Podría creerse que el primer código civil francés de influencia romanista es el resultado de una imposición de Napoleón Bonaparte, pues aunque fué él quien ordenó su promulgación, no es menos cierto que los juristas de que lo elaboraron (Portalís, Tronchet, Maleville y Bigot de Préameneau) tenían perfecta conciencia del valor técnico del derecho romano así como de su alcance para ofrecer soluciones a problemas de aquel presente; el *imperio rationis* romano se presentó ideal para sustituir el viejo derecho irracional, donde la norma jurídica se confundía con la religión y hasta con la superstición.

mero de situaciones de hecho, el Código napoleónico causó verdadero furor en los círculos jurídicos europeos al punto que se habló de *civilizar* a las naciones del mundo a través de la adopción de dicho Código.¹⁴ En este punto, digno es mencionar la polémica que se entabló en Alemania entre los juristas Thibaut y Savigny acerca de la conveniencia o no de adoptar el código civil francés para los pueblos germanos; el primero sostenía que ello era necesario en aras de la unificación de dichos pueblos, el segundo, aunque destacó su valía, se opuso a su adopción argumentando que más importante era legislar penetrando en las raíces históricas de cada pueblo;¹⁵ a la final la coyuntura hizo que triunfara la tesis de Thibaut en tanto que Savigny llegó a ser calificado como reaccionario.¹⁶

Paralelamente, el constitucionalismo que iba de la mano con el republicanismo¹⁷ que ya había alcanzado a desarrollar suficiente doctrina respecto de la naturaleza y origen del poder político, luchaba fuertemente por efectivizar sus postulados en la organización de la estructura de los nuevos estados, pese a lo cual, en términos académicos y metodológicos, lo que hoy denominamos derecho constitucional no se estudiaba como asignatura autónoma en las universidades, pues su contenido era parte la teoría general del estado o del derecho político.¹⁸

¹⁴ El Código napoleónico, en términos filosóficos, se elaboró como expresión racional del *derecho natural* al cual los juristas de la época quisieron atribuirle una validez universal, descalificando las fuentes del derecho de origen no legislativo, como las costumbres de los pueblos; sobre la base de esta pretensión universalista nace en Francia por primera vez el término “legislación comparada” (erróneamente traducida al castellano como “derecho comparado”) cuyo estudio en siglo XIX, tenía como propósito la unificación legislativa del mundo. Rene David, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Aguilar, 1970.

¹⁵ Frente a la pretensión universalista del código napoleónico se levantó en Alemania Friederich Von Savigny, quien sostenía la inconveniencia de aplicar artificialmente un mismo cuerpo normativo a los pueblos germanos por los débiles vínculos nacionales que guardaban entre sí. Abogó por la recuperación del derecho antiguo de cada pueblo como punto de partida hacia la construcción progresiva de un ordenamiento jurídico nacional basado en instituciones aceptadas culturalmente por todos los pueblos. Friederich von Savigny, *De la Vocación de nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*, estudio preliminar sobre *El espíritu del Derecho Alemán* por el doctor Enrique De Gandía, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

¹⁶ Por su apego en el rescate de las tradiciones de cada pueblo, Savigny fue tildado de reaccionario y sus tesis fueron ampliamente derrotadas por las de Thibaut, no obstante, dio origen a la escuela histórica del derecho, pues por primera vez se considera la necesidad de incorporar el conocimiento histórico al estudio y análisis del derecho como producto de factores sociales que presentes en determinada época modelaron la forma de ser de una sociedad.

¹⁷ Teoría política que defiende la República como modelo de gobierno a través de la división de poderes.

¹⁸ En aquellos tiempos, términos como derechos humanos, justicia constitucional, género, etc., no estaban siquiera en la imaginación de los juristas.

En este contexto, propio del siglo XIX, mientras el derecho constitucional se abría paso para alcanzar su autonomía como disciplina del conocimiento jurídico en los claustros universitarios, las luchas políticas arreciaban al interior de los nuevos estados, producto de lo cual, como quedó señalado, muchas de las constituciones fundacionales fueron cambiadas, cambios que prosiguieron durante el siglo XX, muchas veces, de la mano con los resultados que arrojaban las luchas sociales protagonizadas por los movimientos sociales organizados que aparecieron por influencia del marxismo leninismo, como de obreros, campesinos y mujeres.¹⁹

Un derecho constitucional en tránsito a convertirse en disciplina jurídica autónoma, al menos en Latinoamérica, casi no estaba en capacidad de responder desde su propia lógica y principios por los vacíos, lagunas y contradicciones de los textos constitucionales, llamados genéricamente “cartas políticas”, máxime si en el imaginario predominante de abogados y juristas, imperaba la idea de que la Constitución se ocupaba exclusivamente por resolver asuntos políticos, en tanto que lo vinculado al fuero privado de los ciudadanos, aunque en ciertos aspectos debía estar supeditado a la Constitución,²⁰ podía ser ampliamente resuelto por el código civil en el marco de la igualdad ante la ley.²¹

Por ello no es aventurado ni falso afirmar que el código civil, diseñado para otros fines, se haya convertido, en casi todos los países latinoamericanos, en la herramienta auxiliar que por excelencia sirvió para suplir todo aquello que le faltó a la constitución, principalmente, en materia de interpretación de la ley, tomando en cuenta que dentro de la estructura del código civil, un título preliminar que, entre otras cosas, contenía las reglas para la interpretación de sus propias normas, siempre antecedía a los diferentes libros que lo componían.²²

¹⁹ El triunfo de la revolución socialista de 1917 en la ex Unión Soviética significó la expansión a escala planetaria de la ideología marxista leninista basada en la lucha de clases; en América Latina los movimientos obreros y campesinos que abrazaron esa ideología dieron origen a la denominada *legislación social*, no susceptible metodológicamente de ser ubicada ni en el derecho privado ni en el derecho público.

²⁰ Eran realmente pocos, se puede mencionar, nacionalidad, domicilio, sufragio, requisitos para elegir y ser elegido, etc.

²¹ Todas las codificaciones elaboradas en América Latina a partir del siglo XIX, se basan en el principio liberal de la *igualdad de los ciudadanos ante la ley*, concepto que cuestiona activamente el Neoconstitucionalismo por considerarlo un simple formalismo, que poco tiene que ver con verdadera igualdad de carácter real o material.

²² Todos los códigos civiles latinoamericanos, independientemente de los libros que lo conformen, inician con un título preliminar en el cual constan las reglas de interpretación de la ley.

Pero ya en términos de técnica jurídica ¿qué características tuvieron las reglas sobre la interpretación de la ley establecidas en el código civil como para haber merecido su extensión hacia la interpretación constitucional?

Para entenderlo es pertinente realizar un breve recorrido histórico, empezando por anotar un hecho histórico, característico del siglo XIX, como fue el auge del positivismo científico que paralelamente generó el auge del positivismo jurídico el cual se cristalizó con el apareamiento en Francia de la denominada “escuela de la exégesis”²³ que estuvo en boga entre 1804 y 1890 y aportó en el desarrollo de diversas metodologías en procura del cabal entendimiento de las normas del código napoleónico y codificaciones posteriores; la exégesis como sabemos es, en términos generales, una técnica para interpretar textos legislativos de la manera más rigurosa, tan grande fue su alcance que su influencia se extendió hasta América Latina; Moisset de Espanés bien lo ejemplifica cuando da cuenta que en Argentina los primeros comentaristas del Código Vélez Sarsfield, como Segovia, Machado y Llerena, fueron exégetas²⁴ (Moisset de Espanés, 1992).

Esta escuela cuenta además con un mérito adicional y es que pese a que con posterioridad sus métodos se consideraron superados, sobre todo, a partir de la obra de Gény²⁵ y tal como afirma García Belúnde, la exegesis aún sigue siendo utilizada por prácticos, abogados y personas del mundo académico (García Belaúnde, 1994).

No obstante, la interpretación como fenómeno jurídico ya encontramos en culturas antiguas como la griega²⁶ y la romana; de hecho, los jurisconsultos romanos desde la temprana aparición de las XII Tablas de la Ley en el año 449 a.C.,²⁷ ya recurrieron a la técnica de la interpretación de los textos

²³ Más que una escuela en estricto sentido, fue una metodología académica que nació en Francia en el siglo XIX a raíz del auge Código Napoleónico cuyos seguidores propugnaban la interpretación de la norma jurídica a partir de la consideración exclusiva de su texto con la intención de traducir lo más fidedignamente la voluntad del legislador; por la importancia que tuvo la norma positiva en esta época se pensaba que la legislación equivalía al derecho así como el derecho equivalía a la legislación. Véase Luis Moisset de Espanés. “Reflexiones sobre la llamada Escuela de la Exégesis”, *Revista Jurídica y de Filosofía Social*, Rosario, vol.15, 1992, p 3.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Françoise Gény (1861-1959), profesor de la Universidad de Nancy en Francia, evidenció la insuficiencia de la interpretación exegética de la ley para entender el derecho civil; al ejercicio interpretativo incorporó categorías históricas y filosóficas. Véase Elena Sáez Arjona, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552010000100041.

²⁶ La palabra se deriva de la griega *hermeneuien*, en honor al dios griego Hermes, mensajero de los dioses, de la cual surgió la voz latina *interpretare* que se traduce como “interpretar”.

²⁷ Las XII Tablas de la Ley marcan el inicio formal del *ius scriptum* ya que hasta entonces el derecho se expresó la vía oral, el derecho escrito se consolidó cuando los magistrados repu-

normativos con el fin de aterrizarlos hacia la *iustitia*, fin supremo del derecho romano y, para el período del derecho clásico (27 a.C.-235) ya se practicaron dos técnicas: la *interpretatio iuris* (interpretación del texto de la ley) y la *interpretatio prudentim* (creación de nuevo derecho) las cuales, como refiere el profesor Raúl Soto Villafior, constituyen la doctrina de los juristas quienes formados también en la experticia gramatical creaban derecho del contenido legislativo que alcanzaban a comprender (Soto Villafior, 2003), añade el mismo autor, que el derecho romano es realmente un derecho de juristas quienes a través del ejercicio de sus competencias iban creando derecho (Soto Villafior, 2003). Un ejemplo muy explícito del valor que los romanos daban al tema de la interpretación jurídica lo encontramos en Ulpiano, Digesto 50,16,6,1 cuando dirá “La expresión ‘en virtud de las leyes’ ha de ser entendida así: tanto en la virtud de la sentencia como en las palabras de las leyes”; una visión integral de la interpretación nos proporciona la obra *Historia de la interpretación de las normas del derecho romano* de Guzmán Brito.²⁸

Será precisamente la técnica aplicada a la interpretación de los textos jurídicos, desarrollada por los juristas romanos a través de los siglos y re descubierta por los estudiosos posteriores la que reveló el alto grado de racionalidad, coherencia y unidad que permitió al derecho romano, sobre todo en la época clásica (27 a.C.-235 d.C.), funcionar como un verdadero sistema jurídico, como consecuencia de una tarea que en su momento resultó muy compleja para los jurisprudentes porque a medida que pasaba el tiempo, implicaba la paulatina integración de una cada vez más enorme como diversa cantidad de fuentes documentales del derecho, que iban desde el *ius non scriptum* o costumbre hasta las diferentes expresiones del *ius scriptum*, como ley comicial, edicto pretorio, senadoconsulto, rescripto, decreto, mandato, etc., que además se enriquecía con posturas filosóficas.

Sin embargo, es menester aclarar que los contextos jurídico-culturales en que se desarrolló la *interpretatio* romana y la interpretación exegética decimonónica con influencia romana, son diferentes; en el caso romano la interpretación del derecho tuvo un permanente componente de carácter moral y ético, producto de la *aequitas*²⁹ uno de los supremos valores que ins-

blicanos dentro de sus obligaciones junto al *agere, cavere, respondere e institutere*, tenían el *scribere* que consistía en dejar constancia escrita sobre aquello que decidían.

²⁸ Véase Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el Derecho Romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra, 2000, 466 pp.

²⁹ Aunque literalmente se traduce como “igualdad”, los romanos la entendieron más allá de aquello, sobre todo, cuando la aplicaron para atenuar los efectos del principio *dura lex sed lex*, de los primeros tiempos, buscando que el derecho se adapte a la realidad del caso que se estaba juzgando para dar a cada uno lo suyo.

piró permanentemente la acción judicial y jurisprudencial, en tanto que la interpretación exegetica, debió operar en un marco más definido de organización del Poder del Estado, que al menos en términos ideales buscaba que el ejercicio de la autoridad se someta al imperio de la ley,³⁰ bajo la presunción de que la legislación es producto de la voluntad soberana del pueblo.³¹

Efectivamente, el derecho romano aunque inspiró con sus principios, aforismos y brocardos, la elaboración de muchas reglas para la interpretación de la ley, como los muy famosos *permissiur quod non prohibetur* “lo que no está prohibido está permitido”; o el *ad impossibilia nemo tenetur* “nadie está obligado a lo imposible”, como también el *utile per inutile non vitiatur* “lo que es válido en derecho no debe perjudicarse por lo que está viciado”, etc., no alcanzó a reconocer muchos de los derechos y principios reconocidos por el proceso de la revolución francesa que para el siglo XIX se plasmaron en normas constitucionales como, por ejemplo, la igualdad ante la ley.³²

Al respecto, justo es mencionar que en términos históricos la norma jurídica tenía características distintas a las actualmente atribuidas como: generalidad, obligatoriedad, coercibilidad, origen en autoridad competente, etc., que son producto del modelo republicano de Estado nacido a partir de la revolución francesa de 1789; por siglos la ley era más bien una simple guía, referente o paradigma que orientaba la conducta hacia lo que idealmente debían hacer los juzgadores y exigir los justiciables, lo que a su vez determinaba que el tema de la interpretación normativa no sea tan urgente e imperativo como sí lo fue para el siglo XIX cuando los códigos, que dejaron de ser las simples recopilaciones de antaño, debían cumplir objetivos prácticos y concretos para consolidar el estado liberal que se pretendía implantar, entre los que podemos mencionar dos muy importantes: garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos y dotar de la máxima publicidad a lo que estaba mandado, prohibido o permitido por el ordenamiento, todo ello, partiendo de la máxima claridad que debía ostentar el texto de la ley.

Empero, esta diferencia de contextos históricos en de los que operaron la *interpretatio* romana y la interpretación de la codificación decimonónica,

³⁰ No debe confundirse con el concepto de *Estado de derechos*, en cual no necesariamente impera lo que diga la ley sino los derechos a pesar de lo que pueda decir la ley, pues se basa en el principio *pro omni*.

³¹ Código Civil ecuatoriano, artículo 1.

³² En Roma la igualdad ante la ley se entendió de manera restringida, pues solo se reconocía a quienes gozaban del *status civitatis*, es decir, a los ciudadanos romanos, excluyendo a extranjeros, peregrinos y esclavos; además de que en muchos aspectos tutelaba la desigualdad social como cuando prohibía los matrimonios entre patricios y plebeyos o cuando prohibía el acceso de estos últimos al desempeño de cargos públicos.

no fue óbice para que en provecho del propio orden jurídico, las técnicas romanas sobre la interpretación de la norma hayan sido incorporadas en el código civil y con carácter de obligatorio cumplimiento para el juez; de este modo se puede citar los casos de interpretación literal de la ley cuando su sentido “es claro”; o la contextual cuando se deba armonizar el sentido de las partes que la conforman; o la recurrencia a la equidad cuando existan pasajes oscuros o contradictorios en el texto de la ley y, la recurrencia a los principios o a la analogía cuando no exista una norma que expresamente sirva para regular una situación de hecho.³³

Por el incipiente interés que despertaban los temas constitucionales, la interpretación en materia civil resultaba más que suficiente para resolver en forma análoga y extensiva la poca controversia que se generaba desde los textos constitucionales y desde el derecho público en su conjunto, lo cual paralelamente determinó que el aporte del derecho romano público también pase a un segundo plano, situación que hasta la fecha tiene repercusiones en el imaginario jurídico latinoamericano que asocia inconscientemente el derecho romano con el derecho civil.

La interpretación constitucional realmente toma impulso hacia la segunda mitad del siglo XX, concretamente, a partir de la segunda guerra mundial, por el cambio de paradigmas que desencadenó en las décadas subsiguientes, la reflexión jurídica apuntó hacia el reconocimiento de derechos sociales y colectivos que no habían sido muy tomados en cuenta; ello explica el auge de los derechos humanos y su necesidad de tutela efectiva, el cuestionamiento al nacionalismo basado en el modelo estado nación frente a la emergencia de grupos étnicos y culturales que demandan reconocimientos particulares al interior de sus países, además del surgimiento de los temas de género, derechos específicos de determinados grupos sociales, que dieron lugar a la creación de tribunales especializados en materia constitucional.

Este escenario tuvo repercusiones directas en América Latina, motivando la aparición de abundante bibliografía en materia constitucional que cuenta con importantes autores clásicos como: Merino Brito, Linares Quintana, Luis SÁCHICA, Bidardt Campos, Santiago Nino, Néstor Sagüez, Rubio Llorente, por citar algunos.

Hoy cuando el derecho constitucional ha desarrollado su propia doctrina, jurisprudencia, metodología, sistematización, etc., y la Constitución ha dejado de ser la simple carta política de tiempos pretéritos, para convertirse en un

³³ Código Civil ecuatoriano, artículo 18.

cuerpo normativo con pretensión de aplicarse como norma directa,³⁴ resulta técnicamente impropio recurrir a las reglas civiles de interpretación de la ley, no sólo por un asunto de jerarquía, sino también por un principio de especialidad desarrollado por hace siglos derecho romano, cual es la prevalencia del *ius sigulare* sobre el *ius generale*, máxime, si muchas instituciones que tradicionalmente fueron reguladas en el ámbito civil se han terminado constitucionando, como aquellas relativas a las personas y a la familia.

III. EL REPUBLICANISMO Y *AEQUITAS* ROMANA EN EL PARADIGMA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO ECUATORIANO Y LATINOAMERICANO

Empiezo por aclarar que la falta de espacio y tiempo, impide desarrollar con mayor detalle el significado del aporte de la equidad romana en la valoración del texto constitucional a la hora de ser aplicado a casos reales, no obstante, sí creo alcanzar a proporcionar algunas claves para el entendimiento y comprensión de los aportes que tanto el *Ius publicum* como la *Aequitas* ofrecen al ejercicio interpretativo de la Constitución que hoy en el Ecuador y América Latina tiene como paradigma el Neo constitucionalismo que coloca a *los derechos* por sobre *el derecho*, especialmente, a la hora de evitar que a pretexto de la aplicación de los derechos, el ciudadano más bien termine convertido en una víctima de la arbitrariedad del poder estatal en aquellos regímenes donde la división de poderes resulte meramente formal y no se exprese en forma real o material.

Una primera pregunta inicial que formulo a mis estudiantes de derecho romano, es dónde creen encontrar la herencia del derecho romano de la que tanto se habla en nuestro ordenamiento y prácticamente al unísono escucho: “*somos romanistas porque Roma nos dejó como legado sus instituciones*” y ante una segunda pregunta que interroga sobre en qué área del derecho creen encontrar dicha herencia, recibo como respuesta “*en el derecho privado*”.

Estas respuestas aunque tienen parte de verdad, no corresponden a la realidad; en el primer caso porque instituciones como la persona, la familia,

³⁴ El profesor Julio César Trujillo lo explica en los siguientes términos: “(...) que son de aplicación inmediata significa que de ellas (las normas constitucionales) se derivan derechos y obligaciones para sus destinatarios e inmediata quiere decir que no es necesaria la mediación de una ley que las desarrolle para que una persona demande el respeto a los derechos y garantías que le corresponden o la reparación de los perjuicios causados por su violación (...)”. Véase Trujillo, Julio César, “La Fuerza normativa de la Constitución ecuatoriana actual”, *FORO. Revista de Derecho*, núm. 3, Universidad Andina Simón Bolívar /CEN, Quito, 2004, p. 90.

la propiedad, el testamento, el contrato, por citar algunas, han estado presentes no sólo en Roma sino en sociedades mucho más antiguas, como la egipcia, griega o babilónica, así como también en culturas que no tuvieron ninguna relación temporal ni espacial con Roma, como aquellas civilizaciones que habitaron la América pre hispánica (Azteca, Maya, Chibcha o Inca) y en el segundo caso, porque en trece siglos de vida como sociedad política, Roma no solo practicó el derecho privado, sino que habiendo experimentado varios modelos de organización social, creó, modificó y extinguió múltiples instituciones vinculadas al derecho público, muchas de las cuales tuvieron características tan peculiares que no se las encuentra en sociedades más antiguas, ni en las que fueron sus contemporáneas ni aún en las que le precedieron en Europa hasta antes de la revolución francesa.

Siendo esto lo evidente cabe preguntarse nuevamente ¿y entonces dónde de los ecuatorianos y latinoamericanos podríamos rastrear nuestra herencia romanista? pues a despecho de lo que se pueda suponer, creo que Roma nos dejó como legado, por un lado, su técnica jurídica,³⁵ que abarca una muy amplia y estructurada serie de razonamientos como: el establecimiento y manejo de las fuentes de derecho, jerarquización normativa, creación de ficciones y presunciones, construcción de conceptos, diseño de fórmulas procesales, establecimiento de excepciones en la aplicación de la ley, división temática del derecho, publicidad del derecho, forma de creación de la norma, etc., y, por otro lado, el modo de ejercer la interpretación normativa que siempre consideró la realidad de cada caso en particular y combinarla con los valores que imperaron en cada momento histórico que vivió esta sociedad.

Cabe anotar que esos razonamientos siempre acompañados de las valoraciones sociales de cada época, se aplicaron tanto a nivel de derecho privado como de derecho público, de lo cual se infiere, que constituyen bases tanto respecto a lo que hoy llamamos materia civil como a lo denominamos derecho constitucional. En términos de técnica jurídica y de razonamiento casuístico, el ascendiente romanista no ha perdido vigencia, siendo susceptible de ser tomado en cuenta, sea desde la perspectiva del constitucionalismo clásico en cuanto al diseño institucional o desde la visión neoconstitucionalista, corriente de pensamiento abanderada por autores como Luigi Ferrajoli, Mi-

³⁵ Sobre técnica jurídica no hay un concepto unívoco, pero el más difundido suele ser el que propone el maestro mexicano García Máynez desde una visión estrictamente positivista y formalista del derecho “ (...) *el arte de la interpretación y aplicación del derecho vigente (...)*”. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53^a ed. y reimpr., México, Porrúa, 2002. No obstante, me atrevo a decir que técnica jurídica es el conjunto de instrumentos, mecanismos y estructuras que se emplea desde la dimensión jurídica humana para lograr que el derecho en sus diferentes manifestaciones refleje la justicia.

guel Carbonell y Ricardo Guastini, además de los pertenecientes a la Escuela de Génova,³⁶ que tanta influencia ejerce en la academia latinoamericana.

Aunque las teorías neo constitucionalistas no son homogéneas, se caracterizan en común por plantear que mediante el activismo e intervención estatal se debe construir la igualdad material de la sociedad en aplicación directa de los derechos humanos, objetivo que pasa paralelamente por la transformación de la concepción de *estado de derecho* en *estado de derechos*, dentro del cual la norma constitucional actúa como rectora directa de las relaciones sociales públicas y privadas, ello, ante el colapso de la capacidad regulatoria de la ley³⁷ y porque el carácter puramente nominalista de las constituciones liberales clásicas no respondió a las necesidades, sociales, políticas y económicas de cada época.³⁸

Esta teoría originada en la Europa de la posguerra, que entre los años ochenta del siglo pasado alcanzó el abrazo intelectual de los círculos académicos de América Latina, halla su paralelismo y complemento en los aportes del denominado *Realismo Jurídico*, corriente filosófica nacida a inicios del siglo XX a partir del análisis crítico de la jurisprudencia anglosajona y escandinava, entre cuyos exponentes se puede mencionar a Oliver Wendell Holmes, H.L.A Hart, Ronald Dworkin o Alf Ross, que no tomando parte ni por el *ius naturalismo* ni por el *ius positivismo*, tiene su propia interpretación del fenómeno jurídico al afirmar que el derecho “es un conjunto de expectativas racionales acerca de lo que los jueces harán en la realidad”,³⁹ lo que en otros términos significa que no será importante lo que diga la norma escrita en los códigos mientras realidad contradice lo que ésta predica.

Esta visión se explica por el carácter jurisprudencial del sistema del *Common Law*, cuyo derecho es de origen judicial en el cual el juez no opera necesariamente como exégeta o hermeneuta del texto legal ni tampoco como “boca del legislador”, tal como ha venido ocurriendo en los sistemas legislativos, sino que al administrar justicia también va creando derecho porque al elaborar su sentencia, a parte de confrontar los hechos con la

³⁶ Se hace referencia a los juristas de la universidad del mismo nombre que han estructurado parte del pensamiento de esta corriente; incluso, se atribuye a la profesora Sussanna Pozzolo la utilización por vez primera del término *neo constitucionalismo*.

³⁷ Alex Valle, refiriéndose a Ferrajoli en “El Neo Constitucionalismo en Latinoamérica”, en http://www.criticaconstitucional.com/el-neoconstitucionalismo-en-latinoamerica/#_edn8.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Esta forma de entender el derecho quedó plasmada en una conferencia titulada “La senda del Derecho”, pronunciada el 8 de enero de 1897 en la Universidad de Boston pronunciada por Oliver Wendell Holmes, Juez Supremo del Estado de Massachusetts, en <https://monsieurdevillefort.wordpress.com/2012/03/25/oliver-wendell-holmes-jr-y-la-senda-del-derecho/>

norma e integrarlas con las fuentes que sean pertinentes para decidir caso, no puede prescindir de lo que está ligado culturalmente a su propia personalidad como su formación intelectual, académica; sus valores morales, religiosos, ideológicos, prejuicios, costumbres, etc., que determinando su convicción acerca de lo bueno y de lo malo,⁴⁰ influyen a la hora de tomar una decisión en derecho, operación en la que también se combinan los diversos factores sociales que determinan el carácter y la naturaleza de los problemas que conoce en el momento histórico en que actúa.

Por ello, se puede afirmar que para el *realismo jurídico*, resulta difícil definir al derecho como un conjunto de normas emanadas de autoridad competente, porque más parece otorgar mayor importancia a la indagación sobre la real efectividad y eficacia que genera el ordenamiento en la sociedad pues, sobre esa base, somete a medición o valoración constante el grado de aplicación que los jueces hacen de las leyes, así como también, pondera permanentemente si la norma, finalmente, cumple o no el objetivo para el cual fue creada, tarea que necesariamente pasa por el examen integral del funcionamiento del aparato judicial.

Para cumplir con este empeño, el derecho no puede ser estudiado ni analizado aisladamente del contexto social donde se desarrolla; explicar el fenómeno jurídico solo a través de sus fuentes formales: ley, jurisprudencia, doctrina y costumbre, resulta insuficiente porque las normas contenidas en los códigos y lo que de ellas se predica en las obras de derecho, al ser meros enunciados gramaticales, nada revelan acerca de los resultados reales de su aplicación respecto de lo que se garantiza en la Constitución. Por tal motivo y concibiendo al derecho como un resultado de factores sociales para esta corriente de pensamiento el análisis de la efectividad y eficacia del derecho pasa por el necesario auxilio de las Ciencias Sociales como la sociología, historia, antropología⁴¹ o lingüística⁴² que, habiendo alcanzado alta relevancia para el análisis y comprensión de los problemas sociales, principalmente, desde inicios del siglo XX, sus aportes han sido bastante significativos a

⁴⁰ No en vano la palabra *sentencia*, que se deriva de la voz latina *sententia*, significa “sentir”.

⁴¹ Constitución ecuatoriana, artículo 1 reconoce el carácter plurinacional de su población, contenido que constituye un claro aporte de la reflexión antropológica.

⁴² La constitución ecuatoriana está redactada en un supuesto *lenguaje de género*; todos los sustantivos y adjetivos tengan o no su correspondiente femenino según la preceptiva del idioma castellano, han alcanzado su “equivalente” femenino, como cuando en vez de decir la presidente se dice “la presidenta”, o en lugar de decir la juez, dice “la jueza”; esto tendría su explicación porque de acuerdo a la lingüística las normas al ser lenguaje contienen palabras que no significan nada por sí mismas, sino que reciben un significado nacido de la convención social, el cual no necesariamente es neutral ya que puede contener descargas ideológicas.

nivel jurídico, sobre todo, a la hora de confirmar “ciertas verdades” contenidas en los textos legales como, por ejemplo, la *igualdad ante la ley*, piedra angular del constitucionalismo clásico que, además, es el presupuesto esencial del derecho privado que, desde un análisis sociológico, puede resultar un enunciado vacío e inconsecuente si se demuestra que la mayoría de la población, sea por razones económicas, geográficas, culturales u otras vinculadas con algún tipo de vulnerabilidad especial, está privada de la posibilidad real de acceder ante los jueces y tribunales en demanda de justicia.

Desde este punto de vista, el neoconstitucionalismo y su preocupación por la consecución de la *justicia material* no aparece tan original como podría imaginarse y menos aún si se toma en cuenta que los conflictos en materia de Derechos Humanos que llegan a conocimiento de las cortes internacionales se procesan a través el empleo de técnicas propias del *Common Law*.⁴³ Sin embargo, es justo reconocer que el neo constitucionalismo latinoamericano ha sido adaptado a las realidades particulares de los diferentes estados. Así, se puede mencionar que en países quince países latinoamericanos, entre los que se puede mencionar Bolivia, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, la reivindicación de los pueblos indígenas goza de reconocimiento constitucional expreso,⁴⁴ y se halla respaldada en múltiples garantías; igualmente, otra particularidad podemos encontrar en el reconocimiento de la naturaleza como *sujeto de derechos*,⁴⁵ donde Bolivia aparece como el primer país en legalizar los derechos de la naturaleza, o los procesos de consulta popular tendientes a legitimar la norma constitucional, como los efectuados en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela.

Ahora bien, si se trata de establecer la vigencia del *ius publicum* romano en cuanto a las instituciones políticas que creó y a sus concepciones sobre

⁴³ Los conflictos en materia constitucional que, en casi todos los países, son procesados por jueces especializados, se presentan de manera casuística y se resuelven bajo un esquema de precedentes.

⁴⁴ Aguilar, Gonzalo, La Fosse, Sandra, Rojas, Hugo y Steward, Rebecca, “Análisis Comparado del Reconocimiento Constitucional del Derecho de los Pueblos Indígenas en América Latina”, SSRN Conflict Preventum Peace Forum, en http://www.ssrn.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf.

⁴⁵ Constitución ecuatoriana, artículo 10; esta disposición contiene una gran descarga ideológica, producto del activismo de grupos ambientalistas; no obstante, es necesario mencionar que en términos académicos las reflexiones sistematizadas sobre los derechos de la naturaleza no provienen de América Latina, pese a que muchos estudios aluden a información proporcionada por integrantes de *grupos ancestrales* ubicados en el territorio de los respectivos países. Uno de los emblemas de estas políticas que repercutió a escala mundial es la Environmental Policy Act, aprobada en 1970 por el Congreso de los Estados Unidos porque sirvió de inspiración a la legislación ambiental de muchos países del mundo.

las relaciones de poder entre el ciudadano y el Estado que serían válidas a la hora de dimensionar la interpretación constitucional en el escenario del nuevo constitucionalismo ecuatoriano y latinoamericano, habrá que tomar en cuenta algunas características filosófico jurídicas presentes en sus instituciones del derecho público, situadas principalmente durante la etapa republicana (449 a.C.-27 a.C.), sin que ello signifique descartar el valor que tuvieron algunas que existieron en etapas anteriores, como es el caso de los comicios curiados, centuriados o por tribus que funcionaron dentro del período monárquico u otras como la práctica de la división de poderes entre el príncipe y el senado que sobrevivió aún después de más de un siglo posterior a la caída de la república.

En un contexto filosófico jurídico, me atrevo a sostener que la relación entre el estado romano republicano y los ciudadanos o *cives* se sustentó básicamente en los siguientes ejes: la división de poderes,⁴⁶ la soberanía del *populus*,⁴⁷ y en la existencia de mecanismos para que el ciudadano se defendiera del poder.⁴⁸

Por este motivo, se puede afirmar que el modelo republicano romano tuvo como gran justificativo moral contener la ambición humana por el poder, pues sobre esta base conservó y creó normas que limitaron el ejercicio del poder. Cito como ejemplo, algo que todos sabemos: las magistraturas (cónsul, pretor, censor, questor, edil de curul) cuyos titulares eran funcionarios que aparte de manejar fondos públicos y administrar justicia en el

⁴⁶ Los autores romanistas coinciden en que el término república proviene del latín *res publica*, que puede traducirse como “*las cosas que pertenecen a todos*”. El modelo romano republicano que nació en contraposición al modelo monárquico en el que el *Rex* ejercía un poder unipersonal sin ninguna limitación, se caracterizó por dividir el ejercicio del poder público en dos funciones; una encargada de manejar los fondos públicos y administrar justicia (las magistraturas) y otra de elaborar normas (el senado). Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del Derecho Romano y de los Sistemas Neorromanistas (De los orígenes a la Alta Edad Media)*, México, UNAM, 1996.

⁴⁷ En la medida que las luchas entre patricios y plebeyos, escenificadas durante la República, significaron conquistas de estos últimos en la ocupación de espacios de poder, la opinión del pueblo se convirtió en un instrumento para la constante dirimencia de asuntos de interés público, prueba de ello es el *plebis scitum* (plebiscito) que habiendo nacido como mecanismo exclusivo de consulta al interior de las asambleas plebeyas, con el tiempo se transformó en instrumento de consulta para toda Roma. *Idem*.

⁴⁸ El *interdicta de homini libero* romano se considera un antecedente remoto del *habeas corpus*. Se presentaba cuando un ciudadano libre era retenido dolosamente e injustificadamente por otro, en cuyo caso el agresor lo debía presentar ante el *pretor*. Herrerías Tellería, Armando, “Orígenes Externos del Recurso de Amparo”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/19/dtr/dtr2.pdf>.

ámbito de sus competencias, realizaban una previa carrera de honores, duraban solo un año, ejercían su cargo junto a un colega, eran electivas, sus titulares rendían cuentas y no podían reelegirse en forma inmediata; igualmente existía el Senado que en la República elaboraba normas (senadoconsultos), dirigía la política internacional, pero también fiscalizaba los actos de las autoridades. Y por qué no mencionar la existencia de otras instituciones como la del tribunado de la plebe cuyo titular aunque no tenía voto sí tenía voz en el órgano senatorial en defensa de los intereses de la plebe; o la *immunitas* (inmunidad) que permitía al tribuno decir su verdad sin temor a represalias; el plebiscito que mediante votación permitía al pueblo decidir sobre asuntos de interés público; la *intersessio*,⁴⁹ que operaba en forma muy parecida a las actuales acciones de protección; las asambleas populares que eran espacios de debate público; marco dentro del cual cabe agregar la noción de requisitos de validez de la *lex* que se remitía al cumplimiento de un procedimiento legalmente establecido.⁵⁰

Sin embargo, también cabe admitir que ante situaciones que en su momento se consideraron urgentes para la supervivencia estatal romana, el sistema también estableció la suspensión temporal de las garantías ciudadanas a través de la figura del *estado de excepción*, institución presente en las constituciones contemporáneas, que constituye una verdadera paradoja jurídica porque significa que por vía legal la autoridad recurre a la violación o restricción de los derechos con el objetivo de salvarlos,⁵¹ pero aun así tenía vigencia transitoria, operaba sobre asuntos muy puntuales y la autoridad lo debía justificar ante los ciudadanos.

Adicionalmente, se debe considerar que el sistema republicano funcionó paralelamente sobre la base de un valor fundamental: la *Aequitas* o equidad que no se redujo a un postulado abstracto, sino que fue una verdadera práctica judicial a través de la cual se adecuó el contenido de la norma jurídica a la realidad de los casos en particular, operando en este sentido, en forma muy semejante al sistema jurisprudencial propio del *Common Law*

⁴⁹ Derecho de veto que tenía un magistrado republicano respecto de una decisión de otro magistrado de la misma jerarquía. Véase Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ El profesor argentino O. Darío Heffes cita un aforismo atribuido a Marco Tulio Cicerón: “*Ollis salus populi suprema lex esto*” (el bienestar del pueblo es la suprema ley) con el que se justificó el estado de excepción. Omar Darío Heffes, “*Salus populi*: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad”, p. 67, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/salus-populi-estado-de-excepcion-o-razon-de-estado-en-la-salvacion-de-la-comunidad.pdf>.

y guardando cierto paralelismo con el postulado neo constitucionalista de aplicar los derechos por sobre lo que dice el texto de la ley.

La *Aequitas* desde un punto de vista ideológico está más cercana a la concepción de justicia que a la de simple igualdad, que en los actuales términos, estaría más próxima a una igualdad real que a una igualdad meramente formal, pues el contenido de la equidad romana no era inmutable ni se aplicaba *in strictum ius*, sino que iba adquiriendo contenido según se transformaban los valores y la conciencia social romana, ello explica por qué el modelo republicano estuvo vigente por medio milenio; bien se puede decir que la gran mayoría de constituciones vigentes de los países latinoamericanos contienen abundantes preceptos, instituciones y prácticas que expresan una tendencia hacia la equidad, aunque en algunos casos tal equidad sea entendida en los términos de las ideologías socialistas.

En efecto, países como Bolivia, Ecuador o Venezuela, cuyos gobiernos reivindican un modelo político al que sus gobiernos llaman *socialismo del siglo XXI*, por influencia de las teorías neoconstitucionalistas, han desarrollado extensos textos constitucionales que hallarían su justificativo en la exigibilidad directa de los derechos los cuales deben constar ampliamente catalogados y funcionar, además, dentro de un contexto institucional que además contemple un riguroso control constitucional por parte de órganos especializados, la constante ejecución de políticas públicas a cargo del Estado, con el fin de asegurar los fines proclamados en la Constitución. Refiriéndome a mi país, el Ecuador, cito como ejemplo, el “*buen vivir*”,⁵² o la implementación de “*acciones afirmativas*”⁵³ y, en el plano de la técnica jurídica, el empleo de mecanismos de subsunción y de ponderación de derechos a casos concretos y el otorgamiento a los jueces, la calidad de operadores constitucionales, independiente de la competencia que tengan en relación a la materia.

Empero, todo esto que desde una perspectiva vinculada a la justicia social, a los derechos humanos y a los ideales democráticos puede merecer aplausos, corre el riesgo quedar en mero enunciado ante una realidad económica o política que condicione o impida el ejercicio de los derechos y su

⁵² Constitución ecuatoriana. Preámbulo. Es un término que proviene de las voces “*sumak kawsay*” que tiene equivalente en culturas andinas ancestrales como la quechua y aymara, también presente en la constitución boliviana. Según el “Plan Nacional del Buen Vivir (2009-2013)” es “La satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos y de todas (*sic*), en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas (...).”

⁵³ Trato ventajoso o preferencial que reciben personas o grupos sociales pertenecientes a sectores históricamente excluidos o a grupos vulnerables para facilitarles el acceso, goce o disfrute de derechos que por su condición desventajosa no alcanzarían.

tutela, constantes en el extenso catálogo, ya que éstos no se volverán efectivos sólo porque la supremacía constitucional así lo disponga ni así consten acciones que amparen, protejan y reparen su vulneración.

Precisamente, uno de los vacíos que se nota en la reflexión jurídica de los legisladores constituyentes de los mencionados países que abanderaron el Neoconstitucionalismo es que, al parecer, no analizaron los costos económicos que suponen los derechos, pues aun cuando se trate de derechos fundamentales e intangibles y no necesariamente de reparaciones o indemnizaciones como las que se presentan en el derecho privado, un Estado garantista, a mayor cantidad de derechos constitucionales reconocidos, mayor presupuesto deberá destinar a su efectivo ejercicio, simplemente porque ya en la realidad, esto pasa por el mantenimiento del aparato burocrático, el levantamiento de infraestructura para implementar las políticas públicas, etc. Las constituciones ecuatoriana y venezolana, por ejemplo, entraron en vigencia en un momento coyuntural económicamente muy favorable a sus gobiernos: un precio internacional por barril de petróleo que sobrepasó los cien dólares, producto de lo cual generó en gobernantes y gobernados la sensación de la posibilidad de implementar la tan ansiada justicia material. Pero ahora que no abundan los recursos, el problema es responder qué va a pasar con el ejercicio efectivo de los derechos con rango constitucional de niños, adolescentes, discapacitados, privados de la libertad, mujeres embarazadas, víctimas de violencia intrafamiliar, adultos mayores, jubilados, etc., situación que puede plantear como tema de fondo debatir si en atención a una cambiante situación económica del fisco, todos los derechos deben tener o no rango constitucional.

Y otro vacío, sobre el que poco aluden los partidarios de las tesis neoconstitucionalistas, es el relacionado con la verdadera independencia entre las funciones del Estado como requisito indispensable para que el “garantismo” se practique en favor de todos los ciudadanos y no favorezca solamente a quienes controlan el Estado o a sus allegados. Tampoco han dado respuestas concretas respecto a una potencial restricción del ejercicio de los derechos como el de participación ciudadana, en aquellos casos en que un gobernante aspire a ser reelecto indefinidamente, a pretexto de sentirse apoyado en una voluntad popular sea real o supuesta; o si el *poder*, a pretexto de “garantizar o democratizar” derechos como el de comunicación, crea leyes e instituciones para perseguir a los medios y líderes de opinión independientes o a los que son de oposición. Se pueden sumar más interrogantes pero, más que eso, se hace necesario dejar testimonio que los estudios de los autores neoconstitucionalistas ecuatorianos dicen mucho con relación a la solución de los problemas de “igualdad material” y acceso social (educación,

cultura, agua, ambiente sano, vivienda digna, recursos naturales, etc.), pero poco sobre el valor de la independencia de poderes como garantía para el real ejercicio de las libertades.

Quizá, en otros países latinoamericanos, pudiera no existir problemas tan inquietantes respecto de la falta de independencia entre los poderes del Estado; en este espacio no resulta pertinente hacer un examen caso por caso, pero como muestra sí se puede aludir a la decisión del Tribunal Constitucional de Colombia cuando en 2010 negó al presidente en funciones, Álvaro Uribe Vélez, la posibilidad de presentarse como candidato a la presidencia por un tercer período consecutivo o, a la labor de la justicia brasilera que se halla investigando y denunciando casos de corrupción cometidos por funcionarios del gobierno de Dilma Ruseff, o la que cumple la justicia chilena con relación a un episodio que involucra a un pariente cercano de la presidenta Bachelett.

En el Ecuador el tema de la real división e independencia de poderes sí merece atención; excluyendo episodios importantes vinculados a la independencia de la función judicial, me permito poner en su conocimiento los datos que arrojó un estudio estadístico realizado respecto de la orientación del interés de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, referentes a demandas de inconstitucionalidad presentadas contra leyes y otros actos normativos emanados por el Poder Ejecutivo, entre 2008 y 2014, de las cuales se ha rechazado un 88%, advirtiendo que el 12% de las acogidas se refieren a asuntos de poca relevancia o sobre normas antiguas;⁵⁴ que de 36 decretos de emergencia emitidos por el presidente de la República, que por ley requieren el dictamen favorable de la Corte Constitucional, el 100% alcanzó el tal dictamen favorable⁵⁵ y que, de 379 sentencias dictadas entre 2009 y 2012 por acciones extraordinarias de protección un 74% favorecieron a las instituciones del Estado.⁵⁶ Esto que podría considerarse resultado de una labor estrictamente judicial tiene lugar en un escenario donde se denuncia la cooptación de todas las funciones del Estado, incluyendo el órgano de control constitucional, por parte del Poder Ejecutivo,⁵⁷ explica la gran polémica que se desató en el Ecuador entre académicos y defensores de derechos humanos por la designación, en junio de 2015 de su presidente,

⁵⁴ Miranda Burgos, Marcos José, “Balance Constitucional II”, artículo de opinión publicado en *Diario el Universo* de 23 de junio de 2015, en <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/23/nota/4979917/balance-constitucional-ii>

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ La Constitución ecuatoriana consagra la división de cinco poderes del Estado; a los clásicos tres poderes de Montesquieu, añadió el Poder Electoral y el Poder Ciudadano y de Control Social, cuyos actuales son allegados políticos al del presidente de la República.

Patricio Pazmiño, como miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).⁵⁸

Comparada con sus pares iberoamericanas la Corte ecuatoriana es una de la que más poder tiene en materia de control de la constitucionalidad, afirma Rafael Oyarte y añade que no solo puede declarar la inconstitucionalidad cuando se dictan actos contrarios a la Constitución, sino también por omisión, esto es obligando a un órgano a dictarlas cuando la Carta Primera así lo dispone.⁵⁹

Esta ponencia no tiene por objeto realizar ataque político a gobierno alguno pero, en base a ciertos hechos, sí pretende generar reflexión en académicos, estudiantes u otros interesados ecuatorianos y latinoamericanos que se adhieren al neconstitucionalismo, respecto al valor práctico que tiene el ahora tan despreciado modelo republicano que Montesquieu postuló teniendo a Roma como ejemplo, ya que a través de una real división e independencia de poderes se contemplan límites reales al ejercicio del poder político en beneficio de las propias garantías ciudadanas que tanto defienden; más aún, en momentos en que hasta se pretende legitimar la concentración del poder no solo por el antecedente electoral sino por la implementación de la *democracia autoritaria*,⁶⁰ ¿por qué no hacerlo si el término democracia tiene al menos unos 600 significados y el término “autoritarismo” es equívoco?⁶¹

La República romana después de casi 500 años de existencia pereció, precisamente, desde que los tribunos militares con potestad consular, también denominados dictadores, que funcionaron en calidad de magistrados extraordinarios y a quienes se otorgaba plenos poderes transitorios para afrontar una grave amenaza que ponía en peligro la seguridad de Roma

⁵⁸ A Pazmiño que preside la Corte Constitucional ecuatoriana desde 2007, se le mira por la opinión pública como una persona clave a la hora de legitimar acciones políticas del presidente Rafael Correa como aquella de declarar de “interés nacional” la extracción petrolera del Parque Nacional Yasuní, que el gobierno juró que jamás explotaría en honor a los derechos de la naturaleza y el derecho a la vida de los ecuatorianos, consagrados en la Constitución.

⁵⁹ Rafael Oyarte, “¿Sirve la renovación de la Corte Constitucional?”, en *Diario el Universo* de 27 de junio de 2015. En <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/27/nota/4986405/sirve-renovacion-corte-constitucional>.

⁶⁰ Carl Schmitt, filósofo jurídico alemán (1888-1985), miembro del Partido Nacional Socialista Obrero Alemán ha seducido a muchos intelectuales por haber postulado que “la dictadura es la mejor forma de democracia”, que ha servido de insumo a ciertos intelectuales latinoamericanos que una dictadura puede ser antiliberal pero democrática. Prats Eduardo Jorge, “La Democracia Autoritaria”, en <http://hoy.com.do/la-democracia-autoritaria/>.

⁶¹ Véase Collier David y Levitsky Steven, “Democracia con Adjetivos: Innovación Conceptual en la Investigación Comparativa”, en <http://es.scribd.com/doc/206520979/33683319-Collier-y-Levitsky-Democracia-Con-Adjetivos#scribd>.

(casos de estado de excepción), no querían retornar al orden constituido bajo el supuesto de encarnar un sentimiento popular que les exigía ejercer el poder absoluto. Augusto César Octavio, primer emperador romano, luego de doblegar las huestes de Marco Antonio, selló el destino final de la República no sin antes haber utilizado en su favor todos los mecanismos democráticos que ésta ofrecía; concentró el poder en su persona, no por la vía del derramamiento de sangre, sino recurriendo a la propia voluntad del *populus romani* que en sucesivas elecciones le iban designando titular de cuanto cargo él quiso ocupar: cónsul, príncipe, tribuno de la plebe, jefe de la moneda, a la par que establecía pactos con el Senado. Una vez consolidado el poder imperial, poco a poco fueron desapareciendo o cambiando de función las instituciones republicanas. Sin duda, lo que hizo Octavio fue dar un golpe de Estado desde el mismo Estado, dejando como legado una patente política que tampoco ha perdido vigencia a través de los siglos.

IV. CONCLUSIONES

Condensando lo expresado en este trabajo, creo en lo sustancial, haber puesto de manifiesto lo siguiente:

Primeramente, que luego del nacimiento de las repúblicas latinoamericanas en el siglo XIX, que no coincidió con los actuales avances de las técnicas, materias que abarca y principios del derecho constitucional; el derecho civil de antecedente técnico romanista, se volvió en un forzoso instrumento de interpretación constitucional, simplemente porque fue lo jurídicamente más desarrollado en aquella época, tomando en cuenta que durante décadas fue el medio más importante para resolver los conflictos cotidianos de la ciudadanía por la seguridad jurídica que brindaba al no ser objeto de mayores cambios legislativos.

En segundo lugar, que por el hecho de haber merecido prioridad en la academia latinoamericana el estudio de las instituciones del derecho romano privado, en tanto sus instituciones de derecho público se han topado muy tangencialmente como parte de otras asignaturas, se ha llegado a pensar, por influencia de las teorías neoconstitucionalistas, que la división de poderes patentada por el derecho romano republicano y replantada por el liberalismo clásico en el siglo XVIII, es solo una formalidad “burguesa” que se supera otorgando jerarquía constitucional a los derechos humanos, sin que importe mucho si los poderes del Estado son o no independientes, porque el cumplimiento de esos derechos está asegurado por el principio de supremacía normativa.

En un tercer lugar, que las teorías neoconstitucionalistas no ofrecen tantas novedades como sus seguidores creen, empezando porque en la propia Roma, la *Aequitas* era un valor que al despojar de su carácter riguroso a la norma, buscó una justicia objetiva o material para construir una armonía social y, porque ya el realismo jurídico anglosajón y escandinavo ya se preocuparon por medir la real eficacia del derecho y del aparato de administración de justicia en una sociedad.

En cuarto lugar, que no pocos de los ideólogos neoconstitucionalistas, al concentrarse en el activismo estatal para la consecución de la igualdad material de una sociedad, poco reparan en la necesidad de establecer límites a la concentración del poder estatal, máxime si a su criterio, éste se orienta a distribuir la riqueza porque “Latinoamérica es la región con más inequidades en el mundo.”, empeño que les conduce a reivindicar la validez moral de la “democracia autoritaria” que aun cuando concentre los poderes en una sola persona o partido es, de todos modos, una democracia y legítima en tanto sea antiliberal.

Y finalmente, que ante este panorama, es necesario dejar cierto romanticismo, sectarismo o resentimiento para examinar y orientar la reflexión académica hacia el valor que representa la existencia de una real división e independencia de poderes estatales para el ejercicio de los derechos y su efectiva tutela, por lo que mucho cuidado habrá de observarse, entonces, a la hora de distinguir lo que significa un activismo estatal orientado hacia un real ejercicio de los derechos sin distingo de quien demande su exigencia; de lo que constituya un activismo estatal dirigido al clientelismo político encaminado a perennizarse en el poder que, a título de implementar políticas públicas o de aplicar derechos, termine abrigándose el derecho de decir qué es lo bueno y qué es lo malo para la sociedad o quienes son los buenos y quiénes son los malos; si ello no ocurre, es probable que en algunos países latinoamericanos se llegue a repetir lo que los perseguidos políticos del imperio romano tenían que decir en las arenas del circo: “*Ave Cesar, morituri te salutant*” .

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Gonzalo, *et al.*, “Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina”, SSRC Conflict Prevention Peace Forum, en http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Ana%CC%81lisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_Ame%CC%81rica_Latina%20_Dec%202010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf

- BATTISTA RATTI, Giovanni, “Neoconstitucionalismo negativo”, ponencia presentada en la I Jornada Internacional de Derecho, organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 24, 25 y 26 de febrero de 2015. En <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2015/03/17/neoconstitucionalismo-negativo>.
- BERNAL, Beatriz y LEDESMA, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los sistemas neorromanistas (De los orígenes a la alta Edad Media)*, México, UNAM, 1996.
- CALSAMIGLIA, Albert, “Notas sobre el realismo jurídico”, en <http://www.raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/viewFile/172574/243661>.
- COLLIER, David y LEVITSKY, Steven, “Democracia con adjetivos: innovación conceptual en la investigación comparativa”, en <http://es.scribd.com/doc/206520979/33683319-Collier-y-Levitsky-Democracia-Con-Adjetivos#scribd>.
- DAVID, Rene, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Aguilar, 1970.
- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, “Ponencia presentada en el Simposio Internacional sobre el Derecho y el Estado”, 1994.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 53ª reimpresión, México, Porrúa, 2002.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pezreya, 2000.
- HEFFES, Omar Darío, “Salus populi: Estado de excepción o razón de Estado en la salvación de la comunidad”, en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/salus-populi-estado-de-excepcion-o-razon-de-estado-en-la-salvacion-de-la-comunidad.pdf>, p. 67.
- HERRERÍAS TELLERÍAS, Armando, “Orígenes externos del recurso de amparo”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/19/dtr/dtr2.pdf>.
- MARGADANT, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa-Librero Editor.
- MIRANDA BURGOS, Marcos José, “Balance Constitucional II”, *El Universo* de 23 de junio de 2015, en <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/23/nota/4979917/balance-constitucional-ii>.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Reflexiones sobre la llamada Escuela de la Exégesis”, *Derecho y Cambio Social. Revista Jurídica y de Filosofía Social*, Rosario, vol. 15, 1992.

- OYARTE, Rafael, “¿Sirve la renovación de la Corte Constitucional?”, *El Universo* de 27 de junio de 2015. En <http://www.eluniverso.com/opinion/2015/06/27/nota/4986405/sirve-renovacion-corte-constitucional>.
- PRATS, Eduardo Jorge, “La democracia autoritaria”, en <http://hoy.com.do/la-democracia-autoritaria/>.
- SÁEZ ARJONA, Elena, “Comentario de la traducción de la obra de Françoise Gény *La Libertad en el Derecho. Entre Certeza e Incertidumbre*, realizada por María Jesús Bernuz Beneitez, Editorial Comares, Granada, 2008”, en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552010000100041.
- SOTO VILLAFLORES, Raúl, “Método hermenéutico en el derecho romano”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, en <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/23239>.
- TRUJILLO, Julio César, “La Fuerza Normativa de la Constitución Actual”, *FORO Revista de Derecho*, núm. 3, Universidad Andina Simón Bolívar / CEN, Quito 2004.
- VALLE, Alex, “El neoconstitucionalismo en Latinoamérica”, en http://www.criticaconstitucional.com/el-neoconstitucionalismo-en-latinoamerica/#_edn8.
- VON SAVIGNY, Friedrich, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Estudio preliminar sobre *El espíritu del Derecho Alemán* por el Doctor Enrique De Gandía, Buenos Aires, Editorial Heliasta.

Documentos

- Constitución Argentina.
- Constitución Brasileña.
- Constitución Boliviana 2009.
- Constitución Chilena.
- Constitución Colombiana 1991.
- Constitución Ecuatoriana 1998.
- Constitución Ecuatoriana 2008.
- Constitución Federal Mexicana.
- Constitución Venezolana.
- Código Civil Ecuatoriano.