



FACULTAD DE DERECHO

**EL COMMON LAW EN LAS COMPETENCIAS DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL ECUATORIANA**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República**

**Profesor Guía
Dr. Pablo Zambrano Albuja**

**Autor
Nair Estefania Jervis Secaira**

**Año
2010**

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientado sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.

Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja

Doctor en Jurisprudencia

C.C. 1707216220

DECLARACIÓN DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Nair Estefanía Jervis Secaira
C.C. 1714644901

AGRADECIMIENTO

La realización de este trabajo ha sido gracias al apoyo incondicional, de mi profesor guía, mis padres, hermanos y familiares que han aportado para la realización de este trabajo.

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mis padres, y a Alicia mi abuela, quienes han sido mi gran apoyo soporte y me han enseñado que con la dedicación y un poco de esfuerzo se logra todo en la vida, ellos han sido los pilares de mi vida quienes día a día me han dado el ejemplo y por eso ahora soy la persona que soy.

RESUMEN

La nueva normativa constitucional de “Montecristi” introduce significativos cambios en el sistema de control constitucional ecuatoriano, de lado la tradición constitucional ecuatoriana, trayendo elementos del Derecho Anglosajón sobre el ejercicio efectivo de los Derechos Constitucionales reconocidos a favor de los ciudadanos; lo cual, implica la creación de una Corte Constitucional a la que se dota de un marco de competencias absolutamente nuevas en el Ecuador.

El nuevo paradigma constitucional, la Constitución deja de ser un programa político y se convierte en una norma jurídica, acercando el modelo continental europeo al modelo del Common Law norteamericano, debiendo recordar que en la tradición jurídica americana, quien crea el derecho es el juez constitucional y quien establece el procedimiento de producción y unificación del ordenamiento jurídico es el control constitucional.

En cuanto a la Corte Constitucional, los mismos principios de eficacia directa e inmediata de la Constitución, determinan que el órgano encargado de la interpretación, control y administración de justicia constitucional, así como el ejercicio de todas las atribuciones y competencias determinadas en la Constitución y demás normas secundarias, será ejercida por los integrantes del Tribunal Constitucional, que se constituyen en Corte Constitucional.

Al momento de hacer referencia a la Competencia, es uno de los parámetros más importantes, ya que es una parte de la Constitución que va a tratar del desarrollo de los parámetros constitucionales pero, sin embargo, va a ser necesario la amplia tarea que tiene la Corte Constitucional que es la interpretación constitucional, ya que uno de los ejes primordiales va a ser el modelo de descentralización.

Al momento en que el Common Law llega a tener una competencia y una aplicación en la Constitución 2008, podemos ponernos a pensar que es necesario sentar los precedentes a los que se hace referencia y en el que es basado el sistema jurídico del Common Law, ya que los jueces serían aquellos que tomen las sentencias y no solamente redacten una sentencia, sino que hagan una interpretación profunda de la ley llegando a tener una jurisprudencia de cada sentencia emitida por los jueces ecuatorianos en la Corte Constitucional, que para eso se les ha dado la atribución de ser los interpretadores de la Constitución.

ABSTRACT

The new constitutional rules "Montecristi" introduces significant changes in the Ecuadorian constitutional control system. Ecuadorian constitutional tradition brings elements of common law to the effective exercise of the constitutional rights, in favor of the citizen. This implies the creation of a Constitutional Court which gives an entirely new competence framework in Ecuador.

The new constitutional paradigm, the Constitution leaves it to be a political program and becomes a rule of law, bringing the continental European model to the model of American Common Law, should remember that in the American legal tradition, who believe the law is the Constitutional Court and who sets the production process and unification of law is the constitutional control.

As to the Constitutional Court, the same principles of direct and immediate effectiveness of the Constitution, determine that the organ charged with the interpretation, control and administration of constitutional justice and the exercise of any powers and competences as defined in the Constitution and other secondary rules, shall be exercised by members of the Constitutional Court, which constitute the Constitutional Court.

When making reference to the Competition, is one of the most important parameters because it is a part of the Constitution which will discuss the development of constitutional parameters, but nevertheless it will be necessary, the extensive work that has the Constitutional Court is the constitutional interpretation, because one of the primary axis will be the model of decentralization.

At the time when the Common Law comes to have a competition and an application in the 2008 Constitution, we may think that is necessary to establish precedents to which it refers and which is based on common law legal system, and that judges would be those who take the decisions and not just write a sentence, if not make a profound interpretation of the law coming to have a case of each statement issued by the Ecuadorian judges in the Constitutional Court, that's what they are allocation has to be the interpreters of the Constitution.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Capítulo I	3
1.1. Origen del Common Law.....	3
1.1.1. Antecedentes Constitucionales en el Ecuador	26
2. Capítulo II	32
2.1. Aplicación y Alcance del common law en otras Legislaciones	32
2.1.1. Aplicación y Alcance del common law en la legislación Ecuatoriana	52
3. Capítulo III	56
3.1. Competencias del common law en el Derecho Ecuatoriano	56
3.1.1. Competencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana.....	61
4. Capítulo IV.....	73
4.1. Puntos de vista del tema tratado	73
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	80
BIBLIOGRAFÍA	82

INTRODUCCION

La presente investigación se refiere al tema de El Common Law en las competencias de la Corte Constitucional ecuatoriana, este se puede definir como el sistema jurídico que se utiliza hasta el día de hoy en Europa y en otros países que tuvieron una influencia europea al momento de sus conquistas y colonizaciones; por otro lado también con respecto a la Corte Constitucional en la que se hace un análisis profundo de sus aplicaciones y competencias que tiene en el Ecuador y cual es la influencia que este sistema jurídico ha tenido en nuestra Constitución 2008.

La característica principal de este tema, es hacer una investigación para que nos demos cuenta si nuestro sistema jurídico implantado desde nuestra conquista el germano-romanista está en peligro de desaparecer y empezar a actuar, redactar y resolver un nuevo sistema jurídico en nuestro país, con la ayuda de nuestras nuevas codificaciones.

Para analizar esta problemática es necesario mencionar sus causas. Una de ellas es las competencias que ahora tienen los jueces para no solamente resolver un caso con la simple normativa, resoluciones y demás, sino es necesario que ya los Jueces al momento de dictar sentencias hagan jurisprudencia y de esa forma tomen decisiones mejor planteadas y tenga la autonomía para que en ellos esté en cierta manera las decisiones justas respecto a cualquier caso.

La investigación de esta problemática se realizó por el interés de que tanto estudiantes, profesores, así como los propios jueces mediten acerca de cómo ha afectado la Constitución 2008, y como ha ayudado en otros aspectos, por lo que es necesario, entender cuáles son los orígenes de este gran sistema jurídico que aun es implantado en muchos países europeos en cierta parte en las normas de Estados Unidos de América.

Por otra parte, estudiar cuál fue la influencia que tuvo a la creación de normas, y en qué forma se impartía la enseñanza del derecho en los tiempos más remotos en las que la carencia de Universidades no importó para la buena formación de los abogados, al simplemente asistir a un juicio o ser ayudante de un abogado; conocimientos que no los daban los libros sino el simple hecho de estudiar la jurisprudencia de cómo el Juez dictó la sentencia sea a favor o en contra.

En el marco del estudio comparativo, la investigación se realizó en una forma en que se estableció la nueva normativa constitucional, en cuanto a las competencias de la Corte Constitucional ecuatoriana; también vamos encontrar que en la investigación se hizo una investigación descriptiva, en la que constan las características más sobresalientes del Common Law, así como de la Corte Constitucional ecuatoriana, a través de la aplicación de la normativa.

Las entrevistas se realizaron a líderes naturales, quiere decir a expertos en el tema.

Uno de los obstáculos en la entrevista fue el acercamiento que hubo que hacer con los más importantes miembros del Tribunal Constitucional, ya que fueron el Presidente como el Vicepresidente, los que nos concedieron la misma entrevista por lo que, fue necesario, la utilización de buenos términos y la explicación de la materia de la que se estaba tratando para que se pueda encontrar un punto de vista distinto de cada uno de los miembros, de las diferentes Salas.

Esta investigación buscó hacer una comparación entre los sistemas jurídicos y el ya implementado en el Ecuador, con unos rasgos de un sistema que quizá se vaya afianzando más a fondo mientras vaya pasando el tiempo y se vayan adquiriendo más conocimientos del mismo, en un futuro cercano.

CAPITULO I

1.1 Origen del Common Law

El hecho de haber identificado a la familia con el término Common Law, ha traído el significado de costumbre, así, se habla de que el Derecho Inglés es un Derecho Consuetudinario, cuando esto es discutible ya que según algunos autores es más bien considerado como Derecho Jurisprudencial.¹

Por esta razón es importante hacer alusión a las diferentes acepciones que se le ha dado al Common Law:

- Ley Común: identificada con la costumbre, y considerada como primera fuente del Derecho.
- Common Law: servía en cierta forma para dar a conocer el Derecho Inglés no escrito, a los considerados frente al mundo como los escritos.
- El término Common Law se distinguía de cierta forma para hacer una cierta diferenciación con el Derecho Civil que para los romanos se caracterizaba por ser Derecho Común el cual ya estaba codificado; así de esta forma se hacía una distinción que denominaba a todos clase de derechos vigentes incluido el Civil.
- Common Law es un término, el cual, ha sido usado por los británicos, para llamar con el a la Familia misma dejada por los territorios anteriormente conquistados y aunque hoy ya se han independizado integran el Commonwealth.²

¹ En el Derecho anglosajón es una fuente de primera magnitud, debido a que los jueces deben fundamentar sus decisiones o sentencias judiciales mediante un estudio minucioso de los precedentes. Vicente Barreto, Diccionario de Filosofía do Directo, São Leopoldo, Unisinos, 2007.

² El nombre de Commonwealth originalmente designó a un periodo de la historia inglesa, que corresponde a la primera revolución parlamentaria contra la monarquía Estuardo, y la adopción de una forma de gobierno republicana (1649-60). Pero British Commonwealth of Nations es como se reconoce a la libre asociación de países en defensa de sus intereses que integra al Reino Unido y muchas de sus antiguas colonias y dominios hoy independientes. Su cabeza es el monarca británico, que algunos miembros reconocen como su jefe de Estado, representado

- Para comprender históricamente el nacimiento del Common Law es necesario remontarnos a la historia, para poder entender con claridad, no solo a la formación sino bajo que manifestaciones se presenta.

Las islas británicas siendo un territorio muy ligado a Europa, ha contribuido a que siempre ofrezcan un contexto distinto a los demás pueblos, han conservado características peculiares como su Derecho, que es de manera diferente en muchos aspectos.

El Reino Unido³ hoy designado e integrado por Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte, históricamente con datos registrados cuando la ocupación romana producida en el año 54 A.C., Julio César y su primer fallido intento, arribó a aquella parte de la isla poblada por los británicos, más tarde se la estableció como Provincia del Imperio con el nombre de Britania.

Ya en el siglo IV la evangelización había tomado parte importante e iba avanzando. En el año 407 los romanos abandonan la isla, y los británicos son atacados por los caledonianos, de esta manera piden ayuda a los anglosajones, los cuales acabaron sometiendo a los pueblos y instaurando

por un gobernador general, y otros simplemente como símbolo de la asociación. Portal Planeta Senda/ Commonwealth.

³ El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de manera abreviada Reino Unido (en inglés: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, de manera abreviada United Kingdom, UK o Britain), es un estado soberano ubicado al noroeste de la Europa Continental. Su territorio está formado geográficamente por la isla de Gran Bretaña, el noreste de la isla de Irlanda y pequeñas islas adyacentes. Irlanda del Norte es la única parte del país con una frontera terrestre, que la separa de la República de Irlanda. Aparte de esta frontera, está rodeado al norte y al oeste por el océano Atlántico, al este por el Mar del Norte, al sur por el Canal de la Mancha y al oeste por el mar de Irlanda.

El Reino Unido es un estado unitario comprendido por cuatro países constituyentes: Escocia, Inglaterra, Irlanda del Norte y Gales, y es gobernado por un sistema parlamentario con sede de gobierno en Londres, la capital, pero con tres administraciones nacionales descentralizadas en Belfast, Cardiff y Edimburgo, las capitales de Irlanda del Norte, Gales y Escocia respectivamente. El Reino Unido es una monarquía parlamentaria con la Reina Isabel II como jefe de Estado. Las Dependencias de la Corona de las Islas del Canal y la Isla de Man no forman parte del Reino Unido, pero sí se integran en una federación con él. El Reino Unido tiene catorce Territorios de Ultramar, todos ellos vestigios de lo que fue el Imperio Británico, que en su cúspide territorial llegó a abarcar cerca de un cuarto de la superficie terrestre del planeta. La Reina Isabel II continúa estando a la cabeza de la Mancomunidad de Naciones y jefe de Estado de cada uno de los Reinos de la Mancomunidad. Ferguson, Niall (2004), *Empire, The rise and demise of the British world order and the lessons for global power*, Basic Books.

siete reinos en el sur del país; llegado el siglo VI con el dominio de los anglosajones la parte más significativa de la isla pasó a denominarse Inglaterra conocida hasta hoy.

Guillermo I de Inglaterra⁴ fue quien después de conquistar varios territorios y poblaciones, sentó las bases para el actual Derecho que rige en Inglaterra. Por la variación de las reglas y el caos judicial que pasaba esos momentos Inglaterra, para tratar de remediar creó una Corte Judicial única, así de esta forma nace la Royal Court (Corte Real), la cual era sometida a la autoridad de la corona, de esta misma manera estableció una lista de los asuntos que podían discutirse, una autorización del monarca que se llamaba bill.

Así de esta manera fueron los jueces quienes se encargaban de dictar fallos con su sentido de rectitud e integridad moral, los que constituyeron los elementos básicos para crear el Derecho en Inglaterra.

De la Royal Court (Corte Real) y de la actuación de los jueces que conformaban la misma se creó una regla jurisprudencial, que recibió el nombre de "rule of precedent" (regla del precedente)⁵ es identificada como la columna vertebral del Derecho Inglés.

⁴ Guillermo el Conquistador reinó en Inglaterra entre 1066-1087. Los normandos eran poco numerosos y tuvieron que hacer frente a revueltas entre 1067-1070, a una invasión danesa y a un ataque de los escoceses. En 1069 los normandos asesinaron a los varones, destruyeron las cosechas y sacrificaron el ganado del norte. Para controlar a la población construyeron castillos, hasta alcanzar los quinientos. Se repartieron la tierra. Guillermo nombró obispos y abades normandos. En la Corte se hablaba francés, lo que influiría en el vocabulario y la sintaxis del inglés. Sobrevivió el sistema administrativo anglosajón y la riqueza urbana permaneció en manos nativas. Con los normandos, el feudalismo alcanzó su máximo apogeo. Guillermo murió en 1087 durante la batalla contra Felipe I de Francia por la conquista de la ciudad de Nantes. Primera crónica general, capítulo 14 de Alfonso X el Sabio.

⁵ En el derecho común los sistemas jurídicos, un precedente o de la autoridad es un caso legal que se establece un principio o norma de que un tribunal u otro órgano judicial utiliza para decidir casos posteriores a cuestiones similares o hechos. James H. Fowler and Sangick Jeon, "The Authority of Supreme Court Precedent," Social Networks (2007).

Enrique III otorgó en 1258 las llamadas Provisiones de Oxford⁶ aquellas que dieron el origen a las instituciones liberales⁷ que aún están vigentes en Inglaterra y que son identificadas con el Common Law.

Bajo el reinado de Enrique III quién entre otras cosas que realizó, dio comienzo a la Guerra de los cien años⁸; quién también otorgó mayores libertades a los ciudadanos y promovió la creación de una nueva Corte, así contribuyendo a la

⁶ Las Provisiones de Oxford fueron instauradas en 1258 por un grupo de barones liderados por Simón V de Montfort, Conde de Leicester; estos documentos son a menudo considerados como la primera constitución escrita de Inglaterra. Las provisiones forzaron al rey Enrique III de Inglaterra a aceptar una nueva forma de gobierno en la que el poder residía en las manos de un consejo de 15 miembros que supervisarían los nombramientos ministeriales, la administración local y la custodia de los castillos reales. El Parlamento, mientras tanto, que debía reunirse tres veces al año, monitorizaría el funcionamiento de este consejo. Su importancia residía en que, por primera vez, la Corona inglesa era forzada a reconocer los derechos y poderes del Parlamento. Blackstone, Sir William. (1765). *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press.

⁷ En 1258 reúne al Parlamento para exigir una contribución especial para aliviar su situación económica, pero los barones del reino, capitaneados por Simón V de Montfort, rehúsan, y llegan a obligar al rey a firmar las Provisiones de Oxford, que restringían el poder real.

Naturalmente Enrique III se niega a respetar los acuerdos suscritos, lo que provoca la sublevación de los nobles, con Montfort a la cabeza, provocando la Segunda Guerra de los Barones, siendo derrotado y hecho prisionero en la Batalla de Lewes (1264). La reina Leonor y su hijo mayor Eduardo, heredero del trono, se refugian en Francia, al lado de la reina Margarita —hermana mayor de Leonor—, la cual convence a su esposo Luis IX que apoye a Eduardo con un ejército para reconquistar el poder y liberar a su padre.

Entretanto, la actitud despótica de Montfort —que con el título de Senescal de Inglaterra era el virtual gobernante del país— le granjeó la antipatía de sus antiguos aliados. Eduardo aprovecha esto para retornar a Inglaterra y reunir bajo su mando a los descontentos, enfrentando al usurpador Montfort en la Batalla de Eversham (4 de agosto de 1265), donde fue derrotado y muerto.

El rey es liberado y repuesto en el trono, pero tanto él como su hijo y heredero comprenden que no pueden seguir gobernando como sus antepasados, por lo que deciden reconocer la Carta Magna y buena parte de las Provisiones de Oxford en el estatuto de Marlborough en 1267 que también contiene elementos del dictamen de Kenilworth.

Enrique III muere en el palacio de Westminster, el 16 de noviembre de 1272, siendo sepultado en la abadía de Westminster. Townson, Duncan. *Breve historia de Inglaterra*. Alianza, Madrid, 2004.

⁸ La llamada Guerra de los Cien Años (inglés: Hundred Years' War, francés: Guerre de Cent Ans) fue una prolongada serie de conflictos armados entre los reyes de Francia y los de Inglaterra que duraron en realidad 116 años (61 años de guerra y 55 de tregua) (1337-1453). Esta guerra fue de origen puramente sucesorio y feudal, pues su propósito no era otro que definir quién sucedería a la rama principal de los Capeto (extinta en 1328), los Valois o los Plantagenet, y quién controlaría las enormes posesiones que los monarcas ingleses tenían en territorios franceses desde 1154, debido al ascenso al trono inglés de Enrique Plantagenet, conde de Anjou y casado con Leonor de Aquitania.

Tuvo implicaciones internacionales, con la participación de Castilla. Finalmente y después de innumerables avatares, se saldó con una victoria francesa y la retirada inglesa del continente con la excepción de Calais, que permanecerá en manos inglesas hasta 1558. Dunan, Marcel; Mosca, Roberto; et. al (dir): *Historia Universal*, Tº II, Noguer, Rizzolli, Larousse. Ed. Cast.: ANESA, Barcelona, 1974.

administración de justicia que venía impartiendo la Royal Court (Corte Real), esta nueva corte llevó el nombre de Chancery Court (Corte de la Cancillería) el nombre lo llevaba ya que la persona que emitía los fallos era el Canciller en nombre del Rey o de la Reina. De la actuación de los Jueces que integraban la Royal Court (Corte Real) emergió la rule of precedent (regla de precedentes), de la misma forma de los magistrados que integraban la Chancery Court (Corte de Cancillería) emergió la rule of equity (regla de la equity).

La rule of equity (regla de la equity) para desempeñar el papel idéntico que la rule of precedent (regla de precedentes) vienen a constituir otro de los pilares que se asienta el Derecho de la Common Law.

En 1649 se proclama la República Parlamentaria⁹ que dura hasta 1653 en donde se entregaron los poderes a Cromwell bajo el título de Lord Protector (Lord Protector) de Inglaterra.

La historia dentro del Reino de Inglaterra, tiene una importante repercusión en el Derecho de la Common Law, de esta forma el Parlamento fue adquiriendo mayor importancia, no solamente en la labor de legislar sino de la absorción cada vez mayor de las prerrogativas gubernamentales, ya que de allí surgieron los Ministros que integrarían el Gabinete o Función Legislativa, y el Rey y la Reina Jefes de Estado pero no de gobierno.

En los tiempos de gobierno de Carlos II y Jacobo II¹⁰, la impopularidad que ambos tuvieron determinó que en el año 1688 inauguraría en Europa el

⁹ Las repúblicas parlamentarias prototípicas, son aquellas que provienen de estados que previamente eran monarquías, con un monarca, o un representante del mismo (sobre todo en las repúblicas de la Commonwealth) . Así el rey o jefe de estado ha sido sustituido por uno de elección democrática, pero manteniendo la falta de poder ejecutivo del mismo. Existen, asimismo, un gran número de repúblicas parlamentarias que fueron países con un solo partido legal, localizadas en el bloque del este o en la misma Unión Soviética. Perry Anderson Lineages of the Absolutist State. (1974) Las antinomias de Antonio Gramsci (1977) Los Fines de La Historia (1992) Campos de Batalla.

¹⁰ Carlos II muere sine prole legitima (sin descendientes legítimos), el 6 de febrero de 1685, y convirtiéndose al catolicismo romano en su lecho de muerte; fue sucedido por su hermano, que reinó en Inglaterra e Irlanda como Jacobo II y en Escocia como Jacobo VII. Jacobo fue

Derecho Político, el mismo que dejó sentir su influencia en la Revolución Francesa. De esta misma manera siendo que Jacobo II tenía raíces escocesas e inglesas, lo sucedió una de sus hijas y se estableció el Reino de la Gran Bretaña. En 1801 se conforma el Reino Unido de la Gran Bretaña¹¹.

coronado en la Abadía de Westminster el 23 de abril de 1685 pero un día antes, el 22 de abril, había sido coronado junto a su esposa -la cual no pudo asistir a la ceremonia "oficial" por su religión- según los ritos católicos en el Palacio de Whitehall. En un comienzo no hubo mucha oposición abierta al nuevo soberano y muchos conservadores anglicanos incluso lo apoyaron. El nuevo Parlamento que abrió en mayo de 1685 parecía favorable a Jacobo, acordando concederle una generosa renta. Jacobo tuvo que hacer frente a la Rebelión de Monmouth conducida por el hijo ilegítimo de Carlos II, el duque de Monmouth. Jacobo Scott se autoproclamó rey el 20 de junio de 1685, pero fue derrotado luego en la Batalla de Sedgemoor. Monmouth fue ejecutado en la Torre de Londres poco después (15 de julio). A pesar de la escasa ayuda popular a Monmouth, Jacobo comenzó a desconfiar de sus súbditos.

Sus jueces -el más notable de los cuales fue Jorge Jeffreys (apodado el "Juez Ahorcador")- castigaron a los rebeldes de manera brutal. Los llamados "Juicios Sangrientos" de Jeffreys hicieron que el público viera a su rey como un gobernante cruel y bárbaro. Para protegerse contra otras rebeliones, Jacobo intentó establecer a un grueso y poderoso ejército. Al poner a católicos romanos a cargo de varios regimientos se buscó un conflicto con el parlamento. El Parlamento entraba en receso en noviembre de 1685, no volviendo a reunirse otra vez durante el reinado de Jacobo.

La tensión religiosa se intensificó en 1686. En el caso Godden vs. Hales, una sala de jueces de la Corte de la Cámara del Rey fue forzada por Jacobo a declarar que éste podría ser dispensado de las restricciones religiosas impuestas por el Acto de Prueba. Aprovechándose del poder que esta dispensa le otorgaba, Jacobo permitió y causando una gran polémica, que algunos católicos romanos ocuparan los cargos más altos del reino. Él recibió en su corte al Nuncio Papal Ferdinando d'Adda, el primer representante de Roma en Londres desde el reinado de María I. El confesor jesuita del rey, Eduardo Petre, era un objeto especial de la ira de los protestantes. Estas políticas hicieron que el rey perdiera la ayuda de sus antiguos aliados, los Tories.

Jacobo entonces pidió la suspensión de Enrique Compton, el anticatólico Obispo de Londres, mientras que otros anglicanos en cargos políticos fueron despedidos. En la Declaración de Indulgencia de 1687, Jacobo suspendió las leyes que castigaban los católicos romanos y otros disidentes religiosos. No está claro si Jacobo publicó la Declaración para ganar la ayuda política de los disidentes o si él de verdad estaba defendiendo la libertad de religión. Jacobo también disolvió definitivamente el Parlamento en 1687, luego de reformar el gobierno para reducir en poder de la nobleza.

El rey también provocó la oposición por sus políticas en lo referente a la Universidad de Oxford. Él ofendió a los anglicanos permitiendo que los católicos obtuvieran posiciones importantes en la Christ Church y la University College, dos de las más grandes colegios de Oxford. De la misma forma acrecentó su impopularidad despidiendo a los protestantes del Magdalen College, colocando a elementos enteramente católico en su lugar. En el colmo de la controversia, Jacobo acreditó al Nuncio Papal y le concedió cargos gubernamentales a cuatro obispos católicos. Carlos II muere sine prole legitima (sin descendientes legítimos), el 6 de febrero de 1685, y convirtiéndose al catolicismo romano en su lecho de muerte; fue sucedido por su hermano, que reinó en Inglaterra e Irlanda como Jacobo II y en Escocia como Jacobo VII. Jacobo fue coronado en la Abadía de Westminster el 23 de abril de 1685 pero un día antes, el 22 de abril, había sido coronado junto a su esposa -la cual no pudo asistir a la ceremonia "oficial" por su religión- según los ritos católicos en el Palacio de Whitehall. Maurice Ashley, *The Glorious Revolution of 1688* (Hodder & Stoughton, 1966; also Panther History 1968).

¹¹ El Reino de Gran Bretaña, fue un país localizado en Europa Occidental, desde el año 1707 al año 1801. Fue creado a partir de la unión de las coronas de Escocia e Inglaterra, bajo el Acta de Unión de 1707 (Union Act, 1707), que había sido engendrado a fin de alcanzar un Estado

En 1837 gobernó la princesa Victoria, durante su reinado se produjo el más significativo cambio en la Función Judicial Inglesa a través de la “Judicature Acts” (Leyes de la Judicatura)¹².

Uno de los períodos más importantes fue la posguerra ya que fue el escenario de numerosos cambios en el orden jurídico, de mayor importancia en la jeraquización de las Fuentes del Derecho, ya que la statute law (ley escrita), se expandió de una mayor manera y perjudicó al common law (costumbre).

Mientras que en Roma se hablaba de Iuris Civiles de Justiniano, en la familia del Common Law se conforma con dos reglas básicas: La del precedent, nacida de la actuación de los Jueces de la Royal Court (Corte Real) y, la de la equity está elaborada por los magistrados de la Chancery Court (Corte de la Cancillería), éstas son las que conducen el ordenamiento jurídico de esta Familia, dando lugar a su carácter jurisprudencial.

Para la Familia del Common Law es de carácter jurisprudencial, la estructura misma del Derecho, que es por la actuación de los Jueces y Tribunales, por que adquiere una particularidad y comienza con la jeraquización de las fuentes del Derecho distinta a la Romana:

único en la isla de Gran Bretaña. El nuevo parlamento y gobierno del reino, fue asentado en Westminster, Londres. Los 2 antiguos reinos compartían rey desde que en 1603 Jacobo VI de Escocia pasara a ser Jacobo I de Inglaterra.

En 1707 dejaron de coexistir ambas monarquías, quedando únicamente en pie la Corona de Gran Bretaña. Dejó de existir también el parlamento de Escocia y el parlamento de Inglaterra, los cuales fueron unificados en el parlamento de Gran Bretaña; parlamentarios de ambas naciones tomaban asientos en sus respectivos lugares en Londres (tanto en la cámara de los comunes y en la cámara de los Lores), aunque la representación escocesa en el órgano legislativo era menor, puesto que su población así lo era. Bajo los términos del "Union Act" Escocia elegía a 45 parlamentarios para la cámara de los comunes y enviaba 16 a la cámara de los Lores.

El Reino de Gran Bretaña fue disuelto tras el Acta de Unión de 1800, por la que Irlanda fue anexada a la unidad política, dando origen al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda, tras el aplacamiento de las Rebeliones Irlandesas de 1798.

¹² Las leyes de la Judicatura de 1873 y 1875 de la Judicature Acts reformaron el sistema, evitando la dualidad de procedimientos. A partir de estas leyes se puede invocar y aplicar las normas del Common Law y de la equidad ante el Tribunal Supremo de Justicia (The Supreme Court of Justice). Lecciones de Derecho Comparado, Aymerich Ojea Ignacio, Díaz Blasco José Luis, Roya Górriz Elena, Beredicto Grifo Amparo, Vilar Soler Anna, Viguri Agustín. Univesitat de Jaume 2003

1. La Case Law (Ley del caso) la sentencia o fallo, cuya reiteración hace precisamente la Jurisprudencia.
2. La Statute Law (ley estatutaria o parlamentaria) es de mayor identificación como la ley escrita, nace del Parlamento o Función Legislativa.
3. La Common Law (ley común) o costumbre, arranca muy antiguamente, pero va perdiendo su fuerza debido a los cambios introducidos en la sociedad británica.
4. La Reason (razón) es todo lo que brota de la inteligencia humana, es la guía o inspiración del Derecho, dentro de este género se incluyen las otras Familias, como la Romanista, y aparece como fuente independiente: Los Principios Generales del Derecho y la Doctrina, a las cuales se adjunta la Filosofía del Derecho.

La organización Judicial Inglesa dio su inicio en el siglo XI y su definitiva reestructuración en el siglo XIX, en la cual se dio establecimiento de una forma de ser especial, sobretodo al Derecho de la Common Law.

Basando en algunos autores como por ejemplo el autor René David se ha podido observar que hay la presencia de dos estamentos diferenciados: El Supreme Court of the Judicature (Suprema Corte de la Judicatura) esta fue establecida a través de las reformas introducidas en los años 1873 y 1875 mediante la "Judicature Acts" la cual fue votada por el Parlamento.

El Parlamento se halla integrado por cuatro Cortes Mayores que son:

- La House of Lords (Cámara de los Lores)¹³ la cual era integrada por diez Law Lords (Lores de la Ley), nombrados por el Rey y la Reina de los

¹³ El origen de la cámara se remonta al Siglo XIV y desde entonces ha tenido una existencia casi continua, aunque el nombre se adoptó en 1544. Fue abolida en 1649 por el gobierno revolucionario de Cromwell, y restaurada en 1660.

Actualmente tiene un papel simbólico y tradicional. En 1911 se aprobó el "Parliament Act" por el cual toda la legislación salvo los presupuestos podían ser retrasados en su aprobación un año por los Lores pero no rechazada. En 1968 se aprobó un proyecto de reforma que pretendía

más distinguidos juristas del Reino, ésta es la autoridad judicial suprema y la más alta y última de las instancias dentro de la Función Judicial de Inglaterra y Gales, constan entre sus competencias ser el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional al mismo tiempo.

- La Court of Appeal (La Corte de Apelaciones)¹⁴ integrada por once Puisnes Judges (Juez Presidente, son de menor rango, Juez asociado), es la Corte o Tribunal, la cual representa a la The House of Lords (Cámara de los Lores), ésta integrada por dos divisiones una civil y otra penal. La civil se encarga de conocer los recursos presentados contra las sentencias de la High Court of Justice (Alta Corte de Justicia), las County Courts Corte del Condado) y algunos Tribunals (Tribunales). En cambio la división Penal conoce de las apelaciones dictadas por la Crown Court (Corte de la Corona).

Los Tribunales Superiores de la misma vez servían de Tribunales de Apelación (Appellate Courts) con respecto a los fallos de Tribunales inferiores.

- La High Court of Justice (Alta Corte de Justicia)¹⁵, es la Corte Superior la cual ostenta la jurisdicción nacional y la cual absorbe los procesos de

terminar con los privilegios aristocráticos de sus miembros. El gobierno de Tony Blair ha continuado las reformas legislativas para restar importancia a esta Cámara; en 1999 se dictaminó que los Lores no eran hereditarios sino elegidos entre los aristócratas. Actualmente sólo el Duque de Norfolk y el Marqués de Cholmondeley siguen siendo hereditarios como consecuencia de ser Grandes Oficiales del Estado. El Duque de Norfolk es el encargado de la apertura del parlamento, así como de la coronación y de los funerales de Estado. Por su parte, la Cámara de Lores entre 1998 y 1999, fue también usada para enjuiciar al General Augusto Pinochet, quien fue detenido en Londres el 16 de octubre de 1998. Hasta ahora, la Cámara alta está compuesta de 738 miembros, 92 más que los 646 asientos de Casa de los Comunes. The History of Parliament Trust: 18 Bloomsbury Square, London WC1A 2NS.

¹⁴ La Corte de Apelación es parte de la Suprema Corte de Justicia y conoce en apelación de segunda instancia de las resoluciones dictadas en materia civil por la Alta Corte de Justicia y en materia Penal por la Corte de la Corona. Las decisiones de apelación son rendidas por un cuerpo colegiado compuesto por tres jueces, aunque en algunas circunstancias uno o dos jueces pueden resolver para determinar la aplicación de licencia para apelar. Familia del Common Law, Sistemas Jurídicos Contemporáneos.

¹⁵El Tribunal Superior de Justicia (generalmente conocido como el Alto Tribunal) es, junto con el Tribunal de la Corona y el Tribunal de Apelación, uno de los Tribunales Superior de Inglaterra y Gales. También es conocido como el Alto Tribunal de Inglaterra y Gales y abreviado por EWHC.

orden civil. Podría de esta manera considerarse que mientras la County Court (Corte de la Corona) es una corte que se encarga de casos de menor cuantía, La High Court of Justice (Alta Corte de Justicia) se ocupa de los de mayor cuantía. La High Court of Justice es el Tribunal de primera instancia para los juicios civiles, y de apelación para los de carácter penal.

La High Court of Justice (Alta Corte de Justicia) se divide en tres secciones denominadas como:

- La Queen's Bench Division: (División del Banco del Rey)¹⁶, es una de las más importantes secciones de la High Court of Justice (Alta Corte de Justicia) y la más activa igualmente, ella como rol debe mantener la unidad. Esta era presidida por el Lord Chief Justice (Jefe de los Lores de Justicia), quien conocía y demandaba sobre cualquier tipo civil y mercantil ya que dentro de su estructura formal y resolutive están la Admiralty Court (Corte del Almirantazgo) y la Commercial Court (Tribunal Comercial) que se encargaba de cuestiones mercantiles como son los

El Tribunal Superior tiene tres divisiones principales: Banco de la Reina de la División, la División de la Cancillería y de la División de la Familia.. Los costos altos tribunales de la Oficina, que se ocupa de la cuantificación de los costes legales de conformidad con las órdenes de los gastos efectuados por los tribunales, queda fuera de estas divisiones. La mayoría de los procedimientos en el Tribunal Supremo se celebran ante un juez único, pero ciertos tipos de actuaciones, especialmente en la Queen's Bench Division, se asignan a un Divisional Court (es decir, un banco de dos o más jueces). Excepcionalmente, la Corte podrá celebrar sesiones con un jurado, pero en la práctica normalmente sólo en los casos de difamación o de casos en contra de la policía.. Los litigantes son normalmente representados por un abogado, pero puede ser escuchado por los abogados con el derecho de audiencia, o en persona. Fonge, Fuabeh P. (1997). *Modernization without Development in Africa: Patterns of Change and Continuity in Post-Independence Cameroon*. Trenton, New Jersey: Africa World Press, Inc..

¹⁶ Uno del antiguo cortes de Inglaterra, Banco de la reina (o Bench de rey cuando monarca es varón) ahora está una división del Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra y de País de Gales. Las subdivisiones incluyen la corte comercial, la corte del ministerio de marina y la corte administrativa. Es también el nombre de la corte superior en varias provincias canadienses (Saskatchewan, Alberta, Nuevo Brunswick, y Manitoba). Hay también una pieza del templo interno en Londres que todavía contenga los compartimientos de los abogados conocidos como reyes Bench Walk.

La abreviatura QB (o KB) en la citación legal se utiliza en los informes de la ley para denotar los casos oídos en la división del banco de la reina (o el rey). Blatcher, Marjorie (1978). *La corte de Bench de rey 1450-1550*, un estudio en esfuerzo personal. Prensa de Athlone.

seguros. Esta también tiene la jurisdicción de apelación en el ámbito penal lo que permite que ella revise las causas juzgadas en las Magistrales Courts (Cortes Magistrales) y en las Crown Courts (Cortes de la Corona).

- La Chancery Division (División de Cancillería)¹⁷ conserva ciertos aspectos de la Chancery Court (Corte de Cancillería) su competencia estaba relacionada con quiebras (bank ruptcies), hipotecas (mortgages), escrituras (deeds), testamentarias contenciosas (litigious probate), administración de patrimonios (inheritance's management), de esta misma manera cuenta con tribunales especiales que son: el de Sociedades mercantiles (Company Court) y otro, el de Patentes (Patents Court). El que preside la Chancery Division es el Lord Chancellor (Lord Canciller) el cual, tiene la atribución para conocer las apelaciones, los reclamos planteados contra los fallos que dictaba la County Courts (Corte de Condado) en el ámbito civil.
- La Family Division (División de la Familia)¹⁸ es una parte de la High Court of Justice (Alta Corte de Justicia) que está presidida por un

¹⁷ Los jueces del Tribunal de la Cancillería (aparte del Lord Chancellor y el Master of the Rolls), antes de la creación del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra y Gales en 1873-75, tuvo el título de vice-canciller. El primero de ellos fue nombrado en 1813 y dos puestos más fueron añadidos en 1842. Después de la leyes del poder judicial de la década de 1870 Vicerrectores no fueron nombrados, y los magistrados de la Sala de la Cancillería se denominaban "el juez..." como los demás jueces del Tribunal Superior (este estilo había sido utilizado previamente para los jueces de los tribunales de derecho común).

En 1971, la Oficina del Vice-Canciller fue recreado, de ser el Vicepresidente de la División de la Cancillería del Tribunal Superior Sir Robert Andrew Morritt se convirtió en el Vice-Canciller en julio de 2000 y es el primer Canciller de la Corte Suprema.

¹⁸ la División de Familia se ocupa de asuntos como el divorcio, los niños, de pruebas y el tratamiento médico. Sus decisiones pueden afectar la vida y la muerte, tal vez inevitablemente, considerado como polémico. Por ejemplo, permitió a un hospital para separar a los gemelos unidos, sin el consentimiento de los padres, y permitió una mujer a tener sus máquinas de soporte vital apagado, si bien no permite a un marido para dar a su esposa con discapacidad grave una inyección letal con su consentimiento. El Alto Tribunal de Familia División es competente para conocer todos los casos relativos al bienestar de los niños y de interés, y ejerce una jurisdicción exclusiva en casos de tutela. El jefe de la División de la Familia es el Presidente de la División de la Familia Sir Mark Potter. Jueces del Tribunal Superior de la División de Familia se sientan en las Cortes Reales de Justicia, Strand, Londres, mientras que Jueces de Distrito de la División de Familia se sientan en la Primera Avenida House, Holborn, Londres.

magistrado denominado President (Presidente) que tiene a su cargo el conocimiento y resolución de las cuestiones del orden familiar, fundamentalmente en pleitos matrimoniales (defended divorces), adopciones (adoptions), de las tutelas (wardships), así como son las testamentarias contenciosas o de mutuo acuerdo (nonlitigious probate). Ésta al mismo tiempo es una Corte de sustanciación de juicios de asuntos que son de su competencia, es un Tribunal de apelaciones de los recursos que son interpuestos por las Magistrates' Courts (Cortes de los Magistrados) y las County Courts (Cortes del Condado) pero sólo concernientes a la materia de familia.

- La Crown Court (Corte de la Corona)¹⁹, ésta era de carácter provincial, pero solamente estaba ligada al campo penal , está considerada como la heredera de la competencia y el alcance que tenían las antiguas Assize Courts (Tribunales de lo Penal) , ésta conocía sobre los delitos graves y muy graves (Indictment offences), cuenta con jueces y jurado,

La División de Familia es relativamente moderna, de haber sido formado por la leyes del poder judicial mediante la combinación del Tribunal de testamentario, el Tribunal de divorcio y las causas matrimoniales y el Alto Tribunal del Almirantazgo en el entonces testamentaria, divorcio y Almirantazgo División de la Corte Suprema, o testamentos, restos de naufragios y esposas como lo fue denominada informalmente. Su nombre se cambió la División de Familia, cuando el almirantazgo y los tribunales de sucesión fueron transferidos a otras divisiones. Chellel, Kit (2008-09-19). "Former McKenna lawyer appointed to High Court.

¹⁹ El Tribunal de la Corona de Inglaterra y Gales, junto con el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal de Apelación, uno de los elementos constitutivos de los Tribunales Superior de Inglaterra y Gales. Es el más alto tribunal de primera instancia en las causas penales, sin embargo, para algunos propósitos del Tribunal de la Corona está jerárquicamente subordinado a la Corte Suprema y sus tribunales de división. Se sitúa en alrededor de 90 lugares en Inglaterra y Gales. Previamente dividido en seis circuitos - Midland, Norte, Nordeste, Sudeste, Gales y Chester y occidental - que ahora está dividida en siete regiones - Midlands, Noreste, Noroeste, Sureste, Suroeste, Londres y Gales. La región de Gales fue añadido a cumplir la nueva ley la creación de poderes formada por el uso de la Asamblea Nacional de Gales. El Tribunal Central de lo Penal (Old Bailey), que fue establecido originalmente por su propio acto del Parlamento, es ahora parte del Tribunal de la Corona, y es uno de los principales tribunales penales en Londres.

El Tribunal de la Corona lleva a cabo cuatro tipos principales de actividad: las apelaciones de las decisiones de los jueces, la condena de los acusados cometido de los tribunales de magistrados, los juicios con jurado, y la condena de aquellos que son condenados en el Tribunal de la Corona, ya sea después de un juicio o declararse culpable. En promedio, los acusados en prisión se enfrentan a un tiempo de espera de 13 semanas y 3 días. Los de mayor experiencia de la libertad bajo fianza demora, espera un promedio de 15 semanas y 4 días hasta que se escuche su caso. "Crown Court Annual Report 2006–2007 Swansea Crown. http://www.hmcourts-service.gov.uk/docs/annualreports_crown06_07/Swansea-Crown-Court-2006-2007.pdf. Retrieved 2008-10-20

los jueces son profesionales (qualified judges), es decir High Court Judges (Alta Corte de Jueces), circuit judges (Circulito de jueces)²⁰ o recorders²¹. A la vez esta corte como todas las que tenían rangos superiores eran Tribunales de apelación (appellate court) que son de sentencias dictadas por las Magistrales Courts (Cortes Magistrales), que son solamente recurridas para la defensa de los acusados; otra de las instancias de apelación es la Criminal Division of the Court of Appeal (División Penal de la Corte de Apelación) y si procede actúa también la House of Lords (Cámara de los Lores).

Estas divisiones también eran de bajos niveles como son:

- El Justice of The Peace (Juez de la Paz)²² actúa dentro de una jurisdicción territorial reducida a un barrio, dentro de las ciudades, éste

²⁰ Los jueces son jueces de circuito de alto nivel en Inglaterra y Gales que se sientan en el Tribunal de la Corona, los tribunales de condado y algunas sub-divisiones especializadas de la Corte Superior de Justicia, como la tecnología y la construcción Corte. La oficina del juez de circuito fue creado por la Ley de Tribunales de 1971. Jueces de circuito se labran su honor Juez X y se conocen como su honor. A veces se les conoce como "jueces púrpura" a causa de sus ropas de vestir. A tiempo parcial Circuito jueces son conocidos como equipos de grabación, pero también se trata como "Su Señoría".

Los jueces de circuito se sientan debajo de los Jueces del Tribunal Superior, pero por encima de los Jueces de Distrito. Pueden ser nombrados para sentarse como diputado magistrados del Alto Tribunal. Algunos también tienen derecho a sentarse en la Sala de lo Penal de la Corte de Apelación, aunque son los más altos jueces de Circuito. M.G. Easton (1897). Easton's Bible Dictionary. Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library.

²¹ En los tribunales de Inglaterra y Gales, un Recorder es un abogado o un abogado de al menos 10 años de pie que es nombrado por la Reina a propuesta del Lord Canciller de celebrar a tiempo parcial de funciones jurisdiccionales. Un grabador de que actúe como tal tiene todas las facultades de un juez de circuito y puede sentarse en el Tribunal de la Corona o en la Corte del Condado. Si es nombrado para hacerlo en la sección 9 de la Ley del Tribunal S M.G. Easton (1897). Easton's Bible Dictionary. Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library. Un registrador podrá actuar en tiempo parcial Magistrado del Tribunal Superior.

²² En 1195, Richard I ("Corazón de León") de Inglaterra encargó algunos caballeros para preservar la paz en las zonas rebeldes. Ellos fueron los responsables ante el rey para asegurar que se respetó la ley, y preservar la paz del "rey", y eran conocidos como "guardianes de la paz".

Una ley de 1327 se había referido a "los hombres de bien y legal" para ser designado en cada condado de la tierra para "proteger la paz"; estas personas fueron mencionados como conservadores de la paz o guardianes de la paz. El título de "justicia de la paz" se deriva de 1361, en el reinado del rey Edward III Plantagenet. La "paz" para tener vigilancia es la paz el "rey" o (en la actualidad) reina la paz, el mantenimiento de la que es el deber de la Corona en virtud de la prerrogativa real. Los jueces de paz siguen utilizando el poder conferido o re-les confiere en 1361 para obligar a las personas más difícil "a ser de buena conducta". El obligar a más no es un castigo, sino una medida preventiva, destinadas a garantizar que la gente pensaba que puedan ofender a no hacerlo. Título alternativo de los jueces de "magistrado" data del siglo XVI, aunque la palabra estaba en uso siglos antes de describir algunos funcionarios

conoce de asuntos de menor cuantía en lo civil, y los cuáles no son de mayor agravió en el ámbito penal summary o pretty offences (ofensas o delitos menores). No requería ser una persona que haya sido preparada en Derecho, sino solamente ser un buen ciudadano, pero; sin embargo, se procuraba designar a personas que tenían el rango de solicitors (abogados) ya que éstos tenían mayor tecnificación en la administración de justicia.

- La Magistrates' Court (Corte de la Magistratura o de los Magistrados), ésta constituye un extracto mayor al Justice of the Peace (Jueces de Paz) aunque era integrada con ellos mismos, ésta conoce de asuntos de mayor trascendencia tanto en el orden civil como en el penal, aquí se llevaban verdaderos juicios los cuáles eran tramitados por el solicitors (abogados) y los fallos eran mas y mayores si se basaban en dos reglas, la del precedent (precedente) o de la equity (equidad), también eran conocidos como Courts of Summary Jurisdiction (Tribunales de Jurisdicción Sumaria)²³, por ser tribunales de primera instancia o como tribunales de instrucción. Estas cortes constituyen la piedra angular del sistema penal anglosajón pero también tienen competencias en la jurisdicción penal, aquí se dividían los casos ya que dependiendo si una contravención era leve se la trataba en el summary offence (delitos leves) o pretty offence (delitos graves), en donde el tribunal dictaba el fallo, pero los asuntos que eran más graves (indictable offence), los magistrados actuaban como jueces de instrucción iniciando un procedimiento committal proceedings (apertura de juicio)²⁴.

judiciales de la época romana. Office of Public Service Information. 2007. <http://www.England-legislation.hms.gov.uk/acts/acts2007/en/07en15-d.htm>. Retrieved 2008-03-05. "paras.281-316"

²³ El tribunal fue establecido bajo la Ley de los jueces (NT) en 1974 y sustituyeron a los Tribunales de Petty Sessions comúnmente establecidas en Australia desde la colonización británica en 1788 para hacer frente a la delincuencia menos grave. Los tribunales siguieron la tradición de Inglés de los jueces de paz de estar dentro y fuera de las sesiones en Inglaterra. the Encyclopædia Britannica, Eleventh Edition,

²⁴ En la ley, un procedimiento de internamiento es el proceso por el que el demandado está acusado de un delito grave en los sistemas de justicia penal de todas las jurisdicciones de

- La Country Court (Corte del Condado) este es un Tribunal local, que resuelve la mayoría de casos relacionados con contratos (contracts), ilícitos civiles (torts), fideicomisos (trust), hipotecas (mortgages), demandas por incumplimientos de contratos (breack of contracts), demandas por daños y perjuicios (damages), quiebras (bank ruptcies), testamentarias (probates), demandas matrimoniales, adopciones y tutelas. Las County Courts (Cortes de Condado) son circuit judges (jueces del circuito) quiere decir que son jueces de carrera pero además se disponía de juez parcial llamado recorder (abogados)²⁵ que colaboraba con los jueces y actuaba en casos de menor importancia.

LA ABOGACIA DENTRO DEL COMMON LAW

En Inglaterra existen cuatro centros de enseñanza que se conocen con el nombre de Inns (Posadas), que son: Gray's Inn, Liconln's Inn, Inner Temple y Middle Temple, a los que tienen que permanecer afiliados los jueces, los barristers, para ejercer la profesión.

Dentro de la Familia del Common Law operan dos clases de Abogados: Barristers (clase de abogados) y Solicitors (clase de abogados).

derecho común fuera de los Estados Unidos. El procedimiento de internamiento, a veces conocido como una audiencia preliminar, reemplaza al anterior proceso del gran jurado.

En la mayoría de jurisdicciones de los delitos se dividen en tres grupos:

No son menos graves (resumen) los delitos que generalmente se resuelven sin un jurado por un magistrado. Estos son más o menos equivalente a la antigua categoría de delitos menores (la terminología que ha quedado obsoleta en la mayoría de las jurisdicciones no estadounidenses). David Rosen, "Sex Offenders, Civil Confinement and the Resurrection of Evil: The New Disappeared," May 10, 2007,

²⁵ En los tribunales de Inglaterra y Gales, un Recorder es un abogado o un abogado de al menos 10 años de pie que es nombrado por la Reina a propuesta del Lord Canciller de celebrar a tiempo parcial de funciones jurisdiccionales. Un grabador de que actúe como tal tiene todas las facultades de un juez de circuito y puede sentarse en el Tribunal de la Corona o en la Corte del Condado. Si es nombrado para hacerlo en la sección 9 (1) de la Ley del Tribunal Supremo de 1981, un registrador podrá actuar en tiempo parcial Magistrado del Tribunal Superior.

El grabador de Londres es un magistrado de circuito sentado en el Tribunal Central de lo Penal (Old Bailey). La oficina tiene una antigua asociación con la ciudad de Londres.

El juez de circuito principal de un área metropolitana, por ejemplo, Manchester, Liverpool o Cardiff, puede tener el título honorífico Recorder. La práctica para el nombramiento del Registrador de Honor es que ahora se encuentran en las directrices del Tribunal Supremo Señor para el Nombramiento de Registradores de Honor. M.G. Easton (1897). Easton's Bible Dictionary. Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library.

Los Barristers (abogados)²⁶ que actúan ante los Tribunales , éstos constituyen el estamento superior de la Judicatura son parte de: la High Court of Justice (Alta Corte de Justicia), la Crown Court (Corte de la Corona), la Court of Appeal (Corte de Apelaciones) y la House of Lords (Casa de los Lores), de esta forma ellos podían ser representantes de particulares o de la corona. Estos son los únicos que pueden patrocinar a un cliente dentro de un caso, tienen que pertenecer a The Bar (La Barra)²⁷, esto les daba el privilegio de pasar a la (bar of the Court)la cual era la única línea que sobrepasa los jueces del público.

Los Solicitors son Abogados Procuradores también conocidos como asesores jurídicos estaban en la capacidad de ejercer la abogacía pero en los tribunales de menor rango en los Magistrates' Courts (Cortes de los Magistrados) y las

²⁶ Un abogado se encuentra en muchas jurisdicciones de derecho común que emplean una profesión dividida (en oposición a una profesión fundida) en relación con la representación legal. En las profesiones partes, los otros tipos de abogados son principalmente abogados. Los abogados tienen contacto más directo con los clientes, mientras que los abogados a menudo sólo se involucran en un caso una vez que la defensa ante un tribunal es necesario por el cliente. Los abogados también son contratados por los abogados para proporcionar asesoramiento especializado en cuestiones de derecho. Los abogados rara vez se encargó a los clientes directamente (aunque esto ocurre con frecuencia en materia de impuestos). En cambio, los abogados del cliente dará instrucciones a un abogado en nombre del cliente en el momento adecuado.

La diferencia histórica entre las dos profesiones-y la única diferencia esencial en Inglaterra y País de Gales hoy-es que un abogado es un abogado, lo que significa que pueden actuar en el lugar de su cliente a efectos legales (como en la firma de contratos), y puede en litigios por presentar solicitudes a la corte, escribir cartas en los litigios al oponente del cliente y así sucesivamente. Un abogado no es un abogado y suele ser prohibido, por ley o las normas profesionales, o ambos, de "realizar" un litigio. Esto significa que mientras que el abogado habla en nombre del cliente en el tribunal, el abogado lo hace cuando las instrucciones de un abogado. Esta diferencia se explica en función de muchas de las diferencias prácticas entre las dos profesiones.

Muchos países, como los Estados Unidos no observan una distinción entre los abogados y procuradores. Los abogados están autorizados para llevar a cabo todos los aspectos de los litigios y comparecer ante los tribunales donde han sido admitidos en el bar. Daniel Duman, *The English & Colonial Bars in the 19th Century* (Routledge: London, 1983)

²⁷ Un Colegio de Abogados es una organización profesional de los abogados. Algunos colegios de abogados son responsables de la regulación de la profesión legal en su jurisdicción, mientras que otros son organizaciones profesionales dedicados a servir a sus miembros, en muchos casos, son ambas cosas.

En muchas jurisdicciones de la Commonwealth, el "Colegio de Abogados" está integrada por abogados que están calificadas como abogados o defensores (conocidos colectivamente como "el bar", o "miembros de la barra"), mientras que la "sociedad de la ley" comprende los abogados. Estos organismos son a veces mutuamente excluyentes. En otras jurisdicciones, la "barra" puede referirse a toda la comunidad de personas que trabajan en la práctica de la ley. William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 4th ed. (St. Paul: Thomson West, 2006).

County Courts (Cortes de Condado). Son los encargados de preparar los expedientes de la cause , ellos eran los Abogados de segunda categoría ya que trabajan para un Barristers, estos también ocupaban cargos de Orden Judicial como Justice of the Peace (Juez de Paz), como secretarios de las Magistrates´Courts (Corte de los Magistrados) y a veces como recorders dentro de las County Court.

Ellos debían estar adscritos en la The Council, se diferenciaban de los Barristers ya que éstos eran admitted to practice (admitidos a la practica), mientras que los otros son called to the Bar (llamados al Bar).

Tanto los Barristers como los Solicitors tenían que escoger su preparación en la precedent (precedente) o la de equity (equidad).

Dentro de los sistemas jurídicos de la Familia del Common law se conserva vivo el espita liberal que otorga la preponderancia a los derechos individuales de la persona.

Esta se aplica lo que corresponde al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, incluye a los territorios de Inglaterra, Gales y Escocia incluyen también la Isla de Gran Bretaña y la Isla de Irlanda.

INFLUENCIA DEL COMMON LAW EN EL MUNDO

América:

Canadá, cuenta con un régimen jurídico que se enmarca plenamente en el Derecho de la Common Law.

Estados Unidos de América el Derecho y sobretodo el Federal está ligado a esta familia aunque tiene características propias que la hacen parecer de un sistema aparte.

En Centro América en la parte del Caribe existen estados independientes que no solamente por ser parte del Commonwealth, absorbieron lo relacionado con el Common Law.

En América del Sur solamente la parte de la Guyana es también parte del Commonwealth.²⁸

Asia:

De los territorios que fueron entregados a Inglaterra: Sri Lanka (Ceilán), Bangla Desh, Singapur, Malasia y Chipre han recibido parte del aporte jurídico de la Common Law y también forman parte del Commonwealth.

Fundamentalmente se puede decir que la India es una de los países a partir de la colonización de los ingleses el Derecho como otras repercusiones se hubiesen dado en ese Estado. Ellos crearon su propia Familia jurídica, la Hindú que se encuentra en vías de extinción por la superposición del Derecho del Common Law.

²⁸ En los últimos cuarenta años el estudio comparativo entre estas dos tradiciones se ha intensificado. ¿Por qué? Porque ciertas ramas del derecho que nacieron en el common law han sido, por la fuerza de los hechos, importadas por la tradición romana germánica. Por ejemplo, todo lo concerniente al derecho de mercado de valores, al derecho de competencia o al derecho regulatorio tuvo origen en el contexto del common law. Los países europeos y latinoamericanos, con el transcurso de los años, han tenido que incorporar estas nuevas disciplinas y al hacerlo no han podido librarse de algunas aproximaciones propias de ésta tradición. Es el típico caso del upper-class, donde vemos que a pesar de que existe un modelo americano y un modelo europeo es casi imposible hacer upper-class en el mundo sin tomar los criterios que nacen en el modelo americano. Lo mismo ocurre en el control de fusiones, donde se necesitan los estudios y criterios económicos que ofrece el common law. Y así podemos mencionar también lo relacionado con las securities, las ofertas públicas de adquisición, las defensas, y muchos otros ejemplos.

Probablemente no tomemos todo lo que existe en el common law, pero los elementos esenciales deben y están siendo incorporados. Es por ello que el derecho americano ha influido mucho en las últimas décadas. Y a esto debe sumarse que el derecho norteamericano ha creado nuevas disciplinas que todos los demás países han tenido que adoptar, pues Estados Unidos es un país muy poderoso y sus industrias y sus empresas cuando invierten en otros países exigen ciertas medidas de protección. El poder económico de Estados Unidos hace que los otros países tengan que adaptarse a estas nuevas regulaciones y también que lo hagan instituciones como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Muchas veces, se ha condicionado ayuda financiera a la realización de reformas legales en muchos países y cuando se han producido estas reformas se han tomado estas nuevas disciplinas, hecho que a mí en particular me parece perfectamente admisible y plausible. El Common Law y el Derecho germánico: aportes e influencias. Entrevista al Dr. Freddy Escobar Rozas.

Pakistán contó con la presencia de los ingleses de la misma forma pero sin embargo tuvieron mucho que ver sus ancestros raciales y religiosos, por lo que se rompieron relaciones y abandonaron la adscripción al Commonwealth.

África:

Inglaterra causó grandes problemas a este Estado ya que no era lo suficientemente fuerte como para aguantar el embate de lo que se traían los conquistadores por esa razón tuvieron que sufrir cambios en el idioma y en el Derecho, en la actualidad algunos países siguen siendo parte del Commonwealth como son: Zambia, Sierra Leona, Tanzania, Ghana, Nigeria, Uganda, Bostwana, Lesotho, Kenia.

Oceanía:

Las conquistas inglesas llegaron a Australia y Nueva Zelanda por lo que el imperio británico guarda profunda relaciones con su cultura y más aún con el Derecho, son parte de la Commonwealth.

DERECHO COMÚN (COMMON LAW) Y EQUIDAD

La equity (equidad) se aplicó a lo largo del siglo XV y XVI por la jurisdicción del canciller al fin de revisar el sistema del Common Law que en ese tiempo había resultado ineficiente y defectuoso²⁹.

²⁹ A partir de su surgimiento en el siglo XV, el *equity* complementó, y en algunas ocasiones sustituyó al *common law*, especialmente en aquellos casos que demandaban agilidad procedimental y compensaciones o reparaciones distintas a las pecuniarias, como pudiera ser el cumplimiento efectivo de una obligación reclamada. Su objeto original era, entonces, ofrecer soluciones equitativas que el *common law* no pudiera; como respuesta; este último subsistema estableció el principio de que el *equity* no podía ofrecer soluciones cuando el *common law* contemplara un remedio legal adecuado y complemento. Naturalmente, la rivalidad y técnicas originaron conflictos dentro del sistema jurídico en su totalidad, al igual que entre los tribunales competentes para cada uno de los subsistemas de jurisprudencia. El Common Law lecturas de Scrib.

El Common Law ha sido descrito como la ley de la gente común de Inglaterra, este derecho surgió de las disputas políticas, con el surgimiento del common law se da la imposición de un sistema unitario bajo el control del poder centralizado.

La realidad del proceso fue que los jueces estaban confirmando la autoridad del estado central y las instituciones legales. Por lo que el common law era común para todos.

Al finalizar el siglo XIII la autoridad central había establecido su procedencia a través del common law. Los Tribunales solamente eran el apéndice del Consejo del Rey pero las cortes del Common Law comenzaron a tomar una existencia institucional, individual e independiente en la forma en lo que lo hacía el Exchequer (Hacienda), Common Pleas (Causas comunes)³⁰ y King's Bench (Banco del Rey).

La negativa de los tribunales del common law condujeron a la injusticia, a la necesidad de remediar debilidades percibidas en el sistema del common law, y fue el desarrollo de la equity.

Los demandantes en ciertos casos incapaces de tener acceso a cortes del common law podían apelar delante del soberano y éstos eran pasados para consideración al Lord Canciller, que era el secretario y el capellán del rey, él era quién decidía los casos con base en normas morales y jurídicas por ésta razón recibe el nombre de equity.

³⁰ El Tribunal de causas comunes, también conocido como el banco común o lugar, fue un tribunal de derecho común en el sistema jurídico Inglés. Creada para aliviar la presión sobre lo que más tarde se convirtió en el Tribunal de King's Bench, el Tribunal de Alegatos quedó como el tercero más alto tribunal de derecho común para más de 600 años hasta su abolición en 1875. Durante siglos, el tribunal se desempeñó como un lugar de innovación, con el juez de influencia de los casos jurídicos y el propio tribunal la introducción de cambios en los procedimientos que más tarde se impuso en otros tribunales. El comienzo del siglo 16, sin embargo, hubo una sequía innovadora que dio lugar a que el tribunal rápidamente superado por los demás tribunales de derecho común, y por el momento en que el tribunal se suprimió gran parte del poder de la corte, la influencia y competencia exclusiva se había desnudado y reasignados a los demás tribunales de derecho común. Baker, J.H (2003). The Oxford History of the Laws of England Volume IV. Oxford University Press.

Por los tribunales del common law se volvían más apegadas las formalidades y por ésta razón resultaron más difíciles las demandas al Canciller que iban en aumento y surgió por la misma razón el Tribunal de la Cancillería que estaba para resolver con equidad y justicia decisiones de los casos de las cortes del common law.

Se dividió el common law de la equity hasta que fueron combinadas por las leyes de la judicatura, en donde se estableció que el common law y la equity debían ser administradas por las mismas jurisdicciones.

Para resolver todos los asuntos concernientes del common law o de la equity, esto continuaba ya que, en la Alta Corte creada por la Ley de la Judicatura que establecía que ciertos jueces que estaban agrupados en la Corte de la Reina juzguen en un proceso contradictorio del common law.

En 1873-1875 el common law y la equity fueron combinadas por las leyes de la judicatura, en las que se estableció que el common law y la equity serían administradas por las mismas jurisdicciones³¹.

Las materias conocidas por el common law son el derecho penal, los contratos, responsabilidad civil (tort), así el equity se encarga de propiedad real (trust), sociedades comerciales, quiebras, interpretación de los testamentos y liquidación de sucesiones.

Entre las dos las mayores distinciones son que la equity tiende a convertirse, en el conjunto de materias que se cree conveniente hacer juzgar según un

³¹Con la unificación en 1873 de las dos vertientes jurisprudenciales, en una sola jerarquía judicial. Sin embargo, si bien el conflicto institucional fue resuelto, en cambio la división que lo originó permanece vigente en nuestro días, lo cual fomenta diversidad y riqueza del ámbito jurídico adjetivo, pues determina si un concursante tiene o no derecho a ejercitar una acción (derecho al ejercicio), tratándose del *common law* o si discrecionalmente el juzgador le permite ejercitar una acción (posibilidad del ejercicio), tratándose del *equity*. Es factible, incluso, la obtención simultánea de compensaciones provenientes de los dos subsistemas a través del ejercicio de una sola acción y, obviamente, ante el mismo tribunal.

procedimiento escrito, mientras que el common law es el conjunto de materias que serán juzgadas de acuerdo a un procedimiento oral³².

EL PRECEDENT (PRECEDENTE)

Los precedentes fueron utilizados para resolver casos concretos y cuando éste no existía simplemente se acudía a la costumbre. La función que tenían los jueces era de averiguar cual era la costumbre y declararla, una vez hecha la declaración quedaba establecido un precedente que sentaba la jurisprudencia obligatoria al seguir un caso similar, de esta manera es como evolucionó el precedente jurisprudencial³³.

Los precedentes son decisiones de los casos análogos que contienen un derecho vigente, el cual, no se encuentra codificado, lo que le atribuye fuerza jurídica a los precedentes jurisprudenciales es lo que se le denominada doctrina del stare decisis³⁴.

Una de las situaciones más frecuentes cuando el juez se pregunta si ya han existido casos análogos y que ya exista un ordenado núcleo de sentencias que

³² David, René, op.cit., p.270

³³ El concepto de precedente y su significado en el common law ha sido estudiado últimamente, que analiza sus implicaciones en el sistema jurídico inglés y en el norteamericano. Pese a la larga tradición del common law, no será hasta el siglo XIX cuando se consolide la doctrina del precedente: «En aquella época había pocas leyes escritas. Los abogados recordaban a los jueces lo que había pasado en casos anteriores de carácter semejante. Poco a poco, se va a convertir en regla el que una vez

que los jueces decidiesen una causa, en todas las causas futuras similares se impusiera un fallo igual. Así nació la doctrina del stare de crisis y el carácter especial del common law. Esta doctrina del precedente judicial era, en su comienzo, nada más que una práctica conveniente para los jueces y la abogacía». PRECEDENTE, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA LEGAL EN DERECHO PUBLICO: RECONSIDERACIÓN DE LAS SENTENCIAS COMO FUENTE DEL DERECHO Por RICARDO Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca.

³⁴ Stare decisis es la política de la corte a pie por los precedentes, el término no es sino una abreviatura de stare decisis et quia non movere - "estar de pie y adherirse a las decisiones y no molestar a lo que se resuelva". Considere la palabra "decisis". La palabra significa, literalmente, y legalmente, la decisión. Tampoco es la doctrina de stare dictis, no es la de "stand by o mantener lo que se dijo." Tampoco es la doctrina de stare decidendi rationibus - "para mantener a la rationes decidendi de los casos del pasado". Más bien, en virtud de la doctrina de stare decisis un caso es importante sólo por lo que decide - para el "qué", no por el "por qué", y no por el "cómo". En la medida en que se refiere a los precedentes, stare decisis sólo es importante para la decisión, porque la consecuencia jurídica detallada que sigue un conjunto detallado de los hechos. Martin, Jacqueline (2005). The English Legal System (4th ed.), p. 25. London: Hodder Arnold.

determinen la decisión que se debe tomar entonces es ahí que el Juez dicta entonces una sentencia que forma parte del common law con un precedente declarativo (declaratory precedent) que continua con la tradición jurisprudencial.

El precedente consta de dos partes:

- La ratio decidendi es la declaración aplicada en la resolución legal, es la parte en donde surge el derecho.
- Obiter dictum es la parte total de la decisión que tiene que tomar el juez aquí es donde surge el derecho y se remiten a la ratio decidendi, como estos jueces decidirán si el precedente se adapta o no al caso en concreto discutido.

Hay una excepción a la regla de la stare decisis que es cuando el tribunal superior no se atiene a un precedente formulado, de esta forma el precedente será anulado (overruled) y sustituido por uno nuevo que se adecuó a la situación.

En otro caso un tribunal inferior se puede desvincular de un precedente del tribunal superior solamente cuando se establece las diferencias (distinction) entre el caso que está en examen y el caso objeto del precedente.

El Common Law siempre ha contado con un buen medio para el conocimiento de los precedentes y las decisiones judiciales que se tomaban, desde 1280 aparecieron los anuarios (year books), era la colección de los fallos judiciales que correspondían a un año, luego aparecieron los reportes (law reporting) que son los reportes oficiales que eran completadas con recopilaciones privadas.

Así de esta forma es como el Common Law, sus instituciones y partes que lo completan han ido evolucionando por todo el mundo y es de la forma en que se

ha hecho conocer, y hasta el día de hoy utilizar en ciertos países donde esta familia o derecho aún sigue vigente.

1.1.1 ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR

Con la victoria de Rafael Correa en el escenario político del Ecuador se dio una activación a una Reforma Política; a través, de una Asamblea Constituyente como único instrumento para la modificación del Sistema Político, y marco jurídico institucional vigente en el Ecuador.

La Reforma Política se convirtió en la principal promesa de campaña, pero de la misma forma su estrategia, ya que el invitaba a “Recuperar la Patria”, así la Reforma Política fue tomando una gran connotación como sinónimo de cambio para el pueblo ecuatoriano.

La Reforma Política de este modo tenía el reto de romper con el “recurrente simulacro de reforma política,”³⁵ que había mantenido el país hasta ese momento.

La propuesta hecha por Alianza País parecía cumplir con el reto de hacer la tan ansiada Reforma Política poniendo como objetivo principal hacer un cambio radical al Estado y a la situación política que se vivía en el Ecuador y de esta misma manera desarrollando una estrategia de fuerza para modificar y subvertir el orden simbólico en el Ecuador.

Su proyecto político constaba de tres principios generales:

1. Revolución Ciudadana: se pretendía vincular a la ciudadanía en un proceso de largo alcance, donde todos y todas debían construir la Patria Nueva y cristalizar una Revolución Democrática³⁶.
2. Cambio Radical: implicaba una transformación de las estructuras del poder, como la forma de organizar el Estado, la inserción internacional,

³⁵ Título de la revista Iconos (FLACSO) que le da Pavel Muñoz.

³⁶ Plan de Gobierno Alianza País (2007-2011)

la distribución del ingreso nacional de riqueza y la manera de ampliar las políticas públicas.

3. Reforma Política del Estado: Codificada con el nombre de Revolución Constitucional y democrática, dentro de esto se busca la realización de una Asamblea Nacional Constituyente legitimada y apoyada por la ciudadanía para que se realicen transformaciones en el Estado y en su marco jurídico.

Estos principios son basados en el Plan de reforma política de Alianza País, transcritos a continuación³⁷:

- Independencia y Corresponsabilidad entre funciones del Estado: Por una Función Judicial autónoma, independiente y no manejada por los partidos políticos, menos aún por los grupos de poder económico. Por una Función Legislativa que recupere la capacidad de legislar, fiscalizar y representar los intereses populares distanciados del alcance de los grupos de poder y de la Partidocracia vinculada al poder oligárquico. Por la creación de una instancia de justicia electoral y no de representación directa de los partidos como jueces y parte.
- Reestructuración y fortalecimiento de los organismos de control: Reestructuración de las Superintendencias, contraloría, procuraduría. Establecimiento de nuevas instancias de control en el campo ambiental, por ejemplo.
- Reestructuración y fortalecimiento de las entidades del Estado: reestructuración y fortalecimiento de las entidades financieras, ministerios y empresas públicas, conforme a las exigencias de una sociedad moderna que requiere eficiencia pero también efectividad y sobre todo cumplir con su papel de defender el bien público en el corto y largo plazo e impulsar el desarrollo de la sociedad.
- Revocatoria del mandato: Toda función pública implica responsabilidad y rendición de cuentas. Proponemos fortalecer mecanismos que

³⁷ Plan de Gobierno del movimiento Alianza País 2007- 2011

posibiliten el control ciudadano de sus representantes, a través de la revocatoria del mandato de todas las autoridades elegidas, incluyendo al Presidente y Vicepresidente de la República, que debe ser eficaz y no un mero enunciado como ahora.

- Participación de la ciudadanía. Proponemos estimular y crear mecanismos de participación de la ciudadanía, como presupuestos participativos, fiscalización social de la obra pública, veedurías ciudadanas.
- Planificación democrática. Establecimiento de un sistema local, nacional y regional de planificación participativa, suficientemente coordinado y articulado bajo el proyecto “país que soñamos”.
- Transformación del sistema electoral. Las campañas electorales deben garantizar el acceso equitativo de la sociedad a los espacios de comunicación, estableciendo no sólo un techo al gasto electoral, sino asegurando un piso mínimo a todos los candidatos y las candidatas, entre otras muchas reformas que deberán dar paso a un proceso de despartidización y descorporativización de las instancias de ejecución y acción electorales. El acceso equitativo deberá estar respaldado por un comportamiento ético y moral de los candidatos y funcionarios públicos, por lo cual se pondrá como requisito a quienes se candidaticen u ostenten una función pública el no estar enjuiciado o no haber sido sancionado por violencia de género, discriminación o por adeudar alimentos.

Con la posesión Presidencial el 15 de enero del 2007, se publicó el decreto 002 anunciando la convocatoria a una consulta popular para que se lleve a cabo la Asamblea Nacional Constituyente.

La estrategia política de Correa apostó al vínculo construido entre el líder y el pueblo, este sabía que no contaba con una mayoría legislativa y no había otra alternativa que buscar el apoyo con los ciudadanos.

El ataque a la "partidocracia"³⁸ no desapareció y entre agradecimientos se buscaba un apoyo a la Constituyente, poniendo siempre énfasis en el proceso de cambio radical; así entre los enunciados realizados por el Presidente marcan sus acciones estratégicas: En primer lugar " El fin de la larga noche neoliberal ha llegado" simplemente queriendo desprestigiar los anteriores regímenes y refiriéndose solamente a los gobiernos corruptos. Y el segundo "

La Patria ya es de todos" refiriéndose a la relación entre los que mandan y obedecen, sustenta una identificación mutua.

Tan pronto se instaló el Congreso, se dio una división de organizaciones políticas en dos bandos: 1 aquellos que se encontraban a favor de la asamblea; y 2 aquellos que, teniendo un número significativo, dieron la iniciativa para configurar una mayoría anticonstituyente. Los Partidos y movimientos políticos ubicados en el bloque de las minorías prefirieron protagonizar un papel de espectadores.

Los anticonstituyentes hicieron uso de los vicios y problemas propios del sistema Político ecuatoriano (la pugna de poderes, el chantaje político, los pactos ocultos, etc.), y decidieron tomar la iniciativa del bloqueo y el enfrentamiento con el Ejecutivo incluso trataron de ganar votos para romper con el candado constitucional³⁹ y para ellos hacer las reformas Constitucionales que el pueblo demandaba.

³⁸ La partidocracia o partidocracia se trata de un neologismo empleado para definir la burocracia de los partidos políticos. Según el filósofo Gustavo Bueno "la partidocracia constituye una deformación sistemática de la democracia. Cada partido tiene sistemáticamente que atacar al otro". Asimismo, para la teoría antiliberal, "la partidocracia es aquella forma de Estado en que las oligarquías partidistas asumen la soberanía efectiva". Su desarrollo suele venir aparejado con los sistemas parlamentarios. alero, Antonio Ma. (1982). Partidos políticos y democracia. Barcelona: Salvat Editores S.A.

³⁹ El candado constitucional es un seguro jurídico que no permite la realización de cualquier reforma legislativa a la Norma Suprema, la Constitución Política del Estado; hace referencia al tiempo que debe transcurrir entre el primer y el segundo debate para tramitar proyectos de reforma constitucional. Los diputados en cuestión pretendían reducir transitoriamente el tiempo de 90 a 30 días.

Por otro lado la mayoría opositora intentó darle una interpretación jurídica basada al discurso de la Asamblea Constituyente, ésta como estrategia por un lado propendía al bloqueo institucional y por otro buscaba reducir la discusión, el debate y demás.

A la partidocracia no solamente se la tomaba como estrategia que Correa instauró, sino también era una categoría que apareció en el imaginario colectivo desde años anteriores como respuesta al abuso del poder ejercido y las prácticas de los Partidos Políticos.

Hoy en día los partidos políticos se muestran como víctimas, pero de sus propias prácticas, políticas y de redes que se implementaron para asegurar la reproducción en el tiempo.

Lucio Gutiérrez jugó un papel muy importante y clave en las negociaciones dentro del Congreso, así se lo tomó como posible competidor para la Asamblea Constituyente. Dentro del congreso su juego político se tradujo en dos acciones: la movilidad para armar y desarmar mayorías y el acuerdo escondido para la obtención de réditos para su organización tomando así posición al interior de ciertos organismos de control del Estado.

De esta forma Sociedad Patriótica desempeñó un papel muy importante en la coyuntura, su accionar político y sus estrategias discursivas que se fueron debilitando por errores propio.

Con la Asamblea Constituyente propuesta fueron varios los actores sociales y políticos que empezaron a tomar posiciones distintas, puede decirse que algunas organizaciones sociales como: de mujeres, jóvenes, tercera edad, ambientalistas, movimientos indígenas, afroecuatorianos, etc., quienes fueron los autores de ejercer un antagonismo político frente a los opositores.

La negatividad y el rechazo por la clase política tradicional jugó un papel muy importante frente a los opositores protagónicos del cambio. El sentimiento de desprestigio y deslegitimidad hacia la representación política adquirió un poder simbólico como elemento movilizador para las distintas marchas, reuniones y demás actos públicos. Las manifestaciones fueron una caja de herramientas para el gobierno.

Las movilizaciones y conflictos durante 90 días expresaron la incapacidad de la clase política tradicional. Así se da un escenario donde es disputado la idea de re-politizar la política esto sucede cuando los mismos individuos, las organizaciones y movimientos sociales y políticos quieren encontrar otro significado a la política.

La idea de re politizar implica necesariamente el hecho de re pensar en la democracia de la que se ha participado en el Ecuador durante 20 años.

Una verdadera reforma política no es solamente querer hacer un cambio en las personas sino hacer un buen cambio en Estado y el sistema de Administración del mismo, esto también demanda un procedimiento muy complejo donde los cambios institucionales que se realicen en la Asamblea Constituyente rompan con algunas estructuras que han sido pilares de la cultura democrática y del funcionamiento del sistema político.

CAPITULO II

2.1 Aplicación y alcance del common law en otras legislaciones

El Common Law. Estados Unidos

La colonización en las costas norteamericanas del Atlántico por parte de los ingleses empezó en el siglo XVII, en el Reinado de Jacobo I en Inglaterra, en donde fueron fundadas algunas asociaciones de comerciantes y de caballeros en las cuales se promovían expediciones hacia America del Norte.

En el año 1606 se otorgaron privilegios a dos compañías específicas que tenían el nombre de: Londres⁴⁰ y Plymouth⁴¹.

En la compañía Londres el rey Jacobo obtuvo una carta en donde se le reconocían a la misma la propiedad de todas las tierras que estaban situadas cincuenta millas al norte y al sur, y hasta cien millas de la costa de cada una de las colonias fundadas entre los paralelos treinta y cuatro y cuarenta y un de

⁴⁰ La Compañía de Londres (también llamada la Carta de la Compañía Virginia de Londres) fue una sociedad anónima Inglesa creada por cédula real por Eugene y Katrin el 26 de octubre 1606, con el propósito de establecer asentamientos coloniales en América del Norte. No fue fundada como una sociedad anónima, pero se convirtió en una virtud de la Carta de 1609. Fue una de esas dos empresas, junto con la Compañía de Plymouth, que se concedió una carta idéntica, como parte de la Compañía de Virginia. La Compañía de Londres fue responsable de establecer la colonia de Jamestown, el primer asentamiento permanente de Inglés en los actuales Estados Unidos en 1607, y en el proceso de envío de suministros adicionales, sin darse cuenta se establecieron las Islas Somers colonia Inglés (hoy Bermudas), la más antigua de las colinas restantes en 1610. *History of the Virginia Company of London with Letters to and from the First Colony Never Before Printed*, by Edward D. Neill, originally published by Joel Munsell, 1869, Albany, New York, reprinted by Brookhaven Press.

⁴¹ La Compañía de Plymouth (los aventureros de Plymouth, también llamada la Compañía de Virginia de Plymouth o simplemente Virginia Compañía de la Bahía), fue una sociedad anónima fundada en 1606 por James I de Inglaterra con el propósito de establecer asentamientos en la costa de América del Norte. La Compañía de Plymouth fue una de las dos compañías, junto con la Compañía de Londres, fletado con tal fin como parte de la Compañía de Virginia. En forma era similar a la Compañía de Mercaderes Aventureros de Londres. El territorio de la empresa era la costa de América del Norte desde el paralelo 38 hasta el paralelo 45, pero ser parte de la Virginia Company y la colonia, la Compañía de Plymouth propiedad de una gran parte del Atlántico y del interior del Canadá. La porción del área de la empresa al sur del paralelo 41o superpuesto al de la Compañía de Londres, con la condición de que ninguna empresa se puede encontrar una solución dentro de 100 millas (160 km) de una solución existente de la compañía. [Baptisms and Admission from the Records of First Church in Falmouth, now Portland, Maine, with Appendix of Historical Notes, Marquis F. King, Maine Genealogical Society, Portland, Maine, 1898.](#)

latitud Norte. Aquí se estableció la colonia de Jamestown con honor a un soberano inglés.

En la compañía Plymouth se obtuvo una carta muy similar a la compañía de Londres pero esta colonizaba los territorios que estaban situados en los paralelos treinta y ocho y cuarenta y cinco de latitud norte, en donde fue fundada Nueva Inglaterra.

Los colonos que eran parte de estas dos compañías conservaron los derechos de los ciudadanos ingleses y por un tiempo conservaron de la misma manera la exención de impuestos de los artículos que provenían de Inglaterra; en este tiempo también existía un Consejo, el cual era nombrado por la corona y eran quienes se encargaban de dirigir las colonias, de dictar reglamentos según las circunstancias, estos correspondían al poder ejecutivo que consistía un gobernador real, y el Tesoro quien debía recibir la quinta parte de los metales preciosos que eran encontrados.

Las colonias inglesas no solamente fueron fundadas por las dos compañías ya antes mencionadas, sino también eran fundadas por una sola persona a quien se la denominaba propietarios, tanto las compañías como los propietarios tenían que tener autorización del rey, los derechos y las obligaciones de los mismos eran consignados por los monarcas en documentos que eran llamados cartas.

Al salir de Inglaterra los colonos ingleses llevaron consigo el derecho de Inglaterra que establecía “El Common Law de Inglaterra es aplicable en principio; los súbditos ingleses lo llevaban consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas”⁴².

El derecho Inglés fue insertado y recibido en las colonias, pero no aceptado integralmente ya que algunos de los colonizadores, había llegado a America

⁴² David, René, op. Cit., p. 310.

del Norte disgustados con algunas instituciones de Inglaterra y no querían verse sometidos al mismo sistema legal, al igual que no conocían bien el common law, de la misma manera la vida que se llevaba en las colonias era muy distinta a la vida que se llevaba en Inglaterra por lo que no cabía o no se adaptaba el mismo sistema legal a las necesidades de las colonias. Para la aplicación del derecho lo que hicieron las colonias era guiarse en la Biblia como lo hicieron Florida y Louisiana, bajo la influencia española y francesa que estaban basados en el sistema neorromano; Michigan y Wisconsin quienes también fueron regidos por su parte por el sistema romano y tenían una tendencia a la codificación.

En un principio la tierra era común para todos, luego se repartió a cada colono una superficie particular, y esto ayudó a que se afiancen más los trabajos como por ejemplo el cultivo del tabaco que fue el principal.

En el año 1621 las colonias ya poseían un gobierno propio el mismo que consistía en: Asamblea de Diputados, Consejo de Estado y Gobernador. En 1624 el rey Jacobo I, obligó a la clausura de las compañías sin darles una indemnización y quitándoles sus derechos y privilegios. En 1637 empezaron a llegar más colonos por los conflictos que vivía Inglaterra por este motivo Carlos I prohibió la emigración al nuevo mundo.

De todas las colonias que fueron colonizadas según la siguiente división es en donde se acentuaron las diferentes partes de Europa: Holanda en 1621 fundaron la Nueva Ámsterdam, los suecos Nueva Jersey y Delaware; los puritanos en Massachusetts, en 1632 Lord Baltimore con colonos católicos fundo Maryland, en 1681 Guillermo Penn fundo Pennsylvania, la principal ciudad de esta colonia fu Filadelfia. Georgia fue la última de las colonias que fue fundada e 1732 por Jacobo Oglethorpe, ya que éste consiguió que se le cedan una parte de Carolina con el objeto de que los criminales que hayan cumplido condenas en Inglaterra y encontraban dificultades para incorporarse en la vida ciudadana.

De esta manera a mediados del siglo XVIII ya existían las siguientes trece colonias: Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island, Connecticut, Nueva York, Nueva Jersey, Pensylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia.

Los colonos en el Siglo XVIII empiezan a ver el common law en una forma distinta, se lo consideraba el que formaba un vínculo entre lo que era Inglés en América, sobre todo frente a las amenazas que ya venían recibiendo de Louisiana y Canadá que eran parte de Francia; por otro lado de igual manera querían un derecho que fuese un poco más evolucionado y aquí fue donde apareció la obra *Comentarios Sobre el Derecho de Inglaterra* de William Blackstone (1723-1780)⁴³, el cual tuvo gran difusión en América y prestigio que tenía el sistema legal Inglés fue en aumento.

En el año 1754 se dieron lugar los conflictos entre los ingleses y los franceses, estos culminaron con una guerra la cuál duró desde (1754 hasta 1763), en la cual Inglaterra fue la vencedora ya que consiguió ayuda de sus aliados norteamericanos. En 1763 fue firmado el Tratado de Paris en donde Francia cedió todos sus territorios a Inglaterra.

Los años siguientes fueron duros para los británicos ya que empezaron a imponer nuevos impuestos a las colonias, como por ejemplo: el azúcar, el café, textiles; en el año 1765 el gobierno creó un derecho, el derecho del sello el cual creó cierta indignación por lo cual tuvieron que abolirlo. Al volver la tranquilidad el gobierno tenía un nuevo plan para impuestos sobre el té, y otros artículos, los cuales ocasionaron nuevas protestas y así fue como los norteamericanos en un intento de no aceptar más los impuestos creados por los británicos en

⁴³ Publicó, bajo el título de *Comentarios sobre las leyes de Inglaterra* (4 volúmenes, 1765, y años siguientes), las lecciones que había dictado en Oxford. Sus escritos tuvieron influencia decisiva en el desarrollo de la *Constitución de los Estados Unidos de América*. Su obra fue traducida al francés por *Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt*, Bruselas, 1774, y por *Nicolas-Maurice Chompré*, París, 1823. *Samuel Warrens* editó en 1855 una nueva edición en que indicaba los cambios acaecidos desde 1765 en la Constitución británica. <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-000.htm>, 6 de enero del 2010.

1773 se tomaron un barco y arrojaron al mar la mercancía que ese contenía, de esta forma el Parlamento Inglés dictó unas nuevas normas que indignaron al pueblo norteamericano.

En 1774 los líderes de las colonias se reunieron en un primer congreso para obstaculizar el comercio británico, un año después se estableció un segundo congreso asumiendo la función de gobierno nacional, y aquí fue en donde se proclamó la guerra a Inglaterra en 1775.

Se declara suscrita la Declaración de Independencia el 4 de julio de 1776 por los representantes de las trece colonias.

Francia reconoció la independencia y firmó un tratado de comercio, amistad y alianza en 1778, al poco tiempo España y Holanda se adhirieron al mismo. Francia aportó gran ayuda financiera y naval para los Estados Unidos. Del mismo modo en 1781 Inglaterra se rindió y ambos firmaron “La Paz de Versalles”⁴⁴, donde Inglaterra reconocía la Independencia de los Estados Unidos.

En 1776 después de la proclamación de independencia institucionalizaron los vínculos entre las trece colonias, presentándose ante el Congreso un Estatuto de Confederación competente se discutió y fue aprobado, quedando así como su artículo primero el nombre de la nación: The United State of America.

⁴⁴ El **Tratado de París** o **Tratado de Versalles** se firmó el **3 de septiembre** de **1783** entre **Gran Bretaña** y **Estados Unidos** y puso fin a la **Guerra de Independencia de los Estados Unidos**. El cansancio de los participantes y la evidencia de que la distribución de fuerzas, con el predominio inglés en el mar, hacía imposible un desenlace militar, que condujo al cese de las hostilidades. El tratado fue firmado por David Hartley (un miembro del **Parlamento del Reino Unido** que representaba al rey **Jorge III**), **John Adams**, **Benjamin Franklin** y **John Jay** (representando a los Estados Unidos). El tratado fue ratificado por el **Congreso de la Confederación** el 14 de enero de **1784**, y por los Británicos el 9 de abril de 1784. <http://www.state.gov/r/pa/ei/biog/115321.htm>, 6 de enero del 2009.

El Congreso de los Estados Unidos después de una reunión para revisar el sistema el 21 de febrero de 1787 en Filadelfia promulgó una nueva Constitución, la cual fue aceptada por los estados y adoptada en 1789.

Los Estados Unidos decidió alejarse del common law, ya que ellos quería un derecho nacional, para ser codificado. Hasta el siglo XIX, seguía una pugna por los que defendían el common law y los que querían la codificación. Finalmente los Estados Unidos se alienaron en el sistema del common law, para lo cual se impusieron ciertos aspectos como fueron los precedentes pero con ciertas adaptaciones a la realidad del país.

La estructura del derecho en Estados Unidos gracias a las influencias de Inglaterra y de su derecho en los siglos XVIII y XIX, el derecho americano pertenece a la familia del common law, ya que en algunos métodos y conceptos del derecho Americano es muy similar al derecho Inglés, aunque, sin embargo, existen unas diferencias como por ejemplo el derecho Americano hace notar un derecho destal que plantea las atribuciones y el problema de las autoridades federales, esto no es distinguido en Inglaterra.

Los Estados Unidos están organizados por un gobierno federal, este admite la coexistencia de una autoridad central y las autoridades de los estados, de la misma manera reconoce la Constitución, los tratados internacionales y las leyes federales.

Las competencias entre el gobierno federal y los estados miembros es de la siguiente manera:

I. Poderes otorgados o reconocidos.

- a. Otorgados sólo al gobierno nacional: dirección en los asuntos exteriores, reglamentación de comercio internacional e interestatal.
- b. Reconocidos sólo a los estados: organización de las elecciones, estatutos de gobiernos locales, etc.

- c. Concurrentes por el gobierno federal y los estados: imposición de tributos, negociación de empréstitos.

II. Poderes prohibidos parcial o totalmente.

- a. Prohibidos sólo a l gobierno nacional: percibir impuestos directos de otra forma que no sea proporcionalmente a la población, etc.
- b. Prohibidos sólo a los Estados: firmar tratados, acuñar monedas.
- c. Prohibidos tanto para le gobierno nacional como para los estados: restringir el derecho de voto a los ciudadanos de los Estados Unidos por motivos de sexo o color, conceder títulos nobiliarios.⁴⁵

Por lo tanto el sistema federal hace una repartición de competencias en el sistema central y el gobierno de los estados.

En la legislación americana y en su Derecho se puede conocer que en gran medida se deriva del Common Law o también llamado Derecho Anglosajón aquel vigente en el Derecho de Inglaterra, el cuál se regía en la época de la Guerra de la Independencia⁴⁶. Actualmente la ley suprema es la Constitución de los Estados Unidos de América, bajo la supremacía constitucional.

⁴⁵ Jiménez de Parga, El Régimen Político de los Estados Unidos, Tecnos, Madrid, 1973, p. 426.

⁴⁶ La Guerra de Independencia de los Estados Unidos fue un conflicto que enfrentó a las [trece colonias](#) británicas originales en [América del Norte](#) contra el [Reino de Gran Bretaña](#). Ocurrió entre [1775](#) y [1783](#), finalizando con la derrota británica en la [batalla de Yorktown](#) y la firma del [Tratado de París](#). Durante la guerra, [Francia](#) ayudó a los revolucionarios estadounidenses con tropas terrestres comandadas por [Rochambeau](#) y por el [Marqués de La Fayette](#) y por flotas bajo el comando de marinos como [Grasse](#) de Estaing.. [España](#), por su parte, lo hizo inicialmente gracias a [Bernardo de Gálvez](#) y de forma abierta a partir de la [batalla de Saratoga](#), mediante [armas](#), [suministros](#) y abriendo un frente en el flanco sur. Las colonias británicas que se independizaron de Gran Bretaña edificaron el primer sistema político liberal y democrático, alumbrando una nueva nación, los [Estados Unidos de América](#), incorporando las nuevas ideas revolucionarias que propugnaban la igualdad y la libertad. Esta sociedad colonial se formó a partir de oleadas de colonos inmigrados, y no existían en ella los rasgos característicos del rígido sistema estamental europeo. En las colonias del sur ([Virginia](#), [Carolina del Norte](#), [Carolina del Sur](#) y [Georgia](#)) se había organizado un sistema esclavista (con unos 500.000 esclavos negros) que explotaban plantaciones de tabaco, algodón y azúcar. De este modo, la población estaba compuesta por grandes y pequeños propietarios y esclavos. Los antecedentes a la Guerra de la Independencia de los Estados Unidos se remontan a la confrontación franco-británica en Norteamérica y a las consecuencias de la [Guerra de los Siete Años](#). [North America](#)" "Central America" [The Columbia Encyclopedia](#), 6ª ed. 2001-6. Nueva: Columbia University Press.

En la legislación americana el Derecho es estudiado por cuatro fuentes: La Constitución, las leyes, los reglamentos, y el Common Law (en el cual se incluye la jurisprudencia o case law).

La mayoría de los países de la Mancomunidad Británica de Naciones y los Estados Unidos son aquellos que llevan como herencia la tradición del Common Law, la cuál es procedente del Derecho Inglés, también se puede decir que hay dejado como legado para las cortes estadounidenses el principio de stare decisis⁴⁷.

La forma en la que el Common Law o Derecho Anglosajón se introdujo en el Derecho de los Estados Unidos de la siguiente manera: la primera vía fue que todos los estados de los Estados Unidos a excepción de Luisiana, promulgaron la ley de reconocían al Derecho Inglés, en las que se decía que el Common Law en especial el que provenía de la jurisprudencia, sería la ley del estado siempre que ésta no fuese contraria de las leyes locales o las condiciones indígenas, se puede también encontrar que para que dichas leyes se establezcan y tengan una fecha de entrada en vigor de estas mismas en la zona (tomaban las fechas de fundación de la colonia).

La segunda vía por la que el Derecho inglés ingresó fue que algunas de las leyes británicas que estaban en vigor durante la época de la revolución fueron promulgadas en casi todos los estados al mismo tiempo, como un ejemplo tenemos la Statute of Frauds (Ley de Fraudes), ya que en la actualidad se citan en algunos casos la interpretación de las leyes posteriores que se había desarrollado después de las ya mencionadas.

⁴⁷ Esta doctrina es propia del [derecho anglosajón](#), y no tiene tanta fuerza en sistemas de [derecho continental](#), en donde la jurisprudencia tiene una obligatoriedad mucho más reducida y la capacidad del [juez](#) de interpretar la [ley](#) según su criterio es mucho más amplia. La mayoría de los sistemas, sin embargo, reconocen que la jurisprudencia reiterada debe de alguna forma vincular a los jueces pues, si bien son independientes, es necesario evitar que sus sentencias sean totalmente imprevisibles o que dicten sentencias contradictorias de forma caótica.

A pesar de la recepción del Derecho de los Estados Unidos se tiene que tener en cuenta la divergencia que ha tenido el mismo de parte del Common Law británico. A pesar que los tribunales de la Commonwealth⁴⁸ se ven influenciados por otros tribunales, los tribunales de los Estados Unidos siguen las decisiones que son tomadas por la Commonwealth en otros lugares a menos de que exista una decisión relevante por parte de los Estados Unidos, y de la misma forma siempre que los hechos y la ley aplicable sean idénticos y los argumentos persuasivos.

Así también se conoce que en algunos casos estadounidenses que se conocen después de la Revolución, se citaron casos británicos contemporáneos, pero este tipo de citaciones fueron desapareciendo ya que los tribunales de los estadounidenses publicaron sus decisiones. Tanto los jueces como los congresistas habían utilizado hasta ese momento la jurisprudencia inglesa a través de la cual se integraron algunas lagunas jurídicas⁴⁹, a medida que el

⁴⁸ La Mancomunidad de Naciones, en el pasado *Mancomunidad Británica de Naciones* (en inglés, *Commonwealth of Nations*, antiguamente *British Commonwealth of Nations*) es una organización compuesta por 54 [países](#) independientes que, con la excepción de [Mozambique](#) y [Ruanda](#), comparten lazos históricos con el [Reino Unido](#). Su principal objetivo es la cooperación internacional en el ámbito político y económico, y desde [1950](#) su membresía no implica sumisión alguna hacia la corona británica. Con el ingreso de Mozambique la organización ha favorecido el término Mancomunidad de Naciones (en inglés, *Commonwealth of Nations*) para subrayar su carácter internacionalista. Sin embargo, el adjetivo *británico* se sigue utilizando con frecuencia para diferenciarla de otras mancomunidades existentes a nivel internacional. La reina [Isabel II del Reino Unido](#) es la cabeza de la organización y, según los principios de la [Mancomunidad](#), "símbolo de la libre asociación de sus miembros". <http://www.thecommonwealth.org/> 30 de Noviembre del 2009.

⁴⁹ Se denomina **laguna jurídica** a la ausencia de [regulación](#) en una materia concreta. Normalmente nos referimos a regulación [legal](#) o [reglamentaria](#). Por ello, decimos que existe una laguna jurídica cuando, ante un caso concreto, el [juez](#) no encuentra una normativa específicamente aplicable. Ante esta situación, si a un [juez](#) se le solicita una resolución, no puede negarse, y debe suplir la laguna jurídica a través de distintas herramientas. La herramientas más habituales son:

- [Derecho supletorio](#): El juez acude a la regulación de una rama del derecho supletoria. En este caso no existe una laguna jurídica propiamente dicha, porque existe una regulación que por defecto es aplicable.
- [Interpretación extensiva](#): El juez hace una interpretación lo más extensiva posible de una norma cercana, de forma que abarque a más situaciones que las que en principio abarcaría, y con la intención de que supla la ausencia de regulación existente.
- [Analogía](#): El juez aplica normas que están dictadas para situaciones esencialmente parecidas. En este caso, el juez crea una norma.

tiempo fue pasando fueron desapareciendo todas estas apelaciones al Derecho Inglés a medida que en el Derecho Estadounidense se desarrollaban principios de resolución de conflictos.

El Common Law. Canadá

Canadá es miembro de la comunidad de Naciones, y está compuesto por antiguas colonias británicas, pero éste no fue poblado por colonizadores sino por colonias de Inglaterra, Escocia e Irlanda. De esta forma se conoce que fue colonizada por franceses, antes de que pase a formar parte de la Gran Bretaña.

En 1534, fue donde una navegante francesa exploró las tierras y tomó posesión de la Nueva Francia en nombre de la corona francesa; de esta misma manera pasando los años llegaron algunos evangelizadores franceses, entre ellos los jesuitas.

Los ingleses fueron los que tomaron el control sobre los territorios y la expansión británica sobre la Nueva Francia se realizó en dos etapas. La primera fue en 1713, con la Firma del Tratado de Utrecht⁵⁰, en donde Francia cedió a Inglaterra las posesiones que tenía en Norteamérica. En los treinta años siguientes gracias a la convivencia entre ingleses y franceses se dio el florecimiento de las ciudades de Québec y Montreal. Sin embargo, en el año 1756, se dio inició a la Guerra de los Siete Años⁵¹, la cuál enfrentó una vez

-
- Acudir a otras [fuentes del Derecho](#) como la [costumbre](#) o los [principios generales del Derecho](#).

⁵⁰ El Tratado de [Utrecht](#), también conocido como Paz de Utrecht o Tratados de Utrecht y [Rastadt](#), es una serie de tratados multilaterales firmados por los países beligerantes en la [Guerra de Sucesión Española](#) entre los años [1712](#) y [1714](#) en esas ciudades de los [Países Bajos](#) y [Alemania](#), respectivamente. Se consideran el fin de la guerra, aunque simultánea y posteriormente a su firma continuaron las hostilidades (por ejemplo, en [España](#)). En este tratado, Europa cambió su mapa político. Tratados, Convenios y Declaraciones de Paz y de Comercio, Alejandro del Cantillo, Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1843.

⁵¹ Se denomina Guerra de los Siete Años a la serie de conflictos internacionales desarrollados entre [1756](#) y [1763](#), para establecer el control sobre [Silesia](#) y por la supremacía colonial en [América del Norte](#) e [India](#). Tomaron parte por un lado [Prusia](#), [Hannover](#) y [Gran Bretaña](#), junto a sus colonias Americanas y su aliado [Portugal](#) tiempo más tarde; y por otra parte [Sajonia](#), [Austria](#), [Francia](#), [Rusia](#), [Suecia](#) y [España](#), esta última a partir de 1761. Se produjo pues un cambio de coaliciones con respecto a la [Guerra de Sucesión Austriaca](#) si bien el conflicto de

más a ingleses y franceses, la guerra terminó en 1763, el cuál coincide con la otra etapa de expansión inglesa en Canadá, con la firma del Tratado de París⁵². En este mismo año es en donde Gran Bretaña declara a Canadá como colonia británica.

En el año de 1791 una Ley que fue promulgada por el Parlamento británico hizo que se dividiera en dos partes, llamadas Alto y Bajo Canadá. La primera era predominantemente inglesa y la segunda francesa, las dos estaban bajo la soberanía de la corona pero se caracterizaban por cada una tener su propio Parlamento y gobierno.

Por los disturbios causados en el año 1840, la Oficina Colonial Británica, adopta una nueva forma de organización política, la cuál fue la de disponer la unión de las dos regiones, para otorgarles un Parlamento común. Ya que existía una rivalidad muy grande entre el Alto y el Bajo Canadá no dio resultado la unión, por lo que en 1867, el Parlamento de Londres, promulgó una Constitución para Canadá la cuál fue llamada en inglés British North America Act (Acto Británico Norte Americano)⁵³, tuvieron lugar muchas conferencias

Silesia y la pugna francobritánica siguen siendo las claves. Anderson, Fred. Crucible of War: The Seven Years' War and the Fate of Empire in British North America, 1754–1766. Faber and Faber, 2000.

⁵² La [guerra de los Siete Años](#) terminó en [1763](#). El [10 de febrero](#), el Tratado de París fue firmado por el duque Choiseul, el marqués de Grimaldi y el duque de Bedford. [Pitt](#) se había empeñado en mantener vivo el conflicto hasta lograr el aniquilamiento de las fuerzas de [Francia](#). Los tratados de paz que pusieron fin a la [Guerra de los Siete Años](#) representaron una victoria para [Gran Bretaña](#) y [Prusia](#). Para [Francia](#) supusieron la pérdida de la mayor parte de sus posesiones en América y Asia. Colección de los Tratados de Paz, Alianza, Comercio, Ajustados por la Corona de España, Tomo I, De orden del Rey, Imprenta Real 1796.

⁵³ La Ley constitucional de 1867 (antes llamada British North America Act de 1867, y todavía se conoce informalmente como la Ley de BNA), es una parte importante de la Constitución de Canadá. Esta ley creaba un dominio federal y define gran parte de la operación del Gobierno de Canadá, incluyendo su estructura federal, la Cámara de los Comunes, el Senado, el sistema de justicia y del sistema fiscal. La América Británica del Norte actos, incluida la presente ley, se cambió de nombre en 1982 con la repatriación de la constitución (promulgada originalmente por el Parlamento británico), sin embargo, todavía se le conoce por su nombre original en los registros del Reino Unido. También se introdujeron enmiendas en este momento: la sección 92A que fue agregada, dando un mayor control sobre los no renovables, los recursos naturales. Hogg, Peter W. Constitutional Law of Canadá. 2003 Student Ed. (Scarborough, Ontario: Thomson Canadá Limited, 2003), p. 686.

constitucionales, en las cuales participaron algunos políticos canadienses y dio como resultado el documento antes mencionado, que para André Ouellet⁵⁴ representó la primera Constitución canadiense.

En el año 1931, con el Estatuto de Westminster⁵⁵ el Parlamento británico, reformó la Constitución de 1867, para reconocer la independencia política de Canadá.

La nueva constitución canadiense de 1982 y conocida como Canadá Act o Constitución Act, tiene diversas fuentes, una la British North America Act de 1867, y, también se puede nombrar la Carta de los Derechos y Libertades (Charter of Rights and Freedoms)⁵⁶ y las enmiendas constitucionales. En esta constitución se reconocieron los derechos de los pueblos indígenas así como se refuerza la jurisdicción de las provincias sobre los recursos naturales.

⁵⁴ André Ouellet, PC (6 de abril de 1939) es el ex presidente de Canadá Post, y un largo tiempo político

liberal en Canadá. En primer lugar elegido para la Cámara de los Comunes canadiense en 1967 por elección, Ouellet sirvió en varias posiciones diferentes en los gabinetes de primeros ministros Lester B. Pearson y de Pierre Trudeau. En su calidad de Secretario General de Canadá, fue uno de los cuatro signatarios de la proclamación de la Constitución de 1982 (junto con la Reina Elizabeth II, el Primer Ministro Trudeau, y el ministro de Justicia, Jean Chrétien. Ouellet representado el asiento Liberal seguro de Papineau en Montreal durante casi treinta años. Aun cuando los liberales fueron aplastados por el Partido Conservador Progresista en las elecciones de 1984, mantuvo su escaño por un margen considerable. En la oposición, Ouellet se convirtió en figura destacada de los Liberales en las negociaciones constitucionales que condujeron a la Acuerdo de Charlottetown, y fue un firme defensor de la propuesta de reforma constitucional, que fue rechazada en un referendo en 1992. Elecciones Federales de [1988 federal election : Papineau—Saint-Michel](#)

⁵⁵ El Estatuto de Westminster fue el reconocimiento oficial, por parte del gobierno británico, de los acuerdos tomados en la Conferencia Imperial de 1926, que había declarado a los dominios como naciones asociadas a la Gran Bretaña, con la misma situación política y los mismos derechos, unidas, únicamente por su fidelidad a la corona. Una Introducción al Common Law, Marta Morineau, Universidad Autónoma de México 2004, Pág. 57.

⁵⁶ La Carta Canadiense de Derechos y Libertades (también conocida como La Carta de Derechos y Libertades, o simplemente la Carta, en francés: La Charte canadienne des droits et libertés) es un proyecto de ley de los derechos consagrados en la Constitución de Canadá. Constituye la primera parte de la Ley de la Constitución de 1982. La Carta garantiza ciertos derechos políticos a los ciudadanos canadienses y los derechos civiles de todos en el Canadá de las políticas y acciones de todos los niveles de gobierno. Está diseñado para unificar a los canadienses en torno a un conjunto de principios que encarnan esos derechos. La Carta fue firmada en ley por la Reina Elizabeth II de Canadá el 17 de abril de 1982 (junto con el resto de la Ley). Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*. 2003 Student Ed. Scarborough, Ontario: Thomson Canada Limited, 2003, page 689.

Las fuentes del derecho canadiense son, la ley y la jurisprudencia. Gerald L. Gall, menciona otras fuentes del derecho, que engloba bajo el denominador común de “miscelánea de fuentes”, entre las que incluye a las prerrogativas reales, la costumbre, la doctrina y la “moralidad”.⁵⁷

En la constitución, la distribución de competencias entre el Parlamento y las legislaturas provinciales, a las cuales les correspondía legislar lo relativo al derecho privado. Esto diferenció entre el derecho de las diferentes provincias sobretodo en la provincia de Québec, cuyo sistema jurídico diferente a las demás ya que en gran parte se utilizaba el romano-canónico, mientras en las otras el sistema utilizado pertenecía al Common Law.

Se busco de todas las formas posibles la unificación del derecho en Canadá por lo que pusieron a prueba un sistema que funciono en Estados Unidos que fue la elaboración de leyes para determinadas áreas y dejando abierto para que cada provincia incorpore su legislación, y no tuvo éxito.

La profesión legal en Canadá hasta 1940, no existían escuelas de derecho, y la formación de los abogados consistía en una oficina de un abogado ya establecido, además de cursos que ya eran organizados. En el año de 1949 se estableció la primera facultad de derecho en la Universidad de Toronto.

En el caso de Canadá tiene su fundamento en el sistema británico del Common Law, que fue heredado de una antigua colonia del Reino Unido que más tarde pasó a formar parte de la Mancomunidad Británica de Naciones. Hoy en día la ciudad de Québec conserva en cierta forma un sistema civil en cuestiones de derecho privado. Estos dos sistemas están sujetos a la Constitución Canadiense.

⁵⁷ Gall (1995: 38-44). Las prerrogativas reales se refieren específicamente a la facultad que conserva la corona inglesa de conceder indultos.

Todas las provincias o estados que son parte de Canadá siguen como tradición jurídica al derecho común o common law, de esta forma los tribunales provinciales pueden aplicar la equidad.

Como es conocido en todos los países que forman parte del common law, la legislación canadiense es otra que se adhiere al stare decisis, ya que los tribunales de rango inferior deben seguir decisiones de los tribunales superiores, como ejemplo podemos mencionar que todos los tribunales inferiores de Notario están vinculados a las decisiones de la Corte de Apelaciones de Notario, y todos los tribunales de la Columbia Británica están vinculados a las decisiones de la Corte de Apelación de Columbia Británica. Sin embargo, cuando hay decisiones que son tomadas por uno de los máximos Tribunales de una provincia se consideran convincentes pero no son vinculantes para todas las otras provincias. El único Tribunal que goza con esa autoridad para obligar a que se acate una decisión única es el Tribunal Supremo de Canadá.

Cuando se tiene casos que no tengas decisiones canadienses se utilizan como referencia a los tribunales Ingleses y a los estadounidenses que son los más utilizados.

Entre la historia del Derecho Inglés y la legislación canadiense, el Tribunal Inglés de Apelaciones y la Cámara de los Lores que son citados como autoridades. Cuando se refiere más a las decisiones que son tomadas por los tribunales de Estados Unidos, pues éstas son mas propensas a ser utilizadas por abogados Canadienses, ya que hay un campo mayor de jurisprudencia que la ley de Estados Unidos, Inglesa en diferentes áreas.

Las decisiones que son tomadas por la nación del Commonwealth, aparte de lo que ya se conoce a Inglaterra, son también tratados como fuentes de persuasión para las leyes Canadienses.

Debido a que históricamente Canadá y el Reino Unido⁵⁸ han estado ligados entre sí, las desiciones de la Cámara de los Lores antes de 1867 estaban vinculadas a Canadá a menos de que éstas sean anuladas por el Tribunal Supremo de Canadá, pues esta misma seguía siendo obligada por las desiciones que eran impartidas por el Consejo Privado. En la actualidad vale recalcar que ningún tribunal de Canadá ha declarado estar obligado bajo una desición judicial Inglesa hace muchas décadas.

Al igual que en el Derecho Inglés o Common Law podemos ver que Canadá aún conserva aún ciertas de las forma en cómo se impartía justicia y en la forma en que los tribunales estaban divididos y ante cuales se podían presentar apelaciones y ante cuales se recurría a la justicia ordinaria. En el caso de los Tribunales Canadienses La Corte Suprema de Canadá es el más alto tribunal y es el último tribunal de apelación en el sistema judicial de Canadá. En el año 1949 algunos casos recurrían a la Corte Suprema de Canadá y otros ante el Comité Judicial del Consejo Privado en el Reino Unido. Los Tribunales de instancia penal en algunos casos eran conocidos como

⁵⁸ Los primeros canadienses fueron los antepasados de los amerindios que llegaron atravesando el [estrecho de Bering](#) antes del [20000 a. C.](#), durante las ultimas glaciaciones del [Pleistoceno](#), hacia el [8000 a. C.](#) las tribus indias ya se repartían el territorio del Canadá , en el nordeste [Micmac](#), [Beothuk](#), [Cree](#) y [Ojibwa](#), al sur [Iroqueses](#) y [Hurones](#), al oeste de los Grandes Lagos los indios de las llanuras ([Pies negros](#)) y en el oeste [Tingii](#), [Kwakiutl](#), [Haida](#), [Tsimshiam](#) y [Salish](#). Hacia aproximadamente el [6000 a. C.](#) atravesaron el [estrecho de Bering](#) los antepasados de los que formarían la [cultura Dorset](#) que fue sustituida por el [Thule \(pueblo\)](#) hacia el año [1000](#) que dio como resultado a los actuales [Inuit](#), [Cristóbal Colón](#) y sus hombres no fueron los primeros europeos en pisar América , pues hacia el año [1000](#) un marinero [Vikingo Bjarni Herjólfsson](#) avisto Norteamérica y tras informar de esa tierra desconocida atrajo a muchos vikingos liderados por el hijo de [Erik el Rojo](#), [Leif Eriksson](#), que iniciaron una [Colonización vikinga en América](#) que fue abandonada hacia el [1010](#) por los combates contra nativos hostiles, hay información sobre dicha colonización en dos manuscritos de las [saga \(literatura\)](#) nórdicas, llamados *La saga de los groenlandeses* y la [Saga de Erik el Rojo](#), aunque los [vikingo](#) de las colonias de [Groenlandia](#) siguieron visitando el norte de [Labrador](#) durante siglos después del abandono de las colonias vikingas en América en busca de madera y [hierro](#), no trascendió en Europa el conocimiento de la existencia de América. Estos son algunos de los nombres que los vikingos dieron a los terrenos de América [Vinland](#) (Tierra de vino) que correspondía al [Golfo de San Lorenzo](#), [Nuevo Brunswick](#) y [Nueva Escocia](#), [Helluland](#), a la [isla de Baffin](#), [Markland](#) (Tierra de bosques) correspondía a el [Labrador](#). En [1960](#) se descubrieron las ruinas de un campamento vikingo por el arqueólogo [Helge Ingstad](#) en [L'Anse aux Meadows](#), en [Terranova](#) que parece coincidir con el llamado campamento [Leifsbúðir](#) y que contiene las ruinas de 3 habitáculos con capacidad para 80 personas, una herrería, una carpintería y varios talleres para reparar barcos que suman en total 8 edificios. Editorial Oceano SL , Canadá Guías Oceano , Editorial Oceano SL , ISBN:84-494-1123-8 , 2005 , Pg 18 y 21.

superiores a los tribunales, por otro lado los jueces que eran solamente parte de la jurisdicción de las provincias los cuáles eran designados por las provincias llamados como tribunales inferiores llamados provinciales, las apelaciones de estos tribunales tenían que ir a la Corte Superior de la provincia, de otra forma otras apelaciones irían a la Corte de Apelaciones y luego según las circunstancias a la Corte Suprema de Canadá.

Los Tribunales Provinciales solamente se encargan de los asuntos penales. La División de Juicios del Tribunal Federal y la Corte Federal de Apelaciones estos fueron creados para la jurisdicción de ciertos número de cuestiones pequeñas que entran dentro de la constitución.

Common Law. Inglaterra

Para el derecho de Inglaterra se habla de cuatro periodos, siendo el primero la Etapa Anglosajona, el segundo la conquista normanda y el nacimiento del common law de 1066 al 1432; la tercera el apogeo del common law y el nacimiento de equity y la última se la denomina como el Derecho inglés contemporáneo con fecha 1873.

En la primera etapa se abarca la prehistoria, hasta la conquista normanda del siglo XI. Se la Denomina Época Anglosajona, y comprende las invasiones que sufrió la isla, por la formación de los siete reinos, con la influencia de Roma que fue por un lado militar y por otro hubo un desarrollo del Derecho feudal.

Hubo varias invasiones, una de las más antiguas fue la de los celtas. A ésta invasión le siguieron otras que fueron los anglos, hutos y sajones, de los cuales se formaron los siete reinos denominados: Kent, Sussex, Essex, Wessex, East Anglia, Northumbria⁵⁹ y Mercia.

⁵⁹ Northumbria (el nombre refleja su ubicación en el territorio al norte del río Humber), fue uno de los reinos menores de los anglos, mencionado en el siglo XII por Enrique de Huntingdon como parte de la Heptarquía Anglosajona-juta, los dominios establecidos por los pueblos germánicos que comenzaron a invadir Gran Bretaña a finales del Siglo V, cuando ya hacía casi 70 años que había sido abandonada por las legiones romanas.www.wikipedia.com, consultado el 28 de marzo del 2010.

Por cuatro siglos Roma estuvo dentro de la isla, a partir de Claudio, en este periodo también se conoció como la conversión del cristianismo de los anglosajones, en la época de San Agustín en donde ya no había una influencia romana alrededor del 10 de 596. El cristianismo dio nacimiento a las primeras producciones jurídicas escritas. En donde se pueden mencionar la formación de las Leyes de Edilberto, rey de Kent en el año 600, otras que fueron elaboradas cuatro siglos mas tarde por el rey danés Canuto, que fue en la mitad del siglo XI, aquí la importancia del derecho es mayor ya que el derecho deja de ser personarum⁶⁰ y se convierte en una ley territorial.

En el Segundo Periodo se encuentra el nacimiento del common law y su desarrollo inicial acaece en el año de 1066, ya que un rey normando recibe las Leyes Sálicas y el reinado de Inglaterra, el rey mencionado se refiere a Guillermo el Conquistador, quién fue heredero de las tradiciones francesas, por lo que ignoraba todas las costumbres inglesas y desconocía el idioma el cual iba a reinar. Guillermo formó un Consejo que le ayudó a gobernar, y éste recibió el nombre de Curia regis⁶¹. Por otro lado el monarca se rodeaba de un conjunto de hombres eminentes que lo aconsejaban de qué manera tenían que ser los anglosajones y de una buena manera.

Por otro lado el rey Guillermo decide investigar cuál es el commune lay que fue una expresión francesa la cual fue traducida al inglés como common law. El rey se ideó que para conocer de una forma diferente a los anglosajones formar tribunales que se debían especializar en diferentes temas para saber cual era el commune lay. Los procesos eran presentados delante de doce vecinos, que

⁶⁰ Las asociaciones o corporaciones, que esencialmente están constituidas por una comunidad de individuos. Alberto La Roche, Derecho Civil I.

⁶¹ La Curia Regis en Inglaterra fue un concilio de terratenientes y eclesiásticos que aconsejaban al rey de Inglaterra en materia legislativa. Reemplazó a su precesor anglosajón, el Witenagemot, después de la Conquista Normanda de 1066. Guillermo el Conquistador trajo a Inglaterra el sistema feudal de su nativa Normandía. De esta manera, otorgó tierras a sus partidarios militares más importantes, quienes a su vez otorgaron tierras a sus partidarios, creando de esta manera una jerarquía feudal. Aquellos que recibieron tierra directamente del rey fueron conocidos como terratenientes, y sus tierras fueron conocidas como manors. Guillermo I fue el gobernante absoluto, pero buscó el consejo de la curia regis, antes de hacer leyes. www.wikipedia.com, consultado el 28 de marzo del 2010.

debían ser iguales a los de las partes que se estaban juzgando y de esta manera aparece el juicio por jurado.

La manera de la distribución y reconocimiento de la tierra y de las propiedades no fue constituida en feudos, de manera que no se reconoció la tierra. A partir del año 1086 se hace la distribución de los quince mil dominios quienes reciben el nombre de manors⁶² y estas tenían ciertas denominaciones específicas house, dwelling, seat y residens (casa, morada o residencia).

La influencia que hubo en las primeras producciones jurídicas eran realizadas en dialecto normando, y para la denominación de los conceptos jurídicos se utilizaba el lenguaje latino del cual se encuentra la definición del common law, de esta manera se dice que el commune lay o common law, es el Derecho Común que se utilizaba en toda Inglaterra, el cuál tenía una que otra oposición de las costumbres que poseía cada reino, más no del sistema jurídico europeo. Los tribunales recibieron el nombre de Country Courts Cortes de los Condados que eran subdivisiones en los condados, en los que se aplicaban las costumbres locales y se decidía de acuerdo a estas costumbres, los medios de prueba que se sometían se fundaban en las obligaciones y estos también eran conocidos como los Juicios de Dios.

Los tribunales, aplicaban un derecho consuetudinario que dependía de su localidad, mientras que para los negocios eclesiásticos se aplicaba el Derecho canónico.

Uno de los pilares más importantes para la formación del common law como Derecho común de Inglaterra fue la terminación de los Juicios de Dios.

El máximo avance de los tribunales se hace cuando el tribunal inicia la causa con un juramento, esta posibilidad solamente la tenía el monarca o el papa, aquí es donde se da un adelanto y se da la posibilidad de la presentación de

⁶² Era la tierra que el repartía a sus partidarios militares.

pruebas oyendo a las partes, esto es lo que se conoció como Due Process of Law, el debido Proceso del Common Law.

En la baja Edad Media se puede hacer una clasificación de las acciones del Common Law: las referentes a la propiedad, dominio de bienes o posesión de bienes inmuebles, las destinadas a reclamar daños y perjuicios y las acciones que reclamaban el pago de una suma de dinero por concepto de deudas y obligaciones contractuales.

Los principios fundamentales del Derecho Inglés, consistían en sostener que las acciones son anteriores a los derechos, con lo cual se puede sostener de una manera más fuerte la vinculación que existía entre las formas de acción y del procedimiento.

El nacimiento y el desarrollo del common law, va muy vinculado al pensamiento filosófico inglés, con su creador Roger Bacon⁶³. El common law siempre exige una razón práctica basada en resoluciones de casos concretos ante las cortes y no se va por principios previamente establecidos, de esta manera este gran filósofo se basó en que la necesidad de que a más del silogismo deductivo, se compruebe la verdad con la experiencia.

En la Tercera época del desarrollo del derecho inglés, es a partir de 1485. En esta época es donde se da un amplio desarrollo del Common Law, pero al mismo tiempo se da una nueva jurisdicción The Equity La Equidad, ésta en un principio surge como un rival del common law.

⁶³ Roger Bacon O.F.M. (en castellano: *Rogelio Bacon*) (Ilchester, c. 1214 - Oxford, 1294) Filósofo, científico y teólogo inglés. Conocido también como Doctor Mirabilis ("Doctor Admirable", en latín), fue uno de los frailes franciscanos más famosos de su tiempo. Inspirado en las obras de autores árabes anteriores —herederos y conservadores de las antiguas obras del mundo griego—, puso considerable énfasis en el empirismo y ha sido presentado como uno de los primeros pensadores que propusieron el moderno Método científico. Cousin, John William (1910). A Short Biographical Dictionary of English Literature. London, J.M. Dent & sons; New York, E.P. Dutton.

A fines del siglo XVIII sobresalen en el derecho inglés dos juristas. Blackstone⁶⁴ quién intentó poner orden en el Common law inglés, y sobre algunas leyes que fueron dictadas durante siglos, éste fue en principio un esfuerzo doctrinal del Derecho Inglés. Por otro lado Bentham⁶⁵ buscó la manera filosófica del Common Law inglés, que la encontró y logró el cambio de las instituciones inglesas.

La cuarta época ya con los trabajos de los historiadores ingleses, se preparaba un cambio, ya que se había dicho que era factible que las dos jurisdicciones, se podían ventilar en el mismo órgano judicial subsistiendo a las características de cada una de ellas. Esto se instauró cuando se aprobó en 1873y 1875 el judicature Act, el acto de jurisdicción.

La base del Derecho Común o Common Law es el Derecho Inglés que es el sistema jurídico de Inglaterra y Gales, fue y es uno de los sistemas jurídicos que más se utilizó en los países que son parte del Commonwealth y los Estados Unidos, en oposición a ciertos sistemas como ejemplo puede ser el escocés. Este sistema en parte fue exportado hacia los países del Commonwealth, mientras que para el Imperio Británico⁶⁶ se mantiene y establece que fue una de las bases de jurisprudencia de la mayoría de países.

⁶⁴ Sir William Blackstone, nacido el 10 de julio de 1723 en Londres y fallecido el 14 de febrero de 1780 en Wallingford, fue un jurista británico. Ejerció en primer lugar, aunque con poco éxito, la profesión de abogado en Londres; posteriormente dictó en la Universidad de Oxford, en 1753, cursos de Derecho civil y de Derecho político. Blackstone fue pocos años después nombrado juez en el tribunal de los "common law" (Derecho anglosajón) y elegido a diputado en la Cámara de los Comunes del Parlamento del Reino Unido (1761). www.wikipedia.com, consultado el 30 de marzo del 2010, a las 11:46.

⁶⁵ Jeremy Bentham (n. 15 de febrero de 1748 en Houndsditch — Londres el 6 de junio de 1832) fue un pensador inglés, padre del utilitarismo. Fue reconocido como niño prodigio por su padre al encontrarlo en su escritorio leyendo varios volúmenes de la Historia de Inglaterra. A los tres años leía tratados, tocaba el violín con cinco, estudiaba latín y francés. Hijo de una familia acomodada, estudió primero en Westminster School y a los 12 años ingresó en la Universidad de Oxford y empezó a ejercer como abogado a los 19 años. Pero enseguida se mostró crítico con la educación de su época y con la práctica jurídica, dedicándose por completo a tareas intelectuales. Dotado de una fuerte personalidad, a lo largo de su vida escribió largos manuscritos donde proponía ambiciosas ideas de reformas sociales. www.wikipedia.com, consultado el 30 de marzo del 2010 a las 11:52am.

⁶⁶ El Imperio Británico comprendía los dominios, colonias, protectorados, mandatos, y los territorios de otros gobernado o administrado por el Reino Unido, que se había originado con las colonias de ultramar y puestos comerciales establecidos por Inglaterra a fines del siglo 16 y

El Derecho Inglés antes de la revolución americana fue parte de la legislación de los Estados Unidos, Louisiana es el único estado que no fue parte de esta legislación, pero este sistema fue parte de muchas y grandes tradiciones jurídicas y políticas de América aunque no tuvo mucha superación en su jurisprudencia.

El Reino Unido está compuesto por varias jurisdicciones que son: Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Cuando la jurisdicción entre Gales estaba separada, fue absorbida por Inglaterra por Henry VII Tudor, por otro lado Escocia por el Acta de Unión en 1707, tiene su propio poder judicial y religiosos. Irlanda ahora tiene un sistema jurídico independiente al del Reino Unido, pero en el caso del Irlanda del Norte tiene algunos vínculos con el pasado imperial, en la medida en que este es basado en el Derecho Inglés o derecho común, como por ejemplo se puede decir que es aplicado uno de los estatutos del Derecho Inglés que es el Ley Poynings⁶⁷, como también se menciona que hay un recurso que se presenta ante el Tribunal Supremo del Reino Unido de la Corte de Apelación de Irlanda del Norte.

Desde el año 1889, el Derecho Inglés ha sido escrito como un derecho común en lugar de un derecho civil.

2.1.1 Aplicación y Alcance del Common Law en la legislación ecuatoriana

Para poder precisar el alcance de los principios reeficacia normativa y aplicación de la Constitución es necesario que se mencione que históricamente

principios de 17o . En su apogeo fue el más grande imperio de la historia y, por más de un siglo, fue la potencia mundial más importante. Bernethy, David (2000). The Dynamics of Global Dominance, European Overseas Empires 1415-1980 . Yale University Press.

⁶⁷ La ley de Poynings es un acto parlamentario iniciado por Sir Edward Poynings en el Parlamento inglés de Drogheda en noviembre de 1494.^[1] En su cargo de virrey de Irlanda y señor-adjunto, nombrado por el rey enrique VII de Inglaterra, Poyning convocó a una reunión del parlamento. Viniendo a raíz de la divisiva Guerra de las Dos Rosas, la intención de Poynings consistía en hacer que Irlanda, fuese una vez más, obediente a la monarquía inglesa. Joyce, Patrick. «Poynings Law» (en inglés). *Library Ireland 2008*.

existen dos sistemas jurídicos principales que son el Common Law y el Europeo Continental⁶⁸.

Empezando por el modelo constitucional francés, está asociado y utiliza dos conceptos jurídicos que son muy conocidos en el derecho liberal, el Estado de Derecho y la primacía de la ley frente a la administración, jurisdicción y los ciudadanos. En este modelo constitucional francés la ley no queda más que reducida a una mera declaración política de principios⁶⁹, y esto como consecuencia crea una cultura jurídica la cual es basada en la supremacía de la ley, de esta manera la Constitución no queda sino como un elemento accesorio y dependiente de la formulación legal.

El hecho de hacer un cambio en la ley, supone que hay una reducción del Derecho frente a la ley y del Derecho a otras fuentes, así se puede ver que la ley no se encuentra sujeta a una norma superior.

En un nuevo prototipo de Constitución, ésta se convierte en una norma jurídica, así de esta forma se acerca al modelo del Common Law norteamericano, así de esta forma se toma en cuenta que en la justicia norteamericana el que crea el derecho es el juez constitucional y quién establece un procedimiento de producción y de unificación del ordenamiento jurídico es el control constitucional, así la Constitución es considerada como una norma aplicable,

⁶⁸ El Derecho continental europeo, o simplemente Derecho continental (en ocasiones denominado Derecho romanista o Derecho romano-germánico) es el sistema jurídico derivado de aquél aplicado en Europa continental, cuyas raíces se encuentran en el Derecho romano, germano y canónico y en el pensamiento de la Ilustración, y que es utilizado en gran parte de los territorios europeos y en aquellos colonizados por éstos a lo largo de su historia. Se suele caracterizar porque su principal fuentes es la ley, antes que la jurisprudencia, y porque sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados (códigos). El otro gran sistema jurídico europeo es el Derecho anglosajón o Common Law. Examen comparativo del derecho consuetudinario y del sistema jurídico romano-germánico por Peter Messitte, revista electrónica del Departamento de Estado de Estados Unidos de América (en francés).

⁶⁹ Según Jellinek, uno de los más brillantes descriptores del modelo constitucional europeo clásico, "La Constitución de los Estados abarca, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado. Jellinek G. Teoría General del Estado, México 2000.

siendo que es fuente del resto del ordenamiento jurídico; Kelsen dijo que “las constituciones no solamente son reguladoras de la creación de leyes, sino de su contenido material, también fijan derechos fundamentales que se convierten en principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras”⁷⁰.

Según Ricardo Guastini⁷¹ en el debate jurídico que sostuvo entre los realistas norteamericanos, neiusnaturalistas alemanes y norteamericanos; y neopositivistas italianos y escandinavos, en donde se establecieron la eficacia y la aplicación de la Constitución en ciertas condiciones⁷² que fueron:

- a) La existencia de una Constitución rígida, que como consecuencia no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;
- c) Fuerza vinculante de la Constitución, que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;

⁷⁰ Silvia Portero, C. Las Garantías de los Derechos, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p.63, Quito agosto 2008.

⁷¹ Ha sido profesor de Derecho Constitucional y actualmente es catedrático de Filosofía del Derecho y director del Departamento di Cultura Giuridica «Giovanni Tarello» de la Universidad de Génova. Co-fundador y director de importantes revistas como *Ragion Pratica* y *Analisi e diritto*. Ha sido profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), Cardozo School of Law (Nueva York) e Institut des Hautes Études Internationales (París). Entre sus obras más importantes destacan *Dalle fonti alle norme* (1991), *Distinguiendo* (1999), *Estudios de teoría constitucional* (2001) y *Estudios sobre la interpretación*.

<http://www.trotta.es/%28A%28KBuVjy9SyQEAAAAMzE0YjEwNjYtN2RmOS00ZmQwLTgzZjEtZDBmODdlM2JINTJIZaLEv0uKgb8R2npxk814zGMJr9E1%29%29/ShopPersona.aspx?ID=963&AspxAutoDetectCookieSupport=1>, Consultado el 31 de marzo del 2010, a las 9:33 AM.

⁷² Atribuciones Transitorias de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones. RO-S 451: 22-oct.2008, Pág. 4 y 5.

- e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no sólo los conflictos entre los poderes del estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares;
- f) Interpretación constitucional de las leyes; y,
- g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas que se traduce en que los órganos de control de constitucionalidad puedan analizar la fundamentación política de las normas⁷³.

Desde su origen en el siglo XIX, el ordenamiento jurídico ecuatoriano siempre ha tomado o ha sido influenciado por el paradigma constitucional Europeo Continental, sin embargo, de todas los cambios que ha tenido el Ecuador siempre ha sido regido por el mismo, hasta la publicación de la nueva Constitución, ya que esta establece una nueva forma de Estado, que es el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

⁷³ Morales Viteri , J, Democracia Sustancial: Sus elementos y conflicto en la práctica, en Neoconstitucionalismo y Sociedad, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, pp. 8, Quito, agosto 2008, refiriéndose a Ricardo Guastini.

CAPITULO III

3.1 Competencias del Common Law en el derecho ecuatoriano.

Para basarnos en como el common law tiene una competencia en el derecho ecuatoriano es necesario saber que el Estado europeo que es de donde proviene desde la antigüedad el sistema jurídico al que se hace referencia en el trabajo, asume en cierto sentido la determinada forma social, pero esto quiere decir que no construye ya que no constitucionaliza con vigor. Las constituciones tanto las europeas como las americanas en ningún momento consolidaron derechos sociales simplemente dejaron apuntadas la validez como una inspiración y marco aprehensible⁷⁴. En algunos de los textos constitucionales como por ejemplo el de Portugal en (1976) y España (1978), se desarrolló una tabla de derechos que era bastante básica⁷⁵. La construcción de las fuentes para la obtención de cimientos fuertes para el no desmonoramiento de las coyunturas adversas bajo presiones determinadas, sólo los puede formar una constitución su texto, y el Estado Social fue formado sin una base constitucional de la división de poderes, ya que este se consideró como una cláusula hipotética social.

La competencia del Common Law en nuestra legislación es basado en precedente, el cual hay que determinar si un Tribunal Constitucional debe

⁷⁴ Con anterioridad se hizo una explicación de cada uno de los Estados sociales de derecho en diferentes países, pero para una mejor bibliografía. C. De Cabo, *La criss...*, op. Cit; A Porras, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, Barcelona, PPU, 1988.

⁷⁵ En el caso de paradigmáticas Constituciones de la República Federal Alemana o Italia, que pasar por ser configuradotas del modelo de Estado social. La Ley Fundamental de Bonn no llega a recoger una lista mínima de derechos sociales, ni siquiera en lo relativo a servicios esenciales como educación o sanidad, dejando únicamente planteado el derecho en relación al instituto expropiatorio por parte del Estado (Art.15) o implícita la existencia de un sistema de previsión, con base a que viene simplemente aludido en algunos artículos relativos al hecho competencial. A dicha carta solo le es reconocible la plasmación de la acepción "Estado Social" (Arts. 20 y 28). En casos como el de Italia, o del que fuera ejemplar Estado social de Suecia, el reconocimiento constitucional de derechos sociales en paralelo a la regulación de la actividad interventora del Estado apenas ocupan 10 y 3 artículos sin apelación alguna a su garantía. *Desafíos constitucionales La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Pág. 48, nota de pie número 11.

seguir su propio precedente, así como lo explica Enrique Alonso García⁷⁶ “Es conceptualmente separable de que si el tema de que si esa jurisprudencia que constituye el precedente debe ser o no seguida por los tribunales inferiores. Y así lo ha entendido tanto la doctrina tradicional como la más reciente. El que el tribunal inferior siga el precedente del superior no es una derivación del principio del stare decisis, sino de la regla administrativa, que para el buen funcionamiento de los tribunales y en aras de la uniformidad, implica el que dicho tribunal inferior siga las directrices del superior. El principio solo juego, pues, por niveles horizontales. Plantea si un tribunal debe o no seguir su propio precedente, no sólo debe seguir el precedente del tribunal superior. A nivel constitucional, que es en el que nos movemos, el de la interpretación de la Constitución por el TC, el tema debe plantearse, pues, como el de si el TC debe o no seguir su propio precedente”.

Así podemos también conocer que el precedente cuando juzga casos iguales deben ser igualmente tratados, y así de esta forma podemos ver que este es basado en un triple fundamento según Chamberlain⁷⁷ la protección de las expectativas patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de uniformidad en los fallos, cuando el precedente es abandonado pueden haber “inseguridades retroactivas”⁷⁸ o “inseguridades prospectivas”⁷⁹. También hay ciertos autores que dicen que el stare decisis es una parte para la readaptación del derecho constitucional a la realidad social al momento en que la norma es aplicada.

⁷⁶ Enrique Alonso García, La interpretación constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984,p.165.

⁷⁷ Chamberlain, The doctrine of stare decisis as applied to decisions of constitutional questions, 3 Harv L Rev 125, 130-131 (1889). Cita de Enrique Alonso García, ob. Cit.,p.166.

⁷⁸ Se habla de retroactividad legal cuando una ley, reglamento u otra disposición obligatoria y general, dictada por autoridad de Derecho o de hecho, ha de extender su eficacia sobre hechos ya consumados; esto es, anteriores en el tiempo a la fecha de su sanción y promulgación. Roberto Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta 1979, 2005.

⁷⁹ Por otra parte, la prospectiva es una disciplina y un conjunto de metodologías orientadas a la previsión del futuro. Básicamente se trata de imaginar escenarios futuros posibles, denominados futuribles, y en ocasiones de determinar su probabilidad, con el fin último de planificar las acciones necesarias para evitar o acelerar su ocurrencia. Meadows, Donella H., D.L. Meadows, J. Randers, and Wolliam W. Behrens III (1972).

Enrique Alonso García⁸⁰ “ Cuando un tribunal decide mantener el precedente opera con una doble fuente: 1) lo que motivó el precedente, que se recuerda como válida, y 2) la teoría de los valores cuyo contrapeso genera la primacía del valor seguridad jurídica”.

A la gran crisis que sufrió el modelo en Europa de los años 70, se le suma a que a los Estados de Latinoamérica se les ha intoxicado por varios procesos de modernización, sin tener ninguna respuesta positiva más que la de llegar a la obtención de un Estado peor que el que tenía la Europa de la posguerra. No sólo el Ecuador estaba ya implícito en el proceso de conocer al proyecto neoliberalista así teniendo la idea de que la única solución era la descentralización social y pública. Pero sin embargo no se dieron cuenta de las consecuencias que estas prácticas traerían algunos inconvenientes y que sin un Estado mínimo eran conducidas a la ineficiencia del Estado y a un colapso económico y social. Así podemos sacar como conclusión que la Constitución del 2008 del Ecuador no fue más que una aspiración teórica de un campo jurídico que ni siquiera era nuestro sino europeo, y así de esta manera se pretendía dar soluciones para el desarrollo de un Estado constitucional. Al adquirir la nueva constitución también adquirimos un nuevo modelo constitucional y de esta forma con referencias históricas, evitar un sin fin de carencias que tenía el modelo social europeo de la posguerra. Y como ejemplo podemos citar a los países que han tomado desde el punto de vista el modelo neoconstitucionalista Nicaragua en 1987, Colombia 1991, Ecuador 1998 y Venezuela 1999.

Con la nueva constitución se realizó una nueva forma de organización territorial del Estado, esta fue la sustitución que se hizo con la distribución de competencias, el cual era abierto en la Constitución de 1998, este nivel era muy ordenado y sistemático en la forma en la que se distribuían las competencias. Al revisar algunos de los artículos de nuestra anterior Constitución como el artículo 255 y 266 se establecía un sistema de

⁸⁰ Enrique Alonso García, ob. Cit., p.172.

transferencia de competencias a los gobiernos seccionales, y aquí cada gobierno decidía que competencias podían ejercer y cuando las asumían de manera individual, lo cual esto daba al Estado una manera muy disfuncional en su gestión., de esta forma también se conocía que las competencias del Estado eran descentralizadas en los gobiernos seccionales⁸¹, de esta manera se puede decir que se tenía una manera muy errónea de la forma en que manejaba el sistema. De esta manera lo que ha dicho Tania Arias Manzano, “la Asamblea Constituyente asumió el debate sobre estos temas con un proceso de descentralización agotado y con un modelo de desarrollo económico no inclusivo, territorialmente desequilibrado y sin capacidad de generar empleo productivo”⁸².

Los miembros de la Asamblea sabiendo este modelo anterior decidieron crear un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo, que respetando los principios fijados en la Constitución, sería definido por la ley en el artículo 239⁸³, aparte de ser un sistema de descentralización de competencias, también está implícito al Plan de Desarrollo, que es de forma obligatoria para todos y cada uno de los gobiernos descentralizados como lo destacan los artículos 241⁸⁴ y 280⁸⁵ de la Constitución del Ecuador 2008.

⁸¹ En el artículo 266, se reservaba al Gobierno Central las competencias en materias como de defensa y seguridad nacional, la dirección de la política exterior y las relaciones internacionales, la política económica y tributaria del Estado y la gestión del endeudamiento externo.

⁸² Tania Arias Manzano “ ¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial?, en Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos/ Tribunal Constitucional, 2008, p.218.

⁸³ Artículo 239 “El régimen de gobiernos autónomos descentralizados se regirá por la ley correspondiente, que establecerá un sistema nacional de competencias de carácter obligatorio y progresivo y definirá las políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios territoriales en el proceso de desarrollo”.

⁸⁴ Artículo 241 “ La planificación garantiza el ordenamiento territorial y será obligatoria en todos los gobiernos autónomos descentralizados”.

⁸⁵ Artículo 280 “ El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”.

Para la aplicación de este sistema de competencias, La Constitución por esta razón organiza un organismo técnico conformado por un representante de cada nivel de gobierno que será encargado de transferir las competencias y la delimitación entre las competencias concurrentes como lo expresa el artículo 269⁸⁶ de la Constitución del Ecuador 2008. De esta forma se puede entender que estamos dentro de un sistema que permite transferir las competencias y la homogeneidad en cada nivel dentro del gobierno sobre las competencias ejercidas.

Pero, sin embargo, se han encontrado dos importantes temas que no entran dentro de nuestro sistema nacional de competencias, a la primera se la puede decir que hay una ambigüedad constitucional sobre las facultades legislativas, y la segunda la generalizada competencias exclusivas en todos los niveles de gobierno.

Cada nivel de gobierno necesita de la capacidad de tomar decisiones y normativas y ejecutivas, esto es para ejercer sus competencias. Pero en un Estado unitario como es el ecuatoriano se debió haber expresado que las normas con fuerza y valor de ley solo podrán ser elaboradas por la Asamblea Constituyente⁸⁷, de esta manera son dos los motivos uno porque garantiza la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas ante la ley, porque es la ley es la que se convierte en el criterio que uniforma las diversidades políticas públicas

⁸⁶ Artículo 269 “ El sistema nacional de competencias contará con un organismo técnico conformado por un representante de cada nivel de gobierno, que tendrá las siguientes funciones: 1. Regular el procedimiento y el plazo máximo de transferencia de las competencias exclusivas, que de forma obligatoria y progresiva deberán asumir los gobiernos autónomos descentralizados. Los gobiernos que acrediten tener capacidad operativa podrán asumir inmediatamente estas competencias. 2. Regular el procedimiento de transferencia de las competencias adicionales que señale la ley a favor del gobierno autónomo descentralizado. 3. Regular la gestión de las competencias concurrentes entre los diferentes niveles de gobierno, de acuerdo al principio de subsariedad y sin incurrir en la superposición de competencias. 4. Asignar las competencias residuales a favor de los gobiernos autónomos descentralizados, excepto aquellas que por su naturaleza no sean susceptibles de transferencia. 5. Resolver en sede administrativa los conflictos de competencia que surjan entre los distintos niveles de gobierno, de acuerdo con los principios de subsariedad y competencia, sin perjuicio de la acción ante la Corte Constitucional.

⁸⁷ Roberto Viciano Pastor “ La función legislativa en la nueva Constitución de Ecuador” en Desafíos Constitucionales ecuatoriana 2008 en perspectiva, pp. 159-171

ecuatorianas. La pluralidad legislativa además de ser propia de los Estados que son definidos como regionales, autonómicos o federales , estos siempre tienen la necesidad de tener realidades tanto históricas como sociales, y culturales las cuales son las encargadas de delimitar los territorios y las cuales son también encargadas de la generación de regulaciones que difieren a las del Estado con un límite único la Constitución y los Estatutos y las competencias que son ejercidas por los diferentes entes; esto quiere decir que en Ecuador no existía ningún motivo no cambia ningún otro planteamiento que no fuera el de la unidad de la ley.

En el artículo 240 de la Constitución del Ecuador señala que los distritos metropolitanos, las regiones, provincias y cantones tendrán facultades legislativas⁸⁸ en el ámbito de competencia, y de esta manera las juntas parroquiales tienen facultades reglamentarias. Esto trae consigo muchos errores ya que, las facultades legislativas se convierten en que varias partes del estado estarían dotados de facultades reglamentarias y legislativas.

3.1.1 Competencias de la Corte Constitucional Ecuatoriana

Los cambios en el Siglo XX en el ámbito social y político, provocaron en cierta forma el seguimiento a ciertos modelos de Justicia en materia Constitucional, que se cristalizó en el modelo de HANS KELSEN.

A partir de la finalización de la segunda guerra mundial, el modelo de Kelsen se extendió por toda Europa y de esta manera también llega a América Latina, y se instaura como Tribunal de Garantías Constitucionales en Perú, Chile, Colombia y Bolivia. En el Ecuador no tuvo tan buena acogida el Tribunal de Garantías Constitucionales como en los otros países de América Latina, por la inestabilidad política, que no ayudó a su fortalecimiento, de esta forma en la

⁸⁸ En el Ecuador estas son entendidas como aquellas que son referidas a las facultades del tipo reglamentario.

Constitución de 1946 se elimina este Tribunal, y lo vuelven a reimplantar en 1967.

En la Constitución Política de 1998, se permitió atribuirle al Estado, que intervenga en la sociedad y en el mercado, buscando de esta manera la solidaridad y la justicia social, pero sin darse cuenta lo que se obtuvo fue que se le confió a los Jueces comunes la posibilidad de ser Jueces Constitucionales, sin que éstos tengan una formación, una capacitación de los manejos de los recursos establecidos en la Constitución.

De esta forma el día de hoy con la creación de un Tribunal Constitucional, se ha llegado a obtener ciertas características jurisdiccionales y no políticas, y así de este modo mantener los principios de supremacía constitucional, con los poderes que le otorgó el Estado, sin éstos es de entender que la sociedad entraría a una crisis jurídica.

Uno de los mayores temas de debate en el proceso constituyente fue el Tribunal Constitucional o Corte Constitucional⁸⁹, se la considera una intervención política en la justicia ordinaria, una nueva instancia que atenta a la seguridad jurídica, y en algunos casos un poder ante la Corte Suprema y en otros frente al poder legislativo. Esto es un fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador.

La Corte Constitucional fue considerada como un super poder ya que esta por encima de todas las funciones y órganos del Estado. Es necesario detallar que el fortalecimiento de los Tribunales o Cortes constitucionales y de justicia constitucional, no es solamente un proceso local y tampoco reciente, éste es

⁸⁹ La denominación de “Tribunal Constitucional” o “Corte Constitucional” son prácticamente equivalentes. La nueva constitución adopta de denominación de Corte para enfatizar los cambios estructurales que introduce, entre los que destaca el fortalecimiento de carácter jurisdiccional del actual Tribunal Constitucional. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, 1era edición, Quito Ecuador, 2008, p. cit. 258.

un proceso a nivel mundial⁹⁰, este proceso tuvo una iniciación en la segunda posguerra en Europa Occidental⁹¹ y a partir de los setenta y noventa en diversas regiones. Este proceso es realizado para la seguridad jurídica, por medio de jueces en la rama de los procesos y normas, el predominio de los derechos humanos, de los procesos democráticos, y de la coyuntura de la mayoría de políticas.

En el Ecuador ya existían antecedentes sobre un Tribunal o Corte constitucional desde el año 1945, en donde se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales.

De manera específica de las competencias que se le adjudicaron a los organismos de control constitucional son las siguientes:

Como lo dispone el Capítulo segundo De la Corte Constitucional, en la Constitución del 2008 el artículo 429 y otros dicen:

“Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito”.

Se hace notar de manera muy explícita que la Corte Constitucional es aquel órgano supremo a los otros niveles de gobierno que tiene el Ecuador, y que las principales en su tiempo venían siendo la Corte Provincial de Justicia, y la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, así dejándolas en un rango de jerarquización menor y poniendo a la Corte Constitucional como el máximo órgano de control.

⁹⁰ En algunos países el control constitucional se ha fortalecido en manos de la Corte Suprema, tal es el caso de Argentina, México o Costa Rica en América Latina. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, 1era edición, Quito Ecuador, 2008, p. Cit. 259

⁹¹ Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil. Madrid, Editorial Trotta, 2005.

“Art. 430.- La Corte Constitucional gozará de autonomía administrativa y financiera. La Ley determinará su organización, funcionamiento y los procedimientos para el cumplimiento de sus atribuciones”.

Como lo dice Ernesto López Freire “ Una aplicación indebida del término autonomía ha propiciado en el Ecuador se confunda autonomía con autarquía, sin que se encuentren entidades administrativas verdaderamente autónomas y de características similares a las que se conocen en otros países, aquellas que pueden dictar, con competencia exclusiva, normas generales sin someterse al Parlamento. De lo que se desprende del artículo 440, que expresa que las sentencias y los autos de la Corte tendrán carácter definitivo e inapelable, puede concluirse que la Corte será autónoma a plenitud”⁹².

“Art. 431.- Los miembros de la Corte Constitucional no estarán sujetos a juicio político ni podrán ser removidos por quienes los designen. No obstante, estarán sometidos a los mismos controles que el resto de autoridades públicas y responderán por los demás actos u omisiones que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil, en caso de responsabilidad penal únicamente serán acusados por la Fiscal o el Fiscal General de la Nación y juzgados por el pleno de la Corte Nacional de Justicia, para cuyo efecto se requerirá el voto conforme de las dos terceras partes de sus integrantes.

Su destitución será decidida por las dos terceras partes de los integrantes de la Corte Constitucional. El procedimiento, los requisitos y las causas se determinarán en la ley”.

Es entendido que la destitución de un miembro de la Corte será decidida por los integrantes de la misma, con los votos de las dos terceras partes. Hay una

⁹² López Freire Ernesto, La autonomía administrativa o autarquía, estudio inédito enviado a la Asamblea Nacional Constituyente.

confusión en este artículo al momento de hablar del Fiscal General de la Nación, cuando en el artículo 194⁹³ de la Constitución se detallan las atribuciones y deberes del mismo, pero en el cual se diferencia y énfasis que se le denomina Fiscal General del Estado. La Corte o Tribunal Constitucional se constituirá con veintiún jueces, como lo dispone el artículo 182⁹⁴.

“ Art. 432.- La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que ejercerán sus funciones en plenario y en salas de acuerdo con la ley. Desempeñarán sus cargos por un período de nueve años, sin reelección inmediata y serán renovados por tercios cada tres años.

La ley determinará el mecanismo de reemplazo en caso de ausencia del titular”. Aquí hay una gran contradicción entre el inciso segundo del artículo 429 y el primero del artículo 432, en donde se indican que las decisiones son tomadas por el pleno de la Corte y que habrá salas para procesar las acciones y facultades de control.

“Art. 433.- Para ser designado miembro de la Corte Constitucional se requerirá:

1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y encontrarse en ejercicio de sus derechos políticos.
2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país.

⁹³ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, Art. 194.- La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso. Pág. 103

⁹⁴ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, Art. 182.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas, y serán designados para un período de nueve años; no podrán ser reelectos y se renovarán por tercios cada tres años. Cesarán en sus cargos conforme a la ley.

Las juezas y jueces de la Corte Nacional de Justicia elegirán de entre sus miembros a la Presidenta o Presidente, que representará a la Función Judicial y durará en sus funciones tres años. En cada sala se elegirá un presidente para el período de un año.

Existirán conjuezas y conjueces que formarán parte de la Función Judicial, quienes serán seleccionados con los mismos procesos y tendrán las mismas responsabilidades y el mismo régimen de incompatibilidades que sus titulares.

La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito. Pág. 99 y 100.

3. Haber ejercido con probidad notoria la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria e ciencias jurídicas por un lapso mínimo de diez años.
4. Demostrar probidad y ética.
5. No pertenecer ni haber pertenecido en los últimos diez años a la directiva de ningún partido o movimiento político.

La ley determinará el procedimiento para acreditar estos requisitos”.

Aquí se puede que se mencionan ciertos derechos políticos que se encuentran dentro del artículo 64⁹⁵ y en la forma en que estos son suspendidos, de la misma manera se puede mencionar que en el artículo 44 de la Ley de Educación Superior enumera de una manera expresa acerca de los títulos de grados y demás⁹⁶.

“Art. 434.- Los miembros de la Corte Constitucional se designaran por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social. La selección de los miembros se realizará de entre las candidaturas presentadas por las funciones anteriores, a través de un proceso de concurso público, con veeduría y posibilidad de impugnación ciudadana. En la integración de la Corte se procurará la paridad entre los hombres y mujeres. El procedimiento, plazos y demás elementos de selección y calificación serán determinados por la ley”.

⁹⁵ Asamblea Constituyente, Constitución 2008 “Art.64.- El goce de los derechos políticos se suspenderá, además de los casos que determine la le, por las razones siguientes:

1. Interdicción judicial, mientras ésta subsista, salvo en caso de insolvencia o quiebra que no haya sido declarada fraudulenta.
2. Sentencia ejecutoriada que condene a pena privativa de libertad, mientras ésta subsista.

⁹⁶ Ley de Educación Superior, publicada en el Registro Oficial 77, de 15 de mayo de 2000.

El Presidente de la Corte o Tribunal Constitucional es aquel que llevará la representación legal, este y el vicepresidente serán designados por el lapso de 3 años y no pueden ser reelegidos.

- a. Las funciones del Estado más la función de Transparencia y Control Social se deberán conformar según los artículos 118⁹⁷, 141⁹⁸ y 204⁹⁹.

“Art. 435.- La Corte Constitucional elegirá de entre sus miembros, a una Presidenta o Presidente y a una Vicepresidenta o Vicepresidente, quienes desempeñaran sus funciones durante tres años, y no podrán ser reelegidos de forma inmediata. La Presidenta o Presidente ejercerá la representación legal de la Corte Constitucional”.

- a. Ya que se ha tocado el tema de cómo se va y se designará a los magistrados de la Corte Constitucional se puede enumerar así como lo

⁹⁷ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, “Art. 118.- La función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que se integrará por asambleístas elegidos para un período de cuatro años.

La Asamblea Nacional es unicameral y tendrá su sede en Quito. Excepcionalmente podrá reunirse en cualquier parte del territorio nacional.

La Asamblea Nacional se integrará por:

1. Quince asambleístas elegidos en circunscripción nacional.
2. Dos asambleístas elegidos por cada provincia, y uno más por cada doscientos mil habitantes o fracción que supere los ciento cincuenta mil, de acuerdo al último censo nacional de la población.
3. La ley determinará la elección de asambleístas de regiones, de distritos metropolitanos, y de la circunscripción del exterior” Pág. 75.

⁹⁸ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, “Art. 141.- La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe de Estado y de Gobierno y responsable de la administración pública.

La Función Ejecutiva esta integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas” Pág. 85.

⁹⁹ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, “Art. 204.- El pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación.

La Función de Transparencia y Control Social promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios y desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.

La Función de Transparencia y Control Social estará formada por el Consejo de Participación Ciudadanía y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las superintendencias. Estas entidades tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa” Pág. 108.

hace el artículo 25 del Régimen de Transición que los detalla de la siguiente manera:

- b. La Asamblea Constituyente conformará la Comisión Legislativa y de Fiscalización (artículo 17), que continuará con las funciones de aquella durante el Régimen de Transición.
- c. Esta comisión designará a los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (artículo 29).
- d. El Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para designar presidente de la república e integrantes de la Asamblea Nacional (artículo 3).
- e. Constituidas las tres funciones se organizará la comisión calificadora que designará a los magistrados de la Corte, entre los nueve candidatos que proponga cada una de las funciones. Para la renovación del primer tercio de los miembros de la Corte, se escogerán por sorteo quienes deben cesar; el sorteo del segundo tercio se hará con los seis magistrados que restaren de la primera designación¹⁰⁰.

“Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.
2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la validez del acto normativo impugnado.

¹⁰⁰ Artículo 25 del Régimen de Transición aprobado en el referéndum de 28 de septiembre de 2008.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.
4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.
5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.
6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.
7. Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.
8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.
9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.
10. Declara la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

Cuando se habla de que la Corte será aquella que interprete la constitución, así como se encargará de ciertos otras distribuciones que están dentro del articulado de la Constitución 2008, en los artículos 104, último inciso¹⁰¹; 130, numeral 1¹⁰²; 134, numeral 4¹⁰³; 145, numeral 5¹⁰⁴; 148, inciso primero¹⁰⁵; 245, inciso cuarto¹⁰⁶.

Encontramos también una reiteración entre los incisos 2 y 4, ya que en ambos casos la Corte Constitucional es aquella que se encargará de ver los actos de inconstitucionalidad tanto normativos como administrativos, y cuya invalidez será declarada.

Hay una confusión entre el numeral 5 del artículo 86 , en donde dice que todas las sentencias se remitirán a la Corte, mientras que en inciso 6, se dice que la Corte será aquella que seleccione las sentencias y así desarrollar jurisprudencia, en cierta forma se complementan, ya que le fin de la Corte es elaborar jurisprudencia vinculante.

“Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y

¹⁰¹ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, Art.-104.- “..... En todos los casos, se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas”. Pág. 70.

¹⁰² Asamblea Constituyente, Constitución 2008. Art. 130.- “.... 1. Por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional”. Pág. 79.

¹⁰³ Asamblea Constituyente, Constitución 2008. Art. 134.- “..... 4. A la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública en las materias que corresponda de acuerdo con sus atribuciones”. Pág. 82.

¹⁰⁴ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, Art. 145.- “..... 5. Por abandono del cargo, comprobado por la Corte Constitucional y declarado por la Asamblea Nacional con los votos de las dos terceras partes de sus integrantes”. Pág. 86.

¹⁰⁵ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, Art. 148.- La Presidenta o Presidente de la República podrá disolver la Asamblea Nacional cuando, a su juicio, ésta se hubiera arrogado funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional; o si de forma reiterada e injustificada obstruye la ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, o por grave crisis política y conmoción interna”. Pág. 88.

¹⁰⁶ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, Art.245.- “.... Con el dictamen favorable de la Corte Constitucional y la aprobación del proyecto de ley orgánica a consulta popular en las provincias que formarían la región, para que se pronuncien sobre el estatuto regional. Pág. 123.

resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriadas.
2. Que es recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”.

La definición de la acción de protección se encuentra en el artículo 94¹⁰⁷ de la Constitución 2008, a diferencia del artículo 437, en donde se expresa que la acción extraordinaria de protección procederá cuando se hubiesen agotado oportunamente todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro de la causa en que se hubiere dictado el acto jurisdiccional objeto de la acción extraordinaria de protección a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuere atribuible a la negligencia del accionante.

Se debe también considerar que esta acción no esta limitada, ni por la materia ni en el tiempo, y que este recurso puede ser tomado frente a las sentencias, autos y resoluciones, que siendo ejecutoriadas, sean calificadas de inconstitucionales, por la violación de cualquier derecho constitucional.

“Art. 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine a ley:

1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

¹⁰⁷ Asamblea Constituyente, Constitución 2008, Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra las sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. Pág. 66.

2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados.
3. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes”.

Encontramos en la misma constitución que las consultas populares están reguladas en los artículos 103¹⁰⁸ y 104¹⁰⁹ de la Constitución 2008.

Con respecto a las objeciones de inconstitucionalidad las determina el artículo 139¹¹⁰ de la Constitución 2008.

“Art. 439.- Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”:

En este artículo al señalar a todos los ciudadanos y ciudadanas por esta razón quiere decir que no excluye a ninguno y que se encuentra dentro los incapaces.

“Art. 440.- Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”.

La norma es super clara, al decir que las sentencias que sean dictadas por la Corte o Tribunal Constitucional son definitivos y que no existen recursos para apelar por estas.

¹⁰⁸ Asamblea Constituyente, Constitución 2008. Pág.69.

¹⁰⁹ Asamblea Constituyente, Constitución 2008. Pág.70.

¹¹⁰ Asamblea Constituyente, Constitución 2008. Pág. 84.

CAPITULO IV

4.1 Puntos de vista del tema tratado.

Jorge Benavides

Asesor Jurisdiccional Tribunal Constitucional

1. Usted que piensa sobre las aplicaciones que tiene el Common Law, en la Corte Constitucional ecuatoriana?

R.- El Stare Decisis norteamericano, con una Corte Federal y de los Estados para verificar jurisdicciones. Lo que existe son aproximaciones en cuanto a un sistema en que se construye los precedentes para entender la norma, las potestades de la Corte no toman fundamento en el nuevo neoconstitucionalismo, el personaje de la Corte Constitucional es el de delinear los procesos. También se cuenta con dos vertientes, la primera con la nueva corriente constitucionalista y la importancia del Juez Constitucional, el cual tiene una importancia super fuerte en este momento, y la segunda son los elementos del Common Law como los precedentes, en la constitución se habla sobre las salas y este sistema ayudaría con su unificación.

2. Usted piensa que en el Ecuador por el hecho de cambiar la constitución, se ha cambiado también de sistema jurídico parecido a uno anglosajón como el Common Law?

R.- Por el acercamiento de los sistemas, ya no se puede hablar de sistemas puros por la globalización, ya que se están positivizando. Precedente per se es escrito. Hasta el Presidente se esta positivizando.

3. Piensa que el Common Law puede llegar a funcionar como sistema jurídico en el Ecuador?

R.- No, en la discusión en los 90 comprobaron los sistemas parlamentarios, frente a los países presidencialistas, se proponía que los países caminen hacia el sistema parlamentarista; se incorporan elementos a nuestra realidad, sería un salto al vacío. Tenemos un acercamiento por todos lados pero el precedente para unificar criterios, fuentes del derecho los hechos facticos que se presentan en el precedente.

4. Piensa que las competencias y las aplicaciones que tiene la Corte Constitucional han sido respetadas, y utilizadas por los ciudadanos ecuatorianos?

R.- Es un pequeño proceso, pero se camina en ese sentido pero las acciones, como son el Habeas Corpus como ejemplo se aproxima de dar justicia a la gente. Dar una línea para un precedente posterior. La Justicia constitucional se lo toma más como un mediador sobre casos políticos.

5. En qué sentido piensa usted que el Common Law influenciaría en las competencias de la Corte Constitucional ecuatoriana?

R.- Por el lado del precedente, unificar criterios y establecer el alcance de cómo son interpretados ciertos derechos. Trabajar por las partes en la razón de decisión en una sentencia. Para una motivación utilizar normas, y principios constitucionales en la emotiva la razón de la desición.

6. Cree usted que con la Nueva Constitución del 2008 el Ecuador adoptó un sistema jurisdiccional a través de la importancia de la Corte Constitucional que es la instancia definitiva?

R.- Si, ahora con la posibilidad de la revisión de la acción de protección, siempre y cuando haya la violación de la norma.

7. Considera que el Ecuador está preparado para aceptar un nuevo sistema jurisprudencial?

R.- Camino al andar, por las nuevas competencias y nuevas atribuciones, un sistema jurisdiccional se entiende de cierto modo las funciones

legislativas, ejecutivas y judiciales. Los Jueces Constitucionales exigen la aplicación de la norma y hay cierta forma a obligar al órgano con potestad normativa. Proceso que estamos recorriendo el camino, y va a ser un tema de matices, para un acercamiento de las familias jurídicas.

María Luisa Serrano

Asistente Constitucional Corte Constitucional

1. Usted que piensa sobre las aplicaciones que tiene el Common Law, en la Corte Constitucional Ecuatoriana?

R.- Aplicación no es, el Common Law se entiende como jurisprudencia y la Corte tiene la competencia de crear jurisprudencia vinculante, es importante esta nueva competencia, por que al ser sentencias y dictámenes muy bien fundamentados, desarrollan los derechos y principios establecidos en la Constitución y es bueno como modelo para los demás operadores jurídicos.

2. Usted piensa que en el Ecuador por el hecho de cambiar la constitución, se ha cambiado también de sistema jurídico a uno parecido al anglosajón como es el Common Law?

R.- No. Lo que se ha cambiado es de un sistema jurídico legalista a uno constitucional, sigue siendo un sistema de derecho positivo.

3. Piensa que el Common Law puede llegar a funcionar como sistema jurídico en el Ecuador?

R.- No, porque aun habiendo fallos de triple reiteración no los aplican los jueces de las instancias superiores, que de todas maneras las sentencias y dictámenes que dicte la Corte Constitucional con carácter vinculante, van positivizando el derecho.

4. Piensa que las competencias y las aplicaciones que tiene la Corte Constitucional han sido respetadas, y utilizadas por los ciudadanos ecuatorianos?

R.- No todavía, los ciudadanos necesitan aprender cuales son sus derechos y sus obligaciones; así como los abogados necesitan actualizarse.

5.- En que sentido piensa usted que el Common Law influenciaría en las competencias de la Corte Constitucional ecuatoriana?

R.- El Common Law no puede influenciar en las competencias de la Corte, porque no es anterior a la Corte y es la Corte la que va a crear jurisprudencia con sus decisiones.

6.- Cree usted que con la Nueva Constitución del 2008, el Ecuador adoptó un sistema jurisprudencial a través de la importancia de la Corte Constitucional que es la instancia definitiva?

R.- La Constitución 2008, constitucionaliza todas las instituciones del país, y efectivamente se ha transitado de un estado social de derecho, en donde el eje es el ser humano como tal, la Constitución es la encargada de vigilar el respeto de los derechos fundamentales.

7.- Considera que el Ecuador está preparado para aceptar un nuevo sistema jurisprudencial?

R.- Como todo cambio necesita tiempo a Colombia, le tomo mas de 7 años cambiar al sistema constitucional, que tienen ahora, y esperamos que en el Ecuador los nuevos abogados asuman esta nueva cultura que es más de justicia que de derecho.

José Luis López

Asistente Constitucional Corte Constitucional

1. Usted que piensa sobre las aplicaciones que tiene el Common Law, en la Corte Constitucional ecuatoriana?

R.- Insipientes todavía y simplemente sirven como principios de dirección de lo que debe ser el precedente constitucional a futuro.

2. Usted piensa que en el Ecuador por el hecho de cambiar la constitución, se ha cambiado también de sistema jurídico a uno parecido al anglosajón como es el Common Law?

R.- No, la tradición jurídica ecuatoriana es eminentemente jurídica, y si bien hay el cambio de estado, nos enfrenta al cambio constitucional jurídico, que todavía no se da en el ecuatoriano.

3. Piensa que el Common Law puede llegar a funcionar como sistema jurídico en el Ecuador?

R.- No, a la final el derecho es eminentemente un producto social y el anglosajón viene de 300 años de historia. Mientras no cambie la sociedad el producto social derecho no va a cambiar.

4. Piensa que las competencias y las aplicaciones que tiene la Corte Constitucional han sido respetadas, y utilizadas por los ciudadanos ecuatorianos?

R.- Como todo cambio de sistema son indebidamente utilizados, por ejemplo: la acción de protección, se abusa de ella y es mal nombrada con la cuarta instancia. Hace falta mayor difusión para definir las competencias y alcances de la Corte Constitucional.

5. En que sentido piensa usted que el Common Law influenciaría en las competencias de la Corte Constitucional ecuatoriana?

R.- Sentando lineamientos para formar precedentes constitucionales al todavía derecho positivo ecuatoriano.

6. Cree usted que con la Nueva Constitución del 2008, el Ecuador adoptó un sistema Jurisprudencial a través de la importancia de la Corte Constitucional que es la instancia definitiva?

R.- No, lo que existió en el Ecuador es la implementación de la Corte Constitucional para los actos legislativos a fin de garantizar los principios constitucionales.

7. Considera que el Ecuador está preparado para aceptar un nuevo sistema jurisprudencial?

R.- No todavía, partiendo del hecho de que el derecho es un producto social.

Carlos Aguirre

Asistente Constitucional Corte Constitucional

1. Usted que piensa sobre las aplicaciones que tiene el Common Law, en la Corte Constitucional ecuatoriana?

R.- Estamos en un proceso de transición, se está entrando al sistema que poco a poco la Corte va a sentar jurisprudencia con pocas sentencias. Prácticamente se está entrando al sistema. Existe un proceso de transición.

2. Usted piensa que en el Ecuador por el hecho de cambiar la constitución, se ha cambiado también de sistema jurídico, a uno parecido al anglosajón como es el Common Law?

R.- No, ninguna constitución puede cambiar el accionar de la gente y no se puede cambiar. Hay un cambio normativo.

3. Piensa que el Common Law puede llegar a funcionar como sistema jurídico en el Ecuador?

R.- No, es diferente una constitución que depende de una realidad que de una costumbre.

4. Piensa que las competencias y las aplicaciones que tiene la Corte Constitucional han sido respetadas, y utilizadas por los ciudadanos ecuatorianos?

R.- Si, antes eran resoluciones ahora son sentencias vinculantes, ya que exige y se cumplen las acciones, y estas sentencias son jurisdiccionales y constitucionales.

5. En qué sentido piensa usted que el Common Law influenciaría en las competencias de la Corte Constitucional ecuatoriana?

R.- En los precedentes jurisprudenciales, porque ya se resolvió rige para la posterior, y no permite la arbitrariedad y no permite la contrariedad.

6. Cree usted que con la Nueva Constitución del 2008, el Ecuador adoptó un sistema jurisprudencial a través de la importancia de la Corte Constitucional que es la instancia definitiva?

R.- Si, por que la constitución lo rodena que la Corte Constitucional según e artículo 429, es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia constitucional, es de última instancias.

7. Considera que el Ecuador está preparado para aceptar un nuevo sistema jurisprudencial?

R. Estamos en proceso de asimilar ese nuevo cambio constitucional.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En este trabajo de investigación se hizo una investigación profunda del Common Law, así como de la Corte Constitucional sus aplicaciones y sus competencias. Se ha considerado que el Common Law en las competencias de la Corte Constitucional son:

- Se han introducido varios cambios con la Nueva Constitución del 2008, así de esta manera se han incorporado nuevas perspectivas y nuevas formas de interpretar los cambios realizados en los que se ha envuelto nuestro país como son los cambios constitucionales, los cuales no hacen entender que en nuestro país se ha tomado un nuevo sistema que es el jurisprudencial, y al cual aun no estamos educados ni actualizados para poder utilizarlo.
- Estando en un proceso de transición, al cual estamos incluyendo precedentes los cuales tienen un origen de varios sistemas Jurídicos como son los de Common Law norteamericano que es el mas cercano y asimilado con nuestro sistema ya que se tiene aun un sistema con una Constitución y con normas aun escritas.
- Así encontramos a una nueva instancia que es la Corte Constitucional, que está llena de competencias y aplicaciones para hacer justicia los derechos de las personas y de esta manera hacer que se respeten ciertos recursos los cuales son solamente para la violación de ciertos principios que no fueron cumplidos.
- De esta manera ponemos a nuestros jueces no solamente a exigir el cumplimiento de una norma, con el precedente a parte de haber un cumplimiento exhaustivo de la norma, el juez también puede ser parte del proceso, haciendo de esta una forma de jurisprudencia al momento de dictar sentencia.

- No podemos hablar de un sistema jurídico puro, ya que se ha llegado a tener matices de diferentes tipos de sistemas jurídicos a los cuales nos estamos adaptando con los cambios constitucionales, y los cuales nos van dar diferentes tipos de opciones para hacer cumplir y respetar los derechos de los ciudadanos.
- Es recomendable la actualización como la difusión de las competencias y las aplicaciones de la Corte Constitucional para así de esta manera hacer que se respeten y se cumplan con los procedimientos que esta demanda para con los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

- **ANDERSON**, Perry. Lineages of the Absolutist State. (1974) Las antinomias de Antonio Gramsci (1977) Los Fines de La Historia (1992) Campos de Batalla.
- **ANDRADE**, Santiago, **GRIJALVA** Agustín, **STORINI** Claudia.(2009). La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. Serie "Estudios Jurídicos" Volumen 30. Corporación Editora Nacional. Quito.
- **ARNHEIM**, Michael. (1994). Common Law. New York University Press. Reference Collection.
- **AVILA**, Santamaría Ramiro, **GRIJALVA** Jiménez Agustín, **MARTÍNEZ** Dalmau Rubén. Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva. V&M Gráficas.
- **BAKER**, J.H (2003). The Oxford History of the Laws of England Volume IV. Oxford University Press.
- **BARRETO**, Vicente. Diccionario de Filosofía do Directo, São Leopoldo, Unisinos, 2007.
- **BLACKSTONE**, Sir William. (1765). Commentaries on the Laws of England. Oxford: Clarendon Press.
- **BURNHAM**, William. Introduction to the Law and Legal System of the United States, 4th ed. (St. Paul: Thomson West, 2006).
- **CABANELLAS**, de Torres Guillermo. (2005). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L.
- **CARBONELL**, Miguel. (2007) Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM. Editorial Trotta.
- **CONSTITUCION 2008**.
- **CHELLEL**, Kit (2008-09-19). "Former McKenna lawyer appointed to High Court.
- **DUNAN**, Marcel; Mosca. Roberto; et. al (dir): Historia Universal', Tº II, Nogue, Rizzolli, Larousse. Ed. Cast.: ANESA, Barcelona, 1974.

- **EASTON**, M.G. (1897). Easton's Bible Dictionary. Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library.
- **EASTON**. M.G. (1897). Easton's Bible Dictionary. Grand Rapids, MI: Christian Classics Ethereal Library.
- **FERGUSON**, Niall (2004), Empire, The rise and demise of the British world order and the lessons for global power, Basic Books.
- **FONGE**, Fuabeh P. (1997). Modernization without Development in Africa: Patterns of Change and Continuity in Post-Independence Cameroon. Trenton, New Jersey: Africa World Press, Inc..
- **JAMES H.** Fowler and Sangick Jeon, "The Authority of Supreme Court Precedent," Social Networks (2007).
- **Ley de Educación Superior**, publicada en el Registro Oficial 77, de 15 de mayo de 2000.
- **MAURICE**, Ashley. The Glorious Revolution of 1688 (Hodder & Stoughton, 1966; also Panther History 1968).
- **MONROY**, Cabra Marco Gerardo. Magistrado de la Corte Constitucional de Bogotá- Colombia. (2002). La interpretación Constitucional. Ediciones Librería del Profesional.
- **PEREZ**, Ordóñez Diego. (compilador). (2009). La Constitución Ciudadana. Doce Versiones sobre un documento revolucionario. Edición Taurus Ecuador.
- **Plan de Gobierno del movimiento Alianza País** 2007- 2011.
- **Régimen de Transición** aprobado en el referéndum de 28 de septiembre de 2008.
- **TOWNSON**, Duncan. Breve historia de Inglaterra. Alianza, Madrid, 2004.
- **TRIBUNAL**, Constitucional del Ecuador. Un cambio ineludible: La Corte Constitucional. Producción y Edición, Dr. Rodrigo Santillán Peralbo. Asesor de Prensa.
- **VERGOTTINI** De Giuseppe. Derecho Constitucional Comparado. (2004). Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones

Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 197. Coordinador editorial: Raúl Márquez Romero.

- **ZAGREBELSKY**, Gustavo. (1997). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Editorial Trotta, S.A.
- <http://www.lonang.com/exlibris/blackstone/bla-000.htm>, 6 de enero del 2010.
- <http://www.state.gov/r/pa/ei/biog/115321.htm>, 6 de enero del 2009.
- [Htp://www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com), consultado el 28 de marzo del 2010.
- <http://www.england-legislation.hmso.gov.uk/acts/acts2007/en/07en15-d.htm>. Retrieved 2008-03-05. "paras.281-316.
- http://www.hmcourtsservice.gov.uk/docs/annualreports_crown06_07/Swansea-Crown-Court-2006-2007.pdf. Retrieved 2008-10-20