

# MLS LAW AND INTERNATIONAL POLITICS

<https://www.mlsjournals.com/MLS-Law-International-Politics>



## Cómo citar este artículo:

Cevallos Zambrano, I. A. (2022). Desde la pandectística a la crisis del constitucionalismo. *MLS Law and International Politics*, 1(1), 61-77.

## DESDE LA PANDECTÍSTICA A LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO

**Iván Agustín Cevallos Zambrano**

Corporación de Telecomunicaciones EP (Ecuador)

[ivancevallosz@hotmail.com](mailto:ivancevallosz@hotmail.com) · <https://orcid.org/0000-0001-6647-0257>

**Resumen.** Este trabajo habla del proceso codificador de las leyes, con el antecedente del iusnaturalismo, el iuspositivismo y el Corpus Iuris Civilis, y la influencia de las escuelas (Histórica Pandectística), para pasar a la corriente jurisprudencial, que influyó en otras ramas del derecho. También se distinguen varios sistemas jurídicos, por los diversos códigos en los estados alemanes; lo que llevó a la pérdida de la unidad del sistema jurídico europeo conseguido en el ius commune, que posteriormente pasó al siglo de las luces (XVIII), caracterizado por las corrientes basadas en la razón y el método científico. Después se analizó el paso al derecho positivo, considerado la expresión máxima del Estado según Engels; lo cual se refleja en las legislaciones de cada uno de los estados alemanes. Así mismo, se analiza el apareamiento de las escuelas Histórica y Pandectística, con lo que se evidencia dos órdenes jurídicos: el primero, formado por reglas; y, el segundo, por la interpretación de las reglas, para llenar las lagunas jurídicas. De este modo se generaron también los sistemas constitucionales Clásico, Social y Neoconstitucional; de lo cual se pueden distinguir los procesos de cambios constitucionales, a través de la declaratoria de inconstitucionalidad de normas. Este trabajo permite distinguir la labor de los jueces, a través de la jurisprudencia y del legislador, en la integración de las normas; pero ignorando el estatuto de límites y garantías, y excluyendo el poder constituyente. Finalmente, se analiza el momento constituyente que establece la división de las Funciones del Estado y las libertades fundamentales, con constituciones que introducen la garantía de la “*rigidez constitucional*”: sustancia del constitucionalismo moderno, que condiciona las normas a la coherencia con los principios constitucionales. No obstante, aparece el neoconstitucionalismo, como el contra Poder de las Funciones.

**Palabras claves:** Pandectística, codificación, constitucionalismo, neoconstitucionalismo, contra poder y garantías.

## FROM PANDECTISTICS TO CRISIS OF CONSTITUTIONALISM

**Abstrac.** This work talks about the codifying process of the laws, with the antecedents of natural law, legal positivism and the Corpus Iuris Civilis, and the influence of the schools (Histórica Pandectística), to pass to the jurisprudential current, which influenced other branches of law. Various legal systems are also distinguished, by the various codes in the German states; which led to the loss of the unity of the European legal system achieved in the *ius commune*, which later passed into the Age of Enlightenment (XVIII), characterized by currents based on reason and the scientific method. Then the passage to positive law was analyzed, considered the maximum expression of the State according to Engels; which is reflected in the legislation of each of the German states. Likewise, the appearance of the Historical and Pandectistic schools is analyzed, with which two legal orders are evidenced: the first, formed by rules; and, the second, by the interpretation of the rules, to fill the legal gaps. In this way, the Classical, Social and Neo-constitutional constitutional systems were also generated; from which the processes of constitutional changes can be distinguished, through the declaration of unconstitutionality of norms. This work allows distinguishing the work of the judges, through the jurisprudence and the legislator, in the integration of the norms; but ignoring the statute of limits and guarantees, and excluding the constituent power. Finally, the constituent moment that establishes the division of the State Functions and the fundamental freedoms is analyzed, with constitutions that introduce the guarantee of "constitutional rigidity": substance of modern constitutionalism, which conditions the norms to the coherence with the constitutional principles. However, neoconstitutionalism appears, as the counter Power of the Functions.

**Keywords:** Pandectísticas, codification, constitutionalism, neoconstitutionalism, counter power and guarantees.

### Introducción

La doctrina Pandectística nace como reacción a la Escuela Histórica del Derecho, en el proceso de cambio de la corriente *iusnaturalista*, la implantación del positivismo y el Corpus Iuris Civilis, para llegar al siglo de las luces, apareciendo el movimiento codificador y el Pandectista.

En este trabajo se analiza la influencia de la corriente *iusnaturalista* en el derecho internacional público, constitucional, privado y el surgimiento de los sistemas jurídicos o códigos en cada estado, lo que generó la pérdida de la unidad del sistema jurídico europeo alcanzado con el *ius commune*.

Siglo que se caracterizó por la confluencia de corrientes intelectuales basados en la razón, el método científico y la propagación del saber, llamado también, el siglo de las luces, con las ideas de Descartes y Newton, y las grandes revoluciones en Europa y América del Norte.

Momento en que el movimiento Codificador identificó al Derecho Romano como de interés práctico o derecho vigente, mientras el Corpus Iuris era la *praxis* o libro sacro.

También se distinguen dos órdenes jurídicos, el formado por las reglas; y, el que las reglas debían interpretarse para llenar las lagunas jurídicas. Lo que se aproxima a la idea de Puchta, que la ley ofrece garantía de certeza sobre los imperativos, a diferencia de Savigny que las leyes cuando modifican el derecho existente, por muy elevado que sean sus fines, son una corrupción del Derecho.

En la escuela Pandectística se identifica la polémica iniciada con Thibaut, quien proponía dictar un código civil único para Alemania, por considerar, que la codificación daría seguridad al derecho, simplificaría su enseñanza y aplicación en los tribunales. Mientras Savigny, la rechaza por considerar que la ciencia jurídica alemana no estaba preparada para proceder a una codificación, por lo que debían enfocarse en la construcción del sistema científico del derecho.

También se establece que el juez solo debía atender a la ley, en los sentidos lógico, gramatical y de la sistematización de las normas. Aunque más tarde se reconoce la interpretación extensiva o restrictiva de las normas, cuando se debe completar o quitar algo.

En cuanto a la metodología Pandectística, los juristas recurrieron a un método sistemático, propugnando un sistema lógico-conceptual del derecho, cuya finalidad era conseguir que “cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos”, en virtud del cual las reglas y los conceptos jurídicos se encuentran relacionados en una gran unidad.

También se analiza el aporte de la Pandectística a la metodología jurídica, cuyo objeto es la construcción y deducción de conceptos jurídicos, denominado “*el conocimiento de las proposiciones jurídicas en su conexión orgánica hasta sus primeros principios*” y desde esos principios nace la reflexión científica del jurista.

Se distinguen las funciones de la metodológica basada en los conceptos, imperando la declaración de la voluntad privada y la aplicación de las normas mediante la analogía, por lo que las normas contractuales eran aplicables a los negocios de manera directa, surgiendo la “*legatum debiti*” o “*legado de deuda*”, en la que un deudor hace un legado a su acreedor para beneficiarse. También se hacía una distinción del elemento político de lo técnico o ciencias jurídicas.

Así la codificación siguió la construcción conceptual, buscando la certeza del derecho, y por otro evitar la ambigüedad para excluir la arbitrariedad en las resoluciones judiciales y garantizar la seguridad jurídica.

Finalmente se concluye que todas las corrientes pasaron un proceso que dependía de lo que hoy se conoce la cultura jurídica prevalente del momento, término acuñado en la posguerra (Siglo XX), como la suma de saberes y enfoques o modelos de justicia o modo de pensar sobre el derecho y las instituciones jurídicas e interpretación del derecho por los operadores jurídicos, generando una interacción entre el Derecho positivo y la Cultura Jurídica.

No obstante, la cultura jurídica no puede estar ajena a los sistemas políticos y a la influencia de los Estados - Repúblicas, como el liberal, el fascismo autoritario y corporativo, y el republicano constitucional, lo que trajo como consecuencia la politización del Derecho, con la inversión del postulado de la ilustración por la artificialidad del Derecho.

También se aprecia que el paso del derecho desde el iusnaturalismo al positivismo, este último con el nacimiento de la ley, su preeminencia e interpretación, según la cultura jurídica socio-política, da paso a la supremacía normativa con jerarquía constitucional, por el cual se han desarrollado tres sistemas constitucionales, denominados: Clásico, Social y Neo constitucional, modelos que establecen la división de poderes y las libertades fundamentales, la garantía de la rigidez constitucional y el control de validez de las leyes; así como la extensión del principio de legalidad, destinados a todos los poderes, lo que constituye la sustancia del constitucionalismo moderno, que invierte el paradigma del Estado soberano, lo omnipotente del legislador y la validez formal y material de las leyes más la coherencia con los principios constitucionales.

En base a lo anterior, se identifican a los órganos del control de garantía y valides normativa, asignado a las Cortes o Tribunales Constitucional o Salas Constitucionales del máximo Tribunal de Justicia, lo que para muchos generó la debilitación de la legalidad y lo constitucional considerado un obstáculo al decisionismo gubernamental, lo que afecta a la relación entre la doctrina jurídica, legislación y jurisdicción, lo cual evidencia la pérdida del rigor técnico, racionalidad y coherencia de la norma generándose un caos normativo; y la cultura garantista pasa a un papel defensivo, según Ferrajoli.

También se describe la crisis del constitucionalismo germinando el denominado neo-constitucionalismo, desarrollado en países como Bolivia, Ecuador y Venezuela, con constituciones de estructura dogmática, orgánica y normativa, con un modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, como fundamento de la autoridad y aplicación directa de la constitución, con características como la rigidez, supremacía, fuerza vinculante, la interpretación conforme, y de las llamadas cuestiones políticas no judiciales, generando un protagonismo judicial, por el examen a los actos de autoridad pública en la observancia de las reglas del debido proceso, las garantías constitucionales y la integridad por medio del control constitucional, demostrándose así un cambio de paradigma, con nuevos esquemas jurídicos normativos para el control de las leyes, identificando esta etapa como la del poder de los jueces.

### Resultados

Para hablar de la Pandectística, previamente señalaremos que el Derecho Romano contenido en el Corpus Iuris Civilis o Cuerpo de derecho del ciudadano romano que, según (Machicado, 2007), plasmado por Justiniano, en el siglo VI, se convirtió en la base de la enseñanza jurídica, tanto en Italia como en Francia, para posteriormente -en los siglos XI y XII- con su redescubrimiento se forman las llamadas escuelas, como la de los glosadores, luego los comentaristas, cuyas ideas penetraron en Francia; pero apartándose más tarde los juristas franceses, para estudiar el Derecho Romano desde otras perspectivas, y profundizar el estudio en los aspectos dogmático, histórico, sociológico y filosófico; lo cual da lugar a una corriente llamada "jurisprudencia elegante", que se expandió desde el siglo XIII hasta el siglo XVI, a varios países.

Esto evidencia que la recepción del Derecho Justiniano fue un proceso lento de siglos, para convertirse -junto con el Derecho Canónico- en el derecho común (*ius commune*); *el mismo que* extendió las reglas del Derecho Romano y creó nuevas instituciones del derecho, a pesar de no haberse promulgado como derecho nacional, ni venido de la legislación, sino de la colección de material jurídico racional que inspiraron las decisiones judiciales o sentencias, las mismas que contenían doble interpretación: la primera, consistía en analizar el caso en concreto, para tomar la decisión; y, la segunda, después de la decisión, redactar reglas aplicables a nuevos casos que no estuvieran en el corpus iuris.

En este mismo período, en la Europa occidental, nace la Corriente Iusnaturalista, producto de la ilustración; la misma que influye, sobre todo, en las áreas del Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional y del derecho privado, según (Morineau, 1999). Por este motivo, en Alemania (siglo XVIII) se distinguieron diferentes sistemas jurídicos, como los códigos nacionales o de cada Estado; lo cual generó la pérdida de la unidad del sistema jurídico europeo, para alcanzar con el *ius commune*; es decir, se produce la generación de códigos en cada ciudad-Estado de las naciones o país del continente.

Es importante señalar que el siglo XVIII se caracterizó por la confluencia de corrientes intelectuales basados en la razón, el método científico y la propagación del saber, llamado el siglo de las luces, gracias a las ideas de Descartes y Newton. Este último optó por el racionalismo y el empirismo, caracterizado por el potenciamiento de la burguesía que terminaría en las grandes revoluciones en Europa y América del Norte, donde la noción de razón fue absoluta, desvirtuando la sensibilidad; porque consideraban que, así como los principios de las matemáticas se derivan de axiomas o principios, así también la filosofía debía desarrollarse de forma lógica; lo cual equivalía al racionalismo ilustrado y al *ius naturalismo*, que utilizó el método que consideró al derecho como un producto de la razón humana y de la lógica.

Como consecuencia de aquello, según (Laos Jaramillo, 2013), la Escuela Histórica contrapuso lo romántico a la historia, al racionalismo imperante. Esto significó un retorno a las raíces de la Historia del Derecho Romano y el Derecho Germano, según el cual el origen del derecho está determinado por la “evolución histórica de un pueblo”, en cuya base está la costumbre.

En cuanto a las normas implantadas, llamado derecho positivo, según (Friedrich, 2013), éstas poseían su validez en la autoridad, mas no en principios racionales; porque en palabras de Engels, el derecho estaba considerado la expresión máxima del Estado. Sin embargo, la realidad jurídica alemana, según el mismo Engels, fue el resultado de la división de pequeños Estados con distintas y múltiples legislaciones, con condiciones diferentes en el ejercicio de una misma profesión, con nuevas triquiñuelas, trampas burocráticas y fiscales, barreras gremiales; además de que cada Estado aún pequeño, tenía su propia moneda, distintos sistemas de pesas y medidas, sin que aquellas sean reconocidas en el mercado mundial; porque, para los extranjeros regían la libra esterlina, dólares y francos, según fuera el caso.

Fue desde los años 1814 y último tercio del siglo XVIII según (Atard, 1908) que Savigny desarrolla la Escuela Histórica, que se había rebelado contra el *radicalismo* del derecho natural, en la cual se enseña el camino a la ciencia jurídica alemana, en cuanto a la naturaleza y límites de su acción, por considerar que el derecho, en realidad, no existe de por sí y que el mismo será posible partiendo de su historia. Esto adquiere importancia para la vida, para el trabajo científico profesional y para la práctica diaria, por su tendencia a combatir la promulgación de un Código Civil alemán.

Esta Escuela Histórica, según (Bergbohm, 1892), consideró al derecho como el producto histórico de la vida común humana, y que su nacimiento y modificación no son sino una parte del proceso general de la cultura. Esta concepción del derecho natural admite un derecho válido para todo lugar y tiempo, de un modo tan amplio; cuya teoría capital no es más que la desnaturalización del derecho positivo, con elementos del derecho natural. Esto revela la superioridad ante el derecho que se produce orgánicamente sobre el que fuera creado de un modo artificial, con lo cual descubre los perjuicios de la formación precipitada de la ley. He aquí el porqué de su negativa a la codificación, aunque no a toda clase de legislación.

Ese hecho, al parecer, originó en Europa, por un lado, el movimiento Codificador, y por otro, el movimiento Pandectista.

En cuanto al período Codificador, se expande el estudio del Derecho Romano y la cultura jurídica de estos pueblos, la misma que es aprehendida y reinterpretada según la mentalidad y espíritu de cada época, en otras palabras, se reapropió al Derecho Romano, con un interés práctico; mientras el *Corpus Iuris* era utilizado en la praxis de los tribunales. Ésta es la razón por la cual el Derecho Romano fue acogido como derecho vigente, a diferencia del *Corpus Iuris*, que adquirió casi un valor de libro sacro; porque su contenido era aceptado como dogma de fe, en virtud de que predominaba la condición de derecho histórico: de lo que se desprende la tendencia histórica y dogmática.

Cabe entonces señalar que la Escuela Histórica del Derecho, reconoce como antecedente las ideas jurídicas de los sofistas griegos en la antigüedad, que alcanzó su más alto desarrollo en Alemania, con las obras de Savigny, Puchta y Hugo. Este movimiento según (Sainz-Esquerro Foces, 1996), es criticado por el inglés Edmund Burke, quien señala la necesidad de inspirar toda acción social en la historia. Esta escuela, considerada corriente de pensamiento del siglo XIX, en Alemania, frente a la concepción iusnaturalista del derecho, abstracto y racional, ve un producto histórico en doble sentido:

Primero, como contingente y particular de cada tiempo y cada pueblo, cambiante en las distintas circunstancias, frente a los siglos anteriores de un derecho inmutable y universal; y,

segundo, que explica no sólo desde sí mismo, como ente abstraído de la realidad, sino en conexión con el resto de las manifestaciones culturales de la sociedad y el tiempo vigente.

Así, las ideas de la Escuela Histórica de Savigny suponen una concepción positivista del derecho, como una simple reacción contra el pensamiento abstracto e historicista, del cual recibe gran parte de su aparato conceptual.

Claro está que la Escuela Histórica no es una reacción contra el pensamiento de la ilustración, sino una reacción contra una de las formas de pensamiento de esa época; lo cual se explica con el movimiento codificador, que trajo como consecuencia un proceso codificador en Alemania, a través de la Escuela Histórica-Pandectística, con una metodología diferente, recurre a las fuentes jurídicas originales; las mismas que, en primer lugar, no se limitó al análisis e interpretación de los casos del *corpus iuris*, sino que buscó desarrollar argumentos y reglas; y en segundo lugar, buscaron que dichas reglas fueran interpretadas dentro de un sistema de instituciones y principios del derecho.

Lo señalado evidenció dos órdenes jurídicos: el primer orden, formado por las reglas; y, el segundo orden, por el que las reglas debían interpretarse a la luz de la institución a la que pertenecían; lo que servía para llenar las lagunas jurídicas.

He ahí que los conceptos de pueblo, continuidad, unidad del mundo de la cultura, autonomía de las formas históricas, tienen su antecedente en la época ilustrada, a las que el historicismo sistematizó en “una teoría coherente...” según (Vicén, 1996), cuyo precedente se fundamenta en Montesquieu, en el siglo XVIII, con la reflexión sobre la variedad de las leyes e instituciones humanas.

Pero fue en el siglo XIX cuando se da el cambio en la orientación del “*método jurídico*”, con relación al pensar y sentir de los pueblos, al imponerse al romanticismo, el racionalismo; es decir, “...manifestación natural” a “... manía de ordenar todo”, que Savigny atribuía a la centuria pasada; mientras (Hugo), se limita a llevar a cabo una crítica hacia el fundamento último del derecho que proclama el racionalismo; es decir, el derecho natural derivado de la razón, inclusive, con la reflexión sobre la dificultad de formular postulados seguros y universalmente válidos; para abrir con ello las puertas a una concepción del derecho, sin anclaje en la razón; pero sí como manifestación de voluntad circunstancial de los pueblos, con el fin de adquirir sentido su contraposición positivista e iusnaturalista, mas no en toda su transcendencia.

Para la Escuela Histórica Pandectista, según (Sainz-Esquerria Foces, 1996), la única fuente del derecho, en sentido propio, es el espíritu popular, a diferencia de Puchta; quien establece tres fuentes del derecho, en las cuales se manifiesta dicho espíritu: la costumbre, la ley y la doctrina científica. En cuyo caso, la primera, por su repetición y consolidación en su uso constituye el derecho consuetudinario, considerada la principal de las fuentes del derecho.

En cuanto a la ley, en ella se expresa la voluntad del legislador para mediante la norma pretender el ordenamiento racional de las relaciones sociales (ilustración), lo cual, según ese enfoque es rechazable; pero si el legislador utiliza la ley como cauce de manifestación del derecho, en circunstancias concretas, se trata de una importante fuente del derecho; es decir que el legislador mediante la ley pone de manifiesto la conciencia común del pueblo, ya para marcar límites o bien para impulsar convicción en vía de constitución. En sí, la ley, para Puchta, ofrece garantía de certeza sobre los imperativos del espíritu del pueblo, lo que para Savigny las leyes cuando modifican el derecho existente, por muy elevado que sean sus fines, son una corrupción del Derecho.

Finalmente, a criterio de Savigny, la doctrina en esa época fue pobre en concepto, y el derecho no se manifestaba mediante principios explícitos, sino por actos simbólicos y formales, según (Sainz-Esquerria Foces, 1996).

Ahora bien, en la Pandectística, la polémica se inicia con Thibaut, quien proponía dictar un código civil único, para Alemania, teniendo en cuenta que cada Estado o Estadito tenía sus propias leyes, inspiradas en el Derecho Nacional Alemán, con influjo de ideas iusnaturalista racionalista; pero excluyendo la influencia del Derecho Romano, ajeno al sentir alemán; el mismo que consideraba que la codificación daría seguridad al derecho, simplificaría su enseñanza y aplicación en los tribunales; además, se consolidaría la unidad del pueblo frente a la diversidad de costumbres locales, para dar cabida al estudio histórico del Derecho Comparado. Otros proponían un modelo similar al Código Francés, de 1804.

Son esos hechos por los cuales Thibaut demanda la creación de un código que permita a los abogados y jueces, una cierta homogeneidad en la aplicación de la ley, a lo largo y ancho de la confederación alemana; lo cual sólo se garantizaría si la educación de los abogados gira alrededor de un único código; a más de permitir la educación en las escuelas de derecho y el desarrollo de habilidades y técnicas jurídicas, tales como la retórica y la argumentación; y además de considerar que todo estaba descuidado, porque todo se reduce a aprender de memoria innumerables leyes, definiciones y distinciones, incluidos el buen hablar, la destreza en el ataque y la defensa, la formación del talento para encauzar una causa judicial, el tratar con cautela los negocios. Esto evidenciaba la necesidad de un Derecho Civil General para Alemania, ya que no era ventajoso usar el Derecho Romano; porque sus principios no se hacen explícitos en los documentos disponibles, ni la experiencia romana se encontraba al alcance de la experiencia moderna; motivo por el cual era de poco sentido elaborar un código con trozos de la experiencia romana, como reitera (Sainz-Esquerra Foces, 1996).

Pero la propuesta de contrapeso fue la de Savigny, quien rechaza la idea de la codificación, por dos razones:

1.- La una coyuntural, por considerarlo inoportuno y porque la ciencia jurídica alemana no estaba preparada para proceder a una codificación; pues, según Savigny, el derecho es el espíritu del pueblo, y el pueblo no estaba para darse un código dañino artificial, al proponer que, en lugar de confeccionar y sancionar un código, debían enfocarse en la creación del sistema científico del Derecho Romano vigente en Alemania, lo que podría sentar bases para una codificación, como se describe en (Océano).

En cuanto a la razón de fondo, Savigny consideró que podría significar el endurecimiento del derecho y un obstáculo a su permanente desarrollo y evolución; es decir, estimaba que los alemanes "... no estaban preparados para hacer un código, que el mismo significaría que la vida científica del derecho sufriría una decadencia y que dicho cuerpo legal, para su aplicación, debía rodearse de usos judiciales, o doctrina judicial". Consideraba, además, que el derecho -en un principio- estaba constituido sólo por la ley positiva y que la legislación transcurre en el tiempo y conduce a la historia del derecho. De ahí que el juez sólo debía atender a lo que de hecho el legislador había expuesto en la ley, según el sentido lógico, gramatical y de la sistematización de las normas en el tiempo.

Pero ya en su madurez, Savigny reconoce la interpretación extensiva o restrictiva de las normas, -lo que había rechazado inicialmente-, por considerar un error en el sistema, cuando se debe completar o suprimir algo. Afirmó que la ley no era única fuente originaria del derecho, sino que existía la convicción jurídica popular-espíritu del pueblo, el mismo que no se realiza mediante deducciones lógicas, sino mediante la percepción y los modos de comportamientos concretos; de este modo reconocía al Derecho Consuetudinario como fuente formal y nueva formulación, sobre la interpretación del derecho y su función en las expresiones de las normas; entre ellas, la integración de lagunas en el derecho.

Deduciendo lo general, desde lo particular, y proponiendo que ningún estudio de la ciencia del derecho podría hacerse por separado, o con uno solo de los métodos existentes,

también se admite el carácter general del derecho, como sucesión de hechos históricos, como la jurisprudencia -en conjunto-, los conceptos y las normas, según su conexión interna, para cumplir el objetivo de las funciones legislativas, para que se vincule el origen de pueblo y nación, según (Océano).

Es evidente que el fundador de la Escuela Histórica fue FK.v Savigny, con la sistematización de las ideas historicistas bases de la escuela; pero la misma no fue concebida como respuesta a la polémica sobre la codificación, sino que, desde años antes, venía siendo preparado por éste. Sin oponerse a la idea codificadora en sí misma, su punto de arranque fue el concepto de pueblo; pero no como un contrato social, como lo llama (Hobbes, 2002), sino como un organismo natural y necesario, fundamentado por todo su pasado y constituido en una comunidad de la que forma parte cada uno de los individuos, derivando la noción de espíritu colectivo (Volksgeist). Esto, para Voltaire, era el “espíritu nacional” o “espíritu del pueblo”, el mismo que surgió en Francia en el siglo XVIII; pero no en Alemania. Lo que según (Ferrater Mora, 1994), equivale al fundamento último de todas las convicciones morales y jurídicas, creencias, concepciones de vida, costumbres, lenguas y el derecho: como un patrimonio espiritual propio y distintivo de cada pueblo, porque ambos funden pasado y presente, según el caso.

Sin embargo, para el historicismo de (Sainz-Esquerra Foces, 1996), no tiene sentido reducir el derecho a principios generales, con aplicación universal, tomando en cuenta que cada sociedad produce históricamente el derecho, como la manifestación cultural. Por ello se puede decir que el derecho no proviene tan sólo de la mente de los juristas; porque en la época moderna se convirtió en una función social diferenciada de otras manifestaciones de la cultura, ya que en comunidades primitivas el derecho no se diferencia de las cuestiones religiosas y políticas de la vida social; pero en la sociedad moderna sí se da una interacción entre lo jurídico y lo social.

La idea del movimiento codificador, especialmente del Derecho Civil, que representó una revolución absoluta en la forma o manera de concebir y presentar lo jurídico, generó una tendencia universal que llegó no sólo a Europa sino a occidente, con la inclusión del Código Civil de Chile, denominado de Andrés Bello; el mismo que constituyó la base del Código Civil del Ecuador y de América Latina. En este caso, la tendencia universal fue que las sociedades, cada cierto tiempo, buscaron reunir el derecho en cuerpos únicos, compactos y totalizadores, (Así, se puede ejemplificar la ley de las XII Tablas, en la antigua Roma, del siglo V antes de Cristo; el Corpus Iuris Civiles, del Emperador romano Justiniano, en el siglo VI después de Cristo; el Código Civil de Francia y Alemán, et), presentados como una forma de separar el Estado, del derecho anterior de la época en que surgieron; es decir, por un lado, la teoría codificadora; y, por otro, las primeras manifestaciones históricas de los códigos de los siglos XVII al XIX, que buscaron alejarse de la época medieval y el corpus iuris civiles.

Fueron las circunstancias descritas por las que surgieron las escuelas jurídicas, entre ellas: las escuelas de los glosadores, comentaristas y de los humanistas; a las cuales se les atribuye la forma de concebir esos derechos, en virtud de la casuística en la resolución de casos particulares; es decir, “*casos no reglas abstractas*”. En otras palabras, no era un derecho legislado, ni había una regla oficial y potestativa que señalara a los jueces, juristas, abogados y a las partes, cuál era el criterio jurídico cierto que se debía aplicar en determinadas situaciones, sin que estos puedan llegar a la certeza y la seguridad jurídica. Por ello, el juez acogía la “opinión común de los doctores” a diferencia del juez moderno, quien aplica lo que dice la ley. Esa corriente codificadora generó un sentimiento de inseguridad e incerteza jurídicas, por lo que clamaban por la reforma del derecho; puesto que cada parte se basaba en un jurista, aunque con opinión contraria; es decir, no había fijeza ni certeza jurídica, porque dependían del jurista más autorizado.

Lo dicho dio como consecuencia que los intelectuales relevantes de la época lleguen a la conclusión de que el sistema jurídico no podía continuar vigente, por la incerteza e inseguridad. En fin, este derecho moderno consideraba, según (Guzmán B, 1984) que al igual que todas las ciencias, también el derecho debía basarse los postulados más generales posibles, que no tienen una demostración; pero que son evidente, como el axioma. Y a partir de dichos postulados, la razón va infiriendo consecuencias expresadas en la proposición general; porque al caso se aplica la regla general, pero no extrae una regla de él. Esta cuestión es denominada “*idea racionalista del derecho*”, porque planteaba que sólo con la razón era posible construir un sistema jurídico al modo de un filósofo, o un legislador; lo cual, los juristas consideraron imposible, sin partir de un derecho histórico y de la ciencia jurídica secular.

En ese contexto, la codificación anunciaba lo que sería el Código Civil, escrito sobre la base de sentencias breves, precisas y claras (axiomas), sin indicar citas de autores, razones de la ley, sin ejemplos ni casos análogos, sino que serían emitidas expresando la regla pura y simple; es decir, se creaba un sistema jurídico abstracto y depurado de casuísticas e historias, reitera (Guzmán B, 1984).

Todo ese orden de cosas da origen a la codificación, y su resultado fue el Código Francés (Margadant, 1986), que supone, sin duda, un importante punto de reflexión en la tradición romanística, según (Carrasco García, 2011), por el cambio de mentalidad que implicó en el ámbito jurídico el paso de un derecho jurisprudencial, a un derecho legal o codificado; paso que podríamos decir fue del derecho de precedente al derecho legislado, conocido también como “sistema antiguo”. Esto, para (Caroni, 2006) era la primacía del derecho común y de la ciencia, para concluir en la *interpretatio*, que tenía como tarea las dispersas fuentes del sistema. A diferencia del “sistema moderno”, que se basaba sobre la primacía de la ley codificada, que era aplicada y no interpretada.

En este contexto, el sistema de fuentes -históricamente- tenían como tarea identificar qué parte del derecho pasado o antiguo, estaba vigente y vivo; mientras que, en el sistema moderno, el derecho positivo no se verifica por una investigación histórica, sino por la sanción oficial (ejecútese), de la autoridad política. Por ello (Carrasco García, 2011) concluye en señalar que dogmatismo e historicismo no son más que dos formas del pensamiento para interpretar una misma realidad; porque el dogmatismo es una exacerbación del aspecto jurídico, y el historicismo, una exacerbación del aspecto histórico; pero ambas se integran a una realidad, y que la dogmática es la Pandectística.

De ahí el nacimiento de la Pandectística como tal, sustentada en la Escuela Histórica, que determinó las bases de la dogmática; la cual sirvió de estructura al Código Civil Alemán (BGB), en 1900, según (Carrasco García, 2011); aunque se debe distinguir el nacimiento de las Pandectas o Digesto de Justiniano, considerado este último lo más importante de la compilación efectuada en el Corpus Iuris Civilis o primer Código Romano; el mismo que incidió en la Escuela Histórica del Derecho, de la cual se origina la Pandectística, como paso para llegar al derecho moderno, en un modelo de Estado Republicano y un sistema jurídico legal que, posteriormente, alcanzó la cúspide en el Constitucionalismo y en lo que hoy se denomina el Neoconstitucionalismo.

De ahí que los planteamientos de la Escuela Pandectística, según (Friedrich, 2013), tuvieron una compatibilidad con la política legislativa y jurisdiccional de la época; sin embargo, no se debe desconocer que desde el siglo XIX, en la cultura jurídica alemana se buscó autonomizar el derecho de la legislación y la política, que frene a la naturalización del derecho y del Estado, por el nexo entre derecho y conciencia popular, planteado por la Pandectística, en el derecho común, que da como efecto la legitimación recíproca: considerados ambos, como entidades naturales por la ciencia jurídica, alimentada por filósofos culturales.

Así, en el siglo XIX se produce la discusión de las teorías idealistas y romanistas, con sus principales manifestaciones jurídicas en la Escuela Histórica de Savigny, que “Plantea la elaboración científica del derecho, que se elabora con sentido histórico”. A más de considerar que “*para la certeza del derecho, el instrumento correcto no es un código, sino la ciencia jurídica*”. La misma, según (Palafox, 2009) se traduce en una unidad orgánica que se forma a través del pasado de una nación, cuya fuente es su esencia y su historia se transforma en una realidad concreta; y la escuela Pandectística, como ya indicamos en un principio, tuvo como su máximo representante -después de Savigny- a Friedrich Puchta.

En cuanto a la metodología Pandectística, los juristas recurrieron a un método sistemático que propugnaba un sistema lógico-conceptual del derecho, cuya finalidad era conseguir que, “cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos”, según (Karl, 2013 noviembre). En otras palabras: “... que, cuando un concepto generalísimo está en la cúspide, es posible subsumir bajo éste todos los demás conceptos”. Lo que considera Puchta proviene de la Filosofía del Derecho, de la cual se deben obtener los conceptos y las normas jurídicas, tal como el Corpus Iuris Civilis, en el cual se podría encontrar una comparación entre la Escuela Pandectística y la Histórica, de donde nació la obra cumbre del pensamiento jurídico: “Derecho de las pandectas” (Lehrbuch des Pandektenrechts), que fue la inspiración y base del Código Civil alemán. Y con la Pandectística, el negocio jurídico fue una abstracción conceptual que, al igual que las demás instituciones, estableció conceptos definidos en los libros: relaciones obligatorias, familia, sucesiones, derecho de cosas.

En este caso, el hecho trascendente es la dirección sistemática Pandectística, que se presenta coherente con los principios de la Escuela Histórica; de ahí la esencia del método sistemático que se halla en conocimiento y exposición de la conexión interna o de la afinidad, en virtud de la cual las reglas y los conceptos jurídicos se encuentran relacionados en una gran unidad, como sostiene (Sainz-Esquerra Foces, 1996). A partir de la unidad de las reglas y conceptos jurídicos, Savigny proclama el desarrollo de la Pandectística, como fundamental aportación de la metodología jurídica, cuyo objeto es la construcción y deducción de conceptos jurídicos, denominado “*el conocimiento de las proposiciones jurídicas en su conexión orgánica hasta sus primeros principios*”. Por lo tanto, desde esos principios, hasta sus últimas proposiciones jurídicas ocultas en el derecho nacional, no surgieron de la convicción del pueblo y sus actuaciones, ni de las disposiciones del legislador, sino de la reflexión científica de juristas.

### **Método**

En esta parte, es necesario precisar que la metodología basada sobre los conceptos tenía dos funciones principales:

1.- Categoría histórica, en la cual el negocio jurídico tutelaba al individuo, con el objeto de evitar sea sojuzgado por el Poder del Estado (Morales Hervias, 2002); es decir, la esencia era la voluntad, e imperaba “la declaración de la voluntad privada”.

2.- Categoría analógica, en la que las normas podían ser aplicadas por medio de la analógica; es decir, las normas de los contratos eran aplicables a todos los negocios, de manera directa.

También en la Pandectística Savigny hace la distinción entre el elemento político y del derecho -o conexión con la vida del pueblo-, y el elemento técnico o vida científica; pero es Puchta, quien consideró que los conceptos jurídicos adquirieron categoría de entidades reales. Esto equivale a que la Pandectística, recibe la influencia directa de la metodología científica; mientras que la evolución del derecho hacia la codificación sigue vías diferentes: por un lado,

la construcción conceptual busca la certeza del derecho; y, por otra, busca excluir la arbitrariedad en las resoluciones jurídicas, según (Sainz-Esquerro Foces, 1996). Por ello no bastaba un código de preceptos legales, sino que los conceptos utilizados por el legislador tengan un sentido preciso y unívoco. De no ser así, la ambigüedad constituye una potencial ventana a la arbitrariedad.

Para muchos, la codificación supone la culminación de la tradición romanística europea; y, tanto en Francia como en Alemania, la codificación se lleva a cabo sobre la base de la tradición romanística (Código Civil Napoleónico y alemán); aunque las metodologías eran diferentes.

Concretamente, en Francia, la codificación presentaba dos pautas: la una, como consecuencia del pensamiento ilustrado; es decir, la ordenación racional y uniforme de la sociedad, diseñada desde el poder; y, la otra, la certeza del derecho, para garantizar la seguridad jurídica, en absoluto.

En Alemania, en cambio, según (Sainz-Esquerro Foces, 1996), la idea codificadora tarda más tiempo en imponerse, y su labor se centraría en los logros doctrinales de la Pandectística, y de forma indirecta, sobre las ideas de la Escuela Histórica y del propio Savigny, que, como ya se dijo, su finalidad no era oponerse a la codificación en sí misma, sino por la defensa del historicismo jurídico, sobre la base de la idea codificadora. Esto suponía el cese de la vigencia práctica del Derecho Romano, pero también el inicio de un renovado interés por la investigación histórica de sus fuentes, con arreglo a un método crítico.

En fin, la Pandectística alemana constituyó un hito en la dogmática, porque influyó en la ciencia del Derecho Civil, especialmente en lo referente al negocio jurídico y en las soluciones, en los casos concretos que habrían dado los juristas, en materia de contratos y testamentos (derechos reales/personales). Sobre estos, (Miquel, 1990), considera gira la teoría del derecho patrimonial elaborada por los Pandectistas y presentada como histórica; aunque poco conciliable entre historicismo y dogmática.

Cabe señalar que para (Carrasco García, 2011), la vertiente jurídica que centra el interés de los Pandectistas, fue el derecho privado, contenido en el Digesto o Pandectas; producto de lo cual aparecen obras como la denominada “Legatumdebiti” o “Legado de deuda”, que consistía en el legado que un deudor hace a su acreedor, para beneficiarse. De este modo se consolidó el proceso codificador.

Ahora bien, todas las corrientes o tendencias, en el desarrollo de las ciencias del Derecho, en especial las corrientes o escuelas de las ciencias jurídicas, entre ellas la Escuela Histórica y la Pandectística, pasaron procesos que dependían de lo que hoy se conoce como la cultura jurídica prevalente al momento del nacimiento o aparición de ésta; lo cual evidencia la inaplicación o cadencia del sistema jurídico vigente en aquel momento.

Es claro que en la posguerra (siglo XX) se definieron y difundieron los sistemas políticos, momento a partir del cual se habla de la Cultura Jurídica, a la que se identifica como la suma de saberes y enfoques; sean éstos, teóricos, filosóficos y doctrinarios: igualmente identificados como el conjunto de ideologías, modelos de justicia y modos de pensar sobre el derecho, con inclusión del sentido común relativo del derecho y de las instituciones jurídicas, según lo define (Ferrajoli L. , 2010). De ahí que el derecho puede concebirse como objeto y producto de la cultura jurídica, como el conjunto de signos normativos y de significados asociados a la práctica jurídica y su interpretación, a través de los operadores jurídicos; aunque se debe distinguir lo relacionado con la interacción recíproca entre el derecho positivo y la cultura jurídica; interacción que ha sido puesta a prueba en el papel ejercido por la Ciencia Jurídica a través de los “paradigmas”; pero en torno al Estado y el derecho, tanto en la formación de clases dirigentes, la proyección ideológica y el funcionamiento de las instituciones.

Cabe entonces destacar, que la cultura jurídica no puede estar ajena a los sistemas políticos. De ahí la influencia en los Estados-Repúblicas, como el liberal, el fascismo autoritario y corporativo, y el republicano constitucional, desde 1948; los mismos que sufrieron rupturas institucionales periódicas, debido a la influencia opositora y de quienes defendían el Estado Liberal, inclusive, en la transformación de los regímenes políticos. Aquello trajo como consecuencia la politización del derecho y confirmó la inversión del postulado de la ilustración, por la artificialidad del derecho; lo que es opuesto a la evolución histórica y natural de ambos elementos que, al parecer, se derivó de la corriente codificadora *ius positivista*, que dejó atrás la opuesta corriente *Pandectística* que tenía como fundamento un sistema de instituciones y principios, como lo reitera (Ferrajoli L. , 2010).

Visto así el derecho desde el *ius-naturalismo*, al positivismo, y de este último con el nacimiento de la ley, su preeminencia e interpretación, según la cultura jurídica socio política, da paso a la supremacía normativa con jerarquía constitucional, de acuerdo con el cual se han desarrollado tres sistemas constitucionales, denominados: Clásico, Social y Neo-Constitucional, los cuales encontraron vinculación con los modelos normativos del derecho antiguo, la codificación; inclusive, con la idea *Pandectística* del derecho, por instituciones y principios, para generar un sistema, con la confluencia de las diversas corrientes jurídicas.

De ahí que, según (García Belaunde, 2010), se acusó al texto constitucional de 1919 alemán de un relativismo, positivismo-axiológico, que ignoró y pervirtió los valores fundamentales del contenido, a más de las modificaciones implícitas del texto constitucional.

No obstante lo señalado, nace la influencia o renacimiento del *ius-naturalismo*, como reacción al positivismo, como se lo atribuye a la ley de Bonn (1951), al contemplar la “intangibilidad” de la dignidad humana, “inviolabilidad e inalienable” de los derechos humanos, y la irreformabilidad de los principios, por sus valores fundamentales considerados inalterables, con respecto a los demás preceptos constitucionales; los mismos que se podrían constituir en parámetros de validez de dichos preceptos, como así apuntaba cierta línea jurisprudencial: De tal suerte que no es extraño encontrar constituciones que contengan los fundamentos materiales y procedimentales para la eventual declaratoria de inconstitucionalidad de normas constitucionales.

Dicho procedimiento trasladó como labor de los jueces, a través de la jurisprudencia y del legislador, para contribuir a la función integradora de las normas y constatar si las normas infra constitucionales resultan compatibles con las normas constitucionales, incluida la verificación de la intangibilidad de ciertas normas de la Constitución, bajo control jurisdiccional de dichas normas que no pueden ser excluidas, como lo precisa (Otto, 2010); porque esto se daría en el paradigma liberal y contractualista del Estado de Derecho, cuya finalidad era tutelar a las personas que lo construyeron; pero, al contrario, resultó un Estado ambivalente antropomórfico, con imágenes históricas, espirituales, con mezcla del historicismo pandectístico, evolucionismo sociológico, positivismo y socialismo patriótico; pero ignorando la soberanía popular y el valor constitucional, como el estatuto de límites y garantías, según (Ferrajoli, 2010); y, por lo tanto, excluyendo el poder constituyente.

Llega el momento constituyente que establece la división de poderes y las libertades fundamentales, como pacto de los partidos con las fuerzas liberales, católica y socialista, alineados en el “pacto de no agresión”, como lo llamaba (Bobbio, 1986); pacto por el cual se introdujo en la Constitución, la garantía de la “*rigidez constitucional*”, mediante un procedimiento agravado para su modificación, y el control de validez de las leyes, como confianza a la Corte Constitucional; así como la extensión del principio de legalidad, destinados a todos los poderes. Esto constituyó la sustancia del constitucionalismo moderno, que evidencia el paradigma del Estado soberano, lo omnipotente del legislador y la validez formal de las leyes;

y, con ello, la legislación ya no es sólo la condición de validez formal del derecho, sino validez sustancial de la ley, condicionada a una coherencia con los principios constitucionales.

Finalmente, se da la ruptura de los antiguos dogmas de: coherencia y plenitud del ordenamiento que el modelo Pandectista confiaba a la interpretación, y alerta, en la Constitución, la estructura formal del ordenamiento, la codificación de los principios axiológicos que la propia legislación está obligada a ceñirse; ya que cualquier ley, aunque formalmente en vigencia, siempre es susceptible de invalidación, cuando su significado contradice a la Constitución.

No se puede dejar de referir a la creación de instituciones garantistas, como las Cortes o Tribunales Constitucionales y el Consejo Superior de la Magistratura, en España; aunque éste último, manteniendo las viejas estructuras, como la conservación del sistema legal, su jerarquización bajo el poder del Ministro de Justicia, y la selección de jueces, con orientación de la Casación y con una independencia interna y externa.

Todo ello, operado por la magistratura, llevaron al vaciamiento de la Constitución, según (Ferrajoli L. , 2010); de tal suerte que las normas constitucionales eran percibidas como un cuerpo extraño, frente al viejo ordenamiento, y neutralizadas mediante la jurisprudencia de casación, como “normas programáticas o de eficacia diferida”; pero con ello suprimía el espíritu público y un Estado social asistencial, con prevalencia del viejo Estado corporativo, fuera del marco constitucional; superando a las garantías de defensa de los derechos, la discrecionalidad política y burocrática, cuyo ilegalismo le llevó a la crisis de los años 90.

Esa crisis generó la debilitación de la legalidad ordinaria y constitucional; constitucionalidad considerada un obstáculo al decisionismo gubernamental y a la alternativa de gobierno, para convertirse en el principal blanco de un ataque generalizado, intolerancia a las reglas, no de la Constitución misma, sino del constitucionalismo, como sistema, y, por tanto, descalifica a la Constitución, atribuible a la formación del sentido común del derecho y del Estado, que estaba ligado a la propia lógica del paradigma Pandectístico, que postulaba la autonomía del derecho. Lo cual priva, inclusive, a los juristas de su autoridad, credibilidad, disciplina pedagógica y normativa.

De ahí que, según (De la Cruz, 2013), no se puede desconocer que los principios o métodos abstractos de la corriente Pandectística constituyeron un aporte único en el desarrollo jurídico de la globalización, unificación de los congresos e instituciones europeas y americanización del derecho, que permitieron que un concepto abstracto sobreviva a los embates ideológicos, cuyas ideas permanecen hasta nuestros días, como la positivización del derecho y la categorización de los conceptos jurídicos.

Lo señalado demuestra que no se puede desconocer que la cultura constitucional y garantista siempre fue de minoría y de oposición; lo cual afectó a la relación entre la doctrina jurídica, legislación y jurisdicción; además de que se evidenció, en el legislativo, la pérdida del rigor técnico, racionalidad y coherencia de la norma; lo cual agravó aún más el caos normativo, y trajo como consecuencia la ampliación de las funciones en la jurisdicción de defensa de la legalidad; pero también revivió la intolerancia a la crítica y la permanente emergencia antigarantista y autoritaria; con lo cual la cultura garantista pasa a un papel defensivo, según (Ferrajoli L. , 2010).

Tal fue la crisis del Constitucionalismo que se trabajó en la identificación de un nuevo sistema, al que se lo denomina Neo-Constitucionalismo, el mismo que se ha desarrollado en países latinoamericanos, especialmente Ecuador, Venezuela y Bolivia, con constituciones de estructura dogmática, orgánica y normativa, con un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, intercultural y plurinacional, con una soberanía que radica en el pueblo, como fundamento de la autoridad; que reconoce los derechos de los ciudadanos, como los

derechos fundamentales que tienen igual jerarquía y de aplicación directa de la Constitución, si se trata de garantizar los derechos.

Sobre el Neoconstitucionalismo (Guastini, 2001), identifica entre sus características las siguientes:

1. Rigidez constitucional. Se trata de una Constitución rígida, la cual permite una “constitucionalización” sustancial, antes que formal, de todo el ordenamiento jurídico.

2. Supremacía constitucional. En este caso, por el principio de supremacía constitucional, debe imponerse por sobre todo el ordenamiento jurídico infra constitucional: leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas, etc.

3. Fuerza vinculante. La fuerza vinculante de la Constitución, que significa que deja de existir prácticamente el concepto de normas “programáticas”, ya que todas ellas son “preceptivas” u “operativas”.

4. La sobre-interpretación. La “sobre-interpretación”, equivalente a que la interpretación que se realiza a la Constitución es de manera extensiva: De la interpretación constitucional se pueden extraer innumerables normas implícitas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.

5. Aplicación directa. De este principio de aplicación directa de las normas constitucionales se identifican dos sentidos: a) La Constitución rige también para las relaciones entre particulares; es decir, no se trata de un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; y, b) Los jueces pueden aplicar también las normas de principio, lo cual, se traducirá en la ponderación como herramienta hermenéutica fundamental del modelo Neo-Constitucional.

6. La interpretación conforme. Esta interpretación busca que, en casos de normas “abiertas”, donde más de una interpretación es posible, el juez debe aplicar la que sea más conforme con la Constitución.

7. La influencia en la relación política no judiciales. Esta influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas tiene vinculación con la pluralidad de elementos, entre ellos: a) Que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre los órganos del Estado; b) La inexistencia de las hasta hoy llamadas “cuestiones políticas no judiciales”, ya que todos los espacios de la vida pública pueden ser juzgados por los jueces, a la luz de la Constitución; c) La Constitución es utilizada por los principales actores políticos, para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno.

El sistema constitucional del derecho, tenía como punto esencial, la separación de los órganos, con funciones delimitadas; lo cual ha pasado a ser sólo una separación de ámbito funcional; pero con un control activo entre ellos, apoyada con el nuevo criterio de interpretar la separación de las Funciones del Estado. En este caso hay el riesgo de que el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador; lo que se denomina el contrapeso de Funciones, aunque es uno solo el Poder Político del Estado, como la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, como así lo ha puntualizado (Separación de funciones , 1992).

A diferencia del nuevo constitucionalismo, el principio de separación de Funciones entre los órganos del Estado (o principio de separación de poderes) ha variado sustancialmente con la formulación inicial. Esta teoría según (Andrade, 2008), ha sido interpretada como un protagonismo judicial, que ha llegado a decir que, si el siglo XIX fue el siglo de la Función o Poder Legislativo (con las grandes codificaciones), y el siglo XX fue de la Función o Poder Ejecutivo (con los sistemas autoritarios o hiperpresidencialistas de gobierno); pero el siglo XXI será el siglo de la Función o Poder Judicial.

Lo señalado no sólo infiere que la labor del juez que ejerce función constitucional está dirigida a examinar si la autoridad pública que emitió un acto impugnado inobservó las reglas del debido proceso o alguna de las garantías constitucionales; y que, de ser así, brinde protección al afectado con la violación constitucional, como lo ha señalado la (Supremacía e integridad constitucional, 2012). Esto da a entender que se desconoce que la Corte Constitucional ecuatoriana tiene como función fundamental la de conservar la supremacía y la integridad de la Constitución, por medio del (Control Constitucional, 2012), teniendo en cuenta el principio de supremacía de la Constitucional, como garantía para mantener el (Orden del sistema jurídico, 2012) del país, para convertirse dicho órgano en un freno para el resto de órganos y autoridades con potestad estatal, con competencia para expedir cuerpos normativos, sometan su accionar al marco jurídico que la Constitución y las leyes establecen.

Todo ello demuestra el cambio de paradigma sobre la base de nuevos esquemas jurídicos normativos, para el control de las leyes y la Constitución, bajo los presupuestos de control constitucional y el contrapoder estatal; lo cual, sin duda, constituye un desbalance de esa división de Funciones; de tal suerte que, si antes se sostenía y enseñaba que la declaración de inconstitucionalidad de la norma era la “última ratio” del juzgador; hoy, por el contrario, se afirma que ésta debe ser la “primera ratio” que el juez está llamado a analizar, según (Domingez, 2009).

### Discusión y conclusiones

Luego de este análisis, se podrá concluir que, a la Pandectística antecedió el *Corpus iuris, de Justiniano*, o Digesto, del siglo VI d.C., hasta el siglo XVIII, cuando se lo consideraba utilizable en la práctica de los tribunales, como la iniciación de las escuelas con un enfoque en el cual la realidad jurídica se la interpretaba de acuerdo con la mentalidad y espíritu de cada época; pero predominando el Derecho Romano, escogido como derecho vigente, porque adquirió el valor de libro sacro, y su contenido, como dogma de fe.

Sin embargo, a finales del siglo XVIII y principio del XIX, con el surgimiento de la Escuela Histórica del Derecho, dedicada al análisis del Derecho Romano, estableció una “jurisprudencia de conceptos”, para pasar a una “jurisprudencia de intereses”, Posteriormente, el movimiento codificador unifica y sistematiza los cuerpos normativos, y obliga al cambio de mentalidad en el ámbito jurídico, al pasar de un “Derecho jurisprudencial conceptual” a un “Derecho legal codificado”: a diferencia de la Pandectística, que se identificaba con un derecho en un sistema de “instituciones y principios”; mientras la corriente codificadora propugnaba la codificación y la implementación de un solo código, o la necesidad de un Derecho Civil General. Este proceso se concreta con los códigos civiles francés, alemán, español, italiano; los cuales influyeron en el código chileno y en los demás países latinoamericanos.

No obstante, después de la Segunda Guerra Mundial nacen nuevos sistemas políticos, el desarrollo de la cultura jurídica y el apareamiento del constitucionalismo generalizado en Europa y América Latina, con las constituciones basadas sobre los principios de supremacía y de reconocimiento de los derechos del individuo y con separación de las Funciones del Estado, pero con la prevalencia de la legalidad, para, luego, pasar al Neo-Constitucionalismo que garantiza los derechos del ser humano y el buen vivir, bajo el paradigma de contrapoder, denominado el control de los jueces.

## Referencias

- Andrade, S. (2008). *Neoconstitucionalismo*". En *anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Andrade Asociados.
- Atard, R. (1908). *Los promotores de la escuela Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler, La Escuela Histórica del Derecho*.
- Bergbohm, K. (1892). *Jurisprudencia y filosofía del Derecho*.
- Bobbio, N. (1986). *Perfil ideológico del Noveciento italiano*. Universidad de Michigan.
- Caroni, P. (2006). *Una Historia para después del Código*. Cuaderno del Instituto Antonio de Nebrija.
- Carrasco García, C. (2011). *¿Legado de deuda? A vueltas con la Pandectística*. Universidad Carlos III de Madrid. Editorial Dykinson..
- Control Constitucional, Sentencia 220-12-SEP-CC (Corte Constitucional de Ecuador. RO. 797 de 26-09-2012, p. 111. de 09 de 2012).
- De la Cruz, A. J. (2013). *Hacia una Teoría Crítica del Rechtsgeschäft. Hacienda una Teoría Crítica del Rechazo*.
- Dominguez, G. A. (2009). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Editorial Ediar.
- Ferrajoli, L. (2010). *La construcción del paradigma científico del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2010). *Ensayo sobre la Cultura Jurídica Italiana del Siglo XX*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2010). *Las crisis política y constitucional de los años ochenta y noventa*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrater Mora, J. (1994). *Diccionario de Filosofía*,. Ed. Sudamericana.
- Friedrich, E. (2013). *El papel de la violencia en la historia*. Editorial Progreso.
- García Belaunde, D. F. (2010). *Normas Constitucionales inconstitucionales*. Palestra Editores.
- Guastini, R. (2001). *La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*. Fontamara.
- Guzmán B, A. (1984). La Codificación del derecho. *Revista de Derecho*, 8, 12-29.
- Hobbes, T. (2002). *"Leviatan". Leyes de la naturaleza*. Alianza Edital.
- Karl, L. (2013). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Selecte Dworks, Springer Verlag*. Heidelberg.
- Laos Jaramillo, E. J. (2013). *Curso Pensamiento Jurídico*. Universidad Nacional Federico Villarreal.
- Machicado, J. (2007). *Cuerpo de Derecho del Ciudadano romano o Código de Justiniano*. Centro de Estudios de Derecho Romano.
- Margadant, G. F. (1986). *La Segunda vida del Derecho Romano*. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Miquel, J. (1990). *Historia del Derecho Romano*. PPU.
- Morales Hervias, R. (2002). Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. *ARA editores*.
- Morineau, M. (1999). Un Acercamiento a Savigny. *Revista Jurídica, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, XVI*, 187-200.
- Océano, E. (s.f.). *Historia Universal*. Océano.

- Orden del sistema jurídico, Sentencia: 016-12-SIN-CC (Corte Constitucional de Ecuador. ROS. 743 de 11-07-2012, p. 73 de 07 de 2012).
- Otto, B. (2010). *“Tiempos del Constitucionalismo*. Palestra Editores.
- Palafox, P. (2009). Ensayo History of the Philosphy of Law III.
- Sainz-Esquerro Foces, J. M. (1996). Divertimento Pandectístico. *Revista Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, 13*, 173-184.
- Separación de funciones , T 402-92 (Corte Constitucional de Colombia 1992).
- Supremacía e integridad constitucional, Sentencia 027-11-SEP-CC (Corte Constitucional 26. RO.797 26-09-2012 pg 29 de 09 de 2012).
- Vicén, G. (1996). La Escuela Histórica del Derecho. *Revista Anales de la Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, 13*, 173-184.

**Fecha de recepción:** 13/06/2022

**Fecha de revisión:** 14/06/2022

**Fecha de aceptación:** 16/06/2022