

Alí Lozada Prado
Catherine Ricaurte Herrera

Autores

MANUAL

de argumentación constitucional

PROPUESTA DE UN MÉTODO



Cuadernos de trabajo

Cuadernos de Trabajo Nº 5

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Manual de Argumentación Constitucional

Propuesta de un Método

Alí Lozada Prado
Catherine Ricaurte Herrera

Quito - Ecuador
2015



Lozada Prado, Ali

Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método / Ali Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera. 1ª ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015. (Cuadernos de Trabajo, 5)
336 p.: 15x21 cm.

ISBN: 978-9942-22-017-2

Número de Derecho de Autor IEPI: 047662

1. Derecho procesal constitucional. 2. Argumentación jurídica. I. Ricaurte Herrera, Catherine. II. Título. III. Serie.

CDD21: 342

CDU: 342

LC: K321 L69 2015

Cutter-Sanborn: L925

Catalogación en la fuente: Biblioteca "Luis Verdesoto Salgado", Corte Constitucional del Ecuador.

Corte Constitucional del Ecuador
Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC)

Patricio Pazmiño Freire
Presidente de la Corte Constitucional

Fabían Soto Cordero
Director Ejecutivo del CEDEC (e)

Ali Lozada Prado
Catherine Ricaurte Herrera
Autores

Edwin Madrid
Coordinación General

Jorge Chuquimarca
Coordinador de Publicaciones del CEDEC (e)

Belén Bernal
Gisella Carrasco
Angel Oleas Gallo
Corrección de estilo

Brayan Moreno
Daniel Cacuango
Diagramación y diseño de portada

Impresión: Ediciones Continente

Centro de Estudios y Difusión
del Derecho Constitucional (CEDEC)

Av. 12 de Octubre N23-99
entre Wilson y Veintimilla, 4º piso
Telfs.: (593 2) 3941800 Ext. 2102 – 2104

Septiembre 2015
Quito – Ecuador

Todos los derechos reservados. Esta obra no expresa ni compromete el criterio de los jueces y juezas de la Corte Constitucional del Ecuador. Se autoriza su utilización siempre que se cite la fuente.

Indice

Presentación (Patricio Pazmiño Freire).....	13
Introducción (Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera).....	23

Capítulo I.

Argumentación, Estado Constitucional y Justicia (Alí Lozada Prado)

1. El Derecho del Estado Constitucional.....	31
2. La hora de la filosofía del Derecho: Estado Constitucional y (¿Neo?) constitucionalismo.....	33
3. Estado legislativo y logicismo.....	33
4. Estado Constitucional y argumentación jurídica.....	35
5. Argumentación jurídica, concepto y conexiones con la justicia y los derechos fundamentales.....	40
6. Casos fáciles y difíciles.....	41
7. Reglas y principios.....	44
8. La subsunción.....	47
9. La ponderación.....	50
10. Normas de fin y la adecuación.....	58
11. Patologías argumentativas: formalismo, principismo y finalismo.....	61
12. ¿Qué tiene de peculiar la argumentación constitucional?.....	66

Capítulo II.

Argumentación en materia de hechos (Catherine Ricaurte Herrera)

13. Por qué la argumentación de los hechos en la decisión judicial.....	69
14. Uso de los enunciados comunes en la argumentación de los hechos..	70
15. Qué hechos.....	73
16. Normas jurídicas y hechos.....	74
17. La inferencia probatoria.....	75
18. Causalidad.....	84

Capítulo III.
Arquitectónica de la argumentación constitucional
(Alí Lozada Prado)

19.	La constitución como práctica argumentativa.....	93
20.	Hacia una teoría aplicada de la argumentación constitucional: guías, patrones y guiones argumentativos.....	98
21.	La guía general, GG: el árbol madre de la argumentación constitucional.....	103
22.	Esquema <i>Alfa</i> : de la <i>declaratoria de anticonstitucionalidad</i>	106
	a) Pretensión Alfa.....	106
	b) Ramal argumentativo Alfa.....	107
	c) Síntesis formal.....	119
23.	Esquema <i>Beta</i> : de la <i>remediación</i>	121
	a) Pretensión Beta.....	121
	b) Ramal argumentativo Beta.....	123
	c) Síntesis formal.....	137
24.	Esquema Gama: de la <i>deferencia condicionada</i>	141
	a) Pretensión Gama.....	141
	b) Ramal argumentativo Gama.....	143
	c) Síntesis formal.....	159
25.	La decisión y los perfiles de la guía general.....	163
	a) Perfil decisional A.....	163
	b) Perfil decisional B.....	163
	c) Perfil decisional C.....	163
	d) Perfil decisional D.....	164
	e) Perfil decisional E.....	164
	f) Esquematización de perfiles.....	165
26.	Variedad de árboles: perfiles de guía general.....	166
	a) Árbol argumentativo GG-A.....	166
	b) Árbol argumentativo GG-B.....	167
	c) Árbol argumentativo GG-C.....	168
	d) Árbol argumentativo GG-D.....	169
	e) Árbol argumentativo GG-E.....	170
27.	De la guía general a las guías particulares.....	171
	<i>Alfa</i>	173
	Guía General, GG.....	173
	Guía Uno, G1.....	173
	Guía Dos, G2.....	173

Guía Tres, G3.....	173
<i>Beta</i>	174
Guía General, GG.....	174
Guía Uno, G1.....	174
Guía Dos, G2.....	174
Guía Tres, G3.....	174
<i>Gama</i>	175
Guía General, GG.....	175
Guía Uno, G1.....	175
Guía Dos, G2.....	175
Guía Tres, G3.....	175
28. Construcción de guiones argumentativos: el método AAA.....	176
a) El diagrama casuístico de Árboles-guía.....	176
b) El Método de Atienza y la diagramación de árboles-guion.....	180
c) El Guion, paso a paso.....	181
29. Síntesis, frutos y semillas.....	186

Capítulo IV.

Guía particular UNO, G1: Árbol de la inconstitucionalidad formal (Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)

30. Esquema G1- <i>Alfa</i> : de la <i>declaratoria de inconstitucionalidad formal</i>	189
a) Pretensión G1- <i>Alfa</i>	189
b) Ramal argumentativo G1- <i>Alfa</i>	190
c) Síntesis Formal: <i>Respuesta al problema y Ratio decidendi</i> G1- <i>Alfa</i>	197
31. Esquema G1- <i>Beta</i> : del <i>efecto extintivo y su modulación</i>	197
a) Pretensión G1- <i>Beta</i>	197
b) Ramal argumentativo G1- <i>Beta</i>	199
c) Síntesis formal: <i>Respuesta al problema y Ratio decidendi</i> G1 <i>Beta</i>	206
32. Esquema G1- <i>Gama</i> : de la subsanación procedimental.....	206
a) Pretensión G1- <i>Gama</i>	206
b) Ramal Argumentativo G1 <i>Gama</i>	208
c) Síntesis formal: <i>Respuesta al problema y Ratio decidendi</i> G1 <i>Gama</i>	215
33. La decisión y los perfiles de la G1.....	215
a) Perfil decisional G1-A.....	215
b) Perfil decisional G1-B.....	216
c) Perfil decisional G1-C.....	216
d) Perfil decisional G1-D.....	216

e) Perfil decisional G1-E.....	217
f) Diagrama de perfiles.....	218
g) Variedad de árboles: Perfiles de G1.....	219
34. Materiales de estudio: casos útiles para la aplicación didáctica de la G1.....	219
35. Disposiciones legales y constitucionales de referencia.....	225

Capítulo V.

Guía particular DOS, G2: Árbol de la inconstitucionalidad sustantiva (Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)

36. Esquema G2-Alfa: de la declaratoria de inconstitucionalidad sustantiva.....	229
a) Pretensión G2-Alfa.....	229
b) Ramal argumentativo G2-Alfa.....	230
c) Síntesis formal: <i>Respuesta al problema y Ratio decidendi</i> G2-Alfa.....	237
37. Esquema G2-Beta: del efecto extintivo y su modulación.....	237
a) Pretensión G2-Beta.....	237
b) Ramal argumentativo G2-Beta.....	239
c) Síntesis formal: <i>Respuesta al problema y Ratio decidendi</i> G2 Beta.....	246
38. Esquema G2-Gama: de la <i>manipulación normativa</i>	246
a) Pretensión G2-Gama.....	246
b) Ramal argumentativo G2-Gama.....	248
c) Síntesis formal: <i>Respuesta al problema y Ratio decidendi</i> G2 Gama.....	255
39. La decisión y los perfiles de G2.....	255
a) Perfil decisional G2-A.....	255
b) Perfil decisional G2-B.....	256
c) Perfil decisional G2-C.....	256
d) Perfil decisional G2-D.....	256
e) Perfil decisional G2-E.....	257
f) Diagrama de perfiles.....	258
g) Variedad de árboles: Perfiles de G2.....	259
40. Materiales de estudio: casos útiles para la aplicación didáctica de la G2.....	259
41. Disposiciones legales y constitucionales de referencia.....	264

Capítulo VI.

Guía particular TRES, G3: Árbol de la vulneración iusfundamental (Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)

42.	Esquema G3-Alfa: de la declaratoria de la vulneración iusfundamental.....	269
	a) Pretensión G3-Alfa.....	269
	b) Ramal argumentativo G3-Alfa.....	270
	c) Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G3-Alfa	277
43.	Esquema G3-Beta: de la <i>reparación del daño</i>	277
	a) Pretensión G3-Beta.....	277
	b) Ramal argumentativo G3 Beta.....	279
	c) Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G3 Beta.....	286
44.	Esquema G3-Gama: de la <i>tutela provisoria</i>	286
	a) Pretensión G3-Gama.....	286
	b) Ramal Argumentativo G3 Gama.....	288
	c) Síntesis formal: <i>Respuesta al problema y Ratio decidendi G3 Gama</i>	295
45.	La decisión y los perfiles de la G3.....	295
	a) Perfil decisional G3-A.....	295
	b) Perfil decisional G3-B.....	296
	c) Perfil decisional G3-C.....	296
	d) Perfil decisional G3-D.....	296
	e) Perfil decisional G3-E.....	297
	f) Diagrama de perfiles.....	298
	g) Variedad de árboles: Perfiles de G3.....	299
46.	Materiales de estudio: casos útiles para la aplicación didáctica de la G3.....	299
47.	Disposiciones legales y constitucionales de referencia.....	308

Capítulo VII.

Construyendo guiones argumentativos: el esbozo de sentencia en una hoja de papel (Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)

48.	El caso, tema ineludible de la argumentación judicial.....	313
49.	Del caso a los problemas.....	314
50.	Los problemas son dulces cuando están en el árbol.....	315
51.	En la hoja de papel, las razones hilvanan otro árbol.....	317

Bibliografía.....	319
Autores.....	325
Jueces y juezas.....	329

Presentación

Tal como se refleja desde la cita inicial de Ronald Dworkin¹ con la que se abre el estudio de Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera parece evidente que hoy nadie puede poner en entredicho la singular importancia que la cuestión de la argumentación ha adquirido para el derecho en general y, muy particularmente, para la intervención jurisdiccional de los órganos de control constitucional y de tutela de los derechos fundamentales. Bastaría con recordar los innumerables cursos, talleres, maestrías, estudios, artículos y libros que, en todo el mundo, abordan este tema para adquirir conciencia de la necesidad y oportunidad de la consultoría que la Corte Constitucional del Ecuador tiene hoy la satisfacción de presentar al público interesado.

En esta presentación me gustaría abordar, aunque sea de forma introductoria, dos aspectos distintos, pero íntimamente desarrollados. En primer lugar, trataré de abundar en cuáles son las razones que han conducido a esta preponderancia de la teoría y práctica de la argumentación en el derecho contemporáneo. En segundo lugar, quisiera destacar cómo el presente trabajo puede contribuir en sede teórico-práctica a dicho debate y a las actuaciones procesales que pretende analizar.

Comenzando por el análisis de las razones que han conducido a la actual comprensión de la argumentación, la hermenéutica y la interpretación constitucional, quizá deberíamos empezar por señalar, que el actual paradigma se coloca en las antípodas de lo que los estudiosos del derecho habían venido manteniendo desde que la dogmática jurídica sostuvo pretensiones de científicidad, digamos, pues, desde la Pandectística clásica del s. XIX. Efectivamente, en lo que Riccardo Guastini ha denominado el modelo de la Ilustración² se partía, en último término, de la convicción –atribuida (¿quién sabe si falsamente?) a Napoleón– de que “La ley debe ser clara, precisa y uniforme: interpretarla es corromperla”³. O, dicho de manera más analítica y menos apodíctica, como la ley es fruto de un legislador racional, debe contener un mandato (una *norma*, diríamos hoy) racionalmente inteligible y, como el llamado a aplicar la norma (el operador jurídico) comparte esa misma racionalidad, lo único que cabe es descubrir ese contenido deóntico racional único mediante

1 “The capital question now is not what power the Court has but how its vast power should be exercised”, *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1986, p. 357.

2 Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 39.

3 Máximas y pensamientos del prisionero de Santa Helena, Madrid, 1821, p. 90.

un proceso científico que debe conducir a desvelar esa verdad que el precepto contiene. Tanto más claro sea éste, tanto más sencillo será cumplir su mandato. No existe, pues, tal cosa como la interpretación (entendida como *atribución* de sentido a un enunciado lingüístico) sino un *proceso heurístico para descubrir* o revelar el sentido único y racional que con absoluta seguridad está ya presente en la disposición que se precisa aplicar.

En congruencia con este planteamiento, los Códigos Civiles de inspiración napoleónica proponían unas sencillas reglas hermenéuticas para lograr este fin (las interpretaciones atendiendo al significado propio de las palabras, al contexto, a los antecedentes, a la realidad social y al espíritu y fin de las normas). Procedimientos que se enunciaban y explicitaban en el principio mismo de los estudios de cualquier jurista y sobre los que no se creía necesario volver, considerándose válidos para cualquier rama del Derecho.

De esta situación inicial, propia del modelo liberal, legicéntrico, racionalista e ilustrado, hemos pasado, prácticamente, a una consideración doctrinal diametralmente opuesta. Según la versión más radical, las normas nunca podrían ser claras, precisas y uniformes, ni podrían contener, en su interior, ningún mandato deóntico, sino que se trataría de enunciados vagos y ambiguos, a los que el intérprete, en una tarea creadora antes que descubridora de significado, debería dotar de sentido.

Las razones de este giro tienen que ver, por un lado, con el cambio en la concepción filosófica imperante (menos ingenuamente racionalista, más volcada al análisis del lenguaje y sus falacias, menos confiada en las posibilidades espontáneas de la comunicación y sospechosa de toda regla y de toda forma de poder) y; por otro, con la transformación del propio derecho que se ha hecho múltiple, en cuanto, a sus fuentes, intervencionista, en cuanto, a sus fines, inabarcable, en cuanto, a su extensión y complejo y abigarrado, en cuanto, a su expresión.

Efectivamente, hoy suele admitirse que un buen número de dificultades se alzan como barrera antes de poder desentrañar el sentido de un precepto y, más aún, de un precepto constitucional. Estas dificultades provendrían de diferentes fuentes.

De un lado, se derivarían del hecho de que las normas jurídicas están redactadas en lenguaje natural. Es decir, no en un lenguaje técnico como el de la música o el de las matemáticas (sus *notaciones* respectivas), sino con las mismas palabras y estructuras sintácticas que empleamos en nuestra vida cotidiana. Siendo esto así, el lenguaje jurídico padecería de los mismos problemas de ambigüedad y vaguedad que se manifiestan en cualquier enunciado lingüístico (y que han sido tan intensamente estudiados en los últimos años).

A esto habría que añadir que, además, el lenguaje que usa el derecho y, más en particular, el que es propio del derecho constitucional, estaría plagado de unos términos muy característicos, especialmente complejos en cuanto a su significación, y sobre los cuales la humanidad lleva discutiendo cientos de años, sin haberse alcanzado consensos generalmente aceptados. Conceptos tales como libertad, justicia, solidaridad, vida, derechos y tantos otros.

Además, los enunciados lingüísticos emitidos por el legislador, como consecuencia de la enorme complejidad que ha adquirido la sociedad contemporánea, contendrían, cada vez, con mayor frecuencia, lagunas y contradicciones. Es decir, expresarían mandatos deónticos incompletos (no se sabría a ciencia cierta qué es lo ordenado, permitido o prohibido) o antinómicos (se ordenarían, permitirían o prohibirían conductas incompatibles entre sí).

Por otra parte, el lenguaje (y, quizá, especialmente, el lenguaje jurídico) es un objeto histórico. Es decir, sólo adquiere sentido en su uso espacio-temporalmente determinado. O, dicho más sencillamente, porque el lenguaje cambia con el tiempo, también cambian, históricamente, sus interpretaciones: lo que se consideraba degradante, justo o, sencillamente, humano no es igual hoy que hace doscientos años.

Por si esto fuera poco, las normas, en sede jurisdiccional (es decir, cuando un órgano jurisdiccional enjuicia un caso) se refieren en casi la totalidad de las ocasiones a hechos, por su propia naturaleza, en cuanto hechos del pasado, inaccesibles para el juez. Éste tan sólo puede aspirar a una reconstrucción hipotético-deductiva de los hechos que se le presentan como base de su juicio; es decir, un juez nunca está, por ejemplo, ante un crimen, sino ante ciertos hechos posteriores que permiten determinar la verosimilitud de que el crimen fuera, efectivamente, cometido). Ahora bien, esos hechos en los que se basa el razonamiento hipotético-deductivo pueden ser, por un lado, disputados o insuficientes y, por otro, aparecer, imprecisamente, categorizados en el derecho. Dicho de otro modo, los hechos pueden faltar (total o parcialmente, como cuando no hay *corpus delicti*, por ejemplo), pueden ser disputados (como cuando se impugna la autenticidad de un documento) o puede no estar claro si era a esos hechos concretos a los que se refería el legislador cuando los tomó en un precepto como presupuesto de la consecuencia jurídica.

Esta imponente nómina de dificultades puede conducir, bien al escepticismo (que sus partidarios consideran realista), bien a alguna forma de sistematización compleja del proceso argumentativo.

Con todo, una y otra posición⁴ conducen a una revalorización del proceso argumentativo. Ya sea que se crea que los preceptos no encierran, en realidad, norma alguna y que el mal llamado intérprete lo que hace es introducir un sentido en una disposición que nunca lo tuvo⁵; o ya sea que se considere que la obtención del sentido de una disposición se coloca en un campo en disputa, en el que caben varias interpretaciones⁶, el resultado es que la argumentación se revela como una forma de legitimación adicional y complementaria para el derecho.

Si el derecho se justifica en la raíz democrática de su creación, que convertía en racional el hecho de que sujetos libres y autodeterminados sometieran su voluntad a normas colectivas de conducta, en tanto que resultado de sus propia actividad y, en ese sentido, ellas mismas autónomas y no heterónomas, ello se apoyaba en la creencia de que los preceptos tenían, efectivamente, un sentido único y cognoscible. En caso contrario, se estaría prestando asentimiento a un enunciado vacío y se abriría la puerta a la arbitrariedad y, en su caso, al despotismo de los operadores jurídicos.

Es, pues, la textura abierta de las normas, la existencia de zonas grises o la aparición de casos difíciles (por adoptar las terminologías más habituales en la doctrina) la que está en la base de las nuevas teorías de la interpretación.

En concreto, en el caso del derecho constitucional, habiendo los Derechos Fundamentales pasado a ocupar, en sus dimensiones objetiva y subjetiva, la condición de elemento fundante, es la interpretación de aquéllos la que modula toda la tarea hermenéutica y aplicativa de los operadores jurídicos y, de forma fundamental, la de los Tribunales Constitucionales.

Teorías que, aunque aquí sólo quepa enunciarlo, basculan entre la comprensión de los derechos como reglas (que se asocia con la obra de Luigi Ferrajoli⁷) y los derechos como principios (cuya elaboración teórica correspondió a Robert Alexy⁸), según se estime que el contenido (esencial) de los mismos es determinable a priori de un análisis de los preceptos o, si se considera, que sólo el encuentro dinámico de derechos en conflicto permite extraer su sentido relevante, correspondiendo, como es sabido, a cada una de ellas diferentes técnicas jurídicas, como es la delimitación para la primera de ellas y la ponderación o los principios de proporcionalidad, y razonabilidad para la segunda.

4 Lo que, en la terminología de Guastini sería el escepticismo realista y el neocognitismo (Ibíd.).

5 En la línea, por ejemplo, de Dunkan Kennedy.

6 Como sostienen, entre otros muchos, William L. A. Hart o Neil McCormick.

7 Por ejemplo, en *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, *pásim*.

8 Entre otros lugares, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

La cuestión, ahora, es, pues, ¿cómo se ha visto toda esta discusión reflejada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano? No cabe duda de que, también en esta materia, la Constitución (y sus normas de desarrollo) imponen nuevas y complejas exigencias al intérprete constitucional. Recordemos que el Título I de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁹ otorga rango legal a algunas de estas construcciones jurisprudenciales y doctrinales que han venido formulándose a lo largo de los últimos años. Así, se señalan (artículo 2) como principios de la justicia constitucional el de aplicación más favorable a los derechos, el de optimización de los principios constitucionales, el de obligatoriedad del precedente constitucional y la prohibición del *non liquet*. Además, se establece como principio de interpretación constitucional (artículo 3) que “[l]as normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”. Señalándose a continuación una serie de reglas y métodos como el de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva, sistemática, teleológica y literal, así como el recurso a “los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación”.

Y todo ello, debemos tener siempre presente, en el marco del estado intercultural y plurinacional que establece el artículo 1 constitucional en su primer párrafo¹⁰, lo que supone que todas las técnicas y principios anteriormente enunciados no pueden aplicarse desde una comprensión (desde una cosmovisión, si se prefiere) monocultural, sino dando cabida a la rica diversidad nacional, también en materia de creencias, valores, convicciones, etc.

Es a este extraordinario desafío al que se ha propuesto hacer frente el volumen que el lector tiene ahora entre sus manos. Como bien se señala en la propia introducción, la investigación comenzó con un intento de aclarar qué técnicas y procedimientos eran los, efectivamente, empleados por la Corte en su quehacer diario como máximo intérprete de la Constitución. Para, a continuación, a partir de los datos brutos, proceder a una tarea reconstructiva,

9 Registro Oficial Suplemento 52, de 22-oct-2009. Que desarrolla, entre otros, el artículo 427 constitucional que dice: “Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”.

10 “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

de depuración de esos usos constitucionales, buscando una reelaboración doctrinal que coadyuve al mejor desempeño de la Corte.

Y es a través de la clarificación y simplificación de los diferentes procesos hermenéuticos como se pretende aportar una serie de esquemas que sirvan tanto de explicación de lo que, efectivamente, se hace, como de orientación para la resolución de casos futuros. De esta forma, el libro debería servir tanto a los estudiosos de los procesos constitucionales, como a la propia institución en su búsqueda de soluciones, cada vez, más ajustadas, racionales y motivadas. Para la realización de su trabajo los autores han estudiado unos 250 casos, 44 relativos a acciones de inconstitucionalidad y 197 a acciones de protección surgidas en la provincia de Pichincha.

Como el lector podrá observar, este plan de trabajo ha terminado por plasmarse en una obra en la que podemos distinguir dos partes fundamentales. Una primera, teórica, que abarca los capítulos 1 y 2; y una segunda, analítico-práctica, que propone una serie de esquemas para explicar y, en su caso, guiar la interpretación constitucional.

En el primer capítulo se abordan cuestiones generales de interpretación constitucional, tratando de vincular esta problemática con la más general del modelo de Estado y de derecho, en su transición del período liberal clásico al Estado constitucional clásico. También en este primer capítulo se abordan lo que, en la terminología de MacCormick serían los casos difíciles derivados de los conflictos de normas y de los conflictos de asignación de sentido.

El capítulo segundo, en cambio, se refiere a los casos difíciles derivados de los hechos, ya sea por su determinación o por su relevancia.

En toda esta interesante discusión inicial, quizá, cabría señalar que han quedado fuera aquellas argumentaciones que enfrentan a concepciones globales alternativas de la justicia. Como ha señalado Amartya Sen¹¹ existen casos cuya “dificultad” de resolución no se deriva de cuestiones normativas o fácticas, sino de paradigmas totales, de comprensión de la realidad, de ideas de justicia diferentes y alternativas, y que, por consiguiente, no admiten una solución dentro de los procesos argumentativos que podríamos denominar estándar. Es importante tener este aspecto en cuenta por lo que antes se indicó respecto del estado ecuatoriano. La Constitución da cabida a diferentes cosmovisiones que, lógicamente, sostienen puntos de vistas diversos sobre la concepción de la justicia y los derechos, lo que, inevitablemente, generará esos otros casos difíciles, en lo que lo difícil no es el caso, sino la determinación del patrón moral de justicia desde el que deben ser enjuiciados.

11 *The Idea of Justice*, Allen Lane, Harvard, 2009.

La segunda parte del libro se dedica a la construcción de una serie de esquemas generales (capítulo 3) y particulares (capítulos 4, 5 y 6) de argumentación constitucional. Me parece interesante destacar que, dentro de los esquemas generales, junto al de declaración de inconstitucionalidad y el de la “remediación”, se haya incluido uno de deferencia condicionada. Se hace justicia de esta manera a la compleja posición de la Corte Constitucional, garante, de un lado, de la constitucionalidad, pero obligada, por otro, a la deferencia respecto de los órganos democráticamente legitimados en las formas y casos previstos en la Constitución y las leyes.

Los esquemas particulares, por su parte, se refieren a la inconstitucionalidad por la forma (capítulo 4), por el fondo (capítulo 5), de protección de los derechos fundamentales (capítulo 6) y, dentro de cada uno de ellos, se aplican, con los ajustes del caso los tres esquemas generales de declaración de inconstitucionalidad, “remediación” y deferencia condicionada antes vistos. Resultando así una trabada malla de pasos y procedimientos lógicos de razonamiento. Además, cada uno de estos esquemas particulares viene acompañado de unos “materiales de estudio” en los que se da cuenta de algunos casos útiles para la aplicación didáctica de cada modelo.

La obra se cierra con un capítulo 7 de conclusiones y dos anexos. En el primero se analizan estadísticamente los casos estudiados desde una gran variedad de criterios y parámetros. En el segundo, por su parte, se enumeran los casos de protección que han servido de base para el estudio, de forma que se pueda proceder al contraste de los mismos. Hacia el futuro sería interesante poder comprobar hasta qué punto la tipología de los casos seleccionados (de la provincia de Pichincha) coincide o no con la de los del resto de provincias del país, lo que daría mayor solidez a las conclusiones y propuestas.

Volviendo a las conclusiones del libro y para cerrar esta presentación, me gustaría señalar el siguiente pasaje: “¿Cuán suficientes suelen ser las razones esgrimidas por los decisores? Si uno se fija en lo cuantitativo, podría tener la impresión de que en las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional para el Período de Transición se argumenta profusamente. Sin embargo, en promedio, el 30% de su extensión es notoriamente sobreabundante, vale decir, es argumentativamente prescindible de manera evidente. ¿A qué dedican tales sentencias 3 de cada diez páginas? A excursos doctrinales, convencionales y jurisprudenciales, en un 80%, 9% y 5% respectivamente”.

Sin entrar aquí a debatir lo atinado o equivocado de estas estimaciones y de las valoraciones que las acompañan, lo importante es tomar conciencia de que es, precisamente, colocándolas en el foro de debate público, de manera fundada, documentada y racional, como será posible, entre todos, detectar

las fallas argumentativas que, sin duda, puedan existir, y proponer las vías de superación de las mismas.

Es por ello que la Corte Constitucional, en cumplimiento de su obligación de difundir la cultura constitucional, ofrece a través del Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional la publicación de la consultoría “Cómo argumentar en procesos constitucionales. *Manual teórico-práctico de argumentación judicial constitucional*” de Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera, para que pueda ser analizada, discutida, apreciada o criticada, con el fin de promover el necesario debate que haga crecer vigorosamente nuestro sistema constitucional de derechos y justicia.

Patricio Pazmiño Freire

Presidente de la Corte Constitucional del Ecuador

Quito, 14 de septiembre de 2015

“La cuestión capital, hoy, no es la de qué poder tiene la Corte,
sino la de cómo ese vasto poder debe ser ejercido”

Ronald Dworkin, *Law's Empire*

Introducción

(Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)

Naturaleza y utilidad de la obra

Este libro debe ser visto como el primer resultado de un ejercicio en construcción, inserto en el avance, por parte de los autores, de una línea de investigación aplicada todavía en curso, la que ha tenido como uno de sus tramos el conjunto de investigaciones realizadas con motivo de una consultoría para la Corte Constitucional de Ecuador, cuyo objeto fue la formulación de una “guía” para la argumentación constitucional. Consiguientemente, este ensayo de modelización de la argumentación jurídica en procesos constitucionales, que la generosidad de la Corte Constitucional ha querido titularlo “Manual de Argumentación Constitucional”, se ha elaborado teniendo como base aquella guía que fuera objeto de la mencionada consultoría, pero complementada con múltiples desarrollos alcanzados por los autores en el marco de la ya referida línea de investigación aplicada.

En torno a la investigación aplicada que subyace a este libro, es necesario precisar que aquella no tiene naturaleza *descriptiva*, pues no se encamina a dar cuenta de la manera en que, de hecho, se argumenta en los procesos constitucionales. Tampoco tiene carácter *prescriptivo*, pues no se endereza al establecimiento de normas acerca de cómo argumentar en tales procesos con prescindencia de cuáles puedan ser las prácticas argumentativas reales. Más bien, la investigación ha sido de naturaleza *reconstructiva*, es decir, tiene algo de descriptivo y algo de prescriptivo. Lo primero, porque arranca de la exploración de la práctica argumentativa constitucional tal y como es, asumiéndola como una actividad social básicamente racional, aunque no enteramente tal en todas sus particularidades. Por lo que se vuelve necesaria la “depuración” de esas prácticas a fin de *reconstruir racionalmente* las mismas. Tales reconstrucciones no son para el jurista práctico (el juez constitucional, por ejemplo) *ni descripciones ni, peor todavía, valoraciones de su desempeño*. Pero *tampoco son puras prescripciones acerca de cómo ha de proceder*. Debido al primer punto, este *Manual* no puede leerse como un diagnóstico ni como una evaluación de la jurisdicción constitucional. Y tampoco, en razón del segundo punto, como normas técnicas con autoridad para imponer—en cualquier sentido—su aplicación a la praxis judicial. Este *Manual*, y la investigación que le ha dado origen, tienen un propósito muy diferente. Se trata de ofrecer (las que denominaremos) **guías** para el razonamiento constitucional, consistentes en esquemas de argumentaciones constitucionales típicas, que sean capaces de brindar:

- i) Utilidad conceptual: proveer a los juristas, especialmente a los jueces, de imágenes representativas, aunque perfeccionadas, de lo que son sus patrones argumentativos espontáneos. Las guías, por tanto, han de ofrecer al práctico esquematizaciones que, por un lado, clarifiquen (y no que revelen) lo que los juristas –unos más otros menos– grosso modo realizan de manera natural (las Guías no son algo enteramente novedoso) en el cumplimiento de sus roles institucionales. Y que, por otro lado, expresen simplificada y simplemente la actividad argumentativa en materias de tan alta complejidad como las constitucionales. De esta manera, las guías constituyen esquemas en los que el jurista práctico puede reconocer su propia práctica gracias a la claridad y simplificación –vale decir, a la racionalización– que ellas brindan.
- ii) *Utilidad metodológica*: si bien las *guías* se basan en la realidad de la práctica constitucional, son esquemas depurados, perfeccionados. Por ello no son únicamente ilustraciones racionalizadas, sino también herramientas racionalizadoras de la práctica judicial. Es decir, no solamente permiten al jurista comprender mejor su actividad argumentativa, sino que también constituyen herramientas metodológicas. En este sentido, las *guías* son, además de esquemas expresivos de argumentaciones constitucionales típicas, también bocetos genéricos preliminares que sirven como “andamios” para la construcción de las argumentaciones constitucionales en cada caso concreto, los que hemos denominado **guiones argumentativos**. Así como los andamios no condicionan los materiales ni las formas del edificio, tampoco las *guías* diluyen las concepciones, creencias ni estilo de la resolución que a un juez de carne y hueso le corresponde adoptar de manera independiente.

Consiguientemente, las guías argumentativas *no son esquemas de redacción de las resoluciones judiciales, no buscan –al menos directamente– organizar la composición textual de aquellas, sino –por así decir– orientar la mejor construcción posible de su lógica interna, a fin de optimizar la calidad de las decisiones y la eficiencia en su expedición, dejando a salvo las opciones estilísticas legítimas de cada juzgador.*

Cualquiera sea el mérito que objetivamente quepa conferir a este *Manual*, su publicación por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, a través del Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, CEDEC, responde a la encomiable intención institucional de contribuir a la conformación de una cultura jurídica fraguada en el diálogo racional permanente: en eso que Rawls llamaba “razón pública”; aunque esto no supone, por cierto, la asunción de compromiso alguno con la aplicación de este Manual por parte de la Corte Constitucional. Una cosa es promover la cultura jurídico-constitucional

mediante la divulgación de cierta propuesta metodológica (como la presente), y otra, muy distinta, usarla efectivamente en la praxis judicial constitucional; del mismo modo que, por ejemplo, son cosas bien diferentes, por un lado, la apertura del mercado de alimentos a la circulación de todo tipo de productos aptos para el consumo humano, y por otra, el consumo de una clase específica de alimentos, por considerarlos más adecuados a las finalidades institucionales de un determinado hospital público.

La idea rectora que orienta el presente *Manual*, es la de que –en armonía con la cita de Dworkin que antecede a esta Introducción– hoy no se discute tanto si los atentados en contra de la Constitución, y especialmente en contra de los derechos fundamentales, deben ser objeto de la justicia constitucional, la cuestión mayor es la de cómo ha de justificarse tales violaciones. Esta pregunta, si se deja de lado la ingenuidad de pensar que ese “cómo” corresponde a la estrechez de las normas procesales, es en último término la pregunta por cómo argumentar en la justicia constitucional. Este libro no pretende, obviamente, ofrecer una respuesta cabal a esa pregunta, sino que se limita a ensayar algunas propuestas que aspiran ser discutidas en el conjunto de la comunidad jurídica. Por ello, aunque este *Manual* está focalmente dirigido a los jueces que ejercen jurisdicción constitucional, está pensado para que fácilmente puede adaptarse al uso propio de abogados litigantes (para lo que será de especial utilidad el diseño de las *pretensiones constitucionales típicas* para cada una de las *guías*), al de docentes y disidentes, al de investigadores, etc.

Aspectos metodológicos

Antes se dijo que la naturaleza de la investigación que ha dado origen al Manual es reconstructiva y que una de sus etapas fue la ya referida consultoría. Aquello marcó la metodología seguida en esta última, organizándola en tres momentos centrales:

- i) En el primero, sin todavía haber emprendido en la exploración de las prácticas reales, se bosquejaron prototipos de guías argumentativas, partiendo simplemente de la experiencia previa de los investigadores y de los conocimientos actualmente disponibles en la teoría de la argumentación (general y jurídica), la teoría del Derecho, la filosofía del Derecho en general y otras disciplinas filosóficas (lógica, teoría de los actos de habla, etc.) y dogmáticas afines (derecho constitucional, derecho procesal constitucional, derecho comparado, etc.).
- ii) Dichos prototipos sirvieron después como herramientas heurísticas para el trabajo de exploración empírica. Esta segunda fase abarcó los siguientes dos niveles:

a. *Análisis de casos.* Correspondientes, cuarenta y cuatro de ellos, a todas las acciones de inconstitucionalidad, por el fondo y por la forma, resueltas por la Corte Constitucional de Transición. Y ciento noventa y siete casos relativos a acciones de protección resueltas en primera y segunda instancias en la provincia de Pichincha, elegidos mediante un procedimiento cuasi-estadístico. Este análisis, a su vez, se realizó en dos niveles:

Uno *cuantitativo*, mediante el cual se obtuvo datos estadísticos descriptivos de las principales variables relativas a la práctica de argumentar, tanto en acciones de inconstitucionalidad, como de protección.

Otro *cualitativo*, en el que se aplicaron las técnicas de representación y análisis de argumentaciones conocidas en la teoría estándar. Esta labor permitió identificar las bases racionales de la práctica real, así como los déficits de aquélla.

b. *Grupos de discusión.* Éstos se conformaron con diversos perfiles profesionales, a saber, litigantes en procesos (acciones) de protección, profesores universitarios, etc. El propósito aquí fue el de someter al debate de especialistas determinados problemas conceptuales identificados en el apartado inmediato anterior (i). La importancia de esto era mayúscula considerando que las Guías debían acuñarse con un lenguaje razonablemente compatible con las variopintas posturas conceptuales que los juristas adoptan en la práctica constitucional en los múltiples desacuerdos doctrinarios o teóricos que ellos mantienen entre sí. Es decir, las guías debían ensamblarse de manera que fueran –en la mayor medida posible– neutras respecto de las posturas de los juristas. Neutras, en el sentido preciso de que no se comprometieran con alguna o algunas de esas posturas, ya que en ese caso el ámbito de su aplicabilidad se habría visto reducida. Y para ello, justamente, era necesario clarificar, mediante los grupos de discusión, los conceptos y concepciones al uso en la práctica de la justicia constitucional ecuatoriana.

iii) Terminada esta fase, en la tercera, correspondió construir las Guías de manera –relativamente– acabada, incorporando lo que la teoría y la práctica, previamente estudiadas, enseñaban. Aquéllas son: la Guía General (GG), válida para toda decisión judicial constitucional, y las tres Guías Particulares básicas, respectivamente correspondientes, a decisiones relativas a la *inconstitucionalidad formal de normas* (G1), a la *inconstitucionalidad sustantiva de normas* (G2), y a la *vulneración iusfundamental* (G3). A todas estas *guías* subyacen desarrollos teóricos y metodológicos gestados por los autores con anterioridad y con posterioridad a la consultoría que venimos refiriendo.

Plan del libro

Su estructura es la siguiente:

- i) Los dos primeros capítulos tienen por objeto introducir al lector en la teoría de la argumentación jurídica: En el Primero, “Argumentación, Estado de derecho y justicia”, Alí Lozada presenta una exposición sintética de las categorías troncales de la llamada teoría estándar de la argumentación jurídica, con algunos afinamientos menores que ayudarían a complementarla, entroncándolos con los conceptos vertebrales del constitucionalismo, es decir, de la denominada teoría postpositivista del Derecho, emergida en el pensamiento iusfilosófico de las últimas décadas. En el Segundo Capítulo, para complementar el anterior, Catherine Ricaurte ofrece una panorámica de los desarrollos teóricos que en los últimos lustros se han producido en torno a la argumentación en materia de hechos, ya que los entornos argumentativos constitucionales no están exentos de la necesidad de “lidiar” con problemas de prueba, si bien con una intensidad y frecuencia menores que en otros ámbitos judiciales.
- ii) En el Capítulo Tercero, Alí Lozada expone el núcleo de la propuesta metodológica envuelta en este Manual: la que denominamos *arquitectónica de la argumentación constitucional*, estructurada por tres niveles distinguibles en la práctica argumentativa constitucional: a) el nivel *macro* o *teórico*, en el que se delinearán la *guía* general GG y sus derivaciones, las *guías* particulares G1, G2 y G3, todas con sus correspondientes perfiles; b) el nivel *meso* o *dogmático*, reservado a los llamados *patrones argumentativos* y que tiene carácter prescindible; y finalmente, c) el nivel *micro* o *casuístico*, al que pertenecen los *guiones*, para cuya elaboración se postula el uso del *Método de árboles argumentativos basado en Atienza* (para abreviar, Método AAA) porque tiene como pilares centrales, por un lado, un sistema para diagramar las guías y su empleo sistemático mediante dibujos que evocan “árboles”; y, por otro, el método desarrollado por Manuel Atienza para la representación de argumentaciones. Esta configuración tripartita –Guías, patrones y guiones– de la *arquitectónica* muestra que la práctica judicial constitucional es un constructo en cuya elaboración intervienen –haciendo una gran abstracción– juristas teóricos, dogmáticos y operadores (jueces, abogados, etc.), a cada uno de los cuales les corresponde un papel creativo insustituible. De ahí que no debe sobredimensionarse el potencial *orientativo* de nuestras Guías, pues no se trata de simples hormas a partir de las cuales pueden reproducirse argumentaciones de manera mecánica, como si de llenar un formulario

pre-impreso se tratase. Una *Guía argumentativa* carece de la precisión, el detalle y la adaptación de los *patrones argumentativos* y, muchísimo menos, de los *guiones argumentativos*. En tal virtud, ellas no aseguran –no podrían hacerlo– *per se* la corrección de las decisiones jurídicas. Algo similar podríamos decir de los *patrones*, si bien su vocación es la de adaptar las guías a contextos institucionales concretos. Consecuentemente, el espacio constructivo de los operadores jurídicos es indelegable: nadie puede elaborar los *guiones* por ellos.

- iii) En los tres capítulos subsiguientes, ambos autores elaboran las piezas que, en futuras investigaciones, permitirán desarrollar *patrones* adecuados a la justicia constitucional ecuatoriana. Para ello: iii.a) se presentan detalladamente los modelos particulares G1, G2 y G3; iii.b) sobre la base de la investigación antes reseñada, se identifican los casos que resultan interesantes de ser examinados de cara a modelar los referidos *patrones*; y, iii.c) se indican las disposiciones jurídicas positivas aptas para incidir en la configuración de los entornos argumentativos que serían objeto de aquellos *patrones*.
- iv) El Capítulo Séptimo, el último, los autores lo dedican a explicar de manera más o menos plástica la utilidad más palpable que al operador jurídico pretende brindar la arquitectónica constitucional descrita líneas arriba: *la realización del esbozo de la sentencia (alegato, amicus curiae, etc.) en una hoja de papel*.

Capítulo I

Argumentación, Estado Constitucional y Justicia

ARGUMENTACIÓN, ESTADO CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA (Alí Lozada Prado¹)

1. El Derecho del Estado Constitucional

El Estado, suele decirse, es una *organización política*. Eso significa, básicamente, que el Estado monopoliza el ejercicio del poder social (dimensión *política*) operado mediante un ensamblaje más o menos complejo de instituciones sociales (dimensión *institucional*). El *Estado prejurídico* incorpora exclusivamente esas dos dimensiones, se trata de una organización política en bruto, es decir, no sujeta a vínculo jurídico alguno. Allí el poder, si bien opera más o menos organizadamente, no tiene forma jurídica; vale decir, se trata de un tipo de Estado en el que la política se expresa en su estado puro. En cambio, si –además de constituir una organización política *sin más*– un cierto Estado se sujeta a determinados vínculos jurídicos (dimensión *jurídica*), es decir, si se trata de una *organización político-jurídica*, entonces, estamos ante un *Estado de Derecho*: uno que no sólo tiene organización institucional, sino que –además– ésta se sujeta a una determinada forma jurídica.

Así, el poder estatal ya no es amorfo –como en el Estado prejurídico– y adopta la forma que el Derecho le impone. Eso significa que el Estado deja de ser un mero fenómeno empírico y pasa a tener una dimensión normativa. Lo que, a su vez, significa que el Estado de Derecho es un tipo ideal de Estado, es decir, establece estándares considerados socialmente valiosos, a los que tienen que aproximarse en la mayor medida posible los Estados de carne y hueso. En una palabra, el Estado de Derecho es un *ideal regulativo* (un deber ser) *jurídico impregnado de valores*. Éste, sin embargo, puede asumir –y ha asumido– diferentes configuraciones socio-históricas, según, precisamente, el tipo de forma jurídica de que se trate.

La primera de esas configuraciones –cronológicamente hablando– fue la del *Estado legislativo de Derecho*. A ésta corresponde un tipo de Derecho en el que la fuente formal suprema es la ley (a ella se subordinan los reglamentos, decretos, acuerdos, ordenanzas, etc.). Esto no quiere decir que, en todos los casos, los Estados de este tipo carezcan de una “constitución”, sino que ella no pasa de ser un mero documento ético-político, al que no se halla jurídicamente vinculado el poder estatal; un documento impregnado de valores, pero que no envuelve un

1 En esta primera parte se sigue y, en algunos tramos, reproduce ciertos textos de (Lozada, s.f.) (Lozada, 2011) (Lozada, 2012a) (Lozada, 2012b) y (Lozada, 2013)

ideal regulativo de carácter jurídico. Que la ley y no la constitución sea la máxima fuente formal del Derecho en modo alguno implica que el Estado legislativo de Derecho sea valorativamente neutral. Este diseño estatal –como todos los “de Derecho”, según se anticipó– sirven a determinados valores ético–políticos, a saber, la legalidad, la seguridad jurídica, la legitimidad del legislador democrático, etc. Éstas son (algunas de) las razones por las que merece la pena defender –según los adeptos a este tipo de Estado– la primacía de la ley en el cumplimiento del ideal jurídico–político de ponerle al poder en horma.

Como se conoce, en el siglo XX, Hans Kelsen propuso una teoría del Derecho que él mismo ilustró con la metáfora de la pirámide jurídica. En ella, la fuente formal del derecho máxima ya no es la ley sino la constitución. Podría pensarse que, con esto, el Estado legislativo de Derecho fue superado. Pero no es así. En el esquema kelseniano, la Constitución es respecto de la ley un vínculo, sí, pero meramente formal. O sea, es únicamente la forma o el procedimiento de la expedición de la ley la que ha de someterse a las normas constitucionales sobre la materia. De esta manera, no se trata sino de la extensión de la cadena jerárquica de autoridades normativas que la pirámide evoca: ahora ésta no se corta en la ley sino que avanza a la constitución, a la constitución entendida en sentido *formal*.

El que hoy conocemos como Estado Constitucional de Derecho no es el visualizado por Kelsen, porque no basta, para que un Estado sea tal, la existencia de una constitución como la indicada. No se requiere únicamente que la constitución sea rígida, es decir, que tenga procedimientos agravados de reforma respecto de los aplicables a la ley, y que por tanto ostente jerarquía superior a la de esta última. Se requiere, además, que la constitución tenga dos elementos adicionales: un catálogo de derechos fundamentales que operen como vínculos *materiales* al poder estatal, y que instituya mecanismos jurisdiccionales que controlen la sujeción a esos vínculos. Vale decir, para que exista un Estado Constitucional es preciso que haya Constitución, pero entendida ésta en sentido *material*. Eso quiere decir que la Constitución no puede tener cualquier contenido, sino uno específico, trocamente caracterizado por los derechos fundamentales.

El Derecho del Estado Constitucional, por consiguiente, difiere mucho del que corresponde a otros tipos de organización político–estatal, incluida la del Estado legislativo. Los valores que informan el Derecho al que el Estado Constitucional se subordina incluyen los atinentes al Estado legislativo, pero no se reducen a ellos: abarcan el conjunto de derechos fundamentales que los catálogos de las constituciones e instrumentos internacionales contemporáneos contienen.

El núcleo del *Derecho del Estado Constitucional*, en suma, viene dado por un conjunto de *derechos fundamentales* cuya supremacía (rango constitucional) es garantizada jurisdiccionalmente (jurisdicción constitucional).

2. La hora de la filosofía del Derecho: Estado Constitucional y (¿Neo?) constitucionalismo

Al Estado Constitucional y a su Derecho (objetivo) suele identificarse – especialmente en Latinoamérica– con el rótulo “Neoconstitucionalismo”, aunque el uso ordinario (e incluso académico) suele ser bastante oscuro e impreciso, y – seguramente por esto mismo– es con frecuencia objeto de desacuerdos apenas aparentes. Lo importante no es la etiqueta que se use, lo que sí lo es, y resulta necesario, es que identifiquemos bien los conceptos. Parece, en este sentido, que las expresiones “Estado Constitucional” y “Derecho del Estado Constitucional” son lo suficientemente descriptivas para preferir su uso en este Manual, en lugar de “neoconstitucionalismo”.

En el ámbito de la *filosofía del Derecho*, una de cuyas disciplinas –junto con la teoría de la argumentación jurídica, la teoría de la justicia, etc.– es la *teoría del Derecho* (o teoría general del Derecho), se ha discutido si con el advenimiento del Estado Constitucional es necesario modificar la teoría tradicional, de corte positivista, o si se requiere construir una nueva. Actualmente hay cierto consenso en torno a esta última opción, por lo que el centro del debate se ha desplazado hacia el problema de cuál ha de ser la (nueva) teoría del Derecho más satisfactoria para los tiempos que corren.

El término “neoconstitucionalismo”, en el sentido para el que se acuñó hace aproximadamente diez años en la denominada Escuela de Génova, ha servido para designar a la(s) teoría(s) del Derecho de reciente data que ha(n) sido construida(s) para dar cuenta de las novedades histórico-institucionales introducidas por el Estado Constitucional. Sin embargo, el término que recientemente se ha generalizado en los debates antes referidos es el de “constitucionalismo”. Por lo que, en este Manual, para referirnos a los desarrollos contemporáneos en teoría del Derecho encaminados a dar cuenta del Estado Constitucional, usaremos la expresión “constitucionalismo” en lugar de “neoconstitucionalismo”.

En último análisis, se trata –otra vez– sólo de una cuestión de palabras. Lo importante es advertir que el apareamiento histórico del Estado Constitucional plantea desafíos teóricos tan inéditos como ingentes, los problemas son de tal calado que obligan a repensar los cimientos mismos del saber jurídico; al parecer, la era del Estado Constitucional ha marcado la hora de la filosofía del Derecho.

3. Estado legislativo y logicismo

Decimos que habría llegado la hora de la filosofía del Derecho y no, exclusivamente, de la teoría del Derecho porque la renovación de las investigaciones iusfilosóficas no mira únicamente a los conceptos de Derecho, derecho subjetivo, ilicitud, norma jurídica, etc.,

sino que lo hace también a otros aspectos del fenómeno jurídico, de manera primordial, a la naturaleza y arquitectónica de la racionalidad jurídica: concretamente, puede constatarse que al socaire del Estado Constitucional ha nacido (en la década de los años 70 del siglo pasado, aunque los primeros rudimentos datan de mediados de la centuria) una disciplina iusfilosófica nueva, la *teoría de la argumentación jurídica*.

Lo anterior, sin embargo, no debe llevarnos a creer que antes de la consolidación de dicha disciplina el razonamiento jurídico adolecía de teorización alguna. Ciertamente la hubo, pero estaba ligada estrechamente al Estado legislativo, paradigmáticamente manifiesto en la codificación francesa. En efecto, el Código Napoleónico (antecedente, como se sabe, de los códigos civiles de tradición románica) es el modelo de la *ley* por excelencia: la pretendida fuente de todas las soluciones a todos los casos posibles, por lo que el método jurídico se limitaba a subsumir los hechos probados en las reglas codificadas. Como resultado, el razonamiento jurídico no respondía a otro patrón que al de la lógica formal deductiva; así, la concepción que de tal razonamiento se tenía era, ni más ni menos, la provista por la teoría del silogismo judicial. Veámoslo con un ejemplo.

Supongamos que un juez **j** debe resolver si **a** debe o no pagar a **b** por los gastos de ida y vuelta concernientes al cambio de domicilio efectuado por éste con el fin de prestar un servicio contratado por **a**. De acuerdo con la concepción logicista, que ahora nos ocupa, el razonamiento de **j** ha de ajustarse al conocido esquema del silogismo judicial, por lo que se expresaría así: Λ .

Ejemplo 0²

PREMISA MAYOR (proposición <i>normativa y general</i>)	Para todo x , si es un acreedor de la prestación de un servicio que requiere el cambio de residencia del deudor, entonces x tiene la obligación de abonar a su contraparte los gastos razonables de ida y vuelta ²	$\Lambda(x) CRx \rightarrow OGx$
PREMISA MENOR (proposición <i>fáctica y particular</i>)	a es un acreedor de la prestación de un servicio que requiere el cambio de residencia del deudor	CRa
CONCLUSIÓN (proposición <i>normativa y particular</i>)	a tiene la obligación de abonar a b los gastos razonables de ida y vuelta	OGa

2 Ésta sería, por ejemplo, la norma contenida en el artículo 1944 del Código Civil ecuatoriano: “Si para prestar el servicio [en el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales] se ha hecho mudar de residencia al que lo presta, se abonarán por la otra parte los gastos razonables de ida y vuelta”.

Esta concepción del razonamiento jurídico que, como ya se dijo, está asociada al Estado legislativo, es funcional a la realización de los valores que informan a este último: la *igualdad formal*, ya que si un caso está contemplado en el antecedente de la norma que sirve de premisa mayor, debe recibir el mismo tratamiento que los demás de esa clase; la *legalidad*, pues la norma que compone la premisa mayor ha de tener su origen en un acto prescriptivo de autoridad; el *imperio de la ley* y la *división de poderes*, puesto que las normas expedidas por el legislador deben ser necesariamente aplicadas, como premisas en los silogismos, sin que los jueces puedan sustraerse a tal imperativo; la *seguridad jurídica*, dado que la aplicación deductiva de las normas legales confiere predecibilidad a los comportamientos humanos y, de esta forma, amplían las posibilidades de planificación de los individuos.

4. Estado Constitucional y argumentación jurídica

La teoría de la argumentación jurídica es al Estado Constitucional lo que el logicismo, encarnado en la teoría del silogismo judicial, es para el Estado legislativo. Así como, según dijimos arriba, el Estado Constitucional conserva la idea fundamental, inaugurada por el Estado legislativo, de que el poder estatal ha de inscribirse en la horma del Derecho, y por ello incorpora los valores radicales del segundo.

La teoría (estándar) de la argumentación jurídica reconoce que el razonamiento jurídico tiene un componente lógico-deductivo ineliminable, es decir, que respecto de toda argumentación jurídica, particularmente judicial, siempre es posible elaborar un silogismo jurídico que la represente. Pero, eso sí, una representación tal es del todo insuficiente para dar cuenta del razonamiento jurídico. Son dos, sintéticamente hablando, los déficits del enfoque logicista.

En primer lugar, desprecia el *contenido de las premisas*, mayor y menor. Si volvemos al ejemplo anterior, podremos ver que a la teoría del silogismo judicial únicamente le importa la *forma* en que las premisas se enlazan entre sí y, conjuntamente, con la conclusión. Para explicar este punto, valgámonos de los ejemplos que siguen:

Ejemplo 1

PREMISA MAYOR (proposición normativa y general)	Para todo x , si x es un acreedor de la prestación de un servicio que requiere el <u>c</u> ambio de <u>r</u> esidencia del <u>d</u> eurdor, entonces x tiene la obligación de abonar a su contraparte los <u>g</u> astos <u>r</u> azonables de ida y vuelta	$\wedge(x) CRx \rightarrow OGx$
PREMISA MENOR (proposición fáctica y particular)	a es un acreedor de la prestación de un servicio que no requiere el <u>c</u> ambio de <u>r</u> esidencia del <u>d</u> eurdor	$\neg CRa$
CONCLUSIÓN (proposición normativa y particular)	a no tiene la obligación de abonar a b los <u>g</u> astos <u>r</u> azonables de ida y vuelta	$\neg OGa$

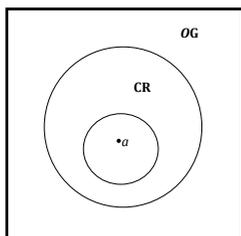
Ejemplo 2

PREMISA MAYOR (proposición <i>normativa</i> y general)	Para todo x , si x es un acreedor de la prestación de un servicio que requiere el <u>c</u> ambio de <u>r</u> esidencia del <u>d</u> eurdor, entonces x tiene la obligación de <u>co</u> nvivir con la pareja de su contraparte	$\wedge(x) CRx \rightarrow OVx$
PREMISA MENOR (proposición <i>fáctica</i> y particular)	a es un acreedor de la presentación de un servicio que requiere el <u>c</u> ambio de <u>r</u> esidencia del <u>d</u> eurdor	CRa
CONCLUSIÓN (proposición <i>normativa</i> y particular)	a tiene la <u>o</u> bligación de <u>co</u> nvivir con la pareja de b	OVa

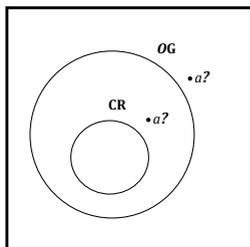
Si consideramos el primero de los silogismos que se acaban de presentar (Ejemplo 1), veremos que resulta inválido a la luz de la lógica formal deductiva por cuanto la manera en que están ensambladas las premisas y la conclusión es incorrecta, aunque podríamos convenir en que aquellas son verdaderas. Podemos, ciertamente, aceptar que si x es un acreedor de la prestación de un servicio que requiere el cambio de residencia del deudor, entonces x tiene la obligación de abonar a su contraparte los gastos razonables de ida y vuelta (premisa mayor);

así también, que a tiene la obligación de abonar a b los gastos razonables de ida y vuelta (premisa menor); y, finalmente, que a es un acreedor de la prestación de un servicio que requiere el cambio de residencia del deudor (conclusión). Sin embargo, sólo por intuición salta a la vista que de la relación lógica de las premisas mayor y menor no se infiere la conclusión, contrariamente a lo que ocurría en el caso precedente (Ejemplo 0). Para observarlo, representemos ambos razonamientos mediante sendos diagramas de Venn:

Ejemplo 0



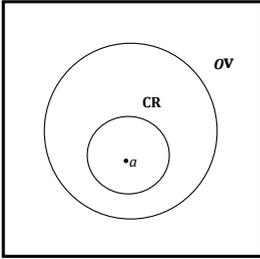
Ejemplo 1



Mientras que en el primer caso inequívocamente a queda inscrito en el área de CR, lo que patentiza que la conclusión CRa ha sido inferida válidamente, en el segundo caso, en cambio, la ubicación de a queda indeterminada, bien podría estar dentro o fuera de CR (puede ocurrir, o bien, que efectivamente no exista la obligación de a de pagar a b los gastos de ida y vuelta debidos al cambio de residencia efectuado por su sola voluntad y sin que la prestación del servicio lo requiera, o bien, lo contrario, por ejemplo, contractualmente puede haberse estipulado una obligación), en consecuencia, no cabe inferir válidamente la conclusión CRa . Con este par de ejemplos podemos advertir en qué consiste la racionalidad jurídica vista desde el enfoque lógico-deductivo.

Con el ejemplo 2 podemos, ahora, visualizar el primer déficit de dicho modelo de racionalidad. Sometamos nuestro ejemplo al análisis mediante diagramas de Venn.

Ejemplo 2



Como vemos, desde el punto de vista lógico-deductivo, se trata de un razonamiento irrefutable, pero podemos coincidir en que hay algo en él que chirría bastante. ¿Qué podrá ser eso? Un ligero análisis nos dice que el problema está en el *contenido* de la premisa mayor, nos parece inaceptable que si x es un acreedor de la prestación de un servicio que requiere el cambio de residencia del deudor, entonces x tiene la obligación de convivir con la pareja de su contraparte y que por consiguiente –dado que es el caso– a tenga que convivir con la pareja de b . Nos parece –creo– que para sostener esto último no existen *buenas razones*. Pero sobre esto, obviamente, la lógica formal deductiva (y, por tanto, la teoría del silogismo judicial) no tienen nada que decir. Ello se debe a que, para ella, el raciocinio jurídico consiste en *inferencias impecablemente logradas a partir de un conjunto de premisas*, y no en la *búsqueda de buenas razones a favor de una conclusión*.

Pero antes decíamos que el enfoque logicista, plasmado en el esquema del silogismo judicial, tiene además un segundo déficit: ignora el aspecto activo de la argumentación. Olvida que –al igual que el Derecho– la argumentación jurídica es una práctica social; específicamente, una *actividad humana dirigida a convencer y persuadir* a favor de una determinada tesis.

Bien, la teoría estándar de la argumentación jurídica –conviene reiterar– no excluye la visión lógico-deductiva del razonamiento jurídico como *inferencia silogística*, pero –junto a ella– incorpora adicionalmente las visiones del razonamiento jurídico como búsqueda de *buenas razones* y como actividad encaminada a *convencer y persuadir* de la suficiencia de tales razones para sostener una determinada tesis. Esos tres elementos constituyen, respectivamente, las tres aristas fundamentales o dimensiones de la argumentación jurídica: la *formal*, la *material* y la *pragmática* (Atienza, 2006).

Desde este punto de vista, lo que distingue al Estado Constitucional del Estado Legislativo es que, si bien ambos reconocen vínculos jurídico-rationales, el primero abarca las tres dimensiones indicadas, mientras que el segundo se restringe a la primera. Esto cobra mayor sentido si advertimos el siguiente paralelismo con el Derecho: en el Estado legislativo, el legicentrismo reduce la racionalidad jurídica a la aplicación silogística de la ley (dimensión argumentativa formal), mientras que en el Derecho del Estado Constitucional el vínculo jurídico impuesto al poder político no es formal, pues está dado por los derechos fundamentales, los que son, no solamente buenas, sino las mejores razones (dimensión argumentativa material). Y, por otro lado, es obligatorio motivar teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto y la superlatividad de los derechos dentro de éste; o sea, desplegar una actividad en la que, sin perjuicio de otras, dichas mejores razones sean esgrimidas con la finalidad de convencer y persuadir acerca de la justificación del acto del poder público de que se trate (dimensión argumentativa pragmática).

Podemos ahora concluir que hay una *conexión intrínseca* entre Estado Constitucional, derechos fundamentales y argumentación jurídica.

Antes de concluir esta sección, conviene explicar algo más acerca de la dimensión pragmática de la argumentación. Cabe distinguir en ella dos sub-dimensiones. Hace pocas líneas se dijo que la argumentación, entendida como actividad social, busca convencer y persuadir acerca de una determinada tesis. El convencimiento no es, para lo que nos interesa, lo mismo que la persuasión. El primero corresponde a la *sub-dimensión dialéctica* de la argumentación jurídica. Ésta puede describirse como una actividad desplegada, por lo menos, por dos sujetos, quienes alternativamente ocupan los roles de *ponente* y *oponente*; al primero corresponde el planteamiento de una tesis, que es objetada por el segundo, con lo que se hilvana una discusión, en la que los participantes se ven obligados a fundamentar sus posiciones con sujeción a estrictas reglas de racionalidad. No se trata, por tanto, de cualquier debate, sino de uno desarrollado como un “juego limpio”, donde los participantes, por ejemplo, no se niegan a dar razones a favor de lo que aseveran, ni se contradicen, ni son insinceros. La finalidad del mismo es la de alcanzar el *convencimiento* (la asunción de una tesis mediante un diálogo llevado a cabo según las reglas de la discusión racional) acerca de cuál es la solución correcta para el problema que suscita la discusión. La segunda, la *sub-dimensión retórica* de la argumentación, en cambio, alude a un tipo de actividad en la que pueden identificarse, por un lado, un *orador* (quien argumenta, verbalmente o por escrito) y, por otro, un *auditorio*, y en la que el objetivo del primero es *persuadir* (conseguir que el auditorio adhiera a una

cierta tesis mediante técnicas que tienen en cuenta el carácter de los oyentes o lectores, el talante del orador y determinadas características del discurso) acerca de la plausibilidad de la tesis defendida (cf. Atienza, 2006).

5. Argumentación jurídica, concepto y conexiones con la justicia y los derechos fundamentales

Viene siendo hora de que nos preguntemos, ¿qué es argumentar? El concepto de *argumentación* está esencialmente vinculado, al decir de Manuel Atienza (2006: 72 y ss), a los rasgos siguientes:

Primero: Argumentar es una forma específica del uso de lenguaje que consiste en *sostener una tesis o pretensión dando razones para ello*. Se distingue, así, de otras maneras en que usamos el lenguaje, como narrar, alabar, insultar, informar, ordenar, etc.

La argumentación puede verse, entonces, como un juego –aunque en el caso del Derecho se trata de un juego extremadamente serio– consistente en un determinado intercambio lingüístico, cuya finalidad es resolver determinados problemas, ya sea escribiendo o hablando.

Segundo: Una argumentación *presupone uno o varios problemas o cuestiones* que suscitan, precisamente, la necesidad de ofrecer razones a favor de una tesis determinada.

Esto es de la máxima importancia teórica y práctica, implica, por un lado, que no tiene sentido argumentar si no hay, como punto de partida, al menos un problema o cuestión; y, por otro, que la argumentación se va a edificar por referencia necesaria y exclusiva a este último. El juego de la argumentación no puede darse si no hay una cancha, y cuando este presupuesto se cumple, aquella demarca el territorio que necesariamente se debe transitar, así como los límites más allá de los cuales aquello está vedado.

Tercero: El argumentar puede concebirse *como proceso o como producto*. Es decir, como la actividad encaminada a resolver el problema planteado; o bien, como el resultado de esa actividad, o sea, las premisas, la conclusión y la inferencia que condujo a ésta.

La dimensión pragmática de la argumentación se corresponde con la noción de ésta como proceso, mientras que las dimensiones formal y material, con la argumentación vista como producto. Podríamos decir que mientras el Estado Constitucional requiere considerar la argumentación –según los contextos– como proceso y como producto, el Estado legislativo, solamente como lo segundo. La argumentación, entonces, es un juego de

roles, es imprescindible tener en cuenta “el sombrero” que llevan puesto los participantes: el de juez, fiscal, abogado, etc.

Cuarto: Argumentar es una actividad racional, tanto porque se orienta a un fin determinado (resolver un cierto problema), como porque existen criterios a partir de los cuales una argumentación puede ser evaluada como válida, sólida, convincente, persuasiva, etc.

Por definición, entonces, la argumentación es un juego donde la irracionalidad está proscrita, y en tal virtud, constituye uno de los elementos esenciales del Derecho del Estado Constitucional: el elemento *racional*, los otros son el *coactivo* y el *institucional*. Esto hace del Derecho –usando el término de Stephen Toulmin– una empresa racional, pero va más allá: perfila un particular concepto de justicia, el correspondiente al ideal del Estado Constitucional. Para ilustrarlo, evoquemos el socorrido símbolo de la justicia. La mujer con túnica representa al aspecto institucional del Derecho, por el cual, la justicia es impartida por sujetos con ciertos atributos sociales. El aspecto coactivo está obviamente representado por la espada que la mujer empuña con su mano derecha. Y el aspecto racional está representado por lo que ella sostiene en la mano izquierda: un libro o una balanza. El primero –el libro– sería propio del Estado legislativo, en tanto que el segundo símbolo –la balanza– lo sería (sin excluir necesariamente al primero) del Estado Constitucional. En aquél se trata de una racionalidad deductiva apoyada en un catálogo escrito de casos y soluciones; en éste, de una racionalidad bastante más compleja. Contrastan mutuamente, así, la justicia legalizada y la justicia constitucionalizada.

En el Estado Constitucional hay, por consiguiente, un vínculo indisoluble, prácticamente –incluso– una equivalencia, entre *argumentación jurídica* y *justicia*, y –en consecuencia– entre estas dos y los *derechos fundamentales*, tres caras de una misma realidad: el Estado Constitucional. Este conjunto de relaciones conceptuales, basilares en el diseño jurídico de la gran mayoría de Estados contemporáneos, ha sido expresivamente reconocida mediante el pleonismo “Estado Constitucional de Derechos y Justicia” con que se ha definido el Estado ecuatoriano en el artículo 1 de su Constitución vigente.

6. Casos fáciles y difíciles

Buena parte de lo expuesto hasta aquí podría ejemplificarse mediante un caso del Derecho ecuatoriano. Y, a partir de él, podemos avanzar en la explicación de las nociones teóricas necesarias para la comprensión y uso de este Manual.

Según el Art. 133 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (ya derogada, pero como ilustración nos sirve), cuando un servidor deba

subrogar a superiores jerárquicos que perciban mayor remuneración mensual unificada, recibirá la diferencia de la remuneración mensual unificada que corresponda al subrogado, durante el tiempo que dure el reemplazo, a partir de la fecha en que se inicia tal encargo o subrogación y hasta “por un máximo de sesenta días”. El Contralor General consultó al Procurador General del Estado si “¿Debe reconocerse a los señores funcionarios el pago de la diferencia de la remuneración por todo el tiempo del encargo de funciones, incluso por el tiempo que supera el límite de sesenta días al que se refiere el artículo 133 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa?”

De acuerdo con el enfoque logicista, la solución debería reducirse a un silogismo jurídico como el siguiente:

PREMISA MAYOR (proposición <i>normativa y general</i>)	Para todo x , si x es un funcionario público que <u>excede</u> los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces x <u>no</u> tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo.	$\wedge(x) Ex \rightarrow \neg Dpx$
PREMISA MENOR (proposición <i>fáctica y particular</i>)	El funcionario a excedió los sesenta días de encargo.	Ea
CONCLUSIÓN (proposición <i>normativa y particular</i>)	El individuo a <u>no</u> tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo.	$\neg Dpa$

Sin embargo, el Procurador dictaminó que “atendiendo el principio constitucional que (sic) ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito y forzoso”, el funcionario del ejemplo tenía derecho a recibir el sueldo asignado al cargo que provisionalmente desempeñaba.

El Procurador, entonces, fue más allá del razonamiento formalista y exegético, fugando de los estrechos límites del silogismo jurídico. Lo hizo acudiendo al “principio constitucional que (sic) ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito y forzoso”.

¿Cómo se representaría la argumentación del Procurador? Como sabemos, nada obsta para que lo hagamos, también, según el esquema del silogismo jurídico:

PREMISA MAYOR (proposición normativa y general)	Para todo x , si x es un funcionario público que excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces x tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo.	$\wedge(x) Ex \rightarrow Dpx$
PREMISA MENOR (proposición fáctica y particular)	El funcionario a excedió los sesenta días de encargo.	Ea
CONCLUSIÓN (proposición normativa y particular)	"El individuo a tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo"	Dpa

La diferencia de éste con el razonamiento anterior se origina en la premisa mayor: En el primer razonamiento, la premisa es $\rightarrow \wedge(x) Ex \rightarrow \neg Dpx$, en el segundo, $\rightarrow \wedge(x) Ex \rightarrow Dpx$. Mientras la primera surge del contenido literal de la disposición normativa del Art. 133 de la Ley, la segunda no lo hace de ninguna disposición normativa. Es decir, mientras la primera premisa nace *explícitamente* de una disposición normativa, la segunda pretende ser un contenido *implícito* en el Derecho.

En efecto, la premisa mayor del primer razonamiento no requiere más justificación inmediata que el hecho de que el mencionado art. 133 dice tal cosa. Si a ello se suma que el tiempo de reemplazo al funcionario superior es un hecho indiscutido (es decir, no hay discrepancia en cuanto a la argumentación fáctica), la conclusión que permite resolver el caso es ni más ni menos que un producto exclusivamente *deductivo*: se agota en el entrelazamiento lógico de las ya representadas premisas, mayor y menor, y la correspondiente conclusión. En cambio, en el segundo razonamiento, dando por sentado que la premisa fáctica es indiscutida, tenemos que la premisa mayor («Para todo x , si x es un funcionario público que excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces x tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo») no se desprende literalmente de ninguna disposición normativa, por lo que requiere de una *justificación adicional*.

Una de las diferencias básicas entre las teorías de la argumentación precursoras y las estándar está en que las primeras pretendían dejar de lado la lógica formal en la modelación del razonamiento jurídico; en tanto que las segundas aceptan que la lógica formal es un ingrediente, una arista de la

dimensión argumentativa del Derecho (*cf.* Atienza: 2004). Esto implica que el silogismo jurídico, heredado de la tradición formalista, particularmente exegética, tiene un lugar en las argumentaciones jurídicas. De hecho, de todas ellas cabe extraer un silogismo tal. Aunque, eso sí, la argumentación jurídica no se agota, ni de lejos, en dicho silogismo. Y este es el caso de nuestro ejemplo.

El silogismo con el que representamos el razonamiento del Procurador, cuya racionalidad es exclusivamente lógico-deductiva, no viene a ser otra cosa que la punta de un iceberg. A este tramo (que es el culminante) de la argumentación se suele llamar *justificación interna*. Sin embargo, yendo a las profundidades del mencionado iceberg observamos que existe otro momento argumentativo, la *justificación externa*³. Ésta va más allá de la lógica deductiva. Para verlo basta constatar que el paso desde el enunciado «Nadie podrá ser obligado a realizar un trabajo gratuito» hasta el enunciado «Para todo x , si x es un funcionario público que excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces x tiene derecho a percibir el plus remunerativo por lapso excesivo» no es de carácter deductivo.

Por justificación externa se entiende la fundamentación, bien de la premisa mayor (normativa), o bien la premisa menor (fáctica). En el caso del razonamiento del Procurador, es la premisa normativa la que demanda una justificación externa.

Según la teoría estándar de la argumentación jurídica, un *caso fácil* se define como aquel cuya solución requiere únicamente de una justificación interna; y, si además de ésta, es preciso contar con una justificación externa, entonces nos hallaremos frente a un *caso difícil*, como el de nuestro ejemplo.

Para la visión logicista del razonamiento jurídico, entonces, en el Derecho todos los casos son fáciles. Mientras que para las teorías estándar de la argumentación jurídica (como las de Alexy, MacCormick, Atienza, Aarnio, etc.), además de casos fáciles, en el Derecho hay casos difíciles. Por lo que ellas brindan especial atención a la racionalidad que opera en (la justificación externa de) estos últimos.

7. Reglas y principios

Al referirnos a la dimensión material dijimos que, desde el ángulo propio de aquélla, lo primordial en la argumentación es la búsqueda de *buenas razones* que justifiquen la solución al problema planteado y, por tanto, la acción o decisión consistente con dicha solución. Hay dos tipos de razones que aquí nos interesan.

3 La distinción entre justificación interna y externa fue introducida por Wroblewski (1974: 32 y ss). No obstante, MacCormick (2003) traza una distinción paralela entre la *justificación deductiva* (que se ubicaría en un primer nivel) y la *justificación de segundo orden*.

Las del primer tipo funcionan como verdaderos motores de la argumentación, son los dispositivos que generan y mantienen la dinámica de las argumentaciones. Joseph Raz (2002) las ha denominado “razones operativas”, entre las que primordialmente se encuentran las *normas jurídicas*.

Es importante preguntarse aquí, ¿a qué nos referimos –y nos referiremos a lo largo del Manual– con el término “normas jurídicas”? La respuesta es que hacemos referencia a las proposiciones normativas, es decir, al contenido de una *disposición jurídica*. Por ejemplo, El artículo 66.1 de la Constitución ecuatoriana es una disposición jurídica que, en su primera parte, dice: “Se reconoce y garantiza a las personas [...] El derecho a la inviolabilidad de la vida”. Este es un texto cuyo *contenido*, obtenido mediante la *interpretación jurídica*, constituye una o varias *normas jurídicas*. Por ejemplo: prohibido matar, obligatorio (para el Estado) proteger la vida, etc. Nótese que las disposiciones pueden expresar varias normas, pero también ocurre a la inversa. La norma que prohíbe matar, como resulta claro, no está vinculada a un único texto (disposición), debido a su naturaleza abstracta, en contraste con el carácter concreto de las disposiciones. Es fácil imaginar posibles formulaciones textuales que no sean la del citado artículo, como “No matar”, “Quien mata a otro será sancionado penalmente”, “Nadie puede matar a otro”, etc.

Al hilo de esta importante distinción conceptual, resulta útil introducir el concepto de *acto jurídico prescriptivo*. Se trata de un acto jurídicamente configurado, cuya intención es la de expedir, reformar o derogar disposiciones jurídicas y, en último término, poner en vigencia normas jurídicas o, bien, suprimirla.

En el lenguaje jurídico suele emplearse el término “norma” para referirse a los actos jurídicos prescriptivos, y es bastante frecuente su uso para designar a las disposiciones jurídicas. Puesto que no tiene sentido discutir sobre el *verdadero* significado de las palabras, nada hay que objetar a los diferentes usos del término que nos ocupa. Lo que sí tiene sentido y resulta necesario es realizar precisiones terminológicas que eviten confusiones, de acuerdo con criterios de utilidad y adecuación al contexto de que se trate. En este Manual, nos ha parecido preferible distinguir entre norma, disposición y acto prescriptivo, según lo acabamos de exponer.

Pues bien, la teoría del Derecho contemporánea ha formulado una gran bipartición en el universo de tales normas, las *reglas*, por un lado, y los *principios*, por otro. Hay que decir, no obstante, que la distinción entre unas y otros –lejos de lo que podría pensarse– no es idéntica en todas las teorías que la defienden. Una exploración muy detenida al respecto no sería acorde con la naturaleza de este Manual. Sin embargo, podríamos señalar algunos rasgos diferenciales entre las reglas y los principios:

Primero. En cuanto a su **estructura lógica**, las *reglas* enlazan un supuesto fáctico a una conducta jurídicamente calificada. Por ejemplo, el ya citado art. 133 contiene

la regla $Ex \rightarrow \neg Dsx$, «si un funcionario público excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces no tiene derecho a percibir el plus remunerativo por el tiempo en exceso», donde el supuesto de hecho viene dado por todos los casos en que un funcionario público exceda los sesenta días de encargo (Ex), cuya verificación conlleva la calificación jurídica ($\neg D$) de una conducta (s) para la misma clase de sujetos comprendidos en el supuesto fáctico (x). En cambio, la norma según la cual «nadie podrá ser obligado a realizar un trabajo gratuito», $\neg Ogx$, no sería una regla, sino un *principio*, pues carece –como se ve– de supuesto fáctico (que indique las condiciones de hecho particulares en que debe ser aplicada la norma) y solamente adscribe, para todos los casos relevantes, una determinada calificación jurídica, «no es obligatorio» ($\neg O$), a una cierta clase de conducta, «realizar un trabajo gratuito» (g), respecto de un cierto conjunto de sujetos, «toda persona» (x).⁴

Vistas como **razones para actuar o decidir**, las *reglas* son *razones excluyentes*, en el sentido de que pretenden impedir el recurso a su *justificación subyacente*, es decir, a las razones que las sustentan, al porqué de aquéllas. En cambio, los *principios* son razones que integran, precisamente, esas razones subyacentes, y por tanto, operan como justificaciones *a favor* de ciertas reglas. Pero también pueden actuar como justificaciones *en contra* de determinadas reglas. Volviendo a nuestro ejemplo, la regla “si un funcionario público excede los sesenta días encargado de un puesto jerárquicamente superior, entonces no tiene derecho a percibir el plus remunerativo por el tiempo en exceso” pretende ser suficiente para la solución de casos relacionados con ella, además tiene por justificación subyacente principios –por mencionar algunos– tales como el de eficiencia administrativa, el de deferencia al legislador democrático (pues nace de una disposición legal expresa), etc. Sin embargo, como advierte el Procurador, también hay un principio, el de prohibición de trabajo gratuito, que se opone a los principios antes indicados. De aquí surge una importante consecuencia: la resolución de casos concretos siempre es el resultado de la aplicación directa de una regla, nunca de un principio. Así, el Procurador de nuestro ejemplo, como se vio anteriormente, no aplica de manera directa el principio de prohibición del trabajo gratuito, sino la regla que a partir de éste construye, y que le sirve como premisa mayor del silogismo jurídico.⁵

Por lo que respecta a la –que podríamos denominar– **fisiología de las antinomias**, si dos *reglas* entran en *conflicto*, sea cual fuere el criterio de solución, solamente una de ellas será considerada como parte del ordenamiento jurídico, en tanto que la otra será tenida como inválida

4 Sigo aquí los desarrollos de Atienza y Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero, 2004).

5 Particularmente, aquí me guío por los aportes de Raz (2002) y Schauer (2001).

y ajena al sistema. En cambio, si dos principios *colisionan*, sólo uno de ellos (el que tenga mayor peso) se aplicará al caso concreto y el otro será desplazado, pero no considerado inválido, es decir, extraño al sistema. De aquí pueden desprenderse dos importantes consecuencias. En primer lugar, que las antinomias entre principios siempre han de formularse con referencia a un caso concreto, las que atañen a reglas, no. Y, en segundo lugar, que el atributo primordial de las reglas es su *validez*, mientras que la de los principios es su *peso*. Así, en nuestro ejemplo, la *validez* de la norma que el Procurador acuña y que usa como premisa mayor de su silogismo jurídico dependerá del *peso* que tenga el principio de prohibición de trabajo gratuito, por un lado, y el de los principios de eficiencia administrativa y deferencia al legislador democrático, por otro.⁶

8. La subsunción

Antes decíamos que toda justificación jurídica tiene una *justificación interna*, y que ésta es la única existente en los *casos fáciles*, mientras que, en los difíciles, se precisa de una *justificación externa*.

Ahora podemos añadir que la justificación interna, que –como veíamos– es meramente deductiva y se expresa en un silogismo jurídico, tiene como razón operativa una premisa mayor que consiste en una *regla*. Dicho silogismo jurídico puede, a su vez, ser la culminación de una cadena de silogismos deductivos, en cuyo caso, la justificación interna es más extensa, pero –por así decirlo– sigue siendo interna. No obstante, cualquiera sea su extensión, toda justificación interna se asentará en razones operativas que tienen el carácter de *reglas*.

Dado que, como se ha dicho, las reglas tienen una estructura compuesta por un supuesto fáctico y la calificación jurídica de una conducta determinada, razonar con ellas supone una suerte de juego clasificatorio: se trata de “encajar” un caso individual en el supuesto de hecho de una regla para derivar así la ya referida calificación jurídica. A esto, técnicamente, se denomina *subsunción*. La que vamos a explorar valiéndonos de un caso ficticio:

Supongamos que al Consejo Nacional Electoral de Ecuador se le plantea el *problema argumentativo* de si debe calificar o no la candidatura de María (a la que representaremos como *m*) a la Presidencia de la República, quien tiene una concesión para explotar un campo petrolero. La *argumentación* en la que se apoye la decisión del Consejo podría discurrir como sigue:

6 Aquí me oriento por las contribuciones de Dworkin (1999) y Alexy (2002b).

<p>PREMISA MAYOR A (proposición <i>normativa y general</i>)</p>	<p>Para todo x, si x es un ciudadano titular de una concesión para explotar recursos naturales, entonces, le está prohibido ser candidato a cualquier dignidad de elección popular. Fundamento: Art. 113.1 Constitución</p>	<p>$\wedge(x) Nx \rightarrow PhCx$</p>
<p>PREMISA MENOR A (proposición <i>normativa y general</i>)</p>	<p>Para todo x, si x es un ciudadano titular de una concesión para explotar petróleo, entonces x tiene una concesión para explotar recursos naturales. Fundamento: definición lexicográfica</p>	<p>$\wedge(x) Px \rightarrow Nx$</p>
<p>CONCLUSIÓN INTERMEDIA A / PREMISA MAYOR B (proposición <i>normativa y general</i>)</p>	<p>Para todo x, si x es un ciudadano titular de una concesión para explotar petróleo, entonces le está prohibido ser candidato a cualquier dignidad de elección popular.</p>	<p>$\wedge(x) Px \rightarrow PhCx$</p>
<p>PREMISA MENOR B (proposición <i>fáctica y particular</i>)</p>	<p>La ciudadana m tiene una concesión para explotar recursos naturales. Fundamento: instrumento público.</p>	<p>Pm</p>
<p>CONCLUSIÓN INTERMEDIA B</p>	<p>Le está prohibido a x ser candidata a una dignidad de elección popular.</p>	<p>Phm</p>
<p>PREMISA MAYOR C (proposición <i>normativa y general</i>)</p>	<p>Para todo c (Consejo Nacional Electoral), si x (cualquier ciudadano) tiene prohibición de ser candidato a una dignidad de elección popular, entonces, c está obligado a rechazar la candidatura.</p>	<p>$\wedge(c) Phx \rightarrow Ort$</p>
<p>PREMISA MENOR C (proposición <i>fáctica y particular</i>)</p>	<p>La ciudadana m tiene prohibición de presentarse como candidata de elección popular.</p>	<p>Phm</p>
<p>CONCLUSIÓN C, FINAL (proposición <i>normativa y particular</i>)</p>	<p>c está obligado a rechazar la candidatura de m.</p>	<p>$Orat$</p>

En este ejemplo se observan cosas importantes. En primer lugar, que todo el razonamiento presentado es deductivo, aunque no se reduzca a un único silogismo, sino a toda una cadena de silogismos, es decir, de subsunciones. Sin embargo, la argumentación se agota en la justificación interna, porque se trata de un caso fácil. No obstante, para enfatizar algo que ya se dijo, la argumentación finaliza –cómo no– en un silogismo judicial (la parte sombreada), que constituye la antesala de la *decisión*.

Sin embargo, una cosa son los silogismos que componen la cadena silogística y otra las subsunciones que en el marco de esa cadena se produzcan. En nuestro ejemplo, la cadena se integra por tres silogismos. No obstante, únicamente se verifican dos subsunciones. La una compleja y la otra simple. La compleja “encaja” de manera directa Pm en Px y, de manera indirecta, Pm en Nx . Y la simple “encaja” Phm en Phx .

Tres cosas, finalmente, hay que decir (o reiterar) de la *subsunción*:

Primero. Ella responde a una racionalidad *fuerte*, si las premisas son verdaderas, una correcta inferencia (acorde con las exigencias de la lógica deductiva) conduce indefectiblemente a una conclusión verdadera; por lo que la argumentación que se agota en el uso de la subsunción sería, más bien, una *demonstración*, por su carácter no controvertible.

Segundo, como lo han remarcado los teóricos estándar de la argumentación jurídica (cf. MacCormick, 2003: 19 y ss), la subsunción es un procedimiento racional imprescindible en el Derecho, cualquiera sea el caso de que se trate y cualquiera sea el tipo de argumentación jurídica que se realice. Para decirlo de otra manera, el juego del Derecho es, en parte pero necesariamente, un juego lógico deductivo. Sin este aspecto, la práctica jurídica sería impensable.

Tercero. Independientemente del número de silogismos subsuntivos que una justificación interna contenga, descollará siempre uno (la punta del iceberg), el silogismo judicial. Las diferencias entre éste y los otros silogismos de la cadena deductiva son básicamente tres: a) mientras que los segundos cuentan con dos premisas normativas y generales, el primero tiene una premisa normativa general y otra particular y normativa; b) mientras que el silogismo judicial tiene una conclusión normativa y particular, los demás tienen una conclusión normativa y general y c) mientras que las conclusiones de estos últimos sirven de premisas para ulteriores silogismos (son conclusiones intermedias), en el judicial, la conclusión se conecta de manera inmediata con la *decisión* (es la conclusión final).

9. La ponderación

¿Qué hay más allá de la subsunción? Veámoslo con el análisis de un caso español.

María solicitó al Instituto Nacional de la Seguridad Social de España (INSS) la pensión de viudedad, en razón de que falleció en diciembre de 2000 la persona –cotizante de la Seguridad Social, se entiende– con quien estuvo casada desde noviembre de 1971. En general, de acuerdo con el Art. 174.1 de la Ley General de la Seguridad Social española (LGSS),

Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión [...]

El INSS, basado en esta norma, negó la solicitud en todas las instancias administrativas por no haber sido, María, *cónyuge* del fallecido. Y es que el matrimonio al que antes se aludió tenía una peculiaridad: se realizó exclusivamente por el rito gitano.

María presentó una demanda en contra de la resolución definitiva del INSS, que fue aceptada por el Juzgado de lo Social N° 12 de Madrid, básicamente, porque –según éste– el Art. 174 debe ser aplicado a este caso por analogía, puesto que la falta de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio gitano no puede impedir la acción protectora que el Estado se ha impuesto a través de las normas de la Seguridad Social. Esta sentencia, no obstante, fue dejada sin efecto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁷ –al resolver sobre la impugnación que presentara a su tiempo el INSS– por considerar que según el Art. 174 citado, en concordancia con las disposiciones del Código Civil español que establecen los requisitos y efectos del matrimonio (ya se realice civilmente o por confesiones religiosas reconocidas), la persona casada exclusivamente por el rito gitano estaba excluida de los titulares de la pensión de viudedad; y lo estaban, además, porque el Art. 174 no puede aplicarse analógicamente, dado que el matrimonio celebrado según alguno de los ritos inherentes a confesiones religiosas legalmente reconocidas no es análogo al matrimonio gitano, ya que

7 Sentencia N° 637/2002 de 7 de noviembre, dictada por la Sala de lo Social, Sección 4ª del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

éste no corresponde a ninguna religión. Si reconstruimos el razonamiento de esta sentencia, tendríamos lo siguiente:

PREMISA MAYOR A (proposición <i>normativa</i> y <i>general</i>)	"Para todo x , si y sólo si x es cónyuge, entonces, tendrá derecho a la pensión de viudedad" Fundamento: Art. 114.1 LGSS	$\wedge(x) Cx \rightarrow \neg DVx$
PREMISA MENOR A (proposición <i>normativa</i> y <i>general</i>)	"Para todo x , si x se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, <u>no</u> es cónyuge". Fundamento: Art. 114.1 LGSS en concordancia con los Arts. 49, 59, 60 y 61 del Código Civil	$\wedge(x) Gx \rightarrow \neg Cx$
CONCLUSIÓN INTERMEDIA A / PREMISA MAYOR B (proposición <i>normativa</i> y <i>general</i>)	"Para todo x , si x se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, <u>no</u> tiene derecho a la pensión de viudedad".	$\wedge(x) Gx \rightarrow \neg DVx$
PREMISA MENOR B (proposición <i>fáctica</i> y <i>particular</i>)	"María se casó exclusivamente por el rito gitano" Fundamento: elementos de prueba indubitables.	Gm
CONCLUSIÓN C, FINAL (proposición <i>normativa</i> y <i>particular</i>)	"María <u>no</u> tiene derecho a la pensión de viudedad".	$\neg DVm$

Como se ve, la argumentación del Tribunal se compone de dos silogismos. El primero lleva a establecer la premisa mayor del silogismo que conduce a la conclusión final, base de la decisión. La argumentación, pues, se satura en la justificación interna, vale decir, por un lado, los criterios para evaluar la argumentación se agotan en los estándares de la lógica formal deductiva; y, por otro, las razones operativas que fundamentan la decisión tienen, exclusivamente, la forma de reglas, las últimas de las cuales (premisas A) hallarían su anclaje en disposiciones positivas. Esto en cuanto a la fundamentación de la premisa normativa del silogismo final. Por lo que respecta a la cimentación de la premisa fáctica de aquél, en cambio, ella está anclada en elementos de prueba que para todas las partes resultan indubitables. El Tribunal, entonces, asume que se trata de un caso fácil que puede, por tanto, resolverse mediante una mera *demonstración*.

Por cierto, no dejó de percatarse, el Tribunal, de que existían consideraciones plausibles que podían apoyar la posición de María. Sin embargo, se consideró

que “independientemente de cuál sea ‘de lege ferenda’ la solución deseable, la realidad que se impone [...] es únicamente la derivada de la normativa vigente”. He aquí un ejemplo más de formalismo.

Esta sentencia no quedó, finalmente, en firme, pues luego de pasar por el Tribunal Constitucional español (donde se la ratificó), llegó finalmente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de Estrasburgo), donde, en definitiva, se le dio la razón a María. En su sentencia⁸, el Tribunal Europeo constató que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional españoles habían extendido, analógicamente, el derecho a la pensión de viudedad a dos supuestos no previstos expresamente por la ley: el de un matrimonio canónico que no cumplía las condiciones formales previstas por la Ley al no habérselo inscrito en el Registro Civil por razones de conciencia; y cuando se trataba de un matrimonio que fuese declarado nulo por sentencia judicial firme, siempre y cuando se comprobase o presumiese que el cónyuge sobreviviente fue un contrayente de buena fe. Pues bien, sobre esta base, el Tribunal de Estrasburgo erigió su argumentación, que básicamente consistió en considerar el caso de los matrimonios celebrados exclusivamente por el rito gitano análogos a los dos supuestos antes referidos, asumiendo que el elemento común entre ellos es el de la buena fe de los contrayentes; lo que, en el caso de María sí se verificaba y con especial intensidad, pues según el Tribunal Europeo, para apreciar la buena fe de María, había que tomar en consideración su pertenencia a la etnia gitana, por cuanto “las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada”, tanto más que “la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica prestar una especial atención a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario admisible en materia de regulación como en el momento de la adopción de la decisión en casos particulares”.

Ahora bien, el recurso a la analogía en el razonamiento jurídico es, siempre, una fuga del nivel lógico deductivo, es decir, implica el tránsito de la justificación interna a la justificación externa; del mero uso de reglas al empleo –también– de principios; en definitiva, del solo pensamiento subsuntivo al pensamiento ponderativo. En efecto, a diferencia del Tribunal Superior de Madrid, el Tribunal de Estrasburgo ponderó; aunque no por ello –como es obvio– dejó de subsumir. El siguiente sería, en efecto, el esquema subsuntivo que integra la argumentación que comentamos:

8 Sentencia en el caso TEDH\2009\140, dictada el 8 de diciembre de 2009, por La Sección 3ª del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

PREMISA MAYOR A (proposición <i>normativa y general</i>)	"Para todo x , si y sólo si x es cónyuge, entonces, tendrá derecho a la pensión de viudedad" Fundamento: Art. 114.1 LGSS	$\wedge(x) Cx \rightarrow \neg Dvx$
PREMISA MENOR A (proposición <i>normativa y general</i>)	"Para todo x , si x se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, <u>sí</u> es cónyuge". Fundamento: <u>justificación externa</u>	$\wedge(x) Gx \rightarrow Cx$
CONCLUSIÓN INTERMEDIA A / PREMISA MAYOR B (proposición <i>normativa y general</i>)	"Para todo x , si x se ha casado exclusivamente por el rito gitano, entonces, <i>sí</i> tiene derecho a la pensión de viudedad".	$\wedge(x) Gx \rightarrow Dvx$
PREMISA MENOR B (proposición <i>fáctica y particular</i>)	"María se casó exclusivamente por el rito gitano" Fundamento: elementos de prueba indubitables.	Gm
CONCLUSIÓN C, FINAL (proposición <i>normativa y particular</i>)	"María <u>sí</u> tiene derecho a la pensión de viudedad".	Dvm

Como se observa, a diferencia del razonamiento del Tribunal Superior de Madrid, el del Tribunal de Estrasburgo tiene como "PREMISA MENOR A" una norma que no se ancla directamente en el texto de ninguna disposición legal, sino que se sostiene en virtud de una justificación externa.

Este tipo de justificación es *externa* porque se da por fuera de la cadena subsuntiva que hemos venido describiendo. Pero que sea externa no implica que se trate de una justificación *aislada* de la llamada justificación interna. Todo lo contrario, la fuerza racional de esta última depende de la primera, ya que la justificación externa es la que dota de justificación (en los casos difíciles, claro está) a las premisas subsuntivas, fácticas o jurídicas, que lo requieren.

Incursionemos ahora en la estructura de la justificación externa. Ésta viene dada por el siguiente esquema:

Paso uno: Se parte de la constatación de que en el caso C son relevantes al menos dos principios, $P1$ y $P2$; que $P1$ tiende a sostener la validez de la regla $R1$, en tanto que $P2$, la de la regla $R2$; y que $R1$ y $R2$ son mutuamente incompatibles, lo que plantea el problema de determinar si la regla jurídicamente válida es, o la una, o la otra. Por lo que si bien se ve, cuando los principios colisionan, ellos no

impactan directamente el uno con el otro, sino que el choque frontal se produce entre las reglas que ellos *prima facie* proyectan, R1 y R2.

Paso dos: Para solucionar el referido dilema, se determina que, en el caso C, y considerado el contenido de R1 y R2, uno de los principios, por ejemplo P1, precede (tiene más peso) que su oponente, P2. El procedimiento racional que permite fundamentar la preferencia de un principio frente a otro es la *ponderación*, de la que nos ocuparemos luego.

Paso tres: Se construye, finalmente, una regla (o R1 o R2), que fundamentada en la forma que aquí se describe pasará a cumplir el rol de premisa en la cadena de subsunciones correspondiente a la justificación interna. De aquí se deriva algo que muchas veces se pierde de vista: en los razonamientos jurídicos, toda ponderación conduce siempre a una subsunción, eso quiere decir que nunca una acción o decisión sigue inmediatamente a una ponderación, en medio siempre habrá una o varias subsunciones. Lo que equivale a decir que los principios nunca se aplican de modo directo, sino a través de reglas.

Si aplicamos todo esto a la argumentación seguida por el Tribunal de Estrasburgo en el caso de María, obtenemos lo siguiente (de manera aproximativa y bastante tosca, por cierto, pues no interesa aquí, como es obvio, esclarecer cabalmente el caso en sí):

Paso uno: Se constata que en el caso de personas casadas únicamente por el rito gitano cuya pareja ha sido cotizante de la seguridad social y ha fallecido (Gx), entran a operar, por un lado, los principios PA: de igualdad material, el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de las minorías étnicas vulnerables; y, por otro lado, los principios PB: de igualdad formal, de imperio de la ley y de la seguridad jurídica. También se establece que los PA apoyan la validez de la regla RA de que en el caso Gx , x debe ser considerado como cónyuge para los efectos del Art. 114.1 LGSS ($Gx \rightarrow Cx$); mientras que PB apunta a la regla contraria RB, en el mismo caso Gx , x no debe ser considerado como cónyuge para los efectos del Art. 114.1 LGSS ($Gx \rightarrow \neg Cx$).

Paso dos: Se determina que, en el caso Gx y tratándose de otorgar validez, o bien a RA, o bien a RB, los principios PA tienen mayor peso argumentativo que los principios PB (PA/PB).

Paso tres: Finalmente, se reconoce validez jurídica a RA ($Gx \rightarrow Cx$): «si alguien se ha casado únicamente por el rito gitano y su pareja ha fallecido habiendo sido cotizante de la seguridad social, *entonces* debe ser considerado como cónyuge para los efectos del Art. 114.1 LGSS». Luego, esta regla pasa a integrar la cadena subsuntiva que, según se expuso anteriormente, conduce a la conclusión de que María tiene derecho a la pensión de viudedad: DV m , justificando así la decisión de concedérsela.

Pues bien, la ponderación no es otra cosa que el tipo de razonamiento que fundamenta el *paso dos*, es decir, el que permite afirmar racionalmente que *P1* prevalece sobre *P2*. Pero, ¿en qué consiste la ponderación?

Ella está gobernada por dos reglas sistematizadas por Robert Alexy (2002a), a las que ha denominado, la una, *ley material de la ponderación* y, la otra, *ley epistémica de la ponderación*. La primera reza:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

De acuerdo con esta ley, dice el autor alemán, el procedimiento ponderativo consiste en: a) “definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios”; b) definir “la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario; y, finalmente, c) definir “si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”. Estos tres momentos son presentados “ilustrativamente”, por Alexy, mediante su famosa *fórmula del peso*:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_{iC} \cdot GP_{iA}}{WP_{jC} \cdot GP_{jA}}$$

En ella, el paso a) se representa en el numerador y es el producto de dos variables: a.1.) el grado de no satisfacción o de afectación *en el caso concreto* de, por ejemplo, el principio *Pi*: *IP_{iC}*; y, a.2.) el peso *en abstracto* de dicho principio: *GP_{iA}*. De manera similar, el paso b) es también el producto de dos variables: b.1.) la importancia *en el caso concreto* de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario a *Pi*, por ejemplo, *Pj*: *WP_{jC}*; y, b.2.) el peso *en abstracto* de este principio: *GP_{jA}*. En fin, el paso c) consiste en el cociente (o ratio) resultante de dividir el numerador para el denominador; dicho cociente es el peso *relativo* de *Pi* con respecto a *Pj* en el *caso concreto* de que se trate: *GP_{i,j}C*.

Por su parte, la ley epistémica de la ponderación reza:

Cuanto más intensa sea la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas⁹ que sustentan la intervención.

9 De manera explícita, Alexy se refiere a las premisas empíricas del razonamiento seguido para la asignación de valores a *IP_{iC}*, *GP_{iA}*, *WP_{jC}*, *GP_{jA}*; sin embargo, es ambiguo en lo que concierne a las premisas normativas de ese mismo razonamiento. Véase: Alexy (2002a); (2003a: 433 y ss); (2003b: 349 y ss).

Esta ley se ve reflejada en la fórmula del peso a través de la inclusión de sendos factores tanto en el numerador como en el denominador, expresivos de la seguridad (*S*) de los principios, *Pi* o *Pj*, en el caso concreto (*C*). Así, la fórmula del peso ampliada sería, según Alexy, la siguiente:

$$GP_{i,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

La idea que subyace a la ley epistémica de la ponderación es la de que a mayor grado de seguridad (*S*) respecto del grado atribuido a las demás variables de la ponderación, más probable se torna la posibilidad de que la ponderación hecha por el legislador democrático sea desplazada por la del órgano de control judicial de la constitucionalidad. Por tanto, es la manifestación del principio formal de “competencia del Legislador para decidir” (Alexy, 2002a: 49 y ss). Esto saca a la luz el hecho de que, en este extremo, Alexy está pensando en el control constitucional de las leyes; aunque, sin embargo, considero que el elemento epistémico de la ponderación es aplicable, con matices pero sin mayor dificultad a otras decisiones atribuidas a la jurisdicción constitucional.

Ahora bien, es perfectamente posible integrar las dos leyes de la ponderación (la material y la epistémica) y estructurar el razonamiento ponderativo con los tres pasos siguientes:

Primero. Definir razonadamente cuán valioso resultaría optar por *P1*, considerando su valor concreto, su valor abstracto y la seguridad de las premisas que sustentan tales valoraciones.

Segundo. Definir razonadamente cuán valioso resultaría optar por el principio en competencia, *P2*, considerando el valor concreto y el valor abstracto de ésta, así como la seguridad de las premisas que sustentan tales valoraciones.

Tercero. Justificar por qué las razones para optar por *P1* derrotan a las que hay para optar por *P2*.

A esta reconstrucción alexiana del razonamiento ponderativo subyacen, si bien se observa, un par de intuiciones muy simples: *para asumir el costo valorativo que supone menospreciar uno o más principios que apoyan la pretendida validez de una regla, es preciso que con ello se obtenga un beneficio valorativo superior y que estemos lo suficientemente seguros de que esa relación costo/beneficio es como nosotros creemos*. A esto se reduce, en realidad, el excesivamente alambicado mecanismo que Alexy diseña con su fórmula del peso¹⁰.

10 Soy consciente de que mi exposición acerca del razonamiento ponderativo entronca con –por lo menos– dos problemas discutidos actualmente en la dogmática constitucional ecuatoriana:

Si volvemos a nuestro ejemplo, el de la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, hallaremos que allí no se enfrenta un principio con otro, sino varios con otros tantos. Eso nos indica que no siempre la ponderación es uno a uno, sino que puede haber más de un principio en cualquiera de los dos lados de la balanza. Lo que, naturalmente, complejiza todavía más la argumentación, y no siempre los tribunales satisfacen aceptablemente las exigencias que esa complejidad impone. En efecto, hay mucho que criticar a la sentencia del Tribunal de Estrasburgo si se la evalúa a la luz de los tres pasos que acabamos de establecer. Si bien la sentencia cumple magramente con el paso uno (desarrollar las razones por las cuales habría que privilegiar los principios de igualdad material, de la seguridad social y de la protección a las minorías étnicas vulnerables), es deficitaria respecto del paso dos (relativo a las razones para preferir los principios de igualdad formal, de imperio de la ley y de seguridad jurídica), y es totalmente remisa por lo que respecta al paso tres (justificar por qué las razones para preferir el primer grupo de principios desplazan a las razones para preferir el segundo). Ciertamente, la ponderación es una tarea muy ardua. A diferencia del razonamiento subsuntivo, el procedimiento ponderativo no es igual de *fuerte*. Por el contrario, a la ponderación subyace una racionalidad *débil*, radicalmente distinta la de la *demostración* deductiva. Incluso, algunos autores han señalado que ponderar implica ir más allá de lo racional, e ingresar en el terreno de lo razonable (*cf.* Aarnio, 1991; *cf.* Alexy, 2009). Esto no implica que el razonamiento con principios y valores carezca de racionalidad, sino que se trata de una racionalidad peculiar. No cabe incursionar aquí en esas profundidades, pero es necesario advertir que la teoría de la argumentación jurídica no resuelve completamente el problema de cuál es la ponderación correcta en una determinada circunstancia; aquélla nos permite comprender la estructura de la racionalidad cuando en el Derecho operamos con principios y valores, pero no nos dice: –esa no es su tarea– cuál es el contenido cabal de los principios y valores jurídicos. Eso, en último término, solamente nos aporta la teoría de la justicia, otra disciplina iusfilosófica entroncada basilarmente con la filosofía moral y la filosofía política.

el de si cabe o no asignar pesos abstractos a los principios, considerando que, según la Constitución, “Todos los principios y derechos son [...] de igual jerarquía” (Art. 11.6); y el de si la teoría del contenido esencial de los derechos constituye una alternativa a la teoría de la ponderación, teniendo en cuenta varios preceptos constitucionales y legales, así como la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional. Lamentablemente, aquí no es posible ocuparme de estos dos problemas. Anticiparé, eso sí, que mi respuesta –provocadora quizá– es afirmativa en el primer caso, y negativa en el segundo.

Podríamos decir que sin ponderación no hay paraíso. Pero no será ella la que nos revele cómo es él.

10. Normas de fin y la adecuación

Además de las reglas y los principios, podemos distinguir otro tipo de norma jurídica, las *normas de fin* (cf. Atienza y Ruiz Manero, 2004). Ellas ordenan a sus destinatarios alcanzar un determinado *estado de cosas*. El que puede ser, o bien, *graduable* o, bien, *todo-o-nada*. Un ejemplo de lo segundo sería la norma envuelta en el artículo 43.2 de la Constitución ecuatoriana: “El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en períodos de lactancia los derechos a: [...] 2. La gratuidad de los servicios de salud materna”. Aquí, o son gratuitos tales servicios, o no lo son. En cambio, decimos que el estado de cosas a conseguir es graduable cuando las propiedades relevantes de éste pueden y deben ser maximizadas tanto como sea posible. Pongamos un ejemplo. El artículo 409.2 de la Constitución ecuatoriana prescribe: “*En áreas afectadas por procesos de degradación y desertificación, el Estado desarrollará y estimulará proyectos de forestación, reforestación y revegetación que eviten el monocultivo y utilicen, de manera preferente, especies nativas y adaptadas a la zona*”. De la interpretación de esta disposición jurídica puede obtenerse la siguiente norma de fin: «Es obligatorio para el Estado lograr que en los territorios donde el suelo se haya degradado y desertificado se maximice la erradicación del monocultivo, así como la densidad forestal, preferentemente mediante el uso de especies nativas y adaptadas a la zona». Como se ve, esta norma impone al estado el cumplimiento de un fin caracterizado por un estado de cosas cuyas propiedades (erradicación del monocultivo y densidad forestal), dado que admiten grados de realización, deben ser maximizadas.

Hay, pues, una diferencia fundamental entre esta clase de normas (ya se refieran a estados de cosas graduables o todo-o-nada) y las otras, las reglas y los principios: las normas de fin no ordenan, como lo hacen éstas, *realizar acciones* determinadas, sino *producir un estado de cosas*. El destinatario de aquel tipo de normas no está en la situación –por decirlo así– sencilla de realizar o no realizar la acción ordenada, sino en la complicada situación de diseñar el mejor curso de acción para alcanzar el estado de cosas señalado por el Derecho, o sea, elegir el mejor medio para cumplir el fin ordenado. Esto tiene implicaciones muy importantes en el plano de la argumentación jurídica, puesto que la forma de razonar con normas de fin no puede ser ni la subsunción ni la ponderación, pues en ambos casos a lo que se llega –directa o indirectamente– es a esclarecer si una determinada acción es obligatoria, prohibida o permitida. El esquema argumentativo correspondiente a las normas de fin es la *adecuación*, que se estructuraría así:

Primer paso: Identificación del *fin* prescrito F .

Segundo paso: Identificación de los *medios eficaces* para alcanzar el fin prescrito, por ejemplo,

$$M1 \vee M2 \vee M3 \rightarrow F.$$

Tercer paso: Criba de los medios eficaces atendiendo a su *legitimidad*. Un medio es legítimo cuando su adopción no está vedada por las reglas y principios aplicables,

$$\neg \text{Ph}M1, \neg \text{Ph}M2, \neg \text{Ph}M3.$$

Por consiguiente, el juicio de legitimidad dependerá de subsunciones y eventualmente de ponderaciones.

Cuarto paso: Maximización de la *eficiencia*. Este paso comprende, a su vez, dos momentos: a) la jerarquización de los medios eficaces y legítimos según su eficiencia respecto de F en las circunstancias relevantes C , eficiencia que viene dada por la relación entre el *beneficio* –nivel de realización de F – que cada uno reporta y los *costos* –esfuerzo, recursos, tiempo– asociados a su ejecución,

$$(M1 > M2 > M3) C[F];$$

y b) la elección del medio más eficiente,

$$M1.$$

Quinto paso: Construcción de una regla que ordene ejecutar $M1$ para la realización del fin en las circunstancias del caso concreto, $C[F]$:

$$C[F] \rightarrow OM1.$$

La presencia de esta regla conlleva, naturalmente, la necesidad de practicar el correspondiente procedimiento *subsuntivo* una vez concluido el *adecuativo*.

Pues bien, no es difícil advertir que este es el tipo de razonamiento propio de los órganos políticos, como el legislador y las autoridades públicas de entes administrativos. Se halla vinculado, centralmente, al contexto de las políticas públicas y entraña una complejidad superior a la subsunción e incluso a la ponderación, aunque la adecuación, como decimos, empalma necesariamente con la subsunción y muy frecuentemente con la ponderación.

Marginalmente, sin embargo, a los jueces les corresponde, en determinados supuestos, aplicar normas de fin y, por tanto, efectuar adecuaciones. Pensemos, por ejemplo, en la norma contenida en el artículo 77.3 del Código de la Niñez y Adolescencia: “El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente que [...] ha sido trasladado o retenido en violación del ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país”. El cumplimiento de esta disposición ha de transitar necesariamente por los cinco pasos antes indicados: 1) el fin sería lograr el regreso y reinserción familiar del infante o adolescente trasladado o retenido; 2) los medios serían todos los cursos de acción posibles que sean eficaces para alcanzar el fin prescrito y que se enmarquen en las competencias del órgano estatal de que se trate; 3) desde luego, no todos los medios eficaces resultarán legítimos, no se podría, por ejemplo, contratar a la delincuencia organizada; 4) habrá, después, que evaluar comparativamente la eficiencia de los medios eficaces y legítimos y elegir el mejor; para finalmente 5) concluir que el medio más eficaz está jurídicamente ordenado dadas las circunstancias del caso en las que es debido cumplir el fin de referencia.

Obsérvese que el ejemplo anterior presenta dos características. La una, en cuanto al *fin*, es la de que éste puede verse como un estado de cosas todo-o-nada, “el regreso y reinserción familiar”. La otra, alusiva al *medio*, es la de que no se ofrece al decisor un catálogo de medidas entre las cuales elegir, sino que son adoptables “todas las medidas que sean necesarias”. Sin embargo, la adecuación puede seguir un esquema diverso según cómo esté configurada la norma de fin que tengamos entre manos: en lugar de en un estado de cosas todo-o-nada, el fin prescrito puede consistir en un estado de cosas graduable, de manera que la descripción del fin sea abierta en lugar de cerrada; así como la regulación de los medios puede ser abierta en lugar de cerrada. Ambas cosas ocurren en el siguiente ejemplo. En Brasil se expidió, en agosto de 2010, la Ley N° 12.318 para combatir la llamada *alienación parental*, definida como “la interferencia en la formación psicológica del niño o adolescente promovida o inducida por uno de los dos progenitores, por los abuelos o por los que tengan al niño o adolescente bajo su autoridad, guardia o vigilancia para que repudie al otro progenitor o que cause perjuicio al establecimiento o al mantenimiento de vínculos con éste” (Art.2); interferencia que puede manifestarse de múltiples formas como la “obstaculización del contacto del niño o adolescente con su progenitor”, el “cambio de domicilio a un lugar distante, sin justificación”, o la “presentación de] falsa denuncia contra el otro progenitor... para obstar o dificultar su convivencia con el niño o adolescente” (Art. 3). Pues bien, frente a un caso así, la Ley impone al juez la realización de un *fin* configurado de manera abierta: el de “inhibir o atenuar los efectos” de la alienación parental, de manera que

el cumplimiento de la norma de fin por parte del juez será graduable, es decir, los efectos referido son susceptibles de ser inhibidos o atenuados en mayor o menor medida. Por lo que respecta a los *medios*, la Ley señala al juez un catálogo de *medidas* que pueden ser adoptadas acumulativamente o no “según la gravedad del caso”, a saber: “i) declarar la ocurrencia de la alienación parental y advertir al alienador; ii) ampliar el régimen de convivencia familiar a favor del progenitor alienado; iii) imponer una multa al alienador; iv) disponer el acompañamiento psicológico y/o biopsicosocial; v) disponer el cambio de régimen de tenencia a tenencia compartida, o viceversa; vi) fijar provisionalmente el domicilio del infante o adolescente; vii) ordenar la suspensión de la patria potestad (Art. 6).

Hay, en el último ejemplo, un detalle interesante en el que conviene detenerse. Si bien, ahí, la *norma de fin* es –en comparación con la del ejemplo anterior– relativamente cerrada por lo que respecta a los *medios*, su aplicación sigue demandando un razonamiento *adecuativo*. Cabe decir, el decisor ha de racionalizar el ejercicio de un *poder discrecional* básicamente caracterizado por la elección de un medio para un fin determinado. Dicho de otra manera, el que una norma de fin configure los medios potencialmente decisorios de manera (relativamente) cerrada, no convierte a esa norma de fin en una *regla*: la adecuación, entonces, no puede sustituirse por una *subsunción*, y el poder ejercido por el decisor continúa siendo discrecional y no *reglado*. Esto se aprecia, en el ejemplo de la Ley brasileña, en el margen que el juez tiene para diseñar una solución acorde a las circunstancias del caso concreto dentro del marco de posibilidades que le brinda el antedicho catálogo de medidas a inhibir o atenuar los efectos de la alienación parental.

11. Patologías argumentativas: formalismo, principismo y finalismo

Hemos visto que las normas jurídicas pueden ser de tres tipos, reglas, principios o normas de fin; cada una de éstas se corresponde, a su vez, con tres tipos de esquemas argumentativos, respectivamente: la subsunción, la ponderación y la adecuación. También hemos tratado de mostrar que solamente en los casos fáciles se aplica un único esquema, la subsunción. Por lo demás, las argumentaciones jurídicas combinan al menos dos de esos tres esquemas. A partir de esto, podemos caracterizar tres patrones patológicos de entender el Derecho, el formalismo, el principismo y el finalismo, que se definen por consistir en sendos tipos de reduccionismo: el de las reglas, el de los principios, y el de las normas de fin. Y son, a la vez, patologías argumentativas, pues dan lugar a tres respectivos tipos de falacias que trataremos de caracterizar en seguida.

El *formalismo* o *legalismo* es tradicional en la práctica jurídica de Europa continental y Latinoamérica. Con anterioridad ya lo hemos aludido, está asociado al enfoque logicista y asume que todas las normas jurídicas son reglas. Se caracteriza centralmente por reducir el razonamiento jurídico al empleo de reglas extraídas de la literalidad de disposiciones jurídicas expresas, es decir, a la mera justificación interna, y por consiguiente, al uso de la lógica formal deductiva como patrón único aplicable a la fundamentación de acciones y decisiones jurídicas. En efecto, la argumentación jurídica es, para el formalista, una *demonstración* (impecablemente deductiva) cuya materia prima surge de fuentes normativas omnicomprendivas y culmina siempre en una conclusión rotundamente verdadera, indiscutible. Dicho en terminología clásica, el formalismo extirpa el *espíritu* de la norma y la confina a los estrechos límites de su *letra*. Implica, pues, la mutilación de los principios (y fines) que conforman el Derecho (no se los toma en serio) y la consecuente atrofia de la dimensión argumentativa de la práctica jurídica.

Alberto Wray, un autor que ha estudiado el formalismo desde la perspectiva histórica, constata que en las últimas décadas del siglo XX, en Ecuador, “[e]l formalismo logró levantar cimientos sólidos en la mentalidad de los juristas, de manera que [...] se consolidó también un abierto desprecio por la reflexión teórica, reproducido y reforzado diariamente por el quehacer de los abogados y de los jueces y por la estructura y la orientación en las facultades de Derecho” (Wray, 1998: 46).

Podría pensarse que con el apareamiento y difusión del constitucionalismo, en Ecuador y en países con similar tradición jurídica, las falacias formalistas tienen los días contados y, más bien, se acercan los días en que se practique una argumentación jurídica de calidad aceptable. Sin embargo, el camino parece ser más largo y sinuoso de lo que se quisiera creer. Por un lado, la patología formalista impregna todavía y determinadamente la comprensión que la gran mayoría de juristas teóricos y prácticos tienen sobre el Derecho. Por otro, en ciertos contextos especialmente latinoamericanos, se ha producido una suerte de recepción *naïf* del constitucionalismo, que ha devenido fuente de dos tipos de extravíos en la praxis jurídica, el principismo y el finalismo. Estos enfoques espontáneos (casi no teorizados) tienen en común el que tratan a las reglas como meras indicaciones carentes de peso intrínseco, por lo que no ejercen ninguna presión normativa cuando lo que prescriben difiere de lo que resultaría de la aplicación directa de los principios o normas de fin. (En este sentido, podría decirse que son posturas particularistas en el sentido de Schauer (*cf.* 2001: 137 y ss). Ambos enfoques olvidan que el Derecho es Derecho debido a las reglas; son ellas –básicamente– las que configuran el carácter institucional de aquél. Sin el cual, lo jurídico se extinguiría, y todo

sería moral y política. También olvidan que toda argumentación jurídica (especialmente la judicial) siempre culmina con un tramo subsuntivo. Si el formalismo reducía el Derecho a reglas y el razonamiento jurídico a la subsunción, el *principismo* lo hace a los principios y a la ponderación, y el *finalismo*, a las normas de fin y a la adecuación.

Pongamos el siguiente ejemplo¹¹ con el objeto de caracterizar de mejor manera el *principismo*. Una señora *A* demandó la disolución, mediante divorcio, del matrimonio que había contraído con el señor *B*. Su pretensión la fundamentaba en la causal contenida en el numeral 11 del Art. 110 del Código Civil ecuatoriano, es decir, debido al “abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente”. En cuanto a los hechos, la señora *A* sostenía que ella, “en el mes de septiembre del 2000 [...] por motivos económicos relacionados con su subsistencia, se trasladó a España, viaje que fue acordado con su cónyuge, el señor [B...], así como que luego de corto tiempo este viajaría también a España, su nuevo país de residencia; que sin embargo de ello el señor [B...] no ha mostrado intención alguna de cumplir su ofrecimiento de trasladarse a vivir ‘matrimonialmente’ con la señora [A...], es decir le ha abandonado voluntaria e injustificadamente por más de un año, incumpliendo sus obligaciones conyugales”. Esta demanda, sin embargo, fue rechazada por el Juez Segundo de lo Civil de Pichincha, sentencia que fuera confirmada por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Quito. En contra de la sentencia expedida por ésta, la señora *A* interpuso recurso de casación, acusando, además de la infracción de normas procesales, “que el Tribunal de alzada en la sentencia impugnada no ha aplicado el Art. 37 inciso tercero de la Constitución Política, en cuya virtud el matrimonio se basa en el libre consentimiento de los contrayentes; es evidente –argumentaba– que cesó ese libre consentimiento el momento en que el demandado no cumplió con su obligación de viajar a España a reunirse con su representada”. Como se observa, el razonamiento de la señora *A* (en casación) desconoce, sin más, la existencia de un catálogo exhaustivo y excluyente de causales de divorcio previsto en la ley. Es decir, infundamentadamente elimina del sistema jurídico todas las reglas sobre el divorcio. Y, a esta falacia principista, añade otra usualmente asociada a ésta: la falacia del unilateralismo; en efecto, en el razonamiento en cuestión quedan eclipsados otros principios que operan en sentido contrario al de la libre voluntad de los contrayentes, como, por ejemplo, el contenido en el Art. 67 de la Constitución ecuatoriana que declara: “Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la

11 Sentencia dictada el 19 de septiembre de 2007, por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador en el caso N° 296-2007.

protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines”.

Por lo que respecta al *finalismo*, lo patológico no solamente consiste en soslayar la importancia de las reglas en el razonamiento jurídico, sino también la de los principios: se busca justificar acciones y decisiones exclusivamente en razón del valor que tiene la consecución de un fin jurídicamente prescrito, con prescindencia de cualquier consideración acerca de los límites impuestos por reglas y principios restrictivos.

Mostremos un ejemplo. En la presente década, vienen implementándose en Ecuador una serie de políticas públicas enmarcadas en un plan de reforma profunda del sistema judicial. Uno de los fines centrales de aquella reforma ha sido el de reducir los tiempos de tramitación judicial, medidos a partir de indicadores como la tasa de audiencias fallidas, toda vez que el número elevado de éstas fueron centrales en el diagnóstico y las preocupaciones del Consejo de la Judicatura, por considerar que “justicia que tarda no es justicia”. En este contexto, durante una audiencia de juicio celebrada en el Tribunal Primero de Garantía Penales del Guayas ocurrió el siguiente episodio:

[...]PRESIDENTE.- Ante la petición de la señora Fiscal para suspender la audiencia, el Código de Procedimiento Penal tiene un orden donde se indica que los medios de prueba son primero presentados por el Fiscal y después por la defensa. En Derecho el orden de los factores no altera el producto. Las partes están en condiciones de presentar su prueba y están de acuerdo.-
FISCAL.- No hay ningún problema.-
AB. DEFENSOR DEL ACUSADO.- Solicito que se llame a Teresa V.
PRESIDENTE.- Que pase Teresa V. M. Qué religión profesa? [...] ¹²

Con esa decisión, el presidente del Tribunal, apoyado por el fiscal y el abogado defensor, contribuyó ciertamente a reducir la tasa de audiencias fallidas y, con ello, a satisfacer el fin de agilizar los procesos penales. Indudablemente, el decisor halló, dentro de la coyuntura de aquella audiencia, el mejor medio posible para cumplir una norma de fin fundamentada en el valor constitucional y legal de la celeridad procesal. Seguramente pensó que gracias a esa decisión nadie podría reprocharle en el futuro que, por su culpa, la justicia fue *tardía* en aquel juicio. Pero, ¿hubo *justicia*?

La frase que expresa, en síntesis, la argumentación del presidente del Tribunal es la siguiente: “En Derecho el orden de los factores no altera el producto”.

12 Acta de la audiencia de juicio celebrada el 21 de junio de 2012 en el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha dentro de la Causa No. No.45-2012.

Ella revela cierta concepción agregativa de la justicia, afín al razonamiento adecuado, en el sentido de que ella pareciera concebirse como el resultado de lograr el máximo rendimiento posible a favor de un determinado interés colectivo, sin considerar la posición que ocupan los individuos en un determinado contexto: la justicia entendida de aquel modo sería algo así como, en aritmética, la obtención de un *resultado* mediante la adición de dos *sumandos*, o de un *producto* mediante la multiplicación de dos *factores*. Sin embargo, en el proceso penal (y en la mayoría de prácticas jurídicas) las posiciones que los individuos ocupan en el contexto litigioso no son homogéneas debido a los valores y principios que cimientan la configuración argumentativa de ese tipo de proceso. Éste consiste en una interacción dialéctica sí, pero asimétrica, donde no cualquiera puede libremente fungir de ponente u oponente, sino que el *acusador* es fundamentalmente el *ponente*, y el *acusado*, el *oponente*. Por así decir, en un juicio penal, la cancha está inclinada para lo que hay de maniobrable en él, y los dados están cargados para lo que hay de azaroso. Si retomamos la analogía aritmética, podríamos decir que las cosas en ese contexto operan más bien como la resta, donde para obtener la *diferencia* entre dos términos no es irrelevante cuál de ellos es el *minuendo* y cuál el *sustraendo*, o como la división, donde es todavía más patente el contraste entre el *dividendo* y el *divisor* de cara a obtener el cociente. Por lo general, en las cuestiones de justicia las cosas operan de esta forma, ya que el camino hacia lo correcto, antes que simplemente agregar intereses, supone irremediablemente mermar el interés de alguien: el orden de los factores no altera el producto, cierto es, pero el juicio penal no es una multiplicación, en la que todos son indistintamente factores, se parece más bien a una división, en la que el cociente va a depender de quién está arriba y quién, abajo. Esta es justamente la imagen que subyace a la metáfora de la fórmula del peso de Alexy. Al ignorar todo esto, el finalismo es incapaz de plantearse la pregunta, figuradamente hablando, ¿de qué depende que alguien esté arriba o abajo?, o en términos de nuestro ejemplo, ¿de qué depende que el acusado tenga la ventaja de que sea el acusador quien deba desplegar y agotar su actividad probatoria en primer término. Pues eso depende de reglas y principios (ya no de normas de fin), de subsunciones y ponderaciones (ya no de adecuaciones). De las *reglas* que delinear el procedimiento judicial, como aquella citada por el propio presidente del Tribunal (aunque soslayada por él mismo); pero también va a depender de los *principios* que informan las instituciones procesales, como los de inocencia y de defensa. Parafraseando a Nietzsche, cabría decir que las falacias finalistas revelan cómo se argumenta a martillazos en ciertos contextos jurídicos.

12. ¿Qué tiene de peculiar la argumentación constitucional?

En las secciones precedentes hemos mostrado un panorama sintético de los principales temas que la teoría estándar de la argumentación jurídica aborda. Ahora corresponde preguntarse si todo lo anotado es predicable de la argumentación constitucional en particular. Habría que responder que, en general, así es. No existe diferencia cualitativa alguna que distinga a la argumentación constitucional de otros contextos de la argumentación jurídica: el concepto de argumentación es el mismo, así como sus dimensiones y tipos de razonamientos básicos. También la conexión con la justicia, los derechos fundamentales y el Estado Constitucional es esencialmente la misma en uno y otro caso, aunque con intensidades diferentes. Y por eso, es posible advertir, no obstante, que la argumentación constitucional tiene algunos matices diferenciadores que enunciaremos sucintamente a continuación:

Primero. En un Estado Constitucional, como sabemos, todo el orden jurídico está irradiado por la Constitución (material); y, de manera particular y primordial, por los derechos fundamentales, estándares que constituyen el núcleo mismo de la justicia correspondiente a esa forma de Estado. No obstante, la argumentación constitucional se vincula con los derechos fundamentales de manera mucho más intensa y, por tanto con la justicia, no solamente porque aquellos son el terreno por excelencia en la que opera la argumentación constitucional, sino también porque los problemas que se le plantean aluden –por decir así– a los derechos fundamentales en su primitividad, es decir, con escasa referencia a su desarrollo legislativo.

Segundo. Lo anterior hace que la frecuencia con que la argumentación constitucional versa sobre casos fáciles, es decir, resolubles con la sola subsunción basada en reglas, sea tendencialmente exígua, incluso en países donde la Constitución es notablemente extensa. Es bastante más frecuente, en cambio, encontrarse con casos difíciles, en los cuales es ineludible efectuar ponderaciones, debido al rol central que, en la materia que nos atañe, adquieren los principios. La constitucional es, por otro lado, una materia en la que las normas de fin tienden a operar privilegiadamente, debido a su vinculación con las políticas públicas. No obstante, su uso argumentativo por parte de los jueces constitucionales, mediante el procedimiento de adecuación, es naturalmente limitado.

Tercero. Cuando en un proceso judicial se declara la existencia de un ilícito constitucional, los jueces adquieren ciertos poderes discrecionales para remediar los efectos de aquél en virtud de normas de fin. En tales contextos, por tanto, la adecuación cumple un rol importante en la argumentación constitucional.

Capítulo II

Argumentación en materia de hechos

ARGUMENTACIÓN EN MATERIA DE HECHOS (Catherine Ricaurte Herrera)

“La averiguación de la verdad de los hechos
es condición necesaria para la justicia de la decisión”

Michele Taruffo, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*

13. Por qué la argumentación de los hechos en la decisión judicial

La historia del juez experto en derecho pero también investido de la función de decidir sobre todos los aspectos de la controversia y por tanto también sobre las cuestiones de hechos tiene un recorrido muy largo, que no es necesario abordarlo aquí. Lo que sí cabe señalar es que este modelo de juez único o como miembro de un tribunal colegiado, ante todo decide sobre la base de pruebas recabadas en el proceso que describen los hechos en que se basa la controversia y aplica a los mismos las reglas de Derecho que rigen la situación sustantiva del juicio. Así *quaestio facti* y *quaestio iuris* son conceptualmente distinguibles, pero representan aspectos interrelacionados de una decisión o como lo dice González Lagier (2005: 52), en la argumentación en materia de hechos se entrecruza lo puramente fáctico y lo normativo, pero sin que por ello la argumentación sobre los hechos no sea distinguible de la argumentación sobre el derecho. No obstante, aún cuando es evidente que el Derecho no solo tiene que ver con las normas, sino también con los hechos, hay tramos importantes en la historia de la cultura jurídica que ha minimizado al máximo la importancia de los hechos en el Derecho, pensando que los hechos son simplemente las narraciones que aportan las partes al proceso y que por tanto su comprensión no provoca problemas relevantes. Por fortuna, el interés por la dimensión epistémica del Derecho suscita cada vez mayor adhesión, produciéndose un interés creciente por el problema de la justificación de las premisas fácticas; después de todo la decisión del juez, necesariamente, implica la averiguación de los hechos relevantes para la aplicación del Derecho. La averiguación de la verdad, o dicho de otra manera, la perspectiva epistémica es la única que permite alcanzar, racionalmente, soluciones justificadas.

Así, el valor de la verdad en el ámbito de la administración de justicia es relevante y no sólo porque ésta es un sector importantísimo de la vida social y de la actividad del Estado, sino principalmente porque la justicia se inspira en la verdad, pues el descubrimiento de ésta es el fin esencial del proceso, o en palabras de Taruffo (2010: 158) la condición necesaria para la justicia

de la decisión. Lo cual ocurre en todo tipo de proceso ya sea civil, penal, administrativo y también en el constitucional, ya que ninguna norma se podría aplicar correctamente a hechos falsos o equivocados, pues la aplicación correcta de la norma de Derecho presupone que haya ocurrido el hecho indicado. Claro está que el descubrimiento de la verdad de los hechos del caso a resolverse es solo una de las condiciones de justicia de la decisión, puesto que se requiere también que la norma o normas utilizadas por el juez se hayan interpretado correctamente, y que el proceso se haya desarrollado de manera legítima, porque la decisión debe constituir el resultado de un procedimiento racional, desarrollado conforme a las reglas y principios que permitan someterla a control y que determinen su validez.

Entre los protagonistas del proceso es al juez a quien le toca la determinación de la verdad de los hechos. Aún cuando el punto inicial le corresponde a la primera narración de los hechos del caso expuestos por el proponente y a ésta le siguen otras narraciones, modificaciones y ajustes (del oponente y en ocasiones de los *amici curiae*). Lo cierto es que el flujo solo termina con la construcción de la narración de los hechos del caso que el juez establece como sustento de su decisión, y entonces es el juez el garante de la determinación de la verdad de los hechos, siendo esta además la razón por la que se va afianzando la tendencia de conferir al juez una orientación marcadamente epistémica, confiándole inclusive los poderes necesarios para la búsqueda de la verdad. Obviamente, esos poderes son accesorios y complementarios respecto de las iniciativas probatorias de las partes, de tal suerte que sólo intervendrá cuando advierta que existe una prueba relevante que no ha sido presentada por las partes para disponer de oficio la práctica de la misma. El flujo que se da en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso, con la intervención de todas las partes, ciertamente es muy importante y debe advertirse que varía profundamente de caso en caso, no obstante lo que aquí interesa es concentrar la atención al momento de la resolución que el juez formula sobre los hechos de la causa y el medio que tiene el sistema judicial para comprobar, si los hechos descritos en el supuesto de hecho de la norma, han tenido lugar, es decir, la prueba de los hechos. A la prueba de los hechos nos dedicaremos en las siguientes líneas, pero antes es necesario algunas precisiones preliminares, enderezadas a clarificar la perspectiva a adoptarse en las siguientes páginas.

14. Uso de los enunciados comunes en la argumentación de los hechos

Partiremos de algunas precisiones conceptuales respecto de hechos, medios de prueba, procedimientos probatorios, prueba en sentido estricto, prueba directa, prueba indirecta, argumentos deductivos, argumentos inductivos y abductivos.

En la teoría de la prueba el término **hecho** es todo aquello que hace verdaderas o falsas nuestras proposiciones o creencias, y es eso lo que se prueba, el hecho o los hechos del caso, no los objetos. Por ejemplo no es materia de prueba el revólver, dado que el objeto revólver, en sí mismo, no hace verdadero o falso ningún enunciado, lo que sí podría probarse es que el revólver X es de Perencejo. **Hechos genéricos** son los descritos en las normas como desencadenantes de una consecuencia jurídica, por ejemplo el apoderarse de cabezas de ganado caballar, vacuno, porcino o lanar constituye el delito de abigeato (Art. 199 Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano). Y **hechos individuales** aquellos que deben ser probados, en un proceso judicial, por ejemplo el robo de 3 cerdos que Manuel presuntamente perpetró en la quinta de Juana.

Los **medios de prueba** son aquellos que llevan los hechos al proceso, por ejemplo un documento, el testimonio de los testigos, dictámenes o informes periciales o de otro tipo, reconocimientos judiciales, etc, mientras que **prueba**, en sentido estricto, viene a ser el resultado que se obtiene de los medios de prueba que permiten sostener enunciados como “el arma que mató a X es de Y” “A golpeó a B por varias ocasiones” “en la sesión x, y, z de la Asamblea Nacional no hubo el quórum reglamentario”, etc.; y el **procedimiento probatorio** viene a ser la inferencia elaborada a partir de los medios de prueba y que trae como resultado la formulación de la prueba, siendo por tanto la conexión entre los medios de prueba y la prueba.

Por su parte, las expresiones **prueba directa** y **prueba indirecta**, en la literatura procesal no siempre se usan en el mismo sentido. No obstante la concepción que más se usa en la doctrina, en la jurisprudencia y en la ley es la canónica, según la cual, la distinción consistiría en que en la **prueba directa** el hecho que se quiere probar surge directamente, sin mediaciones ni necesidad de raciocinios (inferencias) del medio de la prueba (del documento, del testimonio, del informe pericial), siendo capaz de fundar, por sí sola, la convicción del juez sobre ese hecho, mientras que en la **prueba indirecta**, el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio de prueba, sino que se requiere de otro hecho y precisa además del razonamiento (inducción/inferencia) del juez.

Finalmente, en la lógica y en la teoría de la argumentación se distinguen varios tipos de argumentos, pero la distinción generalizada corresponden a los **argumentos deductivos**, es decir aquellos en los que la verdad de sus premisas entraña, *necesariamente*, la verdad de su conclusión, y los **argumentos inductivos** en los cuales la verdad de sus premisas no asegura la verdad de su conclusión, pero puede ser una buena razón para aceptarla.

De manera más detallada podemos decir que los **argumentos deductivos** nos ofrecen conclusiones totalmente seguras cuando sus premisas son verdaderas, ya que su conclusión también será *necesariamente* verdadera. Lo que

no quiere decir que las premisas puedan ser falsas (y a lo mejor también la conclusión). Viene a ser la forma de razonamiento apropiada para cuando contamos con una regla (en el sentido de enunciado general y abstracto) y con un caso **no** controvertido subsumible a la regla, pues el resultado de la inferencia será ese y no otro¹³. Un ejemplo de argumento deductivo sería:

Regla: Todos los osos son mamíferos

Caso: x, y, z son osos

Resultado: x, y y z son mamíferos

Mientras que en la **inducción** siempre hay un salto de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de una no nos garantiza la verdad de la otra, de tal forma que la conclusión de una inducción puede ser más o menos probable pero nunca necesariamente verdadera, es decir que si sus premisas son verdaderas, su conclusión será probablemente verdadera. Trasladando el ejemplo anterior a un ejemplo de inducción, tendríamos lo siguiente:

Caso: x, y y z son osos

Resultado: x, y y z son mamíferos

Regla: Todos los osos son mamíferos

Y dentro de los argumentos inductivos, cobra especial relevancia la **abducción** que la utilizamos cuando tratamos de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla –universal o probable–, a partir de la cual obtenemos una conclusión que puede ser más o menos razonable. Nunca su conclusión es necesariamente verdadera, aun cuando la regla sea universal, su conclusión será más o menos probable. En el ejemplo que venimos utilizando, la representación de una abducción sería como sigue:

Resultado: x, y y z son mamíferos

Regla: Todos los osos son mamíferos

Caso: x, y y z son osos

13 Simplemente porque la información contenida en la conclusión no va más allá de la contenida en las premisas.

15. Qué hechos

El análisis sobre la argumentación de los hechos en el ámbito del proceso tiene que iniciar con la determinación de qué hechos son los que tienen que probarse, cuestión que es más difícil de lo que inicialmente se piensa, pues si bien un principio epistémico —más bien obvio— es que si se trata de determinar la verdad de un enunciado, lo aconsejable es que se utilice toda la información para alcanzar ese objetivo. Lo cierto es que eso podría conducirnos a una discusión interminable, si no pensemos por ejemplo, si se debe justificar la nacionalidad de cada participante, su domicilio, el significado de leyes básicas, etc., por lo que partiremos del presupuesto de que lo que se prueba son los hechos relevantes, sencillamente porque es el *principio de relevancia* el que nos permitirá avanzar en la argumentación, precisamente por ello, es que dicho principio está presente, como criterio fundamental de selección de todas las pruebas admisibles, en todos los ordenamientos procesales, incluido el ecuatoriano.

Entonces, los hechos superfluos, inútiles porque no agregan nada de nuevo a lo que ya se conoce, quedarían por fuera de la necesidad de probar. En los distintos sistemas procesales, estos serían: 1) los *hechos no controvertidos*, es decir aquellos que son admitidos por todos los sujetos procesales, y por tanto, no son objeto de discusión, como por ejemplo en un juicio de fijación de pensión de alimentos, por lo general, no lo es, la paternidad. Debiendo precisarse que la innecesidad de probar los hechos no controvertidos no se admite en los procesos penales, ya que por su misma naturaleza, todos los hechos pueden considerarse controvertidos, y sea cual sea la posición de las partes, respecto de ellos; 2) los *hechos notorios*, es decir los que son de público conocimiento o lo que es lo mismo conocidos por todos los miembros de una comunidad, como por ejemplo el acaecimiento de un hecho natural como un derrumbe; y, 3) las *presunciones legales* consideradas como enunciados que establecen que, en determinadas circunstancias (salvo prueba en contrario), determinados hechos han de considerarse probados, como por ejemplo si el acreedor otorga carta de pago del capital, sin mencionar los intereses, se presume que los intereses también ya fueron pagados (Art. 1611 del Código Civil ecuatoriano).

Ello nos lleva a concluir que los hechos que deben probarse en un proceso son los *hechos relevantes* para resolver el caso y aquellos que permiten presumir los hechos relevantes, y los hechos que no deben probarse son los hechos no controvertidos por las partes y los hechos notorios (González Lagier, 2010:10).

Pero ¿cuáles son los hechos relevantes para el caso? En ocasiones, la identificación de los hechos relevantes sobre los que versa la decisión es producto de un alto nivel de complejidad por la variedad y multiplicidad de

los factores o circunstancias del caso (lugar, fecha, tiempo, conducta, etc). Un hecho no es una entidad simple y homogénea, definible a través de un enunciado elemental como el de “Y existe”, en cada hecho se identifican una variedad de factores y circunstancias que componen el hecho de que se trata. Con todo y esto determinar qué hechos son relevantes para cada caso es algo que debe establecerse a partir de las normas aplicables al mismo.

16. Normas jurídicas y hechos

La existencia de los hechos no es independiente de las normas, calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica, es un tipo de interpretación que no sería posible si no existiera la norma jurídica (que es la que contiene el hecho genérico que subsume al hecho individual) de tal forma que siempre existirá esta interrelación entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho (*quaestio facti* y *quaestio iuris*).

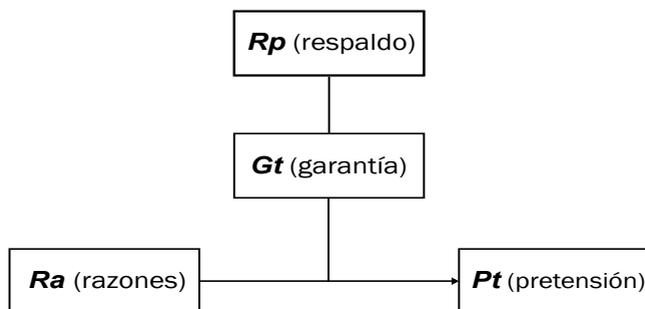
A veces hay que probar hechos jurídico-institucionales como la existencia de un nombramiento, de un poder o de un contrato de compra-venta cuya descripción no es posible sin la referencia a una norma jurídica. Hay otras situaciones en las que las acciones no intencionales de un sujeto provocan consecuencias relevantes (para establecer su responsabilidad o valorar sus méritos) las que sólo pueden estar previstas en una norma jurídica. Algo similar ocurre con las omisiones, omisión es no hacer algo que se tenía el deber o la obligación jurídica de hacerlo, no es un mero no hacer, interpretación que sólo puede proceder desde el Derecho. Tampoco las relaciones de causalidad en el Derecho son independientes de las normas jurídicas, el evento denominado *causa* generalmente se encuentra en conexión con otros eventos formando lo que se llama *contexto causal*, de tal forma que uno de los elementos del contexto no puede, por sí solo, producir el efecto, requiere del resto de elementos, siendo la normalidad o la anormalidad en el contexto lo que señala a un elemento como causa, normalidad o anormalidad que dependerá de las circunstancias contextuales (Gozález Lagier, 2005: 42-50). Por ejemplo, afirmar que la contaminación al ambiente con petróleo es la *causa* del daño a la salud de los pobladores de la zona contaminada, no es afirmar que tal contaminación, por sí sola, es condición necesaria y suficiente del daño a la salud de los lugareños, ni siquiera solo condición suficiente, pues se debe reparar en que hay ciertas características biológicas de los seres humanos que determinan su mayor o menor predisposición o debilidad frente al contacto con agua y suelo contaminados con componentes químicos del petróleo y que eso forma parte del contexto causal y para determinar ello el juez generalmente está influido por normas jurídicas.

Cabe insistir entonces, en que en la argumentación en materia de hechos se encuentran entrelazados lo fáctico y lo normativo, lo cual no significa que en este tipo de argumentación no se distingan los hechos del derecho, pues como lo señala Paolo Comanducci (2002: 224), mientras la argumentación sobre el derecho trata de dar razones a favor de la conclusión según la cual una prescripción es justa, la argumentación en materia de hechos trata de dar razones para apoyar que la conclusión de una descripción es verdadera (o probable, o verosímil, o aceptable).

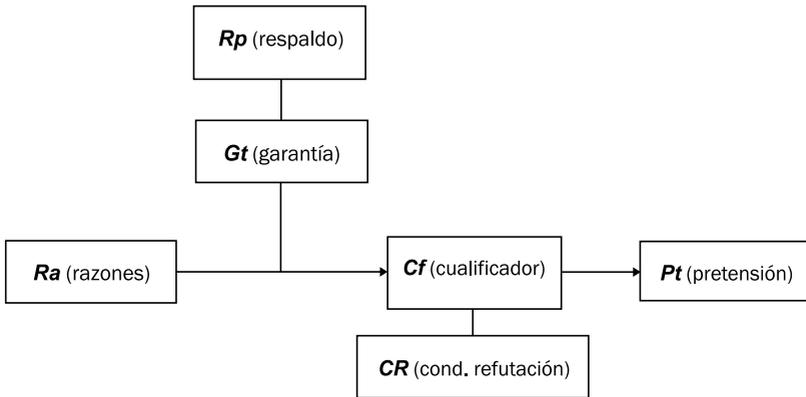
17. La inferencia probatoria

El razonamiento judicial por medio del cual se prueban los hechos de un caso es un razonamiento denominado *inferencia probatoria* (González Lagier, 2005: 53 y ss).

Daniel González Lagier muestra la estructura de la *inferencia probatoria* representándola de acuerdo con la propuesta de Toulmin acerca del esquema simple de argumentos. Para Stephen Toulmin toda argumentación parte de una *pretensión* que es aquello que se quiere fundamentar. Si esta pretensión es puesta en duda debe ser apoyada por medio de *razones*, es decir hechos específicos del caso que den cuenta de la corrección de la pretensión. En ocasiones hay que explicitar por qué las razones apoyan la pretensión, y ello debe hacerse por medio de enunciados generales (e hipotéticos) que expresen una regularidad y, por tanto, correlacione el tipo de hechos que constituye la razón con la pretensión, esto es la *garantía* que consiste siempre en una regla, norma o enunciado general. La garantía, a su vez, puede ser apoyada con un *respaldo* que trata de mostrar la corrección o vigencia de esa regularidad, en definitiva que la garantía escogida es mejor que cualquier otra. Entonces, *pretensión (Pt)*, *razones (Ra)*, *garantía (Gt)* y *respaldo (Rp)*, de acuerdo con Toulmin, son elementos que deben estar presentes en toda argumentación o razonamiento. Estos cuatro elementos de los argumentos pueden representarse de acuerdo con el siguiente esquema (Toulmin, 1958: 89):



Con los cuatro elementos del modelo simple de Toulmin tenemos un argumento válido o correcto, sin embargo—para este autor—la *Pt*, frecuentemente, no es una conclusión necesaria; porque el paso de las *Ra* a la *Pt* puede que sea provisional o sujeto a condiciones o excepciones, debido a que las *Ra*, *Gt* y *Rp* apoyan a la *Pt* de manera más débil y entonces es necesario incluir cualificadores modales (*Cf*), para matizar la *Pt*. Además, el apoyo a la *Pt* puede estar sujeto a condiciones de refutación (*CR*), que son las que apuntan las circunstancias en las que la autoridad general de la *Gt* ha de dejarse a un lado (Toulmin, 1958: 90). La representación del esquema general de Toulmin es como sigue:



Como ya lo dijimos, el modelo simple de Toulmin ha sido aplicado, directamente, a las inferencias probatorias por Daniel González Lagier, así: “[l]os hechos probatorios¹⁴ constituirían las razones del argumento; los hechos a probar¹⁵, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia¹⁶, las presunciones¹⁷ y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión [como definiciones o teorías¹⁸]; y el respaldo estaría configurado por la información

14 Enunciados acerca de la realidad natural o acerca de la existencia de convenciones sociales o acerca, inclusive, de la existencia de determinadas normas o deberes jurídicos. Hechos probatorios que pueden tener mayor o menor grado de interpretación. Y pueden, a su vez, ser el resultado de otra inferencia del mismo tipo.

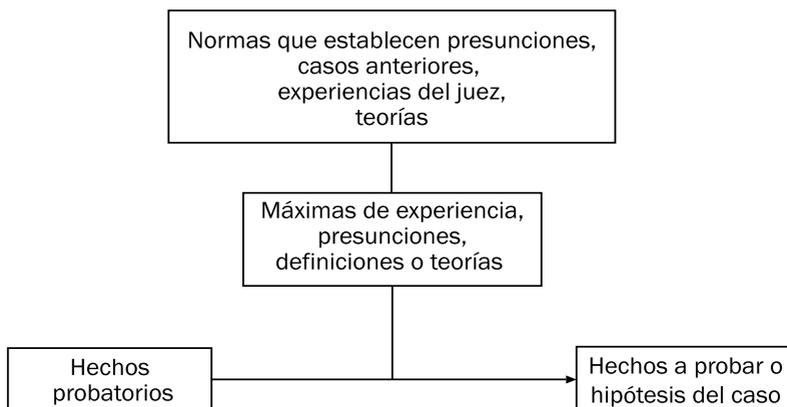
15 Por ejemplo “Ticio mató a Cayo de un disparo de revólver.

16 Que pueden ser a) de carácter científico o especializado, como las que aportan los peritos; b) de carácter jurídico, como las derivadas de la experiencia profesional del juez; c) de carácter privado (experiencias corrientes) esto es, derivadas de las experiencias del juez al margen del ejercicio de su profesión.

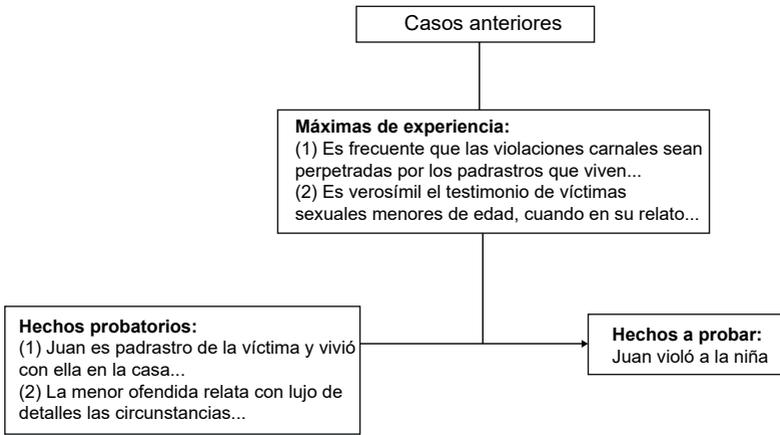
17 Que pueden ser establecidas legal o jurisprudencialmente.

18 Que suelen ser proporcionadas por la doctrina, pero pueden proceder también de la jurisprudencia o, incluso, tener carácter legal.

necesaria para fundamentar la garantía” (González Lagier, 2005: 57). De tal forma que el esquema general de la inferencia probatoria es el que sigue:



Si esa es la estructura de la inferencia probatoria, ¿cómo se la aplicaría a un caso real?. Veámoslo con un ejemplo: la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, en el 2009, confirmó la sentencia condenatoria en contra de Juan, a la pena de 20 años de reclusión mayor especial por el delito de violación carnal continuada, perpetrado en una menor de edad desde sus 9 años hasta los 17 años en que el autor es descubierto. El Tribunal aceptó como verosímiles los testimonios de la víctima y de los testigos que depusieron en el juicio por dos razones (1) “el acusado es padrastro de la menor ofendida y vivió conjuntamente con ésta en la casa en que se produjo el primer acceso carnal cuando aquella tenía nueve años de edad” y porque (2) “la menor ofendida relata con lujo de detalles las circunstancias en que fue violada por primera vez, así como la frecuencia en que la hacía víctima el acusado y narra también las circunstancias en que su padrastro la hizo víctima del último acceso carnal”. La fuerza de esas razones se derivarían de dos máximas de experiencia de los magistrados, de acuerdo a las cuales (1) es frecuente que las violaciones carnales sean perpetradas por los padrastros que viven en la misma casa de su víctima, y (2) es verosímil el testimonio de víctimas sexuales menores de edad cuando en su relato describen los detalles y las circunstancias de la comisión de la violación. Y finalmente, aunque la sentencia no lo dice, es preciso hacer explícito que el fundamento de las máximas de experiencias utilizadas vendría a ser la observación de casos anteriores. El esquema se graficaría como sigue:



Pero el lector ilustrado advertirá que el razonamiento en que consiste la inferencia probatoria puede ser complejo y constar de un encadenamiento de inferencias parciales que anteceden a la inferencia general, porque entre el un extremo (hechos probatorios) y el otro (hechos a probar o hipótesis) de la cadena, encontraremos premisas y conclusiones intermedias. Por ejemplo, en el caso relatado los magistrados concedieron credibilidad a los testigos que depusieron en la audiencia y de ello infirieron que el acusado era padrastro de la víctima y que éste vivía con ella, lo cual consideraron como uno de los móviles para la violación, que junto con la declaración a detalle de la víctima, les llevó a la conclusión final de que Juan violó a la niña.

Sin embargo, lo que más preocupará es la determinación del grado de certeza de la inferencia probatoria, su confirmación o en palabras de González Lagier, su *solidez*, “entendida como una propiedad graduable, como su mayor o menor capacidad de generar la convicción del juez” (González Lagier, 2005: 74). En el ejemplo que hemos puesto, el grado de solidez de las máximas de experiencia de los magistrados. De tal forma que el concepto del *warrant* (traducido al español como confirmación) es fundamental, ya que este se refiere a la conexión entre la hipótesis y las pruebas disponibles que vienen a confirmar su veracidad. Es decir:

$$C \text{ (confirmación)} = P \text{ (pruebas disponibles)} \rightarrow H \text{ (hipótesis)}^{19}.$$

19 En lo sustancial es análogo el esquema de Toulmin donde C, viene a ser el nexa que une los datos (P pruebas disponibles) con la conclusión (H hipótesis), que representa el resultado del argumento.

Confirmación que puede resultar más o menos sólida en función de las pruebas que a ella se refieren en un determinado momento, o bien al grado de apoyo (garantía) que las pruebas posean en relación a la hipótesis. De tal forma que el grado de solidez o de confirmación dependerá de cuántas y cuáles pruebas han sido ingresadas en el caso, por lo que si faltaran pruebas, la confirmación de la hipótesis puede ser débil, obviamente si se agrega una prueba que confirma el resultado ya asumido, ésta sería inútil (Cf. Haack, 2007a: 60–66). Además, las pruebas disponibles —en lo posible— deben ser convergentes, y finalmente es necesario que la hipótesis no resulte excluida por hipótesis alternativas referidas al mismo hecho (Cf. González Lagier, 2005: 88)²⁰. Como se observa el concepto de *warrant* resulta útil en el presente contexto, pero también lo es el concepto de probabilidad lógica, porque justamente designa el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los hechos a probarse del caso (Cf. Taruffo, 2002: 199).

Al respecto, un problema muy relevante que se plantea es el de la determinación de las fuentes de esos criterios que dotan de solidez a la inferencia probatoria, pues cuando no es posible recurrir a pruebas científicas son las *máximas de experiencia* (nociones de la experiencia común) las que proporcionan los criterios, a partir de los cuales, el juez formula las inferencias probatorias, tanto si se tratara de valorar el resultado de las pruebas, como si se tratara de inferencias presuntivas (Cf. González Lagier, 2005: 56, 61). A fin de clarificar la confirmación que las pruebas atribuyen a la hipótesis sobre los hechos, se pueden distinguir, las siguientes cuatro circunstancias:

Primera. Que la máxima de experiencia corresponda en realidad a ley científica, o sea a una regla general. La inferencia que se formula a partir de ella sigue el modelo *nomológico-deductivo* descrito por Hempel, con lo cual esta inferencia puede atribuir certeza deductiva a su conclusión (Gascón Avellán, 2004: 98).

Segunda. Que la máxima de experiencia corresponda a generalizaciones no universales, pero que posea un alto grado de probabilidad, confirmada por una elevada frecuencia estadística (digamos en el 98 por 100 de los casos), la inferencia, en estos casos, seguiría un modelo *cuasi nomológico-deductivo*, de tal forma que la conclusión que se deriva de ella es altamente probable y entonces puede considerarse dotada de certeza práctica (Ibídem:100).

20 Es decir se requiere de la calidad, cualidad y fiabilidad de las informaciones en las que se apoya la inferencia. Se trata de determinar la fiabilidad y la corrección de los enunciados relativos a la existencia de los hechos que constituyen las premisas de la inferencia. Sobre una explicación mucho más amplia de la solidez de la inferencia probatoria, puede consultarse a González Lagier 2005: 79–94.

Tercera. Que las máximas de experiencia se funden en meras generalizaciones que expresan normalidad en determinados acontecimientos o conductas, en cuyo caso la inferencia que se puede extraer no tiene carácter deductivo ni cuasi deductivo, produciendo conclusiones que poseen un modesto grado de confirmación (Ibídem:105).

Cuarta. Que las máximas de experiencia correspondan a generalizaciones espurias, es decir a prejuicios de diversa naturaleza (género, raza, condición social, religión, etc), tratándose entonces de pseudoreglas que carecen de fundamento. Por tanto, ninguna inferencia que tenga la pretensión de alcanzar conclusiones fiables, puede fundarse en esta clase de generalizaciones (Cf. Schauer, 2003: 7, 12, 137, 152).

De ello se colige que, si por ejemplo respecto de una hipótesis constituida por un enunciado de hecho se dispone de una sola prueba, pero la garantía o *warrant* que conecta esa prueba con el hecho descrito por el enunciado es una regla universal o cuasi general, el grado de solidez que la hipótesis recibe, a través de la inferencia, es muy elevado. Por el contrario, si se trata de una prueba que puede ser conectada con la hipótesis o hecho en cuestión, solo por medio de una regla, *warrant* o garantía a la que se le atribuye una baja frecuencia estadística o tiene un valor cognitivo bajo, la hipótesis recibe un grado de confirmación bajo. Y, el grado de confirmación puede llegar a ser nulo, cuando la regla de inferencia es una generalización que proviene de prejuicios.

Se podrá advertir que la variedad de las posibles situaciones es infinita, puesto que pueden variar, indefinidamente, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles o hechos probatorios y también la calidad de las reglas de inferencia a las que se pueden recurrir. Eso no quita que el grado de confirmación o solidez que una hipótesis recibe, sea el aspecto fundamental de las inferencias que conectan los datos o pruebas disponibles con la hipótesis fáctica y el factor decisivo lo tienen las reglas de inferencia.

Ahora bien, en la decisión final sobre los hechos no debieran tomarse en cuenta las hipótesis que no han obtenido ninguna confirmación o que su falsedad ha sido confirmada fuertemente, tampoco aquellas hipótesis que no resultaron suficientemente confirmadas. No obstante, si esos enunciados fácticos fueron alegados por las partes, su suerte probatoria debe ser explicitada por el juez y, en todo caso, su falta de confirmación o solidez suficiente, tiene relevancia para efectos de la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba.

Cuando no existen normas que determinen el estándar de la confirmación que se considera suficiente para que se produzcan ciertos efectos, la decisión de considerar una hipótesis (enunciado fáctico) como adecuadamente

probada, debe tomarse según criterios racionales como el de la “*probabilidad prevaleciente*” o de “*más probable que no*” según el cual una hipótesis fáctica debe preferirse si su probabilidad prevalece sobre la probabilidad de cualquier otra hipótesis, y en particular sobre la probabilidad de la hipótesis contraria (cf. Taruffo, 2002: 270).

Obviamente, la situación óptima es aquella en la que la verdad de una sola de las hipótesis en juego obtiene un alto grado de confirmación, mientras que las otras hipótesis obtienen una confirmación débil o nula, de tal forma que no se plantea ningún problema, ya que resulta evidente que la primera de las dos hipótesis es la racionalmente preferible. Pero hay situaciones más complejas en las que la verdad de un enunciado de hecho o hipótesis no ha recibido una adecuada confirmación, por lo que la decisión sobre los hechos solo puede ser adoptada con la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba.

A falta de confirmación probatoria de uno o más hechos principales, la mayor parte de los ordenamientos, incluido el ecuatoriano, contemplan reglas sobre la carga de la prueba, enunciándolas como normas generales que se basan en la asignación a las partes, valga la redundancia, de la carga de la prueba. *Onus probandi incumbit ei qui dicit*, es decir, quien hace una afirmación debe demostrar lo que ha afirmado, o lo que es lo mismo “quien alega prueba” (ver como ejemplos Art. 114 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano²¹ y Art. 10.8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana²²). Ello exige que no se afirme aquello de lo que no se tiene pruebas adecuadas, lo que implica que cuando sea necesario y oportuno, esas pruebas, deben ser presentadas, pues no resulta aceptable que de una afirmación sobre hechos –no demostrada– se deriven consecuencias jurídicas negativas respecto de otro sujeto, que es lo que ocurriría si por ejemplo, se aceptara una demanda sin que el actor probara la verdad de los hechos que alegó, y por tanto, se admitiera que el demandado pudiera perder el caso sin que el actor haya probado los hechos en los que basó su demanda o acción.

A lo dicho, también hay que apuntar que la regla general sobre la carga de la prueba tiene una preponderante función epistémica, pues se dirige a imponer a quien haya alegado un hecho, la carga de demostrar –con pruebas– que ese hecho ocurrió realmente.

La regla principal de la carga de la prueba según la cual quien hace una alegación o afirmación respecto de un hecho, asume la carga de demostrar

21 “Cada parte está obligada a probar los hechos que alega...”

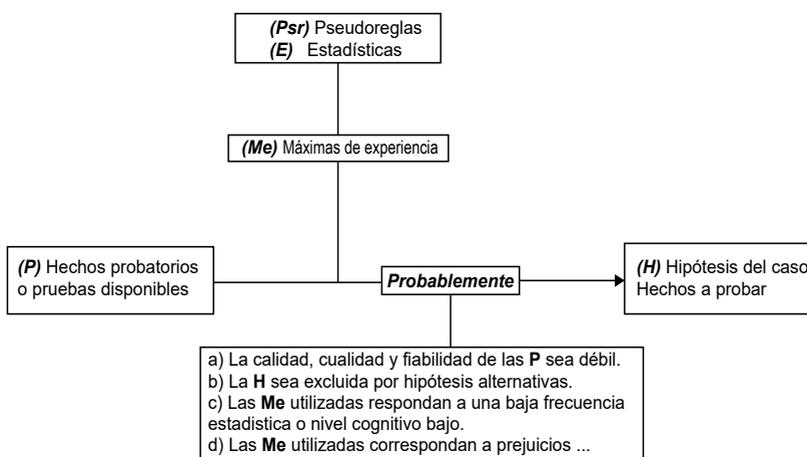
22 “La demanda, al menos, contendrá: (...) 8. Los elementos probatorios que demuestren la existencia de un acto u omisión...”

que el mismo es verdadero, *prima facie*, es suficiente para resolver el problema de cuál es la parte que asume el riesgo de la falta de prueba de un hecho que ha afirmado. Sin embargo, el problema de la carga de la prueba es uno de los más complejos que se presentan en el campo del Derecho Procesal, existiendo varias razones por las que se hacen reservas a esta regla, las que no serán examinadas aquí con detenimiento, pero sí corresponde referirse a las reservas que se presentan a esta regla general, para facilitar la tutela de los derechos de sujetos que son considerados como débiles, al tener serias dificultades de proporcionar la prueba sobre los hechos en que fundan sus pretensiones, siendo por tanto necesario invertir la carga de la prueba o hacer que la proporcione la parte que está en posesión de ella. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al caso del trabajador que demanda la violación de un derecho o pretende la eliminación de una discriminación.

Desde esta perspectiva, la modificación de las cargas probatorias tiene relevancia constitucional, pues va dirigida a facilitar el acceso a la tutela judicial efectiva de los derechos. En estos casos, generalmente, es el legislador el que interviene, a través de la técnica de las presunciones legales, es decir normas según las cuales se presume el hecho que una parte debiera probar, atribuyéndose a la otra parte la carga de demostrar lo contrario. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, esta presunción la encontramos en el Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que dispone: “[l]a persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba (...) Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.”

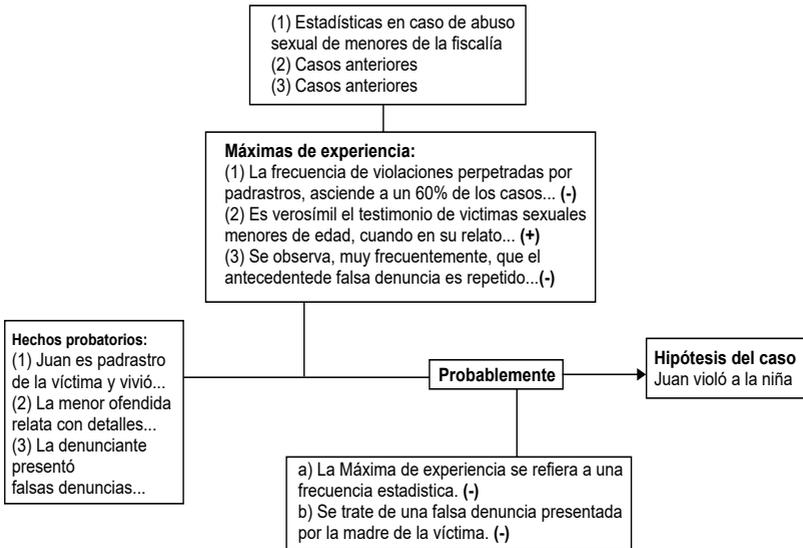
Líneas anteriores habíamos dicho que podemos enfrentarnos ante una infinidad de situaciones ya que pueden variar, infinitamente, la cantidad y la calidad de las pruebas disponibles o hechos probatorios y también la calidad de las reglas de inferencia. No obstante, pensamos que es posible trazar una gran distinción entre *casos fáciles* y *casos difíciles*. Los *casos fáciles* se corresponderían con aquellos en los que la verdad de una sola de las hipótesis en juego obtiene un altísimo grado de confirmación, tanto que –para efectos prácticos– podemos asumir que el paso es necesario. Mientras que los *casos difíciles* se corresponderían con aquellos en los que la verdad de un enunciado de hecho o hipótesis no ha recibido una adecuada o suficiente confirmación,

es decir cuando: a) la calidad, cualidad y fiabilidad de los hechos disponibles es débil; b) la hipótesis es excluida por hipótesis alternativas; c) las máximas de experiencia utilizadas en las que se basa la inferencia, responden o bien a una frecuencia estadística o nivel cognitivo bajo, o bien a prejuicios. De suerte que adoptaremos el esquema de la inferencia probatoria propuesto por González Lagier para los casos fáciles y para los casos difíciles incluiríamos los cualificadores modales (*Cf*) que nos servirían para matizar la hipótesis o hechos a probar y las condiciones de refutación (*CR*) vistas como las circunstancias en las que las máximas de experiencia deben dejarse de lado, trasladando de esta manera, a la prueba de los hechos, estos dos elementos presentes en el esquema general de Toulmin, de tal forma que su estructura general sería:



Supongamos, para efectos didácticos, a fin de revisar el esquema de los casos difíciles en un caso particular, que en el ejemplo utilizado (caso de violación continuada en una menor de edad) también se probó que la madre de la niña (denunciante), había presentado en contra del denunciado falsas denuncias sobre supuestos no pagos de alimentos a favor de sus hijos comunes, solicitando su apremio personal; y, por otro lado, que la máxima de experiencia según la cual las violaciones carnales perpetradas por padrastros que vivieron con la víctima, en realidad correspondía a una estadística de la Fiscalía que señalaba que la frecuencia en la muestra era de un 60 por 100 de los casos. Bajo estos presupuestos ficticios, incorporados al ejemplo utilizado, obtenemos que: a) la hipótesis de la violación ha sido excluida

por la hipótesis de falsas denuncias presentadas por la madre de la víctima, en contra del acusado, puesto que se observa, muy frecuentemente, que el antecedente de falsa denuncia es repetido en el caso que se juzga; y, que b) al tratarse –la máxima de experiencia– de una frecuencia estadística, ésta no sirve para confirmar la solidez de la inferencia probatoria, simplemente porque no dice nada acerca de la inocencia o culpabilidad del imputado. Si graficamos en el ejemplo, estos supuestos, obtendríamos el siguiente esquema:



18. Causalidad

¿De dónde surge el deber de reparar o de indemnizar?, del establecimiento de la *responsabilidad*²³. Y la *responsabilidad jurídica* está íntimamente relacionada con la *causalidad*, pues las reglas de la responsabilidad se han construido en términos de que alguien (por lo general el demandado o imputado) causa algo (por lo general un daño), por ejemplo el responsable de un homicidio es el que ha causado la muerte a alguien, así como también lo es la autoridad pública que con sus actos u omisiones violó derechos de un ciudadano.

23 La obligación de reparar requiere de responsabilidad.

En un sentido muy amplio se puede decir que cada vez que una norma toma en consideración un nexo de causalidad material, calificándolo jurídicamente y atribuyéndole consecuencias jurídicas, como los ejemplos señalados o como cuando habla de “hecho ilícito” o “daño injusto” o simplemente “daño” y hace referencia al nexo causal con el término “ocasiona” o equivalentes como “viola” “menoscaba” “disminuya” “prive” o “anule” que vincula el hecho indicado como causa, con el hecho indicado como efecto, estamos frente a una *causalidad jurídica*, que como se ve es el ropaje jurídico que una norma atribuye a un nexo causal. Sin embargo, lo que interesa probar es lo que podemos llamar *causalidad material*, es decir los enunciados fácticos que describen el nexo causal supuestamente existente entre eventos empíricos a los que las normas atribuyen calificaciones y consecuencias jurídicas. Evidentemente, las normas pueden incidir y de hecho inciden en la determinación de los eventos que constituyen el objeto de estos enunciados que deben ser probados, de la misma manera que el supuesto de hecho jurídico al que se hace referencia sirve para establecer qué hechos deben ser probados para que las respectivas normas puedan ser aplicadas, pues como ya lo habíamos dicho en el punto 16 la existencia de los hechos no es independiente de las normas, por la misma razón la causalidad material y la causalidad jurídica están conectadas en la medida en que la causalidad jurídica implica y presupone la causalidad material. Y cada vez que las normas jurídicas usan vocablos causativos están colocando a la *causalidad* como requisito previo e indispensable de la *responsabilidad jurídica*, de tal forma que para imputar responsabilidad jurídica es básica la *causalidad*²⁴.

Obviamente, no es posible aquí profundizar respecto de todas las perspectivas a partir de las cuales se podría analizar el concepto de causalidad, no obstante, lo que sí se requiere es revisar los presupuestos básicos de este concepto y sus implicaciones en la formulación de enunciados destinados a ser objeto de prueba en una acción judicial o más específicamente en una acción constitucional. Bajo este criterio, es preciso partir de la conocida distinción entre *causalidad general* y *causalidad específica o individual*.

La *causalidad general* es la que permite establecer un vínculo entre dos tipos de eventos según los cuales, la producción de un evento de cierto tipo hace más probable la producción de un evento de otro tipo, respecto de la muestra analizada, por ejemplo es más probable que las mujeres que viven en la amazonía ecuatoriana, cerca de las perforaciones petroleras y refinerías (evento 1) tengan abortos espontáneos (evento 2), es decir, el nexo de causalidad general permite afirmar que un tipo de hecho determina la ocurrencia de otro tipo de hecho en el ámbito de determinada muestra,

24 “La causalidad es moralmente relevante para establecer el caso *prima facie* porque la responsabilidad constituye la conexión necesaria entre la responsabilidad y la obligación de compensar”(Moore, 2011: 23 y ss).

estableciendo el nivel de riesgo relativo de un hecho en conexión con otro hecho, de tal suerte que el nexo de causalidad general puede expresarse en términos de probabilidad, ya que como se observa con el ejemplo, este tipo de nexo de causalidad es en relación a la frecuencia en que se produce un evento en presencia de otro, obviamente solo dentro del marco de la muestra.

Mientras que el *nexo de causalidad individual* o *específica* determina que una situación o hecho en concreto ha sido causado por la ocurrencia de otro hecho específico o perfectamente determinado, retomando el ejemplo se trataría de establecer que Samira ha tenido un aborto espontáneo *porque* vive en la amazonía ecuatoriana, cerca de las perforaciones petroleras y refinerías. Como se observa, al contrario de lo que ocurre con el nexo de causalidad general, el nexo de causalidad individual, afecta a una persona específica, no a clases de eventos que se producen en el ámbito de una determinada población o muestra, no se conjetura respecto de una mera correlación entre tipo de eventos, ni tampoco sobre la capacidad de que un evento aumente la posibilidad de que se produzca otro evento, sino que se concluye que un hecho específico *a* ha causado un hecho específico *b*²⁵.

De ello se colige que de una correlación general no puede derivarse la demostración de la existencia de un nexo de causalidad individual, éste bien puede tener como base una correlación general, pero la causalidad en el caso específico debe ser demostrada de forma autónoma, pues las estadísticas sirven para hacer previsiones sobre la probabilidad de que se produzcan un cierto tipo de eventos, pero no sirven para determinar la ocurrencia de un hecho particular y menos aún para establecer si un hecho determinado se ha producido como efecto de otro hecho. O dicho de otra manera, si el hecho que se necesita probar está conformado por un nexo de causalidad específica entre dos eventos particulares, no sirve para nada probar que existe una correlación de causalidad general entre eventos de este tipo en una muestra. Al respecto, vale traer el ejemplo clásico: si lanzo un dado tengo una probabilidad de un sexto de obtener un 6 (o un 5 o un 4...), saber eso puede ayudar para realizar una apuesta, pero esa misma información no me sirve para adelantar el resultado de un lanzamiento específico, pues si tengo que establecer que en ese lanzamiento el resultado es 6, deberé lanzar el dado, sin que pueda establecer ese resultado sobre la base de la frecuencia relativa de un resultado respecto de todos los resultados posibles (6, 5, 4, 3, 2, 1).

La prueba del nexo causal versa, entonces, sobre la demostración de la verdad de un enunciado que describe un nexo de causalidad individual o

25 Sobre el concepto de causalidad véase, especialmente, Moore, 2011.

específica. Dicho esto, es necesario precisar que el aludido nexo de causalidad puede expresarse de diversas maneras, por ejemplo se puede decir que “*a* ha causado *b*” o que “*b* presupone a *a* como causa” etc. A más de ello pueden existir nexos causales simples y directos como cuando decimos “*a* ha sido la causa directa de *b*” o cadenas causales, que implican diversos eventos intermedios, que vinculan a *a* con *b*, como por ejemplo “*a* ha causado *c*; *c* ha causado *d*; *d* ha causado *e*; *e* ha causado *b*”. O también que hayan diversas concausas, por ejemplo “*a*, *c*, *d* y *e* han causado *b*”. En fin, todas ellas son combinaciones y variaciones del esquema básico “*a* ha causado *b*”, no obstante, es importante resaltar que el enunciado en cuestión debe hacer referencia a todos los eventos que entran en el esquema de relaciones causales y debe definir todos los eventos que integran ese esquema determinando su función dentro del mismo, es decir, completitud y precisión son características que deben estar presentes en la determinación del nexo causal, lógicamente la relevancia de estas características dependerá del contexto. Lo que se explica con ello, es que si el enunciado causal está referido al hecho principal, el criterio de referencia está constituido por la norma cuya aplicación se pretende sobre la base de ese enunciado, al contrario, si el enunciado versa sobre un hecho secundario, el criterio de referencia está constituido por la relevancia lógica que ese enunciado tenga en el interior de una cadena inferencial compleja. (cf. Taruffo, 2008: 260 y ss)

Como decíamos, el esquema básico es “*a* ha causado *b*”, esquema que contiene tres elementos: 1) el evento que se identifica como causa; 2) el evento que se identifica como efecto; y, 3) el nexo causal que vincula los dos eventos y que permite distinguir cuál de ellos es la causa y cuál de ellos es el efecto. Entonces *causa* y *efecto* son dos eventos empíricos cuya ocurrencia debe ser demostrada (el consumo de agua contaminada, la enfermedad, el no cumplir con un procedimiento, el accidente, etc.) son hechos que pueden ser percibidos, verificados, reproducidos y documentados, es decir probados según las reglas ordinarias de prueba, o dicho de otra manera, lo que se necesita es que la verdad de esos hechos sea demostrada mediante las modalidades habituales.

Cosa distinta pasa respecto del tercer elemento: el nexo causal que vincula los dos eventos *a* y *b*, elemento que también debe ser demostrado: si se prueba que *a* ha ocurrido y que *b* también ocurrió, pero no se determina que entre *a* y *b* hay conexión, obviamente el enunciado “*a* ha causado *b*” no está probado. Ahora bien, a diferencia de *a* y *b*, el nexo causal no es un hecho empírico percible como cualquier otro hecho material²⁶, pero ello no nos tiene que llevar a la desesperación, pues si bien la existencia

26 Como se sabe para Hume el nexo causal no es otra cosa que el resultado de la costumbre psicológica de ver una conexión regular entre hechos, la causalidad no sería nada más que un fenómeno psicológico.

del nexo causal no puede ser demostrada de forma directa, si puede serlo de forma inferencial, demostrando que existe una “ley de cobertura”, como la llama Taruffo (2008: 260 y ss) en la que puede subsumirse el caso individual. Se trata de demostrar que de forma general los hechos del tipo *a* causan hechos del tipo *b* y sobre esa base decir que “*a* ha causado *b*” porque sucede de forma general que hechos del tipo *a* causan hechos del tipo *b*. Encontrándonos, en este caso, frente al modelo *nomológico-deductivo* descrito por Hempel, al que hiciéramos referencia en § 17 a propósito de abordar los criterios que dotan de solidez a la inferencia probatoria y que hoy es considerado por la doctrina penalista como el esquema idóneo para dar cuenta del nexo causal (cf. Stella, 2005: 5 y ss). La inferencia es *nomológica* porque se funda en una ley de cobertura y es *deductiva* porque, en principio, esta ley de cobertura es general, de tal suerte que si en todos los casos que se da *A* causa *B*, entonces en el caso en concreto *a* ha causado *b*.

Las asociaciones invariables son una buena prueba de la causalidad (Moore, 2011: 172 y ss), pero “es precisa alguna clase de necesidad que explique por qué hay una correlación universal entre dos tipos de eventos” (Ibidem: 172); es decir, hace falta un requisito más fuerte²⁷. La conexión –dice González Lagier (2005: 121)– entre causa y efecto no ha de ser contingente sino *necesaria*, de tal forma que si “*a* ha causado *b*”, entonces, si *a* tiene lugar, *b* necesariamente tiene lugar. En el mismo sentido Moore (2011: 173) sostiene que “el derecho, al igual que el sentido común, asume que las causas necesariamente producen sus efectos”, se trata de la *conditio sine qua non* o *conditio sine qua non*²⁸, que exige preguntar: ¿si no fuese por el acto del imputado o demandado, habría ocurrido el daño?. “Cuando se interpreta la causalidad como una relación de necesidad natural o física, suele afirmarse que de los enunciados que expresan una necesidad física (llamados enunciados nomológicos) se derivan condicionales contrafácticos”(González Lagier, 2005: 126).

Ahora bien, el problema se le plantea al juez cuando tiene que determinar la fuente de la que puede obtener el conocimiento de las leyes de cobertura que son necesarias para fundamentar el nexo causal y entonces se enfrenta ante niveles de dificultad. El más sencillo se da cuando el juez dispone de conocimientos científicos que demuestran una ley de cobertura de carácter general, como por ejemplo cuando se obtiene estos conocimientos a través de los instrumentos procesales idóneos, como a través de un peritaje técnico o de un documento.

27 “Puede decirse que la asociación invariable es condición necesaria de la causalidad, pero no suficiente. Esto es, mientras todas las relaciones causales implican una regularidad universal, no todas las regularidades universales son relaciones causales”. (González Lagier, 2005: 121).

28 En materia de causalidad los autores la llaman indistintamente necesidad objetiva, necesidad natural, necesidad física, necesidad causal, necesidad real o conexión nómica.

El siguiente nivel lo conformarían aquellas leyes de cobertura que si bien no son generales, sí son cuasigenerales, es decir están dotadas de una altísima probabilidad, tanto que cubren casi la totalidad de los casos individuales, de tal suerte que continuamos dentro del modelo nomológico–deductivo, por lo que la estructura lógica de la inferencia causal prácticamente es la misma, con la diferencia que la conclusión relativa al caso individual no es *necesaria* sino *probable*, pero ese grado de probabilidad es tan alto que esta garantizado por la cuasigeneralidad de la ley de cobertura.

El mayor nivel de dificultad se da cuando la regla de cobertura para fundar el nexo de causalidad, no tiene carácter general, ni cuasigeneral, se trata por un lado de los datos estadísticos y por otro de las máximas de experiencia. Cuando se dispone de *datos estadísticos*, a través de los cuales se pretende justificar una regla de cobertura, ello no puede ser aceptado, simplemente porque la frecuencia estadística no puede ser asumida como regla de cobertura, de tal forma que si se sostiene que “*a* ha causado *b* con un 50 por 100 de probabilidad, dado que tenemos estadísticas que justifican que el 50 por 100 de los casos *A* causa *B*” se debe concluir que el enunciado relativo al nexo causal específico no ha sido probado.

Cuando se invoca como fundamento de la inferencia causal una *máxima de experiencia*, el problema radica en determinar ¿cómo, a partir de máximas de experiencia, se puede construir inductivamente generalizaciones dotadas de una forma lógica y contenido cognitivo, equiparable, al de las leyes científicas generales?. Para resolver este problema, es necesario hacer algunas distinciones de máximas de experiencia. Así tenemos: a) máximas de experiencia que en realidad son traducciones de leyes científicas de carácter general al sentido común de la cultura media, en cuyo caso, si no se ha traicionado el significado de la ley científica, se puede equipar la máxima de experiencia a ley científica y utilizarla como ley de cobertura de la inferencia causal; b) máximas de experiencia que expresan, en un lenguaje común, frecuencias estadísticas altísimas. Se trata de generalizaciones empíricas de un grado de probabilidad muy elevado y entonces tenemos una situación equivalente a la del modelo cuasideductivo de inferencia; y c) máximas de experiencia basadas exclusivamente en la experiencia, es decir carentes de apoyo científico o estadístico, por lo que si se usan irreflexivamente pueden ser muy peligrosas. No obstante, en una enorme cantidad de casos, el recurso a estas máximas de experiencia es inevitable, ya que el sentido común no puede ser eliminado del razonamiento justificativo y decisorio del juez, pero para usarlas el juez debe hacerlo con suma prudencia, lo que significa, por ejemplo que si una máxima de experiencia contradice una ley científica, el juez debe recurrir a la ley científica

y no a la máxima, o si dos máximas de experiencia se contradicen, el juez debe analizar cuál de ellas debe escoger y de ser el caso, desechar ambas y comprobar la posibilidad de utilizar otras máximas de experiencia hasta que pueda elegir una *sobre una base generalmente compartida* (nunca las valoraciones estéticas, éticas y culturales sirven para fundar inferencias dirigidas al conocimiento probatorio de los hechos) (Taruffo, 2008: 267 y ss).

Finalmente, cabe concluir que es indispensable contar con una ley científica, ya sea para demostrar la ley causal de cobertura o para verificar la fundamentación científica de las máximas de experiencia que el juez pretenda usar como regla de cobertura, pues de no disponerse de la confirmación científica de la regla de cobertura no se contaría con la premisa indispensable para la formulación de la inferencia causal específica y habría que concluirse que el enunciado causal queda sin confirmación probatoria (Cf. Taruffo, 2008: 262 y ss).

Capítulo III

Arquitectura de la argumentación constitucional

ARQUITECTÓNICA DE LA ARGUMENTACIÓN CONSTITUCIONAL (Alí Lozada Prado²⁹)

19. La constitución como práctica argumentativa

En 7, distinguimos tres conceptos basilares para entender el Derecho: las *prescripciones* jurídicas, las *disposiciones* jurídicas y las *normas* jurídicas. La relación entre ellos estaría dada porque las *normas* son el resultado de interpretar las *disposiciones* y éstas, a su vez, el efecto institucional de la realización de *actos prescriptivos* por las autoridades jurídicas. Cada una de esas tres nociones es útil para dibujar, correspondientemente, tres imágenes distintas de lo que es una «constitución». Así, ella puede ser identificada, en primer lugar, con el *ejercicio del poder* constituyente; en Ecuador, por ejemplo, decimos que la Constitución de Montecristi fue dictada por el poder constituyente en el año 2008. O bien, en segundo lugar, la «constitución» puede entenderse como el *documento o texto constitucional* expedido por el legislador constituyente; también en el caso ecuatoriano, se llama Constitución aquel documento integrado por 444 artículos más algunas disposiciones complementarias. O bien, en tercer lugar, podemos identificar como «constitución» al contenido del antedicho documento, es decir, al *sistema de normas* que cabe extraer de ese texto mediante procedimientos de interpretación.

Es preciso no perder de vista que, en este tercer sentido (el de la constitución como sistema normativo), la constitución carece de espacio, tiempo y demás coordenadas históricas, a diferencia de la constitución entendida como acto constituyente; y no conforma un conjunto finito de elementos explícitos, como sí es el caso de la constitución vista como documento o texto. Cuando hablamos de *sistema de normas*, aludimos a un universo estructurado por elementos *abstractos* e (virtualmente) *infinitos*: las normas jurídico-constitucionales. Esta distinción entre «constitución-acto», «constitución–documento» y «constitución-norma» sirve para extraer algunos corolarios de lo expuesto en el capítulo I, a saber:

Primero. Un Estado Constitucional no se funda a partir de cualquier constitución-documento nacida de cualquier constitución-acto, sino del

29 En esta primera parte se sigue y, en algunos tramos, reproduce ciertos textos de (Lozada, s.f.) (Lozada, 2011) (Lozada, 2012a) (Lozada, 2012b) y (Lozada, 2013).

ejercicio de un poder constituyente originario encaminado a poner en vigencia un texto constitucional capaz de positivizar, no cualquier constitución-norma, sino una en la que se contenga un catálogo de derechos.

Segundo. Los derechos contenidos en la constitución-norma de un Estado Constitucional configuran un subsistema normativo compuesto por reglas, principios y normas de fin. De lo que se sigue, por un lado, que las normas relativas a derechos fundamentales constituyen un producto interpretativo y, por otro, que son virtualmente infinitas.

Tercero. ¿Cómo asumir la distinción entre lo constitucional y lo extra-constitucional? La frontera entre lo uno y lo otro es tajante, y por tanto nítida, si la vemos desde el ángulo de la constitución-acto (obviamente, el acto constituyente es inconfundible con cualquiera otro de naturaleza jurídica, como el legislativo o el reglamentario), o bien, desde el punto de vista de la constitución-texto (el documento constitucional es, asimismo, inconfundible respecto de otros documentos jurídico positivos, como una ley o un reglamento). Sin embargo, desde la óptica de la constitución-norma, las cosas ya no son tan nítidas, puesto que las normas constitucionales, debido a su carácter abstracto y a su génesis interpretativa no pueden ser confinadas a receptáculos pre-configurados y bien separados del “resto de normas” del sistema jurídico. En otras palabras, mientras el acto constituyente y el texto constitucional son –respectivamente– subconjuntos bien delimitados del universo de los actos jurídicos y del conjunto de los documentos jurídico positivos, del sistema constitucional, en cambio, no puede afirmarse lo mismo: las fronteras que lo separan del conjunto del sistema jurídico distan mucho de la nitidez. En efecto, salta a la vista de cualquier jurista práctico (y debería ocurrir lo mismo con un teórico) que las zonas de penumbra aparecen por todos los lados apenas uno se aproxima a un cierto problema constitucional, lo que pone en duda la separación entre lo constitucional y lo extra-constitucional si queremos ver a la Constitución como un sistema de normas. Esto ayuda a explicar el llamado *efecto de irradiación* de la constitución, así como los problemas que se suscitan –en determinados contextos institucionales– alrededor del llamado *bloqueo de constitucionalidad*, y se vincula también con muchas otras novedades de la cultura jurídica contemporánea, como la crisis actual de la *dogmática constitucional*.

Son las consecuencias, todas éstas, de contar con una constitución-norma, no sólo en sentido formal, sino también y esencialmente material. Una Constitución tal, sobra decirlo, no puede ser sino un producto interpretativo; y, por ende, no cabe reputarla solamente como obra del legislador constituyente, sino también

del intérprete constitucional en sentido amplio. Esto es incompatible con cierta postura que podríamos denominar *formalismo constitucional*, la cual tiende a eclipsar el aspecto centralmente interpretativo de la constitución-norma: este tipo de jurista (ingenuamente o no) atribuye a los textos de la constitución, de las convenciones internacionales, de los informes de relatorías, de la jurisprudencia, etc. aplicabilidad *deductiva* para resolver los mil y un supuestos que la fenomenología constitucional plantea. Un jurista así se confesará, como es obvio, “(neo)constitucionalista”, aunque paradójicamente obstruya, con su formalismo, la construcción de una práctica argumentativa regida por la idea del Estado Constitucional: se convierte por tanto, para usar la conocida frase de Silvio Rodríguez, en “un servidor del pasado en copa nueva, un eternizador de dioses del ocaso”.

En el polo opuesto al del formalismo constitucional podemos ubicar al *activismo constitucional injustificado*: si el primero petrificaba la Constitución (y los derechos) en un ilusorio elenco cerrado de *reglas* con potencialidad subsuntiva, extirpando de la práctica constitucional los argumentos basados –directamente– en *principios* y *finés*, el segundo hace lo contrario, evapora la Constitución (y los derechos) en el éter de los *principios* y *finés* fundamentales, amputando los argumentos basados en *reglas* y circunscribiendo –así– la argumentación constitucional a las arenas movedizas del razonamiento finalista ligeramente –y sólo a veces– restringido por la ponderación. El activista injustificado, en efecto, tiende a privar de carácter jurídico al razonamiento constitucional, otorgándole carácter puramente ético-político. De esta suerte, el Derecho no es más –nada más– que una herramienta en la lucha por implementar modelos de organización social. Para seguir citando a Silvio Rodríguez, el activismo injustificado convierte al discurso jurídico-constitucional en “un instrumento sin mejores resplandores que lucecitas montadas para escena”.

El *formalista constitucional* no sólo ignora que la constitución tiene centralmente naturaleza interpretativa. Sino que, con ello, pasa a ignorar –para usar las palabras de Alexy– que “la interpretación es argumentación”. Es decir, un problema interpretativo tiene siempre índole argumentativa, aunque no toda argumentación tenga como punto de partida un problema de interpretación (puede serlo de prueba, por ejemplo). Así, *verbi gratia*: si dada una disposición *p*, se plantea el problema de si ella debe ser interpretada como *p'* o *p''*, la solución no puede consistir sino en dar razones a favor de una u otra respuesta, sin ignorar las razones adversas. El *activista injustificado* no cae en esto, pero usa y practica una concepción instrumental de la interpretación constitucional, haciendo de ésta el dispositivo –predominantemente retórico– con el que fraguar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de aquello que –respectivamente– sea

funcional o disfuncional al modelo de sociedad por que se lucha, no porque necesariamente sea lo legítimo según la constitución vigente, sino porque lo es por claras razones ético políticas, independientemente de si pueda defenderse racionalmente su asidero conforme a la Constitución vigente. El carácter argumentativo de la interpretación constitucional, entonces, no lo niega un activista injustificado, pero con eso nada se gana porque, de manera más o menos velada, la argumentación jurídica es desvirtuada, usándola únicamente porque es políticamente útil, aunque se la tenga por un procedimiento prácticamente arbitrario: en él virtualmente todo vale: lo progresista y lo reaccionario.

El genuino carácter argumentativo de la teoría de la interpretación constitucional hace de ésta un capítulo de la teoría de la argumentación jurídica, y significa –para decirlo brevemente– que ella no consiste, ni en una operación de cálculo estricto, ni en un ejercicio de iluminación esotérica. La clave de la interpretación constitucional está en la *razonabilidad* del intérprete a la hora de articular argumentos relativos, ya a reglas, ya a principios, ya a fines constitucionales. Continuando con *La Maza*, la canción de Silvio Rodríguez que se viene citando, la racionalidad jurídico-constitucional radica “en la balanza, en la razón del equilibrio”.

Tras constatar que la interpretación es una forma de argumentación, sin embargo, caemos en la cuenta de que, al igual que la segunda, la primera puede ser vista, además de como producto, también como proceso o actividad. Esto, que parece ser tan simple, modifica radicalmente nuestra visión de la constitución³⁰ (y del Derecho en su conjunto, claro está): podemos ir más allá de la imagen de la constitución-norma, para entenderla como *constitución-praxis*, es decir, como una práctica social institucionalizada de carácter argumentativo, y por tanto, primordialmente interpretativa (generalizando, y para utilizar el título de la conocida obra de Atienza, pasamos a concebir el Derecho como argumentación). La constitución es, pues, praxis argumentativa constitucional. Así es como la concibe el presente Manual. Nino ilustró esta idea con una magnífica metáfora, “la de la construcción de una catedral a lo largo de un período extenso de tiempo”: la constitución es una obra en construcción, en la que ningún arquitecto u operario tiene el control sobre el conjunto del edificio, sino que, a su tiempo, cada uno de ellos va modelando el cuerpo arquitectónico permanentemente inconcluso a golpe de argumentaciones.

Como alguien dijo, el rótulo “argumentación jurídica” está de moda en el Derecho iberoamericano del mismo modo en que lo estuvo, hace algunos años,

30 En adelante, el término «constitución» lo usaré siempre en el sentido de constitución-norma, reservando «disposición constitucional» para la constitución-texto

el de “mediación”³¹. Aunque lo más llamativo de estas ‘modas es la proliferación –muchas veces improvisada– de conferencias, postgrados y especialistas, lo que nos interesa aquí es el aroma de paradoja que se percibe cuando se nos presenta como una novedad algo que, al mismo tiempo, intuimos que es consustancial a nuestras prácticas sociales. Nino (2005: 1) escribió que el Derecho, como el aire, está en todas partes; lo que podríamos parafrasear diciendo que la argumentación jurídica, como la respiración, ocurre a cada instante. La actividad de argumentar tiende a ser, efectivamente, omnipresente, aunque en ocasiones se decida en base a una argumentación meramente putativa, como cuando los jueces penales deciden en contra del acusado citando como fundamentos de hecho la simple enumeración de los documentos que conforman el expediente, y como fundamento de Derecho la simple mención de que “se han reunido los requisitos establecidos en la ley”. En ambos casos la argumentación no pasa de ser un amago, está vacía, no vale como justificación jurídica. Por lo que más exacto sería decir que argumentar jurídicamente no es algo que *ocurra*, sino algo que *debería ocurrir* de manera tendencialmente ubicua en las sociedades humanas. En cualquier caso, la pregunta que se nos plantea es, ¿dónde radica la novedad de la argumentación jurídica?

Una respuesta simple tendría dos partes. En primer lugar, habría que decir que el –históricamente– reciente Estado Constitucional ha extendido con creces los ámbitos jurídico-decisionales sometidos a control racional, mayormente los jurisdiccionales. Esto ha implicado, para decirlo en una palabra, que cada vez más juristas, en cada vez más situaciones, tienen la exigencia de argumentar. La segunda novedad ha consistido en el remozamiento de la filosofía del Derecho para dar cuenta, precisamente, de aquella primera novedad. La profunda renovación de la teoría del Derecho ha ido de la mano con el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica, al punto de debilitar las fronteras entre ambas disciplinas; las cuales, por otro lado, han ido mostrando la necesidad de integrarse con la teoría de la justicia, y así, con la filosofía moral y política. Estos desarrollos teóricos son de tal magnitud que los conocimientos disponibles permiten hoy proyectar diseños metodológicos e institucionales relativamente potentes para orientar la práctica jurídica. En suma, argumentar jurídicamente es una actividad antiquísima, lo nuevo es que los juristas del Estado Constitucional deben hacerlo cada vez con mayor frecuencia y exigencia, pero con la novedad,

31 Si bien se observa, a esas dos “etiquetas” subyace una misma aspiración: racionalizar la solución de los conflictos legales; sin embargo, el criterio racionalizador central es distinto en cada caso (aunque eso no las hace incompatibles entre sí), la mediación era impulsada, sobre todo, por su virtud para componer las disputas con eficiencia, mientras que ahora lo es la argumentación por hacerlo con corrección.

también, de que ellos tienen a su alcance conocimientos teóricos y aplicados cada vez más afinados y útiles.

Ahora bien, la teoría estándar de la argumentación jurídica se construyó apenas en la década de los setenta del siglo pasado, y sin embargo, jueces (y en general juristas) modélicos han existido en todas las épocas precedentes. Esa teoría, ciertamente, no ha inaugurado la buena argumentación jurídica en la historia; en cuanto disciplina filosófica, lo que ha hecho –hasta donde ha podido– es desentrañar y esclarecer los estándares que ha de cumplir una argumentación para ser considerada “buena”. Pero, ¿esto implica que, hoy en día, los buenos jueces han de ser necesariamente teóricos de la argumentación? O, generalizando la pregunta y usando las palabras de un conocido trabajo de Ronald Dworkin, ¿deben los jueces ser filósofos?

20. Hacia una teoría aplicada de la argumentación constitucional: guías, patrones y guiones argumentativos

Podemos responder –a la pregunta anterior– que sí, pero en un sentido muy restringido: deben serlo en la medida en que a) los *problemas* que les corresponde conocer tienen, muchas veces, *carácter filosófico* (piénsese, por ejemplo, en casos relativos al aborto, al matrimonio entre personas del mismo sexo, a los derechos de la naturaleza, etc.); pero también en el sentido de que el juez cumple un rol –si se quiere– más cercano al del filósofo que al del político (a diferencia, podría decirse, del legislador o del abogado): el ejercicio de la profesión jurisdiccional está con frecuencia enfrentada a problemas para cuya solución no basta con recurrir a meras operaciones lógico-formales, sino a procedimientos racionales más complejos y menos exactos pero regidos por el ideal de la *respuesta correcta*, y no por el de la *elección estratégica* de la mejor alternativa en función de un acotado interés, particular o colectivo. Vale decir, la actitud de un buen juez está marcada por la búsqueda infatigable y rigurosa de la *coherencia* entre hechos, normas y valores del sistema jurídico visto desde el prisma del *caso sub judice*. Pero la analogía entre el juez y el filósofo ha de llegar hasta aquí. Por lo demás, un juez no necesariamente ha de tener formación –conocimientos, habilidades, actitudes– iusfilosófica estricta, ya que los fines a los que se orienta la profesión judicial son muy diferentes a los que informan la práctica académica de la filosofía. Aunque esto no impide reconocer que la adquisición de algunos rudimentos de esta última disciplina por parte de los jueces sería altamente deseable con miras a elevar la calidad de la judicatura. Pensando en ello, precisamente, hemos buscado explicar en los capítulos I y II de este Manual

algunas de las nociones teóricas mínimas que un juez constitucional ha de manejar en su práctica justificativa.

Sin embargo, junto a ese conocimiento –por decir así– teórico puro, también es deseable que el juez cuente con *conocimiento aplicado*, es decir, con herramientas conceptuales y metodológicas ajustadas a los contextos particulares en los que opera la actividad judicial. A este Manual le interesan los contextos de decisión en materia constitucional, para los que propone un método argumentativo, una *arquitectónica de la argumentación constitucional*. Esta tiene como cimientos operativos a las nociones de **guía argumentativa**, **patrón argumentativo** y **guion argumentativo**.

Una *guía* es un *macro* modelo de argumentación referido a un árbol argumentativo único. Es *macro* porque se ubica en un plano de abstracción y generalidad superior al que correspondería a un modelo individualizado para un caso concreto, como sí lo es el *guion*. Toda *guía* se corresponde con un árbol argumentativo y sólo con uno. Entendemos por árbol al conjunto autónomo de *ramales argumentativos* vertebrados entre sí, entendiéndose por éstos los constructos conformados por un único *problema argumentativo típico*, una cuestión subordinada a éste y su respuesta, así como los argumentos para sostenerla.

Un problema tal no es otra cosa que un tipo de pregunta jurídico-argumentativa caracterizada por su centralidad. Es una pregunta *jurídico-argumentativa* porque demanda una solución basada en la aportación de razones jurídicas de la que depende la racionalidad de una decisión institucionalizada por el Derecho. Y es una pregunta *central* porque respecto de ella se plantea otras de carácter secundario, a la que llamaremos *cuestión argumentativa típica*: ésta deriva de un determinado problema, en el sentido de que la solución de éste depende de la respuesta que se dé a la primera. Esas cuestiones requerirán ser contestadas, a su vez, con base en una o varias razones, a las que llamaremos *argumentos*. Ahora bien, hemos dicho que tanto los problemas como las cuestiones son *típicas*; con esto se quiere decir que son clases de preguntas peculiares de un segmento más o menos reducido de la práctica judicial. Dicho de otro modo, son interrogantes que el operador jurídico debe plantearse siempre que enfrente una determinada clase de casuística. Este carácter típico de los problemas y cuestiones se transmite, naturalmente, al conjunto de la *guía* de que se trate, por lo que sus esquemas y *ramales argumentativos* serán también *típicos*.

En suma, una *guía argumentativa constitucional* es un modelo que orienta la construcción, análisis y evaluación de argumentaciones constitucionales, mediante un *árbol argumentativo* típico integrado en torno a uno o varios *ramales argumentativos*. Dicho modelo –la *guía*– se compone, a su vez, de uno o varios *esquemas argumentativos* referidos, cada uno de ellos, a un *ramal argumentativo típico*, conformado por un *problema*, una *cuestión* y su *respuesta*, y los *argumentos* esgrimidos para sostenerla. Todo lo cual se ilustra en el siguiente diagrama:

Guía argumentativa constitucional

*Árbol
argumentativo*

Esquema independiente

Problema independiente

Cuestión

← Argumentos

Respuesta a la
cuestión

Respuesta al problema



*Ramales
argumentativos*

Esquema dependiente

Problema independiente

Cuestión

← Argumentos

Respuesta a la
cuestión

Respuesta al problema



Una guía pretende modelizar la argumentación constitucional representándola como una red justificativa sistemática (hecha de árboles con sus respectivos ramales), en esta medida no se corresponde con la imagen de un diagrama de flujo: no constituye un protocolo o algoritmo encaminado a marcar un *íter* argumentativo estricto. Más bien, una guía es una especie de plano genérico para la construcción de *patrones* y *guiones*: si bien puede usarse para trazar autónomamente la ruta de la actividad argumentativa, su utilidad va más allá, pues –primordialmente– constituye un compendio sistemático de los criterios estructurantes de una buena argumentación constitucional. Una guía, en otras palabras, es un croquis prediseñado para orientar a los juristas en el análisis, evaluación y construcción de argumentaciones; aportando así a la práctica constitucional lineamientos que maximicen la racionalidad de las decisiones. No por ello, sin embargo, debe sobredimensionarse el potencial *orientativo* de una guía, pues como ya se dijo en la Introducción, no se trata de una simple horma a partir de la cual pueden reproducirse argumentaciones de manera mecánica, como si de llenar un formulario pre-impreso se tratase: una guía carece de la precisión, el detalle y la adaptación de los patrones y, muchísimo menos, de los guiones. En tal virtud, ellas no aseguran –no podrían hacerlo– *per se* la corrección de las decisiones jurídicas.

Los *patrones* son *meso* modelos de argumentación contextualizados, es decir, se ajustan al diseño institucional de un determinado proceso constitucional positivo, por ejemplo, el que cabría elaborar para el proceso de protección ordinaria vigente en Ecuador. Aunque los insumos para el diseño de patrones sean naturalmente las guías, éstas son de naturaleza teórica, mientras que aquellos –por estar referidas a una concreta práctica constitucional positiva– son de carácter dogmático. Por otro lado, mientras que una guía se corresponde con un árbol argumentativo y sólo con uno, un patrón usualmente se compondrán de más de uno, aunque siempre en número reducido, de ahí que –podríamos decir– ellos configuran un *boscaje argumentativo*. Bien puede afirmarse, en este sentido, que bajo el paradigma del “Derecho como argumentación”, los nuevos manuales de dogmática constitucional (la sustantiva y la procesal) deberían consistir esencialmente en el desarrollo de patrones argumentativos.

La confección de un patrón argumentativo va a consistir en un ejercicio de especificación por lo menos en dos sentidos: En el de que testeará la aplicabilidad de las guías generales al particular diseño institucional de referencia, operación que conducirá eventualmente a modulación e incluso a la inaplicabilidad de elementos (problemas, cuestiones, etc.) constitutivos de una determinada guía. Desde luego, sería un error inferir que debido a ello la guía queda desvirtuada, puesto que su pretensión es teórica y no dogmática, es decir, busca dar cuenta de la gramática de la argumentación constitucional con abstracción de las peculiaridades de cada sistema positivo, por decirlo de otro

modo, las guías trazan las posibilidades de configuración de estos últimos, y en modo alguno intentan reconstruirlos de manera directa. Elaborar un patrón argumentativo, por otro lado, es una tarea especificadora en el sentido de que implica tomar partido en torno a múltiples desacuerdos doctrinarios acerca de las instituciones positivas en estudio; por lo que respecto de un mismo objeto de reflexión dogmática tenderán a formularse varios patrones más o menos divergentes entre sí. Una guía, por el contrario, tiene el atributo de la versatilidad, por cuanto no se compromete con tesis doctrinarias particulares.

Hay, no obstante, una característica común a las guías y a los patrones: éstos como aquéllas no aseguran *per se* la corrección del resultado argumentativo, si bien, como es lógico, el empleo de buenos patrones argumentativos brindarán facilidades muy superiores al solo uso de las guías. No por ello, sin embargo, disponer de patrones es indispensable para la elaboración de guiones, esta labor puede alcanzarse exitosamente incluso si los únicos insumos con que se cuenta son las guías. A diferencia de éstas, entonces, los patrones son arquitectónicamente prescindibles, aunque altamente deseables.

Un *guion*, por su parte, entraña una *micro* teoría justificativa acerca del caso *sub examen*, es decir, una respuesta rigurosa y sistemáticamente hilvanada a la pregunta de cuál debe ser la respuesta a los problemas que el caso suscita. Construir un guion consiste en ensamblar varias argumentaciones. Si una guía es como un croquis prediseñado útil para el argumentador constitucional, el guion viene a ser el plano constructivo que el mismo argumentador dibuja en el proceso de diseño de su pieza jurídica (sentencia, demanda, alegato, informe, etc.). El operador jurídico, de esta forma, asume el rol de arquitecto fragmentario de la praxis catedralicia de la que Nino hablaba. Particularmente, la participación del juez en aquella empresa debe ser racionalizadora en grado superlativo, dado que sus decisiones arquitectónicas son determinantes en el desarrollo de la edificación. Por ello, la búsqueda del diseño correcto conforma el núcleo mismo de su rol profesional. Los guiones argumentativos que fabrique el juez constitucional, por consiguiente, deben ser micro teorías genuinamente comprometidas con el ideal de la coherencia, como criterio capital de la racionalidad jurídica y, por tanto, de la justicia. He aquí, de nuevo, el sentido en el que un juez puede y debe ser un filósofo: debe fundamentar, sin refutación posible, el paso de lo singular (el caso concreto *sub iudice*) a lo universal (la solución institucional y valorativamente correcta para esa *clase* de caso concreto). De allí que un guion sea único e irrepetible, pues se dirige a justificar una *decisión* singularmente aplicable a un determinado caso, pero al mismo tiempo deberá contener en su maquinaria, necesariamente, motores que directamente impulsen aquella decisión: las llamadas *ratio decidendi*, cuya vocación es la de ser aplicada a un universo indeterminado de casos futuros: su aplicabilidad no se restringe ya al caso concreto en el que fue acuñada, sino que se extiende a todos los casos de esa misma *clase*.

Un *guion* argumentativo constitucional, por versar sobre un caso determinado, requerirá para su confección de una o varias *guías*, puesto que un caso puede plantear una variedad de problemas que no pueden ser agrupados en un solo árbol argumentativo. A diferencia de las guías, entonces, los guiones no siempre contendrán un árbol, sino que frecuentemente albergarán –por así decir– un *bosque argumentativo*. Hay, sin embargo, una diferencia fundamental entre los árboles de las guías y los de los guiones. En estos últimos, ya no se trata de árboles *típicos* (como ocurre también con los pertenecientes a *patrones*) sino *individualizados*, pues ya no versan sobre clases de casos sino acerca de casos concretos; esto es válido también –naturalmente– para los ramales, preguntas, cuestiones, etc.

21. La guía general, GG: el árbol madre de la argumentación constitucional

La arquitectónica de la argumentación constitucional descansa, como antes se dijo, sobre tres conceptos capitales, los de guía, patrón y guion (aunque el segundo, como hemos visto, es operativamente prescindible). Ahora enunciaremos la tesis fundamental de dicha arquitectónica: la de que es posible formular una Guía General (en adelante, GG) para la argumentación constitucional, es decir, apta para orientar la construcción de cualquier guion argumentativo constitucional.

La estructura básica de GG está dada por tres esquemas:

- a) **Esquema Alfa ($E\alpha$) o de la *declaratoria de anticonstitucionalidad*.** Es el esquema *independiente* de la Guía, referido al problema *alfa* ($P\alpha$): ¿Debe declararse que el objeto bajo juzgamiento x es anticonstitucional? La respuesta depende, a su vez, de tres *cuestiones*, a saber:
 - i **Cuestión Alfa Uno ($C\alpha I$) o de la *prueba*:** ¿Está probada la existencia del objeto bajo juzgamiento x ?
 - ii **Cuestión Alfa Dos ($C\alpha II$) o de la *anticonstitucionalidad*:** ¿Está prohibido constitucionalmente x ?
 - iii **Cuestión Alfa Tres ($C\alpha III$) o de la *deferencia*:** ¿Está ordenado constitucionalmente declarar que x es anticonstitucional?
- b) **Esquema Beta ($E\beta$) o de la *remediación*.** Es un esquema *dependiente* de $E\alpha$ y *alternativo* respecto de $E\gamma$ (el esquema que se abordará en breve), pues únicamente se aplica si $P\alpha$ es respondido afirmativamente. Aquí se da

cuenta del problema *beta* ($P\beta$): ¿Qué medidas deben tomarse para cumplir el fin *F1* consistente en remediar los efectos de x dadas sus circunstancias Cx ? Las correspondientes cuestiones son las siguientes:

- i **Cuestión *Beta Uno* ($C\beta I$) o de la *remediación reglada*:** ¿Qué medidas de remediación están prescritas por reglas jurídicas?
 - ii **Cuestión *Beta Dos* ($C\beta II$) o de la *prueba de los efectos*:** ¿Qué estados de cosas son efectos de x dadas sus circunstancias Cx ?
 - iii **Cuestión *Beta Tres* ($C\beta III$) o de la *evaluación de los efectos*:** ¿Cuáles efectos de x son constitucionalmente relevantes?
 - iv **Cuestión *Beta Cuatro* ($C\beta IV$) o de la *eficacia*:** ¿Qué medidas son adecuadas para satisfacer *F1*?
 - v **Cuestión *Beta Cinco* ($C\beta V$) o de la *legitimidad*:** ¿Están prohibidos jurídicamente las medidas eficaces?
 - vi **Cuestión *Beta Seis* ($C\beta VI$) o de la *eficiencia*:** ¿Cuál de esas medidas no prohibidas es la óptima?
- c) **Esquema *Gama* ($E\gamma$) o de la *deferencia condicionada*.** También es un esquema de $E\alpha$, *alternativo* respecto de $E\beta$, pues sólo se aplica cuando $P\alpha$ es respondido negativamente porque, a su vez, tuvo una contestación negativa la cuestión $C\alpha III$ o de la *deferencia*. Se busca resolver el problema *gama* ($P\gamma$): ¿Qué medida es la más adecuada para cumplir el fin *F1* consistente en mitigar los efectos indeseables de no declarar, por deferencia, que x es anticonstitucional? Las correlativas cuestiones son las siguientes:
- i **Cuestión *Gama Uno* ($C\gamma I$) o de la *condicionalidad reglada*:** ¿Qué medidas están prescritas por reglas jurídicas para remediar la no declaratoria de la constitucionalidad de x , a pesar de que lo es?
 - ii **Cuestión *Gama Dos* ($C\gamma II$) o de la *prueba de los efectos*:** ¿Qué estado de cosas son efectos de no declarar, por deferencia, que x es anticonstitucional?
 - iii **Cuestión *Gama Tres* ($C\gamma III$) o de la *evaluación de los efectos*:** ¿Cuáles de los efectos examinados son constitucionalmente disvaliosos?
 - iv **Cuestión *Gama Cuatro* ($C\gamma IV$) o de la *eficacia*:** ¿Cuáles de esas medidas son adecuadas para satisfacer *F1*?
 - v **Cuestión *Gama Cinco* ($C\gamma V$) o de la *legitimidad*:** ¿Están prohibidas las medidas eficaces?
 - vi **Cuestión *Gama Seis* ($C\gamma VI$) o de la *eficiencia*:** ¿Cuál de las medidas eficaces y legítimas es la óptima?

Ahora bien, cada uno de los tres esquemas que integran el modelo ($E\alpha$, $E\beta$ y $E\gamma$) tiene cuatro componentes, a saber:

- a) **Pretensión.** Es el presupuesto de la argumentación jurisdiccional y su correspondiente decisión, del mismo modo que la demanda lo es de la sentencia (constituida ésta por la motivación y el fallo). Como se irá viendo, los elementos de la pretensión están correlacionados de manera más o menos paralela con los del “esquema de argumentación jurisdiccional” y con la “decisión”. Ellos son:
 - i) **Petitum.** Es lo que pide quien demanda, vale decir, el contenido del acto mediante el cual se ejercita la acción procesal. En la dogmática procesalista es frecuente denominarlo “pretensión”, sin embargo, aquí nos apartaremos de esa nomenclatura por razones sistemáticas.
 - ii) **Tesis (y subtesis).** Es la razón lógicamente inmediata en la que se sustenta el *Petitum*. Consiste en un juicio normativo particular. Normativo, porque indica lo que debe hacer el juez; y particular, porque se refiere estrictamente al caso concreto del que se trate. Es lo que, en la teoría de la argumentación, autores como Toulmin denominan “*claim*”, palabra inglesa que suele traducirse como “pretensión”, aunque no usaremos esta terminología en aras de la claridad y precisión expositivas.
 - iii) **Argumentos.** Por facilidad terminológica, se incluye también dentro de la pretensión los argumentos que sirven de razones para sostener la tesis (y subtesis) y, en último término, para fundamentar el *petitum*.

Una pretensión encierra un solo *petitum*, por consiguiente, una sola tesis (aunque puede haber varias subtesis) y obviamente, un número indeterminado de argumentos.

b) Ramal argumentativo judicial. A este componente de los esquemas de GG corresponde propiamente el croquis que ha de orientar la elaboración de guiones por parte de los jueces. Aquí se dibujará, entonces, los correspondientes ramales que integran el árbol, precisando los problemas y cuestiones a resolver, así como los modelos de razonamiento aplicables para lograrlo, según la naturaleza de los problemas y cuestiones (relativas a la prueba, la discrecionalidad, etc.), y el carácter del caso en examen (fácil o difícil).

c) Síntesis formal y ratio decidendi. Los ramales argumentativos que describen los esquemas de GG son susceptibles de ser reducidos a una formalización sintética expresada mediante una cadena de inferencias cuyo tramo culminante será siempre un silogismo jurídico, cuya premisa mayor

será la *ratio decidendi* del caso y la conclusión final, el soporte justificativo inmediato de la decisión. Dicha conclusión es la respuesta al problema propio del esquema argumentativo de que se trate.

d) Decisión. Es, normalmente, la respuesta del juez al *petitum*. Consiste en un acto procesal que está llamado a ser pragmáticamente coherente con la conclusión final de la argumentación típica de un determinado esquema argumentativo. Sin embargo, no hay una decisión típica única, sino que pueden distinguirse *perfiles de decisión*, que determinarán, a su vez, la existencia de *perfiles de Guía General*. Como se verá en su momento, los primeros son cinco, A, B, C, D y E, por lo que los segundos se identificarán, correspondientemente, como: GG-A, GG-B, GG-C, GG-D y GG-E.

Dicho todo esto, pasaremos ahora al detalle de los tres esquemas de GG.

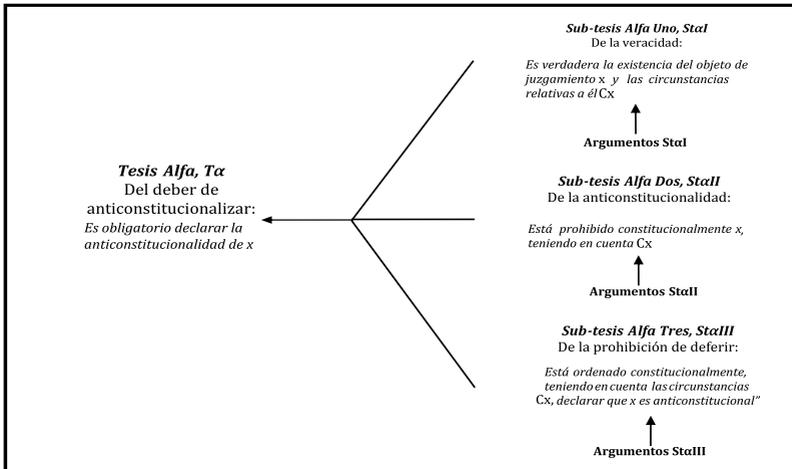
22. Esquema Alfa: de la declaratoria de anticonstitucionalidad

a) *Pretensión Alfa*

PÉTITUM ALFA

Petitum α : ¡Pido que se declare que x es anticonstitucional!

TESIS (Y SUBTESIS) ALFA



b) *Ramal argumentativo alfa*

PROBLEMA ALFA

P α : ¿Debe declararse que el objeto bajo juzgamiento x es anticonstitucional?

Su respuesta depende de cómo se resuelvan las tres cuestiones que pasamos a desarrollar:

CUESTIÓN ALFA UNO, DE LA PRUEBA DE LOS HECHOS

C α I: ¿Está probada la existencia del objeto bajo juzgamiento x y las circunstancias relativas a él C x ?

Al tratarse de un problema de prueba, esta cuestión alude a la *premisa fáctica* del silogismo jurídico que se expusiera en el Capítulo I; en otras palabras, versa sobre la *veracidad* de los *hechos* que la *pretensión* alega (específicamente la Sub-tesis *Alfa Uno*, St α I), y no sobre la *corrección* de una determinada *interpretación* del *Derecho*. Para nuestra GG, la cuestión de la prueba de los hechos versa sobre dos elementos fácticos: el hecho de la existencia de lo que va a ser objeto del juzgamiento, x ; y el hecho de la existencia de las circunstancias en que se ha producido x , C x . Ambos elementos son, pues, los *hechos centrales del caso*.

A la hora de resolver la cuestión de la prueba de los hechos, necesariamente entrará en juego un argumento acerca de la *carga de la prueba y su estándar*. Este dotará de un marco para el despliegue de los argumentos propiamente empíricos.

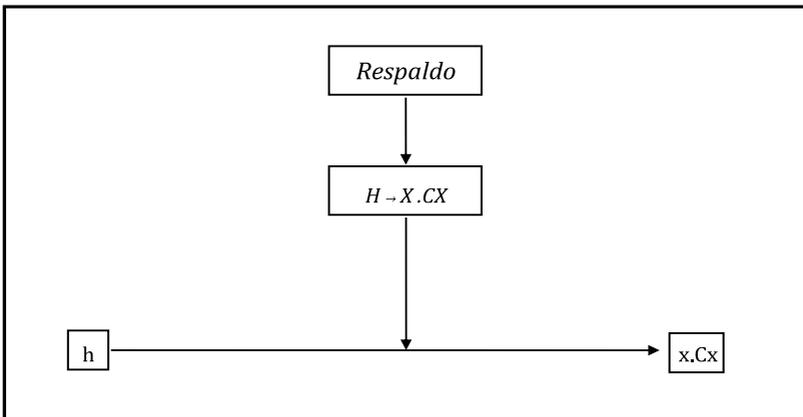
Por lo que respecta a estos últimos, en el citado Capítulo también se presentó la distinción entre casos fáciles y difíciles, según ellos requieran —respectivamente— sólo de justificación interna, o adicionalmente de justificación externa; y que la facilidad o dificultad podía predicarse tanto de la premisa normativa cuanto de la fáctica. Por lo que respecta a la premisa normativa, ya se ha dicho que en los casos *normativamente fáciles* ésta no precisa de fundamentación estrictamente hablando, por lo que su aplicación por vía de *subsunición* (justificación interna) basta para sustentar la decisión, mientras que en los casos *normativamente difíciles*, hay la necesidad de fundamentar la premisa normativa, por lo que además de aquello hace falta recurrir a ejercicios de *ponderación* para tal efecto. Pues bien, ¿qué sucede en lo que respecta a la premisa fáctica?

En un caso *fácticamente fácil*, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos se colige de manera necesaria e inmediata a partir de los medios de prueba disponibles en el proceso (la llamada prueba directa) y aplicando las

reglas sobre la carga de la prueba. Vale decir, basta con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos h se concluye que forzosamente han ocurrido los hechos centrales del caso, x y Cx debido a que contamos con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de h , que podemos identificar como H , indubitadamente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen x y Cx , a los que podemos nombrar como X y CX ; de manera que la mencionada premisa se expresaría así:

$$H \rightarrow X.CX$$

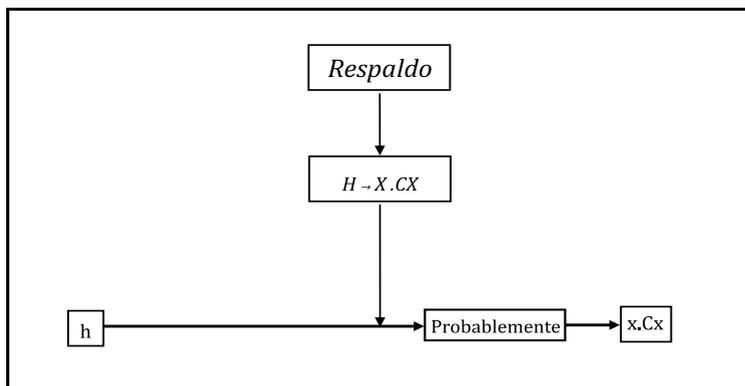
Hay, como se ve, un paso necesario e inmediato entre los hechos conocidos merced a los medios de prueba actuados en el proceso y la comprobación (prueba directa) de los hechos centrales del caso. Las creencias que el juez consigue acerca de éstos resultan, pues, indubitables. Esto podríamos graficarlo mediante el esquema siguiente, armónicamente con lo expuesto en el Capítulo II:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de h llega a establecer como probados x y Cx no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con un enunciado con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$H \rightarrow X.CX$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso fácticamente difícil, por consiguiente, dado un hecho conocido h , podemos colegir la existencia de x y Cx , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. Las inferencias probatorias así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna $C\alpha P$: la de si está respaldada racionalmente y en qué grado la citada regla de inferencia, $H \rightarrow X.CX$? cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a $C\alpha P$ deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, si finalmente se concluye que los hechos centrales del caso están probados a partir de los hechos aportados por los medios de prueba disponibles en el proceso y conforme a las reglas de la carga de la argumentación y su estándar, se proseguirá con la siguiente cuestión; en caso contrario, no hará falta seguir argumentado y sencillamente se adoptará la decisión correspondiente.

CUESTIÓN ALFA DOS, DE LA ANTICONSTITUCIONALIDAD

C α II: ¿Está prohibido constitucionalmente x , teniendo en cuenta Cx ?

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R1 según la cual, *Si se verifica el tipo de hecho CX, entonces está prohibido constitucionalmente X*, expresable como $\text{Ph}(X)$. Así,

R1: $CX \rightarrow \text{Ph}(X)$

En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente, de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien Cx , o bien $\neg Cx$ ³². Coligiéndose así, respectivamente, o bien que el objeto bajo juzgamiento está prohibido (y consiguientemente es anticonstitucional), o bien que no lo está (y por tanto no lo es): $\text{Ph}(X)$ o $\neg\text{Ph}(X)$.

Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R1 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión C α II va a depender de la cuestión subalterna C α II' de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P1/P2? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para sostener la preeminencia, ya de P1, ya de P2, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a) Cuál es el peso de P1.
- b) Cuál, el de P2.
- c) Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d) En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R1 es válida, entonces X será anticonstitucional y se proseguirá con la siguiente cuestión; en el supuesto

32 Para el lector no familiarizado con la notación lógica formal, el símbolo \neg significa “no”, por lo que expresa la negación del término subsiguiente.

contrario, ya no se requerirá seguir argumentado y, por ende, se adoptará la decisión correspondiente (véase abajo *perfil decisional A*).

CUESTIÓN ALFA TRES, DE LA DEFERENCIA

C α III: ¿Está ordenado constitucionalmente declarar que x es anticonstitucional?

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables al contexto de argumentación de que se trate. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R2 según la cual, *Si x está prohibida constitucionalmente, Ph(X), entonces, es constitucionalmente obligatorio declararlo, O_iPh(X)*³³. Así

R2: Ph(X) \rightarrow O_iPh(X)!

En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien Ph(x), o bien \neg Ph(x). Coligiéndose así, respectivamente, o bien que la declaratoria de inconstitucionalidad del objeto bajo juzgamiento es obligatoria, o bien que no lo es: O_iPh(X)! o \neg O_iPh(X)!.

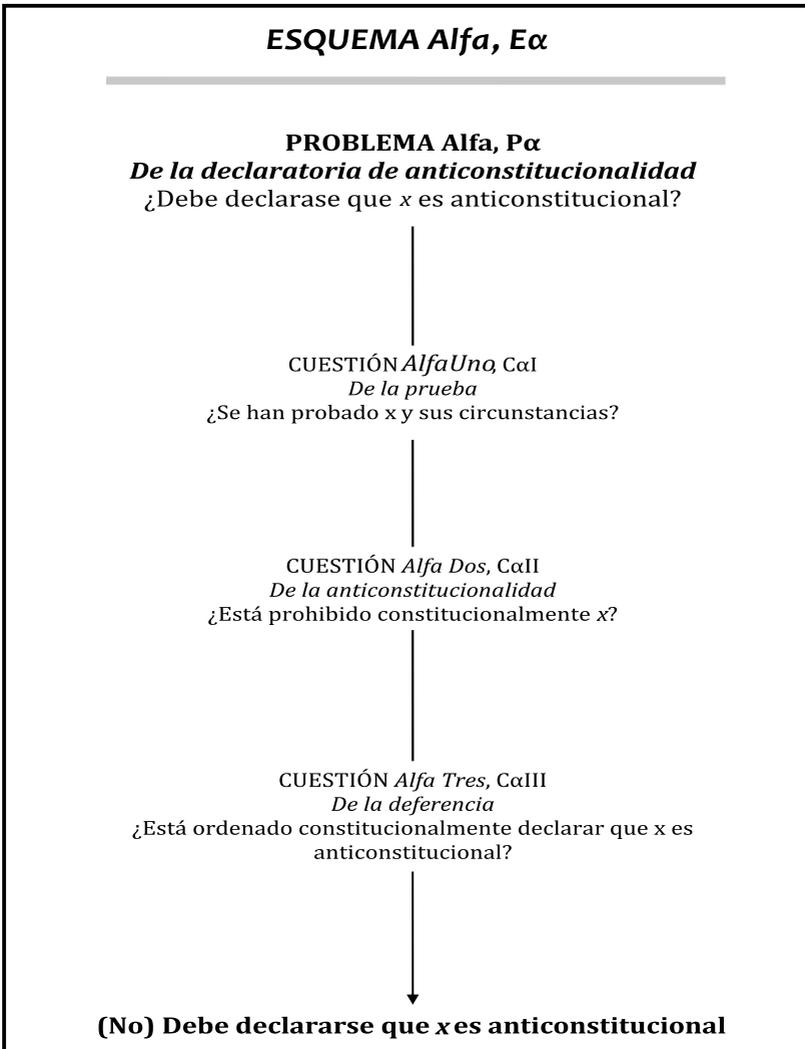
Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R2 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión C α III va a depender de la cuestión subalterna C α III' de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P3/P4? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para sostener la preeminencia, ya de P3, ya de P4, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a)Cuál es el peso de P3.
- b)Cuál, el de P4.
- c)Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d)En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

33 Los símbolos ¡ ! se usan aquí para significar que el término encerrado entre ellos debe ser objeto de una decisión: la de “declarar”, en este caso.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R2 es válida, se deberá declarar que X es anticonstitucional y se proseguirá con la siguiente cuestión; en el supuesto contrario, ya no se requerirá seguir argumentado y, por ende, se adoptará la decisión correspondiente.

GRAFICACIÓN DEL ESQUEMA ALFA



ESQUEMA Alfa, E α

PROBLEMA Alfa, P α
De la declaratoria de anticonstitucionalidad
¿Debe declararse que x es anticonstitucional?

CUESTIÓN Alfa Uno, C $\alpha 1$

De la prueba
¿Se han probado x y Cx?

h
H \rightarrow X.CX \rightarrow

*Reglas sobre la
carga de la prueba
y su estándar* \rightarrow

Caso fácil

\downarrow
Sí/No

ESQUEMA Alfa, $E\alpha$

PROBLEMA Alfa, $P\alpha$
De la declaratoria de anticonstitucionalidad
¿Debe declararse que x es anticonstitucional?

CUESTIÓN Alfa Uno, $Ca1$
De la prueba
¿Se han probado x y Cx ?

Subcuestión $Ca1'$
De la solidez de la inferencia
¿Es probable $H \rightarrow X.CX$ y en qué medida?

*Tales son las
razones a favor*

*Tales son las
razones en contra*

*Por qué las unas
priman sobre las
otras*



Caso difícil

Sí/No; en tal grado

$h \rightarrow$

*Reglas sobre la
carga de la prueba
y su estándar* \rightarrow

Sí/No

ESQUEMA Alfa, Eα

PROBLEMA Alfa, Pα
De la declaratoria de anticonstitucionalidad
¿Debe declararse que x es anticonstitucional?

CUESTIÓN Alfa Dos, CαII
De la anticonstitucionalidad
¿Está prohibido constitucionalmente x , teniendo en cuenta Cx ?

$R1: Cx \rightarrow Ph(X) \rightarrow$

↓
Sí/No

Caso fácil

ESQUEMA Alfa, E α

PROBLEMA Alfa, P α
De declaratoria de anticonstitucionalidad
¿Debe declararse que x es anticonstitucional?

CUESTIÓN Alfa Dos, C α II *De la anticonstitucionalidad*

¿Está prohibido constitucionalmente x, teniendo en cuenta Cx?

Subcuestión C α II'
De la ponderación
¿Está justificada R1: CX \rightarrow Ph(X); P1/P2?

*Cuál es el peso de
P1*

*Cuál es el peso de
P2*

*Por qué el uno
prima sobre el
otro*

*En caso de empate
cuál es la regla de
la carga de la
argumentación
aplicable*

Caso difícil

Sí/No

Sí/No

ESQUEMA Alfa, E α

PROBLEMA Alfa, P α
De la declaratoria de anticonstitucionalidad
¿Debe declararse que x es anticonstitucional?

CUESTIÓN Alfa Tres, C α III
De la deferencia
¿Está ordenado constitucionalmente declarar que x es anticonstitucional?

R2: Ph(X) \rightarrow O_iPh(X)! \rightarrow

Caso fácil

↓
Sí/No

ESQUEMA Alfa, E α

PROBLEMA Alfa, Pa
De la declaratoria de anticonstitucionalidad
¿Debe declararse que x es anticonstitucional?

CUESTIÓN Alfa Tres, CaIII
De la anticonstitucionalidad
¿Está ordenado constitucionalmente declarar que x es anticonstitucional?

Subcuestión CaIII'
De la ponderación
¿Está justificada R2: Ph(X) \rightarrow O; Ph(X)!: P3/P4?

Cuál es el peso de P3

Cuál es el peso de P4

Por qué las unas priman sobre las otras

En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación

Caso difícil

Sí/No

Sí/No

c) *Síntesis formal*

CADENA INFERENCIAL: CASOS ENTERAMENTE FÁCILES

$H \rightarrow X . CX$	Si se da un hecho de la clase H , entonces, han ocurrido los hechos de tipo X y CX
H	Ha ocurrido el hecho concreto h
$x.Cx$	Los hechos x y cx se han producido.
$CX \rightarrow Ph(X)$	Si se dan las circunstancias CX , entonces, está prohibido constitucionalmente X (Regla R1)
$Ph(x)$	Está prohibido constitucionalmente x
$Ph(X) \rightarrow O_iPh(X)!$	Si está prohibida constitucionalmente la clase de hecho X , entonces, está ordenado constitucionalmente declarar que X es anticonstitucional (Regla R2)
$O_iPh(x)!$	CONCLUSIÓN FINAL Está ordenado constitucionalmente declarar que x es anticonstitucional

CADENA INFERENCIAL: CASOS ENTERAMENTE DIFÍCILES

$\text{Prb}(H \rightarrow X . CX) / \neg \text{Prb}(H \rightarrow X . CX)$	La probabilidad de que dado un hecho de la clase H , entonces, hayan ocurrido los hechos de los tipos X y CX es relevantemente mayor que la improbabilidad de aquello.
<hr/> $H \rightarrow X . CX$	Si se da un hecho de la clase H , entonces, han ocurrido los hechos de tipo X y CX
<hr/> H	Ha ocurrido el hecho concreto h
$x . Cx$	Los hechos x y Cx se han producido.
$P1 \rightarrow (CX \rightarrow \text{Ph}(X)) CX$	El principio $P1$ justifica la regla $R1$ según la cual, si se da un hecho de la clase CX , entonces, está prohibido constitucionalmente X .
$P2 \rightarrow (CX \rightarrow \neg \text{Ph}(X)) CX$	El principio $P2$ justifica la regla $\neg R1$ según la cual, en las circunstancias CX , no está prohibido constitucionalmente X .
$(P1/P2) CX$	El principio $P1$ precede al principio $P2$ en las circunstancias CX .
<hr/> $CX \rightarrow \text{Ph}(X)$	Si se da un hecho de la clase CX , entonces, está prohibido constitucionalmente X .
<hr/> $\text{Ph}(x)$	Está prohibido constitucionalmente x
$P3 \rightarrow \text{Ph}(X) \rightarrow O_i \text{Ph}(X)!$	El principio $P3$ justifica la regla $R2$ según la cual, si está constitucionalmente prohibida la clase de hecho X , entonces, es obligatorio declarar que X está constitucionalmente prohibido.
$P4 \rightarrow \text{Ph}(X) \rightarrow \neg O_i \text{Ph}(X)!$	El principio $P4$ justifica la regla $R2$ según la cual, si está constitucionalmente prohibida la clase de hecho X , entonces, no es obligatorio declarar que X está constitucionalmente prohibido.
<hr/> $P3/P4$	El principio $P3$ precede al principio $P4$.
<hr/> $\text{Ph}(X) \rightarrow O_i \text{Ph}(X)!$	Si está prohibida constitucionalmente la clase de hecho X , entonces, está ordenado constitucionalmente declarar que X es anticonstitucional
<hr/> $O_i \text{Ph}(x)!$	CONCLUSIÓN FINAL Está ordenado constitucionalmente declarar que x es anticonstitucional

SILOGISMO JUDICIAL ALFA

$X.CX \rightarrow O_iPh(X)$	PREMISA MAYOR (normativa) Si han ocurrido los hechos de tipo X y CX , entonces está ordenado constitucionalmente declarar que X es anticonstitucional.
$x.Cx$	PREMISA MENOR (fáctica) Los hechos x y Cx se han producido.
$O_iPh(x)!$	CONCLUSIÓN FINAL Está ordenado constitucionalmente declarar que x es anticonstitucional

RESPUESTA AL PROBLEMA Y RATIO DECIDENDI ALFA

La respuesta al problema *Alfa* ($P\alpha$) sería: ***Debe declararse que x es anticonstitucional*** (o, bien, lo contrario). Y la correspondiente *ratio decidendi Alfa*.

$RD\alpha$: Si se produce la clase de objeto de juzgamiento X en las circunstancias CX , entonces, está ordenado constitucionalmente declarar que X es anticonstitucional, $X.CX \rightarrow O_iAC(X)!$ (O, bien, lo contrario).

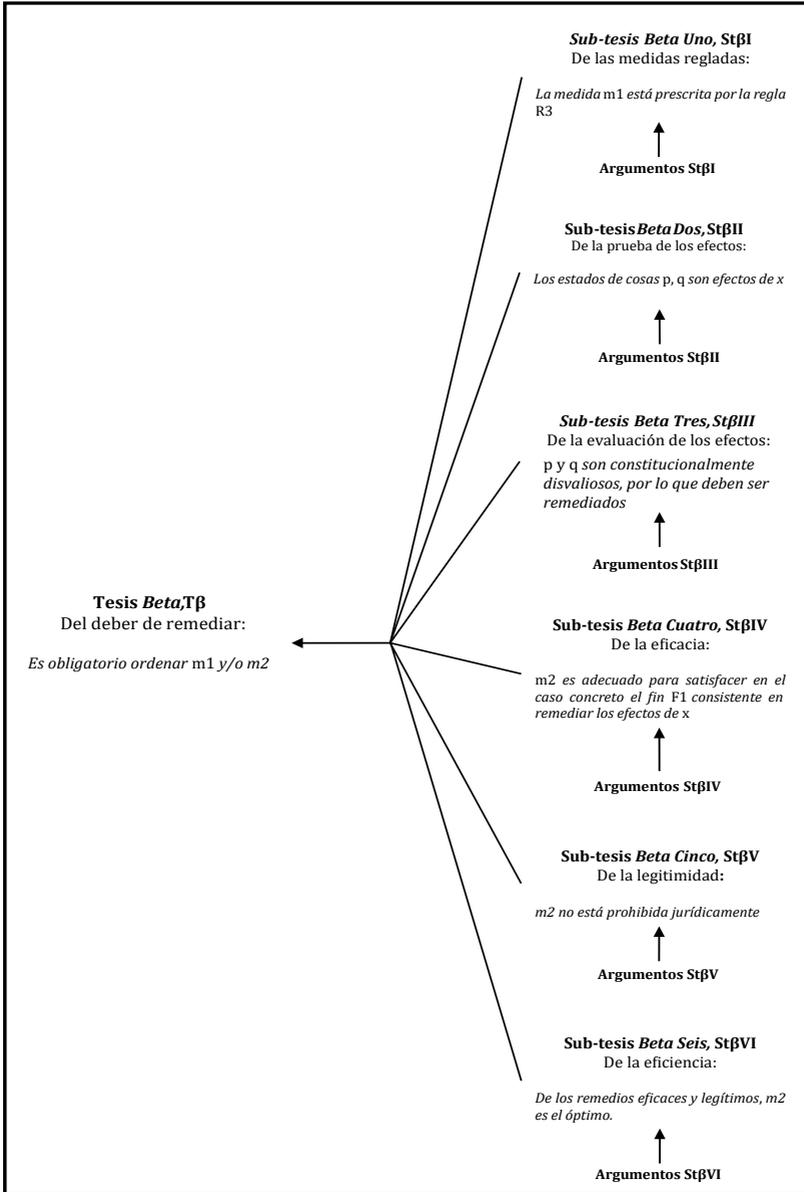
23. Esquema Beta: de la remediación

a) *Pretensión beta*

PETTUM BETA

Pretensión β : *¡Pido que se ordene la medida $m1$ y/o la $m2$ para remediar los efectos de x , los de su anticonstitucionalidad y los de la declaratoria de ésta!*

TESIS (Y SUBTESIS) BETA



b) *Ramal argumentativo Beta*

PROBLEMA BETA

Pβ: ¿Qué medida(s) debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: remediar los efectos de x?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las medidas de remediación pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad remediadora del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, la función remediadora de la jurisdicción podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la *adecuación*, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad remedial de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN BETA UNO, DE LA REMEDIACIÓN REGLADA

CβI: ¿Qué medidas de remediación están prescritas por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

R3: ¡AC(X)!.CX → O(M1)

Esto es, si un objeto de juzgamiento de la clase X se declara anticonstitucional en la clase de circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la medida tipo M1.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos ante *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R3.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el que se produzca una colisión entre los principios P5 y P6, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido, justificando respectivamente la validez o no de R3. Para sostener la preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del

primero por; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se han de observar las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión C β I, de la remediación reglada, interaccione con la cuestión C β V, de la legitimidad.

CUESTIÓN BETA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS EFECTOS

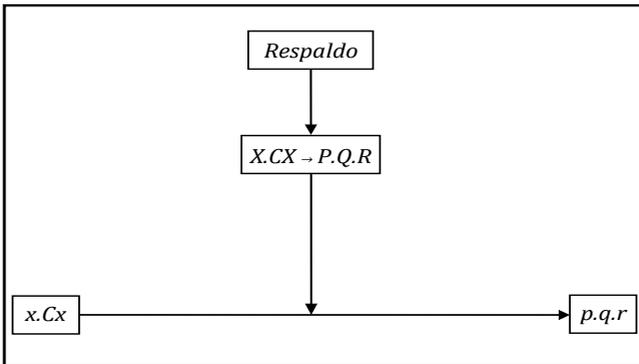
C β II: ¿Qué estados de cosas son efectos de x , dadas sus circunstancias Cx ?

Cuando la respuesta al problema de la remediación no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el ya procedimiento *adecuativo*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los efectos de x : de su anticonstitucionalidad y de la declaratoria de ésta. Esto plantea la cuestión de si al objeto bajo juzgamiento x , a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p, q, r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos x y Cx se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p, q, r , pues se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de x y Cx , que podemos identificar como X y CX , indubitablemente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p, q, r , a los que podemos nombrar como P, Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$X.CX \rightarrow P.Q.R$$

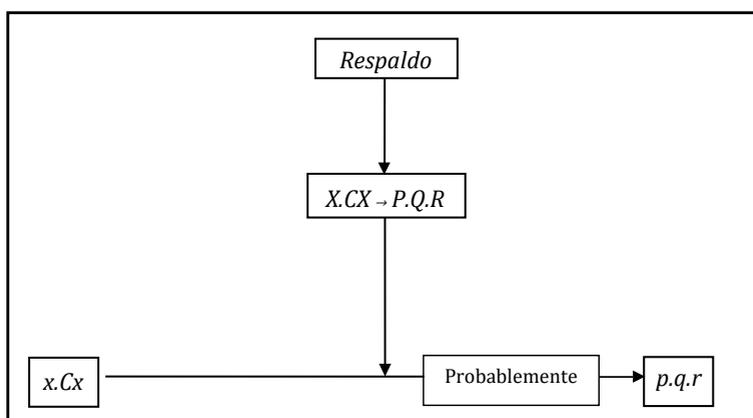
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de x y Cx llega a establecer como probados p , q , r no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$X.CX \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p , q , r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. Las inferencias así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna CβI: la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $X.CX \rightarrow P.Q.R$?: cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a CβI' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los efectos de x (su anticonstitucionalidad y la declaratoria de ésta), se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN BETA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS

CβIII: ¿Cuáles efectos de x son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen p , q , r (P , Q , R), causadas por la clase de objeto de juzgamiento en la que se inscribe x (X), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales. De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN BETA CUATRO, DE LA EFICACIA

CβIV: ¿Cuáles medidas son adecuadas para satisfacer el fin $F1$, remediar P , Q y R ?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado $F1$: la remediación de los estados de cosas correspondientes a las clases P , Q , R , cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, $M2$, $M3$, $M4$, Mn .

CUESTIÓN BETA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD

CβV: ¿Están prohibidas las medidas eficaces ya identificadas, $M2$, $M3$, $M4$, Mn ?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento de $F1$, se busca saber si la adopción de cada uno de los medios eficaces disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla $R4$.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios $P7$ y $P8$, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de $P7$, ya de $P8$, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél.

Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión C β I, de la remediación reglada, interaccione con la cuestión C β V, de la legitimidad.

CUESTIÓN BETA SEIS, DE LA EFICIENCIA

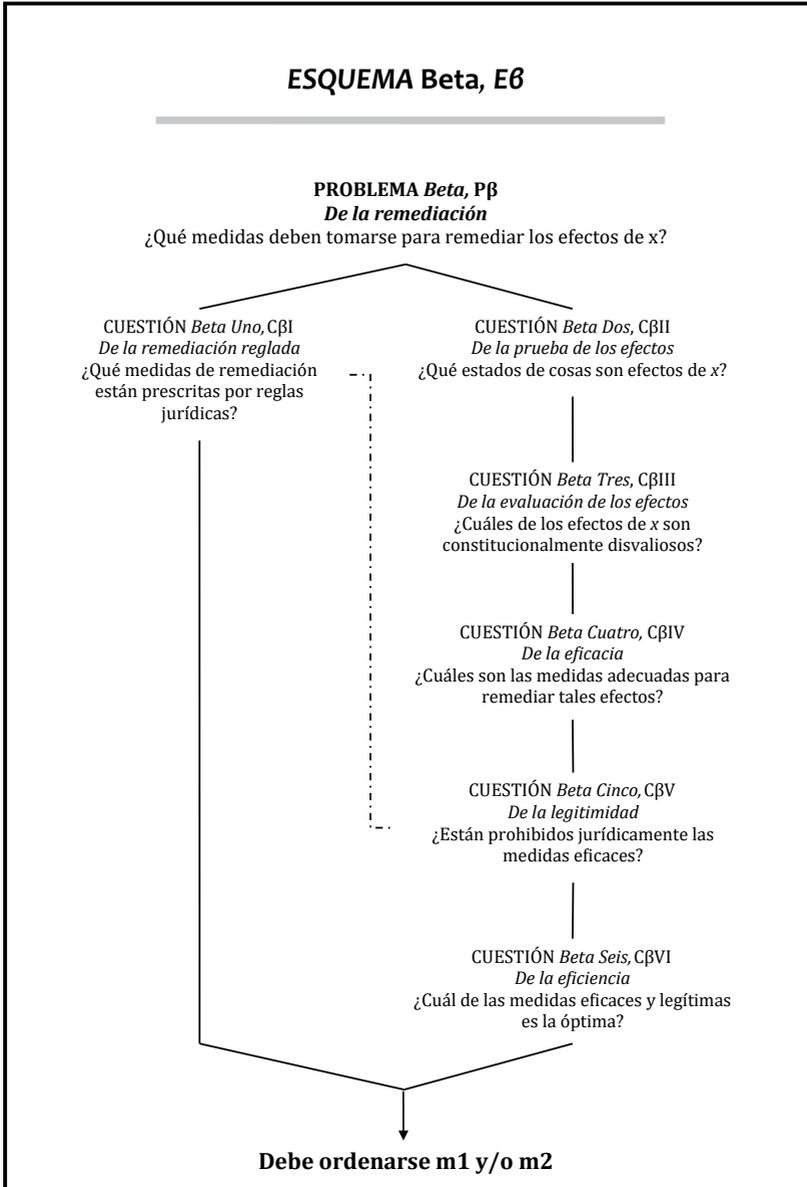
C β VI: ¿Cuál de esas medidas eficaces y legítimas es la óptima?

Nótese que antes se había identificado a $M2$, $M3$, $M4$ y Mn como clases de medidas eficaces para realizar $F1$, distinguiéndolos así de los ineficaces, es decir, de aquellos sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad*: una determinada medida o está o no está jurídicamente prohibida. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: una cierta medida puede ser más o menos eficiente que otra, aunque ambas sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo que la adopción que un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado en que la realización de un determinado fin se ve favorecida merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos —entre ellos el tiempo— que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $M2 > M3 > Mn$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto $m2$ es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar $F1$. Consiguientemente, la respuesta al problema *Beta* de la *remediación*, P β , incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, la medida $m2$ —lo que se expresaría como $O(m2)$ — para remediar los efectos de x (los de su anticonstitucionalidad y los de la declaratoria de ésta).

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad* (C β V) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

GRAFICACIÓN DEL ESQUEMA BETA



ESQUEMA Beta, E β

PROBLEMA Beta, P β

De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de x?

CUESTIÓN Beta Uno, C β I

De la remediación reglada

¿Qué medidas de remediación están prescritas por reglas jurídicas?

R3: ¡AC(X)! . CX \rightarrow O(M1) \rightarrow

Caso fácil

\downarrow
m1

ESQUEMA Beta, E6

PROBLEMA Beta, P β

De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de x?

CUESTIÓN Beta Uno, C β I

De la remediación reglada

¿Qué medidas de remediación están prescritas por reglas jurídicas?

Subcuestión C β V'

De la ponderación

¿Está justificada R3: ¡AC(X)!.CX \rightarrow O(M1)?

Cuál es el peso de P5

Cuál es el peso de P6

Por qué respectivamente,
los unos priman sobre
los otros

En caso de empate
cuál es la regla de
la carga de la
argumentación
aplicable

Caso difícil

Sí/No

m1/~m1

ESQUEMA Beta, E β

PROBLEMA *Beta*, P β

De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de x ?

CUESTIÓN *Beta Dos*, C β II

De la prueba de los efectos

¿Qué estados de cosas son efectos de x , dadas Cx ?

$X.CX \rightarrow P.Q.R \rightarrow$

*Reglas sobre la
carga de la prueba
y su estándar.* \rightarrow

Caso fácil

$p.q.r$

ESQUEMA Beta, E β

PROBLEMA Beta, P β

De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de x ?

CUESTIÓN Beta Dos, C β II

De la prueba de los efectos

¿Qué estados de cosas son efectos de x , dadas Cx ?

Subcuestión C β II'

De la solidez de la inferencia

¿Es probable $X.CX \rightarrow P.Q.R$ y en qué medida?

*Tales son las
razones a favor*

*Tales son las
razones en contra*

*Por qué las unas
priman sobre las
otras*



Si/No; en tal grado

Caso difícil

*Reglas sobre la
carga de la prueba
y su estándar*



p.q.r

ESQUEMA Beta, E6

PROBLEMA *Beta*, P β

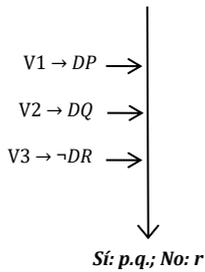
De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de *x*?

CUESTIÓN *Beta Tres*, C β III

De la evaluación de los efectos

¿Cuáles de los efectos de *x* son constitucionalmente disvaliosos?



ESQUEMA Beta, E β

PROBLEMA *Beta*, P β

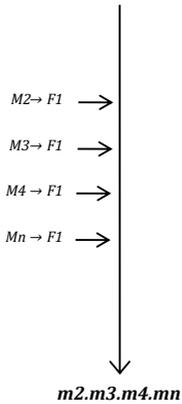
De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de x ?

CUESTIÓN *Beta Cuatro*, C β IV

De la eficacia

¿Cuáles son los medios adecuados para $F1$, remediar P y Q ?



ESQUEMA Beta, E β

PROBLEMA Beta, P β

De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de x?

CUESTIÓN Beta Cinco, C β V

De la legitimidad

¿Están prohibidas jurídicamente las medidas eficaces?

R4.1: \neg Ph(M2);
R4.2: \neg Ph(M3);
R4.3: Ph(M4);
R4.n: \neg Ph(Mn)



*Reglas sobre la
carga de la
argumentación*



*Caso
enteramente
fácil*



Sí: m4; y No: m2, m3, mn

ESQUEMA Beta, E6

PROBLEMA *Beta*, P β
De la remediación

¿Qué medidas deben tomarse para remediar los efectos de x?

CUESTIÓN *Beta Cinco*, C β V
De la legitimidad

¿Están prohibidas jurídicamente las medidas eficaces?

Subcuestión C β V'
De la ponderación

¿Están justificadas R4.1: Ph(M2); R4.2: Ph(M3); R4.3: Ph(M4); R4.n: Ph(Mn)?

Cuál es el peso de P7.1; P7.2;
P7.3; P7.n

Cuál es el peso de P8.1; P8.2;
P8.3; P8.n

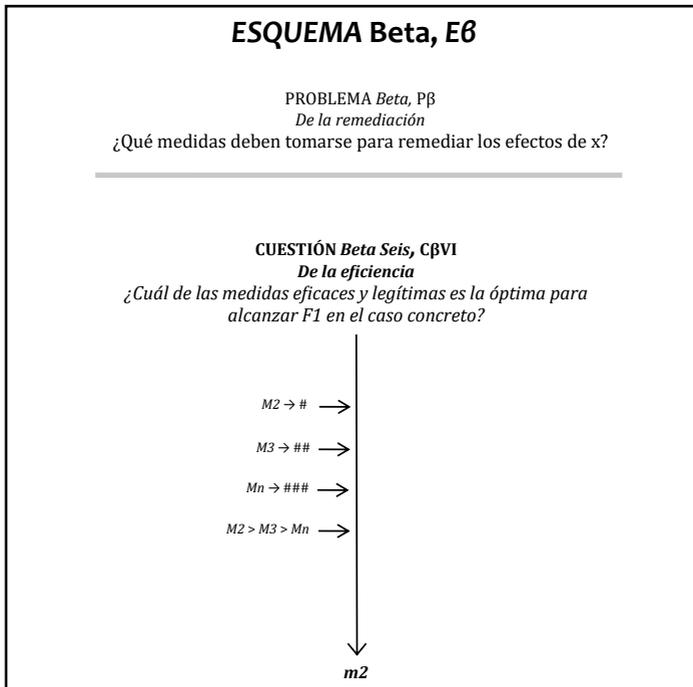
Por qué,
respectivamente,
los unos priman
sobre los otros

En casos de empate,
cuál es la regla de la
carga de la
argumentación
aplicable

Caso
enteramente
difícil

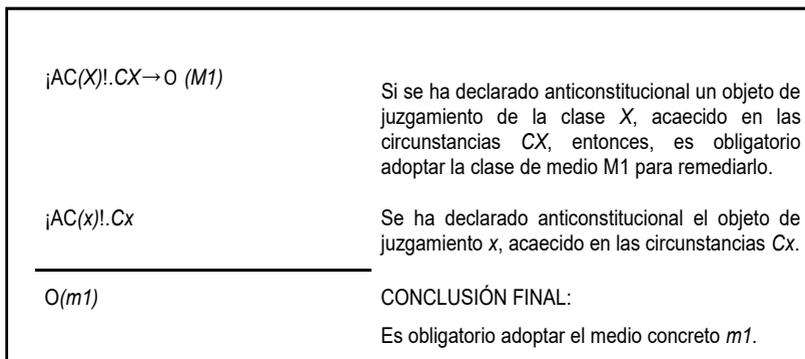
Sí: R4.3; y No: R4.1; R4.2; R4.n

Sí: m4; y No: m2, m3, mn



c) *Síntesis formal*

CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE REGLADOS FÁCILES



CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE REGLADOS DIFÍCILES

$P5 \rightarrow (\text{¡AC}(X)\text{!}.CX \rightarrow O(M1))$	<p>El principio P5 justifica la regla R3 según la cual, si se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, acaecido en las circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio M1 para remediarlo.</p>
$P6 \rightarrow (\text{¡AC}(X)\text{!}.CX \rightarrow \neg O(M1))$	<p>El principio P6 justifica la regla $\neg R3$ según la cual, si se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, acaecido en las circunstancias CX, entonces, no es obligatorio adoptar la clase de medio M1 para remediarlo.</p>
$(P5/P6) \text{ ¡AC}(X)\text{!}.CX$	<p>El principio P5 precede al principio P6 cuando se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X.</p>
<hr/> $\text{¡AC}(X)\text{!}.CX \rightarrow O(M1)$	<p>Si se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, acaecido en las circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio M1 para remediarlo.</p>
$\text{¡AC}(x)\text{!}.Cx$	<p>Se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento x, acaecido en las circunstancias Cx.</p>
<hr/> $O(m1)$	<p>CONCLUSIÓN FINAL: Es obligatorio adoptar el medio concreto m1.</p>

CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE DISCRECIONALES
ENTERAMENTE FÁCILES

$X.CX \rightarrow P.Q.R$	Si se dan hechos de las clases X y CX , entonces, han ocurrido, como efecto suyo, los hechos de tipo P , Q y R
$x.Cx$	Han ocurrido los hechos concretos x y Cx
$p.q.r$	Los hechos p , q y r se han producido como efecto de x y Cx .
$(V1 \rightarrow DP).(V2 \rightarrow DQ).(V3 \rightarrow \neg DR)$	Desde el punto de vista, respectivamente, de los valores constitucionales $V1$, $V2$ y $V3$, los hechos de la clase P y Q son constitucionalmente disvaliosos, pero R no lo es.
$Dp.Dq.\neg Dr$	Los hechos concretos p y q son disvaliosos; r , no lo es.
$F1 = rem(P.Q)$	La remediación de los efectos de las clases P y Q constituye un fin constitucionalmente debido, $F1$.
$(M \rightarrow F1) \rightarrow OpfM$	Si un medio tipo M es adecuado para el cumplimiento de $F1$, entonces, ese medio está <i>prima facie</i> ordenado.
$(M1 \rightarrow F1). (M2 \rightarrow F1). (M3 \rightarrow F1). (Mn \rightarrow F1)$	Los medios de las clases $M1$, $M2$, $M3$ y Mn son adecuados para la realización de $F1$.
$Opfm2. Opfm3. Opfm4.mn$	Los medios concretos $m1$, $m2$, $m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios.
$\neg Ph(M2). \neg Ph(M3). Ph(M4). \neg Ph(Mn)$	No están jurídicamente prohibidos los medios de las clases $M2$, $M3$ y Mn . Sí lo están los medios del tipo $M4$.
$Opf(m2). Opf(m3). Ph(m4). Opf(mn)$	Los medios concretos $m2$, $m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios. Y $m4$ está definitivamente prohibido.
$(M2 \rightarrow \#). (M3 \rightarrow \#\#). (Mn \rightarrow \#\#\#)$	Los grados de eficiencia de los medios de la clase $M2$, $M3$ y Mn son, respectivamente, $\#$, $\#\#$, $\#\#\#$.
$M2 > M3 > Mn$	El medio tipo $M2$ es el más eficiente.
$O(m2)$	CONCLUSIÓN FINAL Está ordenado definitivamente la adopción del medio concreto $m2$

CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE DISCRECIONALES
ENTERAMENTE DIFÍCILES

$Prb(X.CX \rightarrow P.Q.R) / \neg Prb(X.CX \rightarrow P.Q.R)$	La probabilidad de que dados los hechos de las clases X y CX , entonces, hayan ocurrido como efecto los hechos de los tipos P , Q y R es relevantemente mayor que la improbabilidad de aquello.
<hr/> $X.CX \rightarrow P.Q.R$	Si se dan hechos de las clases X y CX , entonces, han ocurrido, como efecto suyo, los hechos de tipo P , Q y R
$x.Cx$	Han ocurrido los hechos concretos x y Cx
<hr/> $p.q.r$	Los hechos p , q y r se han producido como efecto de x y Cx .
$(V1 \rightarrow DP).(V2 \rightarrow DQ).(V3 \rightarrow \neg DR)$	Desde el punto de vista, respectivamente, de los valores constitucionales $V1$, $V2$ y $V3$, los hechos de la clase P y Q son constitucionalmente disvaliosos, pero R no lo es.
<hr/> $Dp.Dq.\neg Dr$	Los hechos concretos p y q son disvaliosos; r , no lo es.
$F1 = rem(P.Q)$	La remediación de los efectos de las clases P y Q constituye un fin constitucionalmente debido.
$(M \rightarrow F1) \rightarrow OpfM$	Si un medio tipo M es adecuado para el cumplimiento de $F1$, entonces, ese medio está <i>prima facie</i> ordenado.
$(M2 \rightarrow F1). (M3 \rightarrow F1). (M4 \rightarrow F1). (Mn \rightarrow F1)$	Los medios de las clases $M2$, $M3$, $M4$ y Mn son adecuados para la realización de $F1$.
<hr/> $Optm2. Opfm3. Opfm4.mn$	Los medios concretos $m1$, $m2$, $m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios.
$P7.1 \rightarrow \neg Ph(M2) P7.2 \rightarrow \neg Ph(M3). P7.3 \rightarrow \neg Ph(M4). P7.n \rightarrow \neg Ph(Mn)$	Los principios $P7.1$, $P7.2$, $P7.3$ y $P7.n$ apoyan respectivamente la no prohibición de los medios de las clases $M2$, $M3$, $M4$ y Mn .
$P8.1 \rightarrow Ph(M2) P8.2 Ph(M3). P8.3 \rightarrow Ph(M4). P8.n \rightarrow Ph(Mn)$	Los principios $P8.1$, $P8.2$, $P8.3$ y $P8.n$ apoyan respectivamente la prohibición de los medios de las clases $M2$, $M3$, $M4$ y Mn .
$(P7.1/P8.1). (P7.2/P8.2). (P8.3/P7.3). (P7.n/P8.n)$	Los principios $P7.1$, $P7.2$ y $P7.n$ prevalecen, respectivamente, sobre $P8.1$, $P8.2$ y $P8.n$. Mientras que $P8.3$ lo hace sobre $P7.3$.
<hr/> $\neg Ph(M2). \neg Ph(M3). Ph(M4). \neg Ph(Mn)$	No están jurídicamente prohibidos los medios de las clases $M2$, $M3$ y Mn . Si lo están los medios del tipo $M4$.
<hr/> $Opt(m2). Opf(m3). Ph(m4). Opf(mn)$	Los medios concretos $m2$, $m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios. Y $m4$ está definitivamente prohibido.
$(M2 \rightarrow \#).(M3 \rightarrow \#\#).(Mn \rightarrow \#\#\#)$	Los grados de eficiencia de los medios de la clase $M2$, $M3$ y Mn son, respectivamente, $\#$, $\#\#$, $\#\#\#$.
$M2 > M3 > Mn$	El medio tipo $M2$ es el más eficiente.
<hr/> $O(m2)$	CONCLUSIÓN FINAL Está ordenado definitivamente la adopción del medio concreto $m2$

SILOGISMO JUDICIAL BETA

$\neg AC(X) \wedge CX \rightarrow O(M1, M2)$	<p>PREMISA MAYOR (normativa)</p> <p>Si se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, acaecido en las circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio $M1$ (reglado) y/o $M2$ (discrecional) para remediarlo.</p>
$\neg AC(x) \wedge Cx$	<p>PREMISA MENOR (fáctica)</p> <p>Se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento x, acaecido en las circunstancias Cx.</p>
<hr/> $O(m1, m2)$	<p>CONCLUSIÓN FINAL</p> <p>Es obligatorio adoptar el medio concreto $m1$ (reglado) y/o $m2$ (discrecional).</p>

RESPUESTA AL PROBLEMA Y RATIO DECIDENDI BETA

La respuesta al problema *Beta* ($P\beta$) sería: ***Debe ordenarse la medida $m1$ y/o $m2$ para remediar los efectos de x .*** Y la correspondiente *ratio decidendi* *Beta*:

RD β : Si se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X , acaecido en circunstancias CX , entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio $M1$ (reglado) y/o $M2$ (discrecional) para remediarlo, $\neg AC(X) \wedge CX \rightarrow O(M1, M2)$.

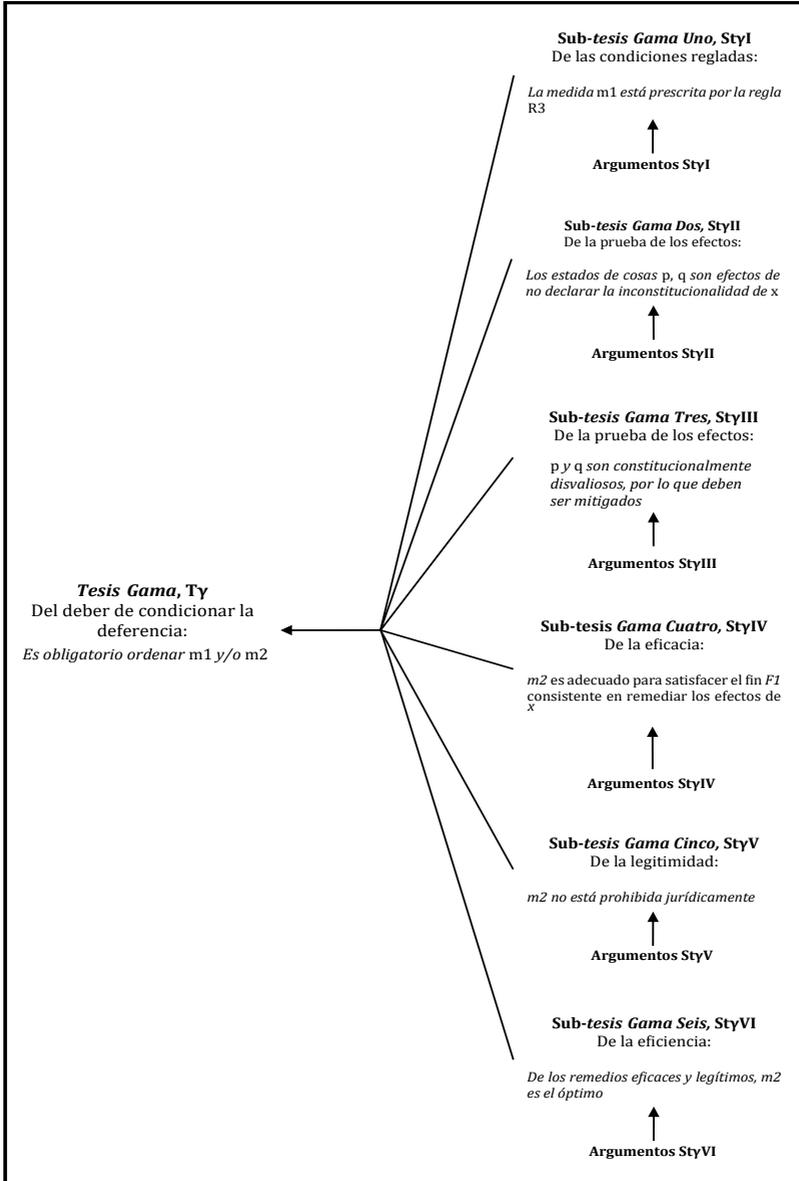
24. Esquema Gama: de la deferencia condicionada

a) *Pretensión Gama*

PETTUM GAMA

P γ : *¡Pido que se ordene la medida $m1$ y/o la $m2$ para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x !*

TESIS (Y SUBTESIS) GAMA



b) *Ramal argumentativo Gama*

PROBLEMA CENTRAL

Pγ: ¿Qué medida(s) debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: mitigar los efectos de no declarar la anticonstitucionalidad de x , y así condicionar la deferencia?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las condiciones a la deferencia pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, esta función condicionante de la jurisdicción podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la adecuación, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad mitigadora de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN GAMA UNO, DE LA CONDICIONALIDAD REGLADA

CγI: ¿Qué condiciones a la deferencia están prescritas por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

$$R3: \neg_1 AC(X)! . AC(X) . CX \rightarrow O(M1)$$

Esto es, si un objeto de juzgamiento de la clase X no se declara anticonstitucional a pesar de serlo, en la clase de circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la medida tipo M1.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R3.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el que se produzca una colisión entre los principios P5 y P6, de manera que según

sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido, justificando respectivamente la validez o no de R3. Para sostener la preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión CyI, de la remediación reglada, interaccione con la cuestión CyV, de la legitimidad.

CUESTIÓN GAMA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS EFECTOS

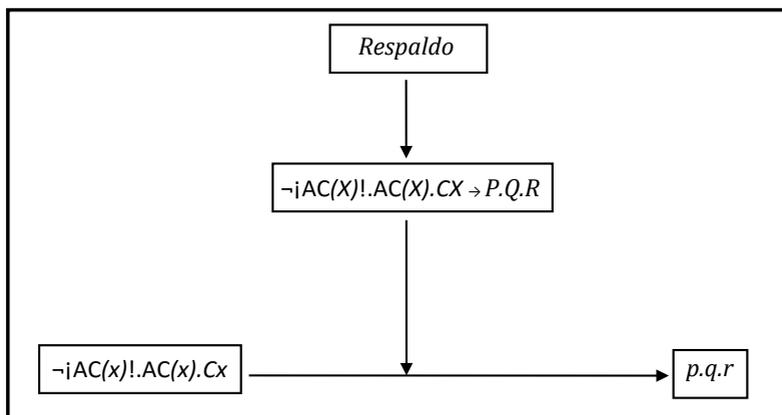
CyII: ¿Qué estados de cosas son efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x , dadas sus circunstancias Cx ?

Cuando la respuesta al problema de la deferencia condicionada no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el ya advertido procedimiento de *adecuación*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los efectos de la no declaratoria de anticonstitucionalidad de x . Esto plantea la cuestión de si a esa omisión, a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p , q , r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de la no declaratoria de anticonstitucionalidad de x , pero de la consideración –por parte del mismo juez– de que x es anticonstitucional y en las circunstancias Cx , se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p , q , r , debido a que se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre una omisión de tal clase, que podemos identificar como $\neg_1 AC(X)!.AC(X).CX$, indubitadamente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p , q , r , a los que podemos nombrar como P , Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$\neg_1 AC(X)!.AC(X).CX \rightarrow P.Q.R$$

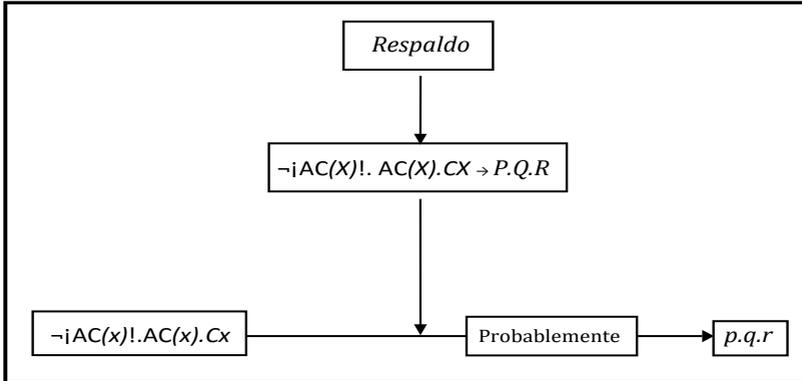
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de los hechos $\neg_1 AC(x)$, $AC(x)$, y Cx llega a establecer como probados p , q , r no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$\neg_1 AC(X)!. AC(X).CX \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p, q, r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La presunciones judiciales así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna CβI: la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $\neg ¡AC(X)!.AC(X).CX \rightarrow P.Q.R?$: cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a CβI' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los efectos de la no declaratoria de anticonstitucionalidad de x , se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN GAMA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS

CγIII: ¿Cuáles efectos de la no declaratoria de anticonstitucionalidad de x son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen p , q , r (P , Q , R), causadas por la no declaratoria de la inconstitucionalidad de la clase a la que pertenece x (X), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales.

De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN GAMA CUATRO, DE LA EFICACIA

C γ IV: ¿Cuáles medidas son adecuadas para satisfacer el fin $F1$, mitigar P y Q ?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado $F1$: la mitigación de los estados de cosas correspondientes a las clases P , Q , R , cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, $M2$, $M3$, $M4$, Mn .

CUESTIÓN GAMA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD

C γ V: ¿Están prohibidas las medidas eficaces ya identificadas, $M2$, $M3$, $M4$, Mn ?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento del $F1$, se busca saber si la adopción de cada uno de los medios eficaces disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla $R4$.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios $P7$ y $P8$, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de $P7$, ya de $P8$, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión $C\gamma I$, de la remediación reglada, interaccione con la cuestión $C\gamma V$, de la legitimidad.

CUESTIÓN GAMA SEIS, DE LA EFICIENCIA

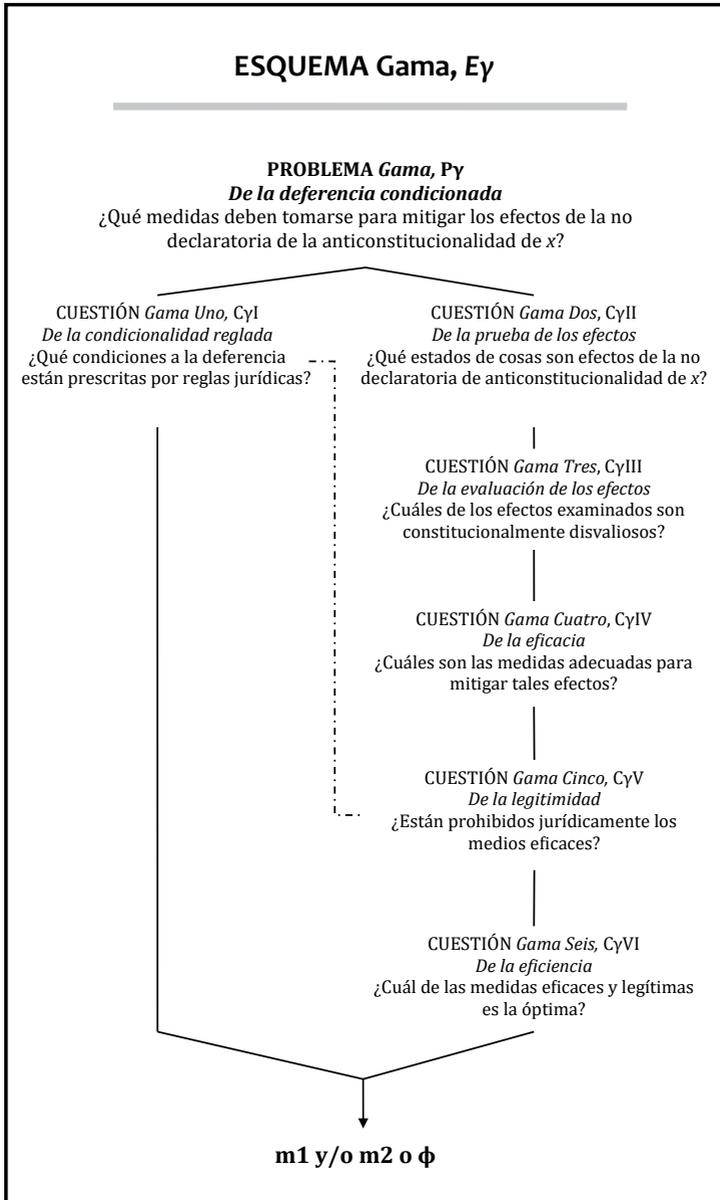
CyVI: ¿Cuál de esas medidas eficaces y legítimas es la óptima?

Nótese que antes se había identificado a $M2$, $M3$, $M4$ y Mn como clases de medidas eficaces para realizar $F1$, distinguiéndolos así de los ineficaces, es decir, de aquellos sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad*: una determinada medida o está o no está jurídicamente prohibida. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: una cierta medida puede ser más o menos eficiente que otra, aunque ambas sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo que la adopción que un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado en que la realización de un determinado fin se ve favorecida merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos —entre ellos el tiempo— que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $M2 > M3 > Mn$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto $m2$ es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar $F1$. Consiguientemente, la respuesta al problema *Gama* de la *deferencia condicionada*, $P\gamma$, incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, la medida $m2$ —lo que se expresaría como $O(m2)$ — para mitigar los efectos de la no declaratoria de anticonstitucionalidad de x . Podría, sin embargo, concluirse que no está justificada la adopción de ninguna medida

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad* (CyV) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

GRAFICACIÓN DEL ESQUEMA GAMA



ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA *Gama*, Py

De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN *Gama Uno*, Cy1

De la condicionalidad reglada

¿Qué condiciones a la deferencia están prescritas por reglas jurídicas?

R3: $\neg iAC(X) \wedge AC(X).CX \rightarrow O(M1) \rightarrow$

Caso fácil

m1

ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA Gama, Py

De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN Gama Uno, CyI

De la condicionalidad reglada

¿Qué medidas de remediación están prescritas por reglas jurídicas?

Subcuestión CyV'
De la ponderación

¿Está justificada R3: $\neg \{AC(X)\}!$. $AC(X).CX \rightarrow O(M1)?$

Cuál es el peso de P5

Cuál es el peso de P6

Por qué,
respectivamente, los
unos priman sobre
los otros

En casos de empate,
cuál es la regla de la
carga de la
argumentación
aplicable

Caso difícil

Sí/No

$m1/\sim m1$

ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA *Gama, P γ*

De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN *Gama Dos, C γ II*

De la prueba de los efectos

¿Qué estados de cosas son efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x, dadas sus circunstancias Cx?

$\neg AC(X) \wedge AC(X).CX \rightarrow P.Q.R \rightarrow$

*Reglas sobre la
carga de la prueba
y su estándar* \rightarrow

Caso fácil

\downarrow
p.q.r

ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA *Gama, Py*

De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN *Gama Dos, CyII*

De la prueba de los efectos

¿Qué estados de cosas son efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x, dadas sus circunstancias Cx?

Subcuestión *CyII'*

De la solidez de la inferencia

¿Es probable $\neg AC(X)!$. $AC(X).CX \rightarrow P.Q.R$ y en qué medida?

Tales son las razones a favor

Tales son las razones en contra

Por qué las unas priman sobre las otras



Sí/No; en tal grado

Caso difícil

Reglas sobre la carga de la prueba y su estándar



p.q.r

ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA *Gama*, Py

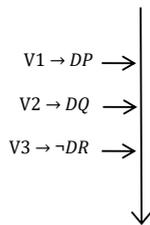
De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN *Gama Tres*, CyIII

De la evaluación de los efectos

¿Cuáles de los efectos examinados son constitucionalmente disvaliosos?



Sí: p,q; No: r

ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA *Gama, P γ*

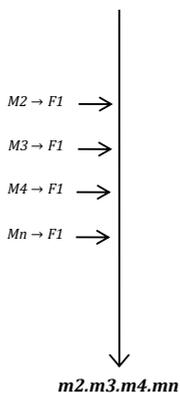
De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN *Gama Cuatro, CyIV*

De la eficacia

¿Cuáles son los medios adecuados para *F1*, mitigar *P* y *Q*?



ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA *Gama, Py*

De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN *Gama Cinco, CyV*

De la legitimidad

¿Están prohibidas jurídicamente las medidas eficaces, *M2, M3, 4*,

R4.1: ¬Ph(M2);

R4.2: ¬Ph(M3);

R4.3: Ph(M4);

R4.n: ¬Ph(Mn)



*Reglas sobre la
carga de la
argumentación*



*Caso
enteramente
fácil*

Sí: m4; y No: m2, m3, mn

ESQUEMA Gama, E_γ

PROBLEMA Gama, P_γ
De la deferencia condicionada
¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN Gama Cinco, C_{γV} *De la legitimidad*

¿Están prohibidos jurídicamente las medidas eficaces, M₂, M₃, M₄, M_n?

Subcuestión C_{γV'}
De la ponderación

¿Están justificadas R4.1: Ph(M₂); R4.2: Ph(M₃); R4.3: Ph(M₄); R4.n: Ph(M_n)?

*Cuál es el peso de P7.1; P7.2;
P7.3; P7.n*

*Cuál es el peso de P8.1; P8.2;
P8.3; P8.n*

*Po qué,
respectivamente,
los unos priman
sobre los otros*

*En casos de empate,
cuál es la regla de la
carga de la
argumentación
aplicable*

**Caso
enteramente
difícil**

Sí: R4.3; y No: R4.1; R4.2; R4.n

Sí: m₄; y No: m₂, m₃, m_n

ESQUEMA Gama, Ey

PROBLEMA Gama, Py

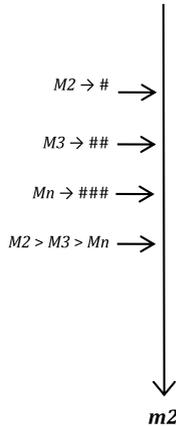
De la deferencia condicionada

¿Qué medidas deben tomarse para mitigar los efectos de la no declaratoria de la anticonstitucionalidad de x?

CUESTIÓN Gama Seis, CyVI

De la eficiencia

¿Cuál de las medidas eficaces y legítimas es la óptima para alcanzar F1 en el caso concreto?



C) *Síntesis formal*

CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE REGLADOS FÁCILES

$\neg_1 AC(X)!.AC(X).CX \rightarrow O(M1)$	Si no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, a pesar de que lo es, acaecido en las circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio M1 para mitigar los efectos de aquello.
$\neg_1 AC(x)!.AC(x).Cx$	No se ha declarado anticonstitucional el objeto de juzgamiento x, a pesar de que lo es, acaecido en las circunstancias Cx.

O(m1)	CONCLUSIÓN FINAL: Es obligatorio adoptar el medio concreto m1.

CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE REGLADOS DIFÍCILES

$P5 \rightarrow (\neg_1 AC(X)!.AC(X).CX \rightarrow O(M1))$	El principio P5 justifica la regla R3 según la cual, si no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, a pesar de que lo es, acaecido en las circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio M1 para mitigar los efectos de aquello.
$P6 \rightarrow (\neg_1 AC(X)!.AC(X).CX \rightarrow \neg O(M1))$	El principio P6 justifica la regla $\neg R3$ según la cual, si no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, a pesar de que lo es, acaecido en las circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio M1 para mitigar los efectos de aquello.
(P5/P6) $\neg_1 AC(X)!.AC(X).CX$	El principio P5 precede al principio P6 cuando no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, a pesar de que lo es, acaecido en las circunstancias CX.

$\neg_1 AC(X)!.AC(X).CX \rightarrow O(M1)$	Si no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, a pesar de que lo es, acaecido en las circunstancias CX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio M1 para mitigar los efectos de aquello.
$\neg_1 AC(x)!.AC(x).Cx$	No se ha declarado anticonstitucional el objeto de juzgamiento x, a pesar de que lo es, acaecido en las circunstancias Cx.

O(m1)	CONCLUSIÓN FINAL: Es obligatorio adoptar el medio concreto m1.

CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE DISCRECIONALES
ENTERAMENTE FÁCILES

$\neg_j AC(X)!. AC(X).CX \rightarrow P.Q.R$	Si se dan hechos de las clases $\neg_j AC(X)!, AC(X)$ y CX , entonces, han ocurrido, como efecto suyo, los hechos de tipo P, Q y R
$\neg_j AC(x)!. AC(x).Cx$	Han ocurrido los hechos concretos $\neg_j AC(x), AC(x)$ y Cx
$p.q.r$	Los hechos p, q y r se han producido como efecto de $\neg_j AC(x)!, AC(x)$ y Cx .
$(V1 \rightarrow DP).(V2 \rightarrow DQ).(V3 \rightarrow \neg DR)$	Desde el punto de vista, respectivamente, de los valores constitucionales $V1, V2$ y $V3$, los hechos de la clase P y Q son constitucionalmente disvaliosos, pero R no lo es.
$Dp.Dq.\neg Dr$	Los hechos concretos p y q son disvaliosos; r , no lo es.
$F1 = mit(P.Q)$	La mitigación de los efectos de las clases P y Q constituye un fin constitucionalmente debido, $F1$
$(M \rightarrow F1) \rightarrow OpfM$	Si un medio tipo M es adecuado para el cumplimiento de $F1$, entonces, ese medio está <i>prima facie</i> ordenado.
$(M1 \rightarrow F1). (M2 \rightarrow F1). (M3 \rightarrow F1). (Mn \rightarrow F1)$	Los medios de las clases $M1, M2, M3$ y Mn son adecuados para la realización de $F1$.
$Opfm2. Opfm3. Opfm4.mn$	Los medios concretos $m1, m2, m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios.
$\neg Ph(M2). \neg Ph(M3). Ph(M4). \neg Ph(Mn)$	No están jurídicamente prohibidos los medios de las clases $M2, M3$ y Mn . Sí lo están los medios del tipo $M4$.
$Opf(m2). Opf(m3). Ph(m4). Opf(mn)$	Los medios concretos $m2, m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios. Y $m4$ está definitivamente prohibido.
$(M2 \rightarrow \#).(M3 \rightarrow \#\#).(Mn \rightarrow \#\#\#)$	Los grados de eficiencia de los medios de la clase $M2, M3$ y Mn son, respectivamente, $\#, \#\#, \#\#\#$.
$M2 > M3 > Mn$	El medio tipo $M2$ es el más eficiente.
$O(m2)$	CONCLUSIÓN FINAL Está ordenada definitivamente la adopción del medio concreto $m2$

CADENA INFERENCIAL: CASOS PURAMENTE DISCRECIONALES
ENTERAMENTE DIFÍCILES

$\text{Prb}(\neg_j AC(X)! AC(X), CX \rightarrow P, Q, R) /$ $\neg \text{Prb}(\neg_j AC(X)! AC(X), CX \rightarrow P, Q, R)$	<p>La probabilidad de que dados los hechos de las clases $\neg_j AC(X)!$, $AC(X)$ y CX, entonces, hayan ocurrido como efecto los hechos de los tipos P, Q y R es relevantemente mayor que la improbabilidad de aquello.</p>
$\neg_j AC(X)! AC(X), CX \rightarrow P, Q, R$	<p>Si se dan hechos de las clases $\neg_j AC(X)!$, $AC(X)$ y CX, entonces, han ocurrido, como efecto suyo, los hechos de tipo P, Q y R</p>
$\neg_j AC(x)! AC(x), Cx$	<p>Han ocurrido los hechos concretos $\neg_j AC(x)!$, $AC(x)$ y Cx</p>
p, q, r $(V1 \rightarrow DP), (V2 \rightarrow DQ), (V3 \rightarrow \neg DR)$	<p>Los hechos p, q y r se han producido como efecto de $\neg_j AC(x)!$, $AC(x)$ y Cx</p> <p>Desde el punto de vista, respectivamente, de los valores constitucionales $V1$, $V2$ y $V3$, los hechos de la clase P y Q son constitucionalmente disvaliosos, pero R no lo es.</p>
$Dp, Dq, \neg Dr$	<p>Los hechos concretos p y q son disvaliosos; r, no lo es.</p>
$F1 = \text{rem}(P, Q)$	<p>La remediación de los efectos de las clases P y Q constituye un fin constitucionalmente debido.</p>
$(M \rightarrow F1) \rightarrow \text{Opf}M$	<p>Si un medio tipo M es adecuado para el cumplimiento de $F1$, entonces, ese medio está <i>prima facie</i> ordenado.</p>
$(M2 \rightarrow F1), (M3 \rightarrow F1), (M4 \rightarrow F1),$ $(Mn \rightarrow F1)$	<p>Los medios de las clases $M2$, $M3$, $M4$ y Mn son adecuados para la realización de $F1$.</p>
$\text{Opf}m2, \text{Opf}m3, \text{Opf}m4, mn$	<p>Los medios concretos $m1$, $m2$, $m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios.</p>
$P7.1 \rightarrow \neg \text{Ph}(M2) P7.2 \neg \text{Ph}(M3),$ $P7.3 \rightarrow \neg \text{Ph}(M4), P7.n \rightarrow \neg \text{Ph}(Mn)$	<p>Los principios $P7.1$, $P7.2$, $P7.3$ y $P7.n$ apoyan respectivamente la no prohibición de los medios de las clases $M2$, $M3$, $M4$ y Mn.</p>
$P8.1 \rightarrow \text{Ph}(M2) P8.2 \text{Ph}(M3),$ $P8.3 \rightarrow \text{Ph}(M4), P8.n \rightarrow \text{Ph}(Mn)$	<p>Los principios $P8.1$, $P8.2$, $P8.3$ y $P8.n$ apoyan respectivamente la prohibición de los medios de las clases $M2$, $M3$, $M4$ y Mn.</p>
$(P7.1/P8.1), (P7.2/P8.2),$ $(P8.3/P7.3), (P7.n/P8.n)$	<p>Los principios $P7.1$, $P7.2$ y $P7.n$ prevalecen, respectivamente, sobre $P8.1$, $P8.2$ y $P8.n$. Mientras que $P8.3$ lo hace sobre $P7.3$.</p>
$\neg \text{Ph}(M2), \neg \text{Ph}(M3), \text{Ph}(M4), \neg \text{Ph}(Mn)$	<p>No están jurídicamente prohibidos los medios de las clases $M2$, $M3$ y Mn. Si lo están los medios del tipo $M4$.</p>
$\text{Opf}(m2), \text{Opf}(m3), \text{Ph}(m4), \text{Opf}(mn)$	<p>Los medios concretos $m2$, $m3$ y mn son <i>prima facie</i> obligatorios. Y $m4$ está definitivamente prohibido.</p>
$(M2 \rightarrow \#), (M3 \rightarrow \##), (Mn \rightarrow \###)$	<p>Los grados de eficiencia de los medios de la clase $M2$, $M3$ y Mn son, respectivamente, $\#$, $\##$, $\###$.</p>
$M2 > M3 > Mn$	<p>El medio tipo $M2$ es el más eficiente.</p>
$O(m2)$	<p>CONCLUSIÓN FINAL</p> <p>Está ordenado definitivamente la adopción del medio concreto $m2$</p>

SILOGISMO JUDICIAL GAMA

$\neg_i AC(X)!. AC(X).CX \rightarrow O(M1, M2)$	PREMISA MAYOR (normativa) Si no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X acaecido en las circunstancias, a pesar de serlo, CX obligatorio adoptar la clase de medio, entonces, es M1 (reglado) y/o M2 (discrecional) para mitigarlo.
$\dot{i}AC(x)!.Cx$	PREMISA MENOR (fáctica) Se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento x, acaecido en las circunstancias Cx.
<hr/> $O(m1, m2)$	CONCLUSIÓN FINAL Es obligatorio adoptar el medio concreto (reglado) y/o m2 (discrecional).

RESPUESTA AL PROBLEMA Y RATIO DECIDENDI GAMA

La respuesta al problema *Gama* ($P\gamma$) sería, o bien: ***Debe ordenarse la medida m1 y/o m2 para remediar los efectos de la no declaratoria de x.*** O bien: ***No debe ordenarse medida alguna para remediar los efectos de la no declaratoria de x.*** Naturalmente, en el primer caso, la deferencia habrá sido condicionada, mientras que en el segundo, no.

Correspondientemente, la *ratio decidendi Gama* sería, o bien:

$RD\gamma'$: Si no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, a pesar de que lo es y teniendo en cuenta las circunstancias CX, entonces, es obligatorio condicionar la deferencia a la adopción la clase de medio M1 (reglado) y/o M2 (discrecional) para mitigarlo, $\neg_i AC(X)!. AC(X).CX \rightarrow O(M1, M2)$.

O bien:

$RD\gamma''$: Si no se ha declarado anticonstitucional un objeto de juzgamiento de la clase X, a pesar de que lo es y teniendo en cuenta las circunstancias CX, entonces, no es obligatorio condicionar la deferencia a la adopción de medida alguna, $\neg_i AC(X)!. AC(X).CX \rightarrow \neg O(Mn)$.

25. La decisión y los perfiles de la guía general

Concordantemente con lo expuesto, son varios los supuestos a considerar con miras a establecer cuál es la decisión que debe tomarse como resultado de la aplicación de la Guía General, y según definir cuál es el particular perfil que adopta GG en el caso sub examen.

a) *Perfil decisional A*

Primer supuesto: Si, como respuesta a CxI, la cuestión de la prueba de los hechos, se determina que no se ha probado x y/o Cx , la decisión sería:

¡No se declara que x es anticonstitucional!

Si esto sucede, GG tendría un *perfil decisional A*, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía General: **GG-A**.

b) *Perfil decisional B*

Segundo supuesto: Si, como respuesta a CxII, la cuestión de la anticonstitucionalidad, se determina que x no está prohibido constitucionalmente, la decisión sería:

¡No se declara a x anticonstitucional!

Si esto sucede, GG tendría un *perfil decisional B*, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía General: **GG-B**.

c) *Perfil decisional C*

Tercer supuesto: Si, como respuesta a CxIII, se determina que debe declararse que x es anticonstitucional, la decisión sería:

¡Se declara a x anticonstitucional!

Luego, se pasaría a considerar el problema *Beta*, como resultado de lo cual habría que adoptar, además, la decisión:

¡Se ordena el remedio $m1$ y/o $m2$!

Si ambos tipos de decisión concurren, GG tendría un *perfil decisional* C, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía General: **GG-C**.

d) *Perfil decisional D*

Cuarto supuesto: Si, como respuesta a C α III, de la deferencia, se determina que no debe declararse que x es anticonstitucional a pesar de serlo, la decisión sería:

¡No se declara a x anticonstitucional!

A continuación, habría que plantearse el problema *Gama P γ* , de la deferencia condicionada. Y si ésta fuera respondida afirmativamente, es decir, en el sentido de que sí cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida que mitigue los efectos de no declarar la anticonstitucionalidad de x , entonces habría que adoptar una decisión adicional:

¡Se ordena la condición $m1$ y/o $m2$!

GG tendría un *perfil decisional* D, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía General: **GG-D**.

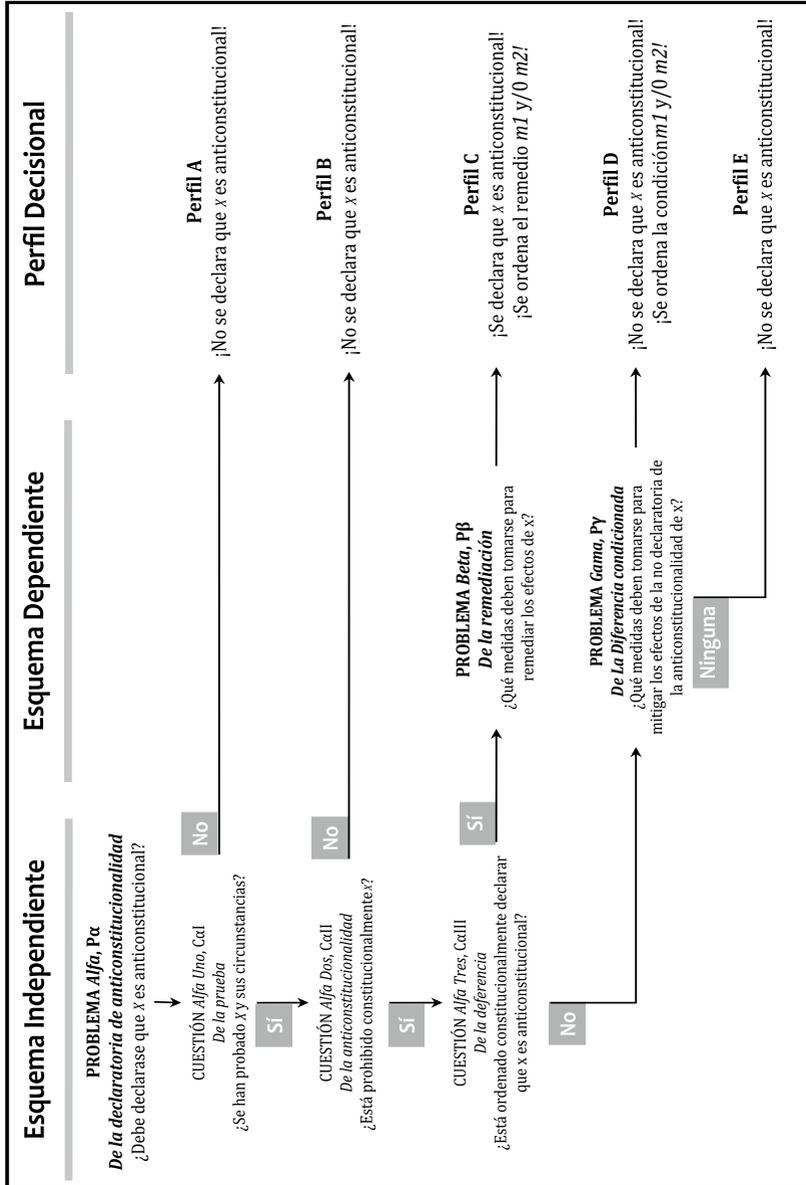
e) *Perfil decisional E*

Quinto supuesto: Si, como respuesta a C α III, la cuestión de la deferencia, se determina que no debe declararse que x es anticonstitucional a pesar de serlo, la decisión sería:

¡No se declara a x anticonstitucional!

A continuación, habría que plantearse el problema *Gama P γ* , de la deferencia condicionada. Y si ésta fuera respondida negativamente, es decir, en el sentido de que no cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida que mitigue los efectos de no declarar la anticonstitucionalidad de x , entonces GG tendría un *perfil decisional* E, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía General: **GG-E**.

f) *Esquematiización de perfiles*

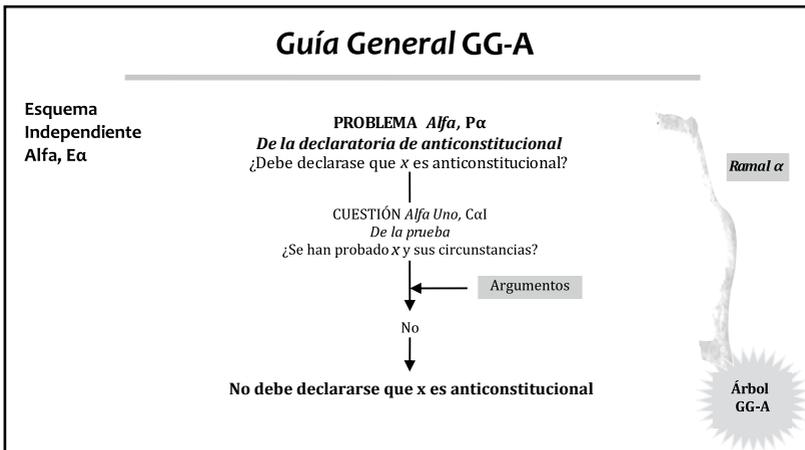


26. Variedad de árboles: perfiles de guía general

Coherentemente con lo anterior, ahora podemos dar cuenta de la variedad de árboles argumentativos *generales* que nuestra arquitectónica contempla, cada una de ellos configurará un perfil determinado de la Guía General, como lo muestran los siguientes diagramas:

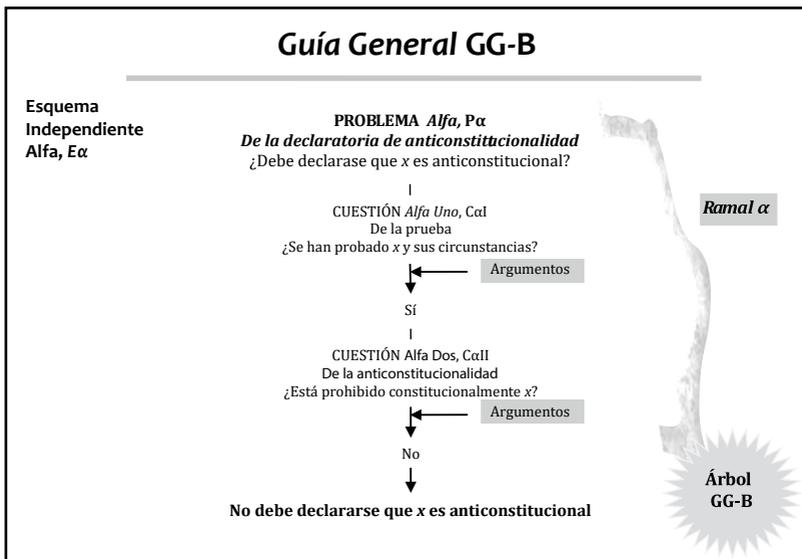
a) *Árbol argumentativo GG-A*

Este árbol se compone de un solo ramal argumentativo: el *Alfa*.



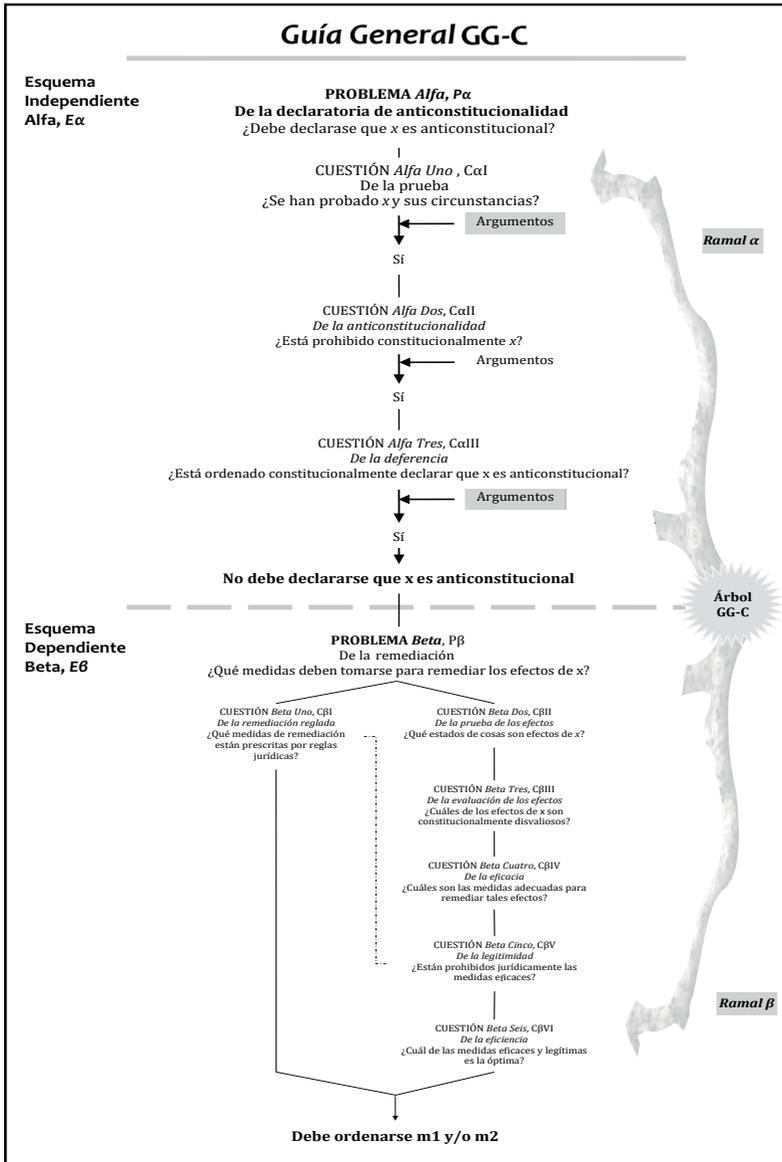
b) *Árbol argumentativo GG-B*

Al igual que el anterior, este árbol también se compone de un solo ramal argumentativo: el *Alfa*.



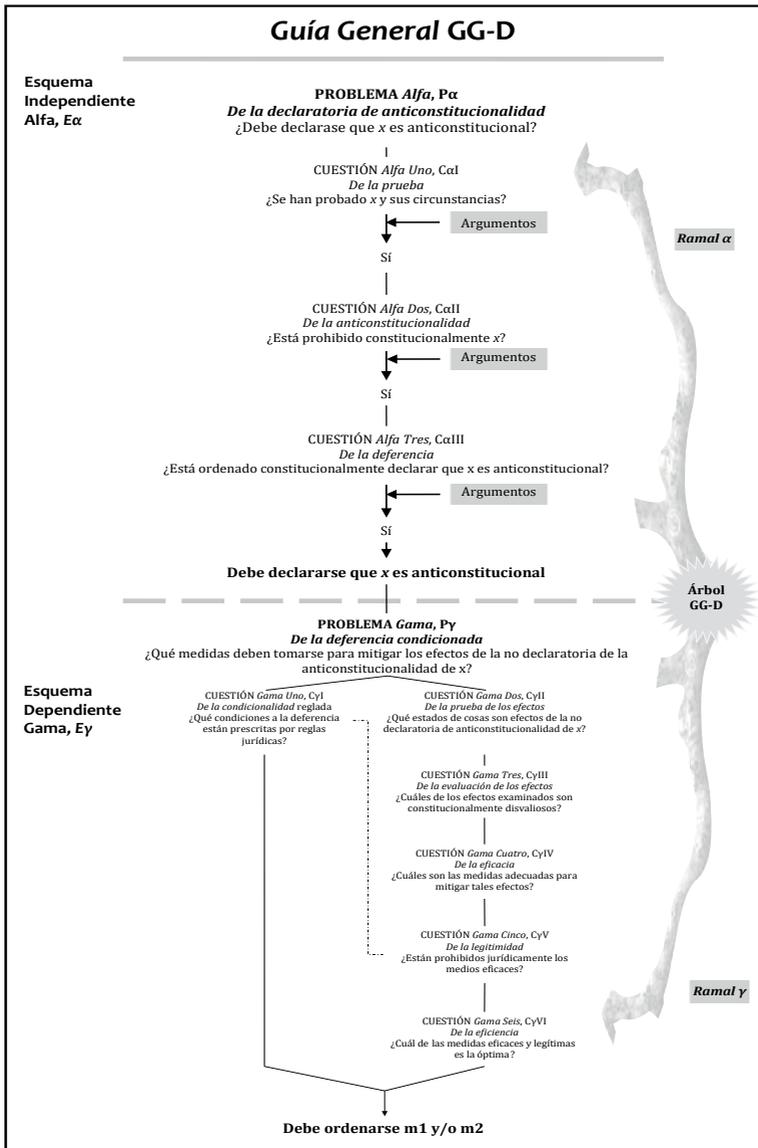
c) *Árbol argumentativo GG-C*

Este árbol se compone de dos ramales argumentativos: el *Alfa* y el *Beta*.



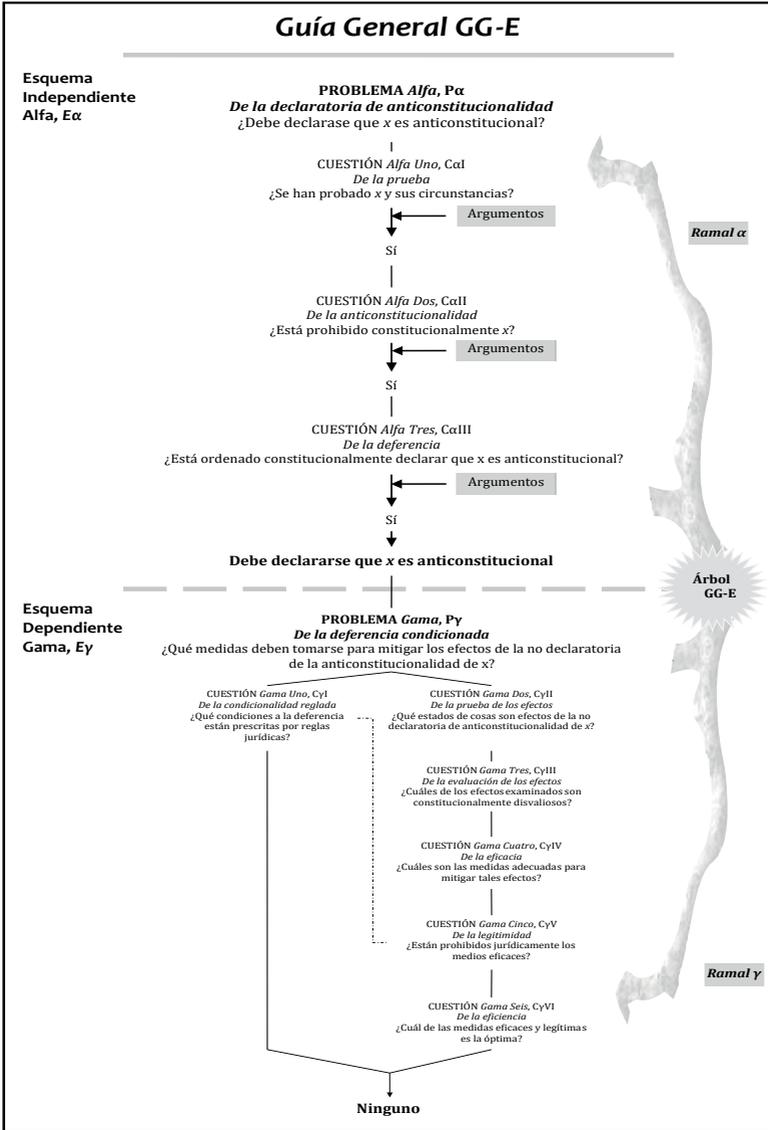
d) *Árbol argumentativo GG-D*

Este árbol se compone de dos ramales argumentativos: el *Alfa* y el *Gama*.



e) *Árbol argumentativo GG-E*

Este árbol se compone de dos ramales argumentativos: el *Alfa* y el *Gama*. Aunque este último no llega a fructificar en una decisión.



27. De la guía general a las guías particulares

GG es un modelo argumentativo aplicable, como ya se ha dicho, a cualquier entorno decisional de la justicia constitucional (exceptuando, claro está, las decisiones relativas a problemas puramente adjetivos como los de competencia, validez procesal, así como a cuestiones de mero trámite). Eso quiere decir que GG es el dispositivo arquitectónico que sintetiza la globalidad de la argumentación constitucional, por lo que este modelo general sería suficiente para orientar de manera directa la construcción de patrones y guiones. Sin embargo, esa utilidad tendría al menos dos serias limitaciones. Por un lado, el acceso a la comprensión de GG plantea a los juristas prácticas dificultades y costos asociados a su muy elevado grado de abstracción, por lo que si fuera la única Guía a tener en cuenta en el trabajo cotidiano, su servicio a tales juristas sería reducido. Por otro lado, ese modelo general, por sí solo, es insensible a los matices que de forma más o menos estándar suelen presentar los particulares contextos institucionales concretos, por lo que la arquitectónica argumentativa acabaría siendo insoportablemente tosca, sería equivalente a la de una gramática escueta, incapaz de incorporar las inflexiones propias de parcelas lingüísticas relativamente bien identificadas; esto redundaría en una disonancia insuperable entre el lenguaje que incorpora GG y el que de manera estándar usan los juristas en el Derecho Constitucional.

Para superar esas limitaciones de GG, la arquitectónica de la argumentación constitucional desarrolla aplicativamente el modelo general para crear –de momento– tres modelos particulares, correspondientes a la Guía Uno o de la declaración de la inconstitucionalidad formal (G1); la Guía Dos o de la declaratoria de la inconstitucionalidad sustantiva (G2); y la Guía Tres o de la declaración de la vulneración iusfundamental (G3).

G1 tiene como objeto focal de juzgamiento a una cierta disposición jurídica de carácter general (Dx ; que normalmente consistirá en un cuerpo normativo: una ley, un reglamento, etc) cuya declaratoria de inconstitucionalidad dependerá, de si se prueba un determinado acto (Ax) ocurrido en el contexto de cierto procedimiento de expedición de normas generales (Cx), de si Ax está constitucionalmente prohibido, y de si cabe o no convalidarlo o subsanarlo como deferencia a la autoridad normativa correspondiente. De declararse la inconstitucionalidad de Dx , deberá discernirse cuál es el efecto extintivo que sobrevendrá y su modulación. De no declararse la inconstitucionalidad de Dx , a pasar de que Ax está constitucionalmente prohibido, y cuando corresponda, habrá que, o bien,

condicionar tal decisión a que se subsane el procedimiento en el se ha dado Ax , o bien, convalidarlo.

El objeto focal de G2 viene dado también por una cierta disposición jurídica (Dx ; que normalmente consistirá, ya no en un cuerpo normativo, sino en una disposición individualizada de aquél) cuya declaratoria de inconstitucionalidad dependerá, de si se prueba la vigencia de una determinada norma jurídica acusada (Nx) ocurrida en el contexto de cierto sistema normativo (CAx), de si Nx tiene un contenido prohibido por la constitución, y de si cabe o no mantener indemne Dx por deferencia a la autoridad normativa que la expidió. De declararse la inconstitucionalidad de Dx , deberá discernirse cuál es el efecto extintivo que sobrevendrá y su modulación. De no declararse la inconstitucionalidad de Dx , a pasar de que Nx está constitucionalmente prohibido, y cuando corresponda, habrá que, o bien, condicionar tal decisión a determinada manipulación de Dx (por ejemplo, cuando se dicta una interpretación condicionada), o bien, limitarse a tal no declaratoria.

En G3, el objeto focal de juzgamiento es un acto realizado por un sujeto individual o institucional (Ax ; consistente en una omisión o acción, simple o compleja) cuya declaratoria de inconstitucionalidad dependerá, de si se prueba Ax y sus circunstancias (CAx), de si Ax está prohibido a la luz de un derecho fundamental, y de si cabe o no declinar la competencia para juzgarlo a favor de la jurisdicción ordinaria. De declararse la inconstitucionalidad de Dx , deberá discernirse cuál es el efecto extintivo que sobrevendrá y su modulación. De no declararse la vulneración iusfundamental de Ax , a pasar de que Ax está prohibido a la luz de un derecho fundamental, y cuando corresponda, habrá que, o bien, ordenar alguna medida de tutela provisoria del derecho fundamental hasta que la jurisdicción ordinaria opere, o bien, limitarse a tal no declaratoria.

De esta suerte, la construcción de patrones y guiones tendrá como herramientas de directa aplicación a las tres guías particulares que acabamos de bosquejar, cuya caracterización comparativa, respecto de GG y entre ellas, puede apreciarse en los cuadros que siguen.

ESQUEMAS ALFA			
GUÍA GENERAL, GG	GUÍA UNO, G1	GUÍA DOS, G2	GUÍA TRES, G3
Problema Alfa, GG-Pa De la declaratoria de anticonstitucionalidad	Problema Alfa, G1-Pa De la declaratoria de inconstitucionalidad formal	Problema Alfa, G2-Pa De la declaratoria de inconstitucionalidad sustantiva	Problema Alfa, G3-Pa De la declaratoria de la vulneración iusfundamental
Cuestión Alfa Uno, GG-Cal De la prueba de los hechos	Cuestión Alfa Uno, G1-Cal De la prueba del acto procedimental-prescriptivo	Cuestión Alfa Uno, G2-Cal De la vigencia de la norma acusada	Cuestión Alfa Uno, G3-Cal De la prueba del acto acusado
Cuestión Alfa Dos, GG-Call De la anticonstitucionalidad	Cuestión Alfa Dos, G1-Call De la inconstitucionalidad del acto procedimental-prescriptivo	Cuestión Alfa Dos, G2-Call De la inconstitucionalidad de la norma acusada	Cuestión Alfa Dos, G3-Call De la vulneración iusfundamental
Cuestión Alfa Tres, GG-Calll De la deferencia	Cuestión Alfa Tres, G1-Calll De la deferencia a la autoridad normativa ordinaria, o de la convalidación y subsanación procedimentales	Cuestión Alfa Tres, G2-Calll De la deferencia a la autoridad normativa ordinaria, o de la indemnidad disposicional	Cuestión Alfa Tres, G3-Calll De la deferencia a la jurisdicción ordinaria, o de la declinación competencial

ESQUEMAS BETA			
GUÍA GENERAL, GG	GUÍA UNO, G1	GUÍA DOS, G2	GUÍA TRES, G3
Problema Beta, GG-Pβ De la remediación	Problema Beta, G1-Pβ Del efecto extintivo y su modulación	Problema Beta, G2-Pβ Del efecto extintivo y su modulación	Problema Beta, G3-Pβ De la reparación del daño
Cuestión Beta Uno, GG-PβI De la remediación reglada	Cuestión Beta Uno, G1-PβI Del efecto extintivo reglado	Cuestión Beta Uno, G2-PβI Del efecto extintivo reglado	Cuestión Beta Uno, G3-PβI De la reparación reglada
Cuestión Beta Dos, GG-PβII De la prueba de los efectos	Cuestión Beta Dos, G1-PβII De la prueba de los efectos de la inconstitucionalidad	Cuestión Beta Dos, G2-PβII De la prueba de los efectos de la inconstitucionalidad	Cuestión Beta Dos, G3-PβII De la prueba de los daños
Cuestión Beta Tres, GG-PβIII De la evaluación de los efectos	Cuestión Beta Tres, G1-PβIII De la evaluación de los efectos de la inconstitucionalidad	Cuestión Beta Tres, G2-PβIII De la evaluación de los efectos de la inconstitucionalidad	Cuestión Beta Tres, G3-PβIII De la evaluación de los daños
Cuestión Beta Cuatro, GG-PβIV De la eficacia	Cuestión Beta Cuatro, G1-PβIV De la eficacia moduladora	Cuestión Beta Cuatro, G2-PβIV De la eficacia moduladora	Cuestión Beta Cuatro, G3-PβIV De la eficacia reparatoria
Cuestión Beta Cinco, GG-PβV De la legitimidad	Cuestión Beta Cinco, G1-PβV De la legitimidad moduladora	Cuestión Beta Cinco, G2-PβV De la legitimidad moduladora	Cuestión Beta Cinco, G3-PβV De la legitimidad reparatoria
Cuestión Beta Seis, GG-PβVI De la eficiencia	Cuestión Beta Seis, G1-PβVI De la eficiencia moduladora	Cuestión Beta Seis, G2-PβVI De la eficiencia moduladora	Cuestión Beta Seis, G3-PβVI De la eficiencia reparatoria

ESQUEMAS GAMA			
GUÍA GENERAL, GG	GUÍA UNO, G1	GUÍA DOS, G2	GUÍA TRES, G3
Problema Gama, GG-Py De la deferencia condicionada	Problema Gama, G1-Py De la subsanación procedimental	Problema Gama, G2-Py De la manipulación normativa	Problema Gama, G3-Py De la tutela provisoria
<i>Cuestión Gama Uno, GG-Pyl</i> De la condicionalidad reglada	<i>Cuestión Gama Uno, G1-Pyl</i> De la subsanación reglada	<i>Cuestión Gama Uno, G2-Pyl</i> De la manipulación reglada	<i>Cuestión Gama Uno, G3-Pyl</i> De la tutela provisoria reglada
<i>Cuestión Gama Dos, GG-PyII</i> De la prueba de los efectos	<i>Cuestión Gama Dos, G1 -PyII</i> De la prueba de los efectos deferenciales	<i>Cuestión Gama Dos, G2-PyII</i> De la prueba de los efectos deferenciales	<i>Cuestión Gama Dos, G3-PyII</i> De la prueba de los riesgos
<i>Cuestión Gama Tres, GG-PyIII</i> De la evaluación de los efectos	<i>Cuestión Gama Tres, G1-PyIII</i> De la evaluación de los efectos deferenciales	<i>Cuestión Gama Tres, G2-PyIII</i> De la evaluación de los efectos deferenciales	<i>Cuestión Gama Tres, G3-PyIII</i> De la evaluación de los riesgos
<i>Cuestión Gama Cuatro, GG-PyIV</i> De la eficacia	<i>Cuestión Gama Cuatro, G1-PyIV</i> De la eficacia subsanatoria	<i>Cuestión Gama Cuatro, G2-PyIV</i> De la eficacia manipulativa	<i>Cuestión Gama Cuatro, G3-PyIV</i> De la eficacia tutelar-provisoria
<i>Cuestión Gama Cinco, GG-PyV</i> De la legitimidad	<i>Cuestión Gama Cinco, G1-PyV</i> De la legitimidad subsanatoria	<i>Cuestión Gama Cinco, G2-PyV</i> De la legitimidad manipulativa	<i>Cuestión Gama Cinco, G3-PyV</i> De la legitimidad tutelar-provisoria
<i>Cuestión Gama Seis, GG-PyVI</i> De la eficiencia	<i>Cuestión Gama Seis, G1-PyVI</i> De la eficiencia subsanatoria	<i>Cuestión Gama Seis, G2-PyVI</i> De la eficiencia manipulativa	<i>Cuestión Gama Seis, G3-PyVI</i> De la eficiencia tutelar-provisoria

28. Construcción de guiones argumentativos: el método AAA

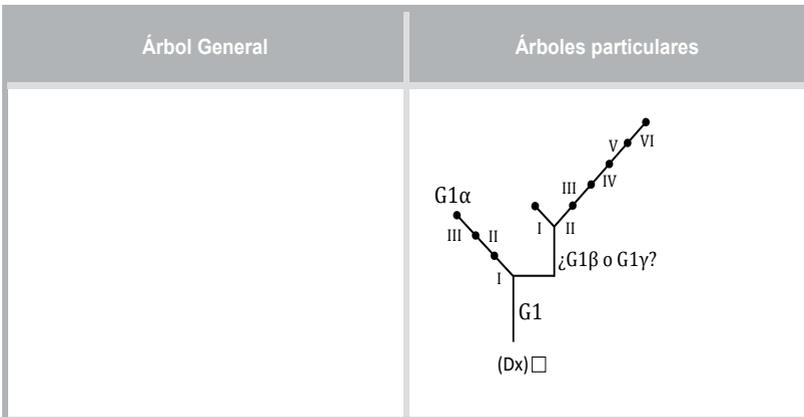
La arquitectónica de la argumentación constitucional, como ha visto, busca orientar la construcción de patrones y guiones mediante guías particulares desprendidas de una guía general única. Por lo que respecta a los guiones, su elaboración se facilitará todavía más si hay disponibles patrones aplicables al caso; aunque, como sabemos, estos meso modelos no son indispensables. Pues bien, la pregunta ahora es, ¿cómo construir guiones argumentativos sobre la base de las guías particulares? La respuesta está en el que llamaremos Método de árboles argumentativos basado en Atienza, para abreviar, AAA.

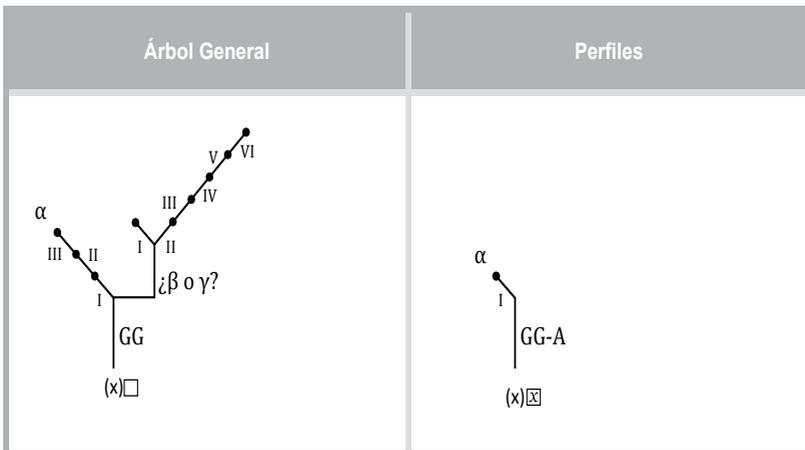
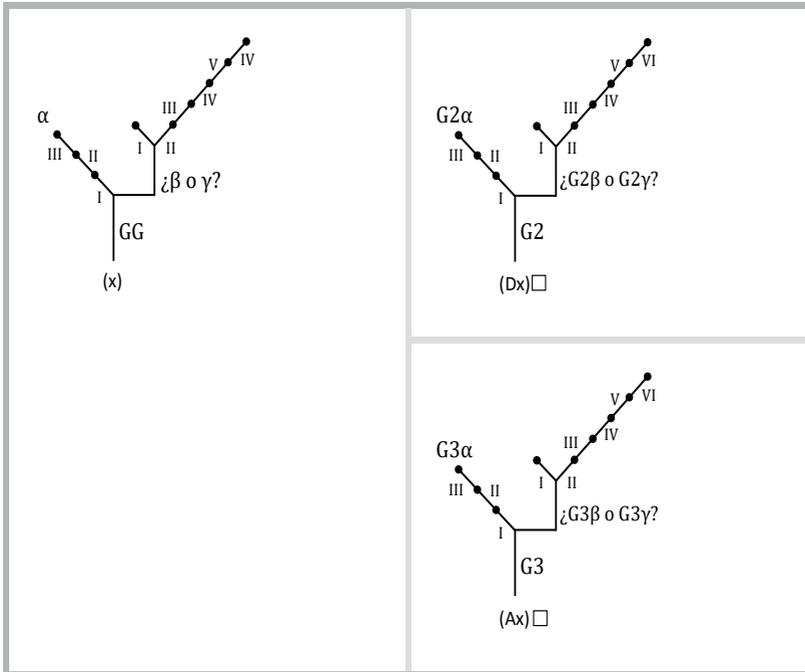
Esta propuesta metodológica recomienda la utilización de dos herramientas para el diseño de guiones argumentativos: el diagrama casuístico de árboles-guía y el método de Manuel Atienza para la representación de argumentaciones. De ahí la denominación escogida.

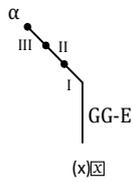
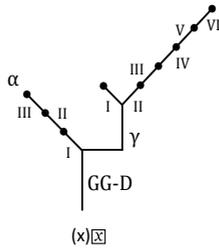
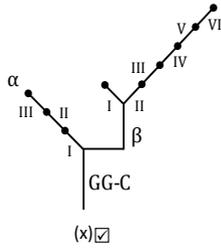
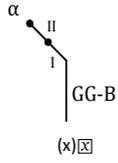
a) *El diagrama casuístico de Árboles-guía*

DIAGRAMACIÓN DE ÁRBOLES-GUÍA EN ABSTRACTO

Lo primero que debemos elaborar es un sistema sencillo de representación gráfica de los árboles argumentativos correspondientes a las guías que la arquitectónica nos brinda: la general, las particulares y sus perfiles. Un sistema tal se describe en los diagramas subsiguientes:



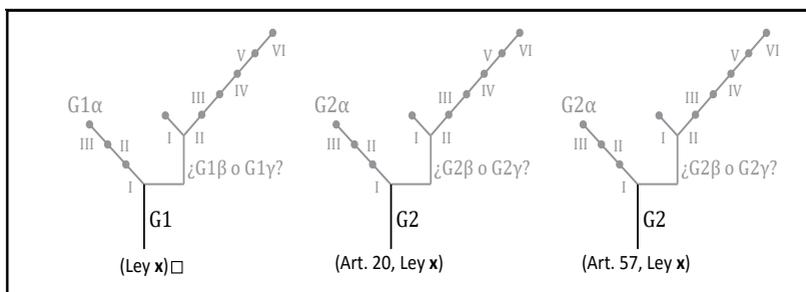




DIAGRAMACIÓN CASUÍSTICA (APLICADA AL CASO CONCRETO)

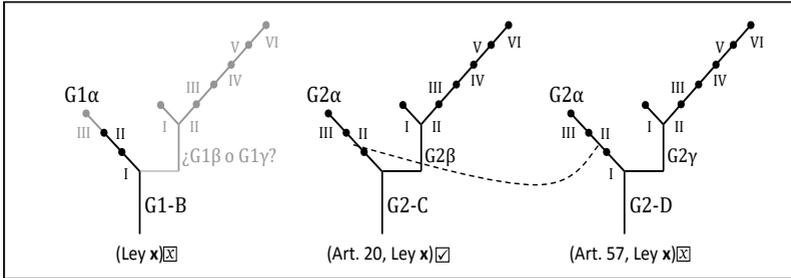
A partir de lo anterior, podemos ahora dibujar el diagrama casuístico de árboles-guía, de la siguiente manera:

Supongamos que la Corte Constitucional de Ecuador debe resolver sobre una demanda con la que se busca, la declaratoria de inconstitucionalidad por la forma de la Ley x, y la declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos 20 y 57 de esa Ley. Lo primero que deberá hacerse es identificar el número de árboles que poblarán nuestro diagrama y su tipo, para luego dibujarlos tenuemente, a saber en nuestro ejemplo:



Ahora tenemos un primer mapa para desplegar nuestra argumentación. Supongamos que al abordar el primer árbol se concluye que no debe declararse inconstitucional por la forma la Ley x porque, a juicio de la Corte, el acto procedimental-prescriptivo no está prohibido por la Constitución. Y supongamos, también, que respecto del segundo árbol se ha concluido que el Art. 20 debe ser declarado inconstitucional por el fondo ya que da lugar a una norma cuyo contenido está vedado constitucionalmente y no debe deferirse al legislador democrático en este caso, por cuanto no cabe la adopción de ninguna medida manipulativa de la disposición encontrada inconstitucional; y que el correspondiente efecto extintivo identificado como debido es exclusivamente el dispuesto por la Ley de la materia de manera expresa, sin que haya justificación para adoptar una medida moduladora de dicho efecto. Finalmente, supongamos que en cuanto al Art. 57 se determina que sí es inconstitucional por el fondo, pero que no se lo declara tal por cuanto es posible mantener subsistente dicha disposición siempre que se la interprete de la manera que la Corte considera correcta. Pensemos, por otro lado, que algunos de los argumentos relevantes para sostener la inconstitucionalidad del Art. 20 sirvieron, además, para sostener

la del Art. 57. Pues bien, todo esto haría que nuestra diagramación evolucione a la siguiente situación, en la que los árboles han adquirido un perfil determinado:



He aquí, pues, el *diagrama casuístico de árboles-guía* para nuestro ejemplo.

b) *El Método de Atienza y la diagramación de árboles-guía*

Hasta aquí hemos visto cómo se construye la primera de las herramientas del Método AAA. La segunda, como ya se dijo, es el Método de Manuel Atienza para la representación de argumentaciones (especialmente pensado para el análisis de las mismas, aunque fácilmente adaptable a su construcción). Aquella propuesta metodológica se expone por parte de su autor en su *Curso de argumentación jurídica* (2013), aunque de manera más detalla consta en un trabajo publicado previamente en Ecuador, en 2009, disponible a través del blog de Atienza, *La mirada de Peitho*, en la siguiente dirección:

<http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/2014/06/un-metodo-para-el-analisis-de-los.html>

Obras a las que remito al lector. El Método de Atienza es, a mi juicio, el más afinado que hay para diagramar las argumentaciones jurídicas, si bien guarda similitud con el *Chart Method* de Wigmore, ideado cien años atrás, este último está diseñado para dar cuenta solamente (aunque con más detalle) de la argumentación en materia de hechos. La capacidad representativa del Método de Atienza, por otro lado, supera con creces la de los esquemas de Toulmin, si bien el iusfilósofo español considera a la suya una metodología que extiende, o generaliza, la del filósofo británico-estadounidense.

La importancia del Método de Atienza para la arquitectónica de los guiones argumentativos estriba en dos aspectos. En primer lugar, en que el diagrama casuístico

de árboles-guía tiene como fundamento el diseño de las guías argumentativas, el que, como se podrá observar, aplica muchos elementos de la metodología del profesor de Alicante. Y, en segundo lugar, porque en el nivel de la argumentación casuística (la que se despliega en relación con un caso concreto), el aspecto crítico está en articular debidamente el paso de las guías al guion; transición en la que el diagrama casuístico de árboles-guía va a servir de instrumento de planificación y control para el diseño del correspondiente guion (viene a cumplir, por decir así, una función de puente), pero eso último no resulta de la mera proyección lineal de aquél. Esto es así porque los árboles-guía y los árboles-caso, son cualitativamente distintos entre sí: los primeros responden a exigencias estándar de la argumentación constitucional y buscan ser razonablemente exhaustivo; mientras que los segundos deben ajustarse a los requerimientos argumentativos que plantea el caso concreto bajo examen, por lo que, antes que exhaustivos, deben ser los contextualmente relevantes. Esto abre un ámbito de creatividad para el operador jurídico imposible (e indeseable) de llenar por modelos teóricos o dogmáticos. En dicho ámbito, el jurista práctico ejerce cabalmente de arquitecto de la porción de práctica jurídica a él confiada institucionalmente. Para ello requiere, pues, de una herramienta de *diseño libre* (en el sentido de no parametrizado) como es el Método de Atienza.

c) *El Guion, paso a paso*

El guion, podría decirse, es un plano para la edificación de la pieza racional-decisoria de que se trate, sentencia, alegato, *amicus curiae*, etc. Para su elaboración, se proponen los pasos siguientes:

- **Elección de preguntas relevantes.** Las guías no nos señalan directamente cuáles van a ser los problemas y cuestiones *casuísticamente relevantes* (exigidos por el contexto del caso concreto sub examen), pero sí advierten sobre cuáles son los problemas y cuestiones *típicos* que no deben soslayarse en el *proceso* de la argumentación, lo que sirve para formular y evaluar el *producto* de la argumentación. Es por ello que, a la luz del diagrama casuístico de árboles-guía, hemos de preguntarnos, ¿cuáles son las *preguntas relevantes* en el caso concreto que deben ser satisfechas por la motivación judicial que justifique cabalmente la decisión a tomarse? Nótese que esas preguntas ya han salido durante el proceso argumentativo y tienen ya su respuesta. De lo que se trata aquí es de seleccionar las relevantes, pues no todas lo van a ser; por ejemplo, si se va a juzgar la inconstitucionalidad por el fondo de una cierta disposición legal, el hecho de su vigencia normalmente no será –estrictamente hablando– problemática en el caso concreto, por lo que

sería irrelevante formular la cuestión de la vigencia de la norma acusada en la sentencia. Entre los criterios para establecer la relevancia podríamos mencionar, la intensidad de la confrontación dialéctica sobre determinado asunto, su grado de “dificultad” argumentativa, etc.

- **Estructuración de problemas y cuestiones.** Seleccionadas las preguntas relevantes, lo siguiente será estructurarlas, es decir, establecer las relaciones lógicas entre ellas: empleando la terminología ya introducida, cuáles son los *problemas* y sus respectivas *cuestiones*. Esto trazará el campo de argumentación de manera que contaremos ya con un concreto marco de trabajo.
- **Diseño de argumentos y respuestas.** Lo siguiente será dotar de contenido al señalado marco discursivo, adjudicando las correspondientes respuestas a las cuestiones y problema, pero sobre todo, tejiendo la malla de razones que articularán satisfactoriamente estas preguntas con sus respuestas.
- **Identificación de decisiones.** Culminada la edificación argumentativa, restará solamente remarcar las decisiones que fluyen de aquella, a fin de confeccionar, ahora sí, la formulación (escrita u oral) de la pieza racional decisoria de que se trate.

Con esto, el plano del edificio quedará listo. Para ilustrar cómo debería guionarse y diagramarse la argumentación en un ejercicio *constructivo*, tomaré como ejemplo (tomado de Atienza y Lozada, 2009), el diagrama *reconstructivo*, de la argumentación seguida por el Tribunal Contencioso Electoral de Ecuador en el siguiente caso, elaborado mediante el Método de Atienza:

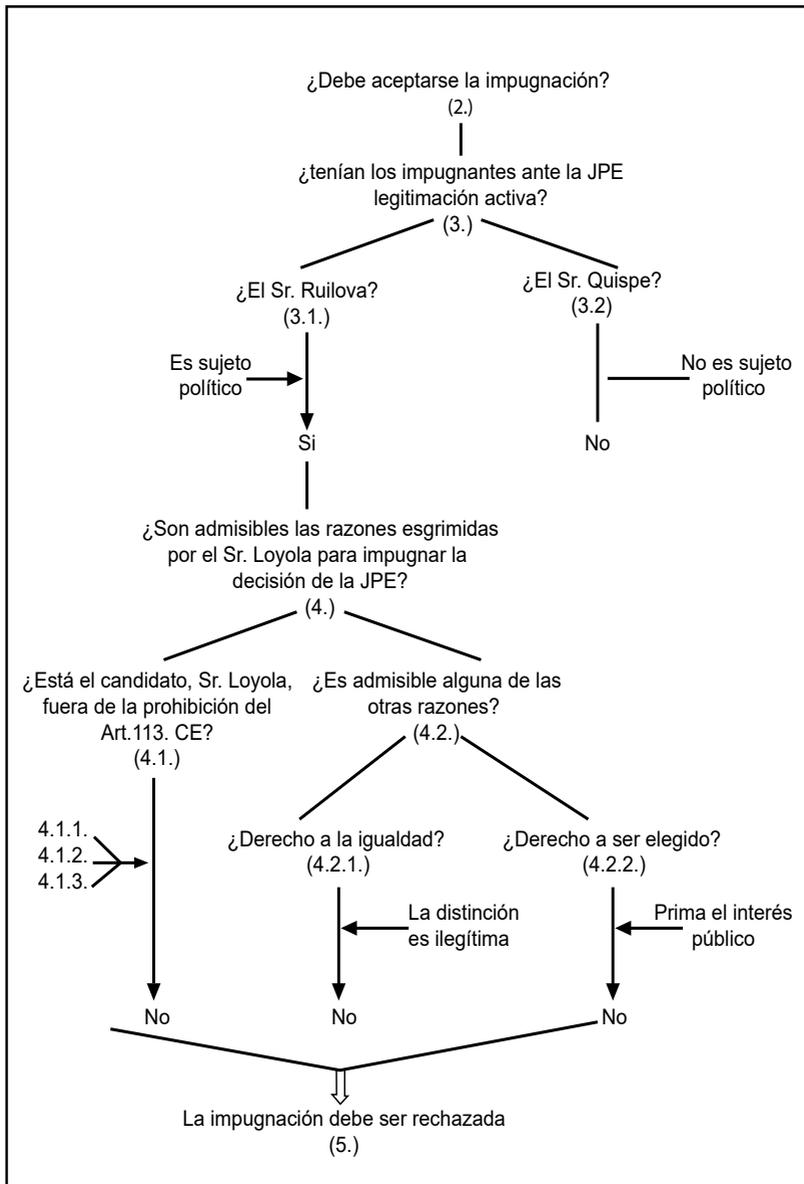
1. El señor Alexis Renán Loyola Vázquez había presentado su candidatura a alcalde del cantón La Troncal, de la provincia del Cañar, por el Movimiento Unidad Plurinacional Pachakutik Nuevo País. La candidatura fue impugnada por Fredy Rolando Ruilova Lituma, secretario provincial del Movimiento Patria Altiva i Soberana, y por Darwin Asdrúbal Quispe Pico, ante la Junta Provincial Electoral del Cañar, la cual aceptó la impugnación y no inscribió (calificó) la candidatura del señor Loyola; el motivo de la impugnación había sido que el señor Loyola era concesionario de frecuencia de medios de comunicación. El señor Loyola y el señor Aurelio Morocho Tenesaca (coordinador este último del Movimiento Pachakutik) impugnan la resolución de la Junta Provincial ante el Tribunal Contencioso Electoral.
2. El problema a resolver es si el Tribunal Contencioso Electoral, que tiene competencia para conocer el recurso, debe aceptar o no la impugnación. Ello depende, a su vez, de las dos siguientes cuestiones.

3. En primer lugar, de si quienes impugnaron la candidatura ante la Junta Provincial Electoral del Cañar estaban legitimados para ello. La respuesta que da el Tribunal Contencioso Electoral es que:
 - 3.1. En relación con el señor Ruilova, el mismo tenía legitimación activa, puesto que era representante del Movimiento País, Lista 35 y, por tanto, “sujeto político” en el sentido del art. 13 de la Ley Orgánica de Elecciones y otras normas de la legislación electoral ecuatoriana. El art. 13 de Las Normas indispensables para viabilizar el ejercicio de las competencias del Tribunal Contencioso Electoral conforme a la Constitución resulta particularmente claro: “Los recursos contencioso electorales... podrán ser interpuestos únicamente por los sujetos políticos. Se denominan sujetos políticos los partidos políticos, movimientos políticos, alianzas electorales y los candidatos, quienes podrán actuar a través de sus representantes legales, apoderados o mandatarios especiales”.
 - 3.2. En relación con el señor Quispe, el mismo carecía de legitimación activa pues comparece “por sus propios derechos” y no puede ser considerado como un “sujeto político”.
4. En segundo lugar, y puesto que uno de los impugnantes de la candidatura tenía legitimación para ello, el Tribunal pasa a examinar si es admisible alguna de las razones, de las causas, esgrimidas por el señor Loyola para pedir la anulación de la decisión de la Junta Provincial. Aquí el Tribunal distingue entre:
 - 4.1. La razón principal, que se refiere a la cuestión de si el candidato, el señor Loyola, estaba o no afectado por el art. 113, 1. de la Constitución, que establece: “No podrán ser candidatas y candidatos de elección popular: 1) Quienes al inscribir su candidatura tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, siempre que el contrato se haya celebrado para la ejecución de obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales”. La respuesta del Tribunal es que, efectivamente, en el candidato concurría esa circunstancia. Su argumentación al respecto, puede sintetizarse así:
 - 4.1.1. El señor Loyola había suscrito (desde 2001) un contrato de concesión de frecuencias con la Superintendencia de Telecomunicaciones, por un plazo de 10 años.
 - 4.1.2. Se trata de un contrato de concesión para la prestación de un servicio público: instalar y operar una radiodifusora en la ciudad La Troncal.

La calificación como “contrato de prestación de servicio público” la basa el Tribunal, fundamentalmente, en la definición que de esa figura hace el profesor Escola.

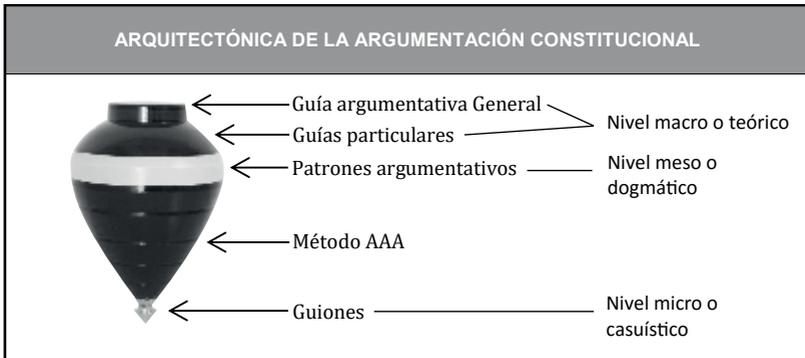
- 4.1.3. El espectro radioeléctrico es un “recurso natural”, de acuerdo con la Ley especial de Telecomunicaciones, el Reglamento de la misma y la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.
- 4.2. Las otras razones examinadas por el Tribunal se refieren a lo siguiente:
 - 4.2.1. A si la no inscripción (calificación) del candidato supone conculcar su derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación. La respuesta del Tribunal es que no, porque se trata de una diferenciación constitucionalmente legítima. Para ello, el Tribunal Contencioso Electoral utiliza el “test de la igualdad” elaborado por la Corte Constitucional colombiana que, esencialmente, viene a decir que la diferencia de trato está justificada si: no resulta constitucionalmente vetada; el trato distinto tiene una finalidad concreta, la cual está dirigida a permitir la igualdad material; la finalidad concreta es razonable; hay una racionalidad interna – coherencia– entre lo diferente de la situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga; el trato diferente no resulta desproporcionado.
 - 4.2.2. A si se vulnera el derecho del candidato a ser elegido. La respuesta del Tribunal es también que no, porque los derechos políticos (el sufragio pasivo) “no se agotan en la dimensión individual de la persona, sino en la configuración del sistema político en su conjunto”; “el interés individual debe ponderarse con el interés público”
5. En consecuencia, el Tribunal confirma la resolución de la Junta Provincial y, por tanto, resuelve “negar y no calificar la candidatura del señor Alexis Renán Loyola Vázquez, a Alcalde del cantón La Troncal”. Pero añade que “se deja a salvo el derecho de la alianza política conforme lo dispone el art. 58 de las Normas Generales para las Elecciones dispuestas en el Régimen de Transición de la Constitución de la República expedidas por el Consejo Nacional Electoral”, lo que supone que el Movimiento puede, en el plazo de 24 horas, presentar un nuevo candidato.

El diagrama de la argumentación judicial en este caso sería, entonces:



29. Síntesis, frutos y semillas

En suma, la *arquitectónica de la argumentación constitucional*, según todo lo que se ha expuesto, proyecta desarrollarse en tres niveles de la práctica argumentativa constitucional: el *macro* o *teórico*, en el que se ubican la guía general GG y sus derivaciones, las guías particulares G1, G2 y G3, todas con sus correspondientes perfiles y transversal compuestas por los esquemas tipo *Alfa*, *Beta* y *Gama*; el nivel *meso* o *dogmático*, reservado a los patrones y que tiene carácter prescindible; y finalmente, el nivel *micro* o *casuístico*, al que pertenecen los guiones elaborados a partir del Método AAA. Si queremos buscar una metáfora adecuada, podríamos decir, entonces, que la arquitectónica configura la praxis en forma de trompo, de la manera que se ilustra a continuación.



No obstante, la metáfora central para explicar la arquitectónica de la argumentación constitucional, como se ha visto, es la del árbol; al que, también figuradamente hablando, cabría atribuir frutos y semillas.

El *fruto del guion* será siempre la *pieza argumentativa*, escrita u oral, que se trate de elaborar. En ambos casos, esta labor tendrá en cuenta varios elementos además del guion, como reglas gramaticales, criterios estilísticos convencionales o propios del autor, exigencias formales provenientes de normas jurídicas, etc.

Y tales frutos llevarán también sus *semillas*: éstas serán las *rationes decidendi* que, escapando al árbol concreto del que proviene, servirá en la erección de nuevos árboles, conforme a la racionalidad propia del precedente constitucional y sus modulaciones contextuales.

Capítulo IV

Guía particular UNO, G1:
Árbol de la inconstitucionalidad formal

**GUÍA PARTICULAR UNO, G1: ÁRBOL DE LA
INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL
(Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)**

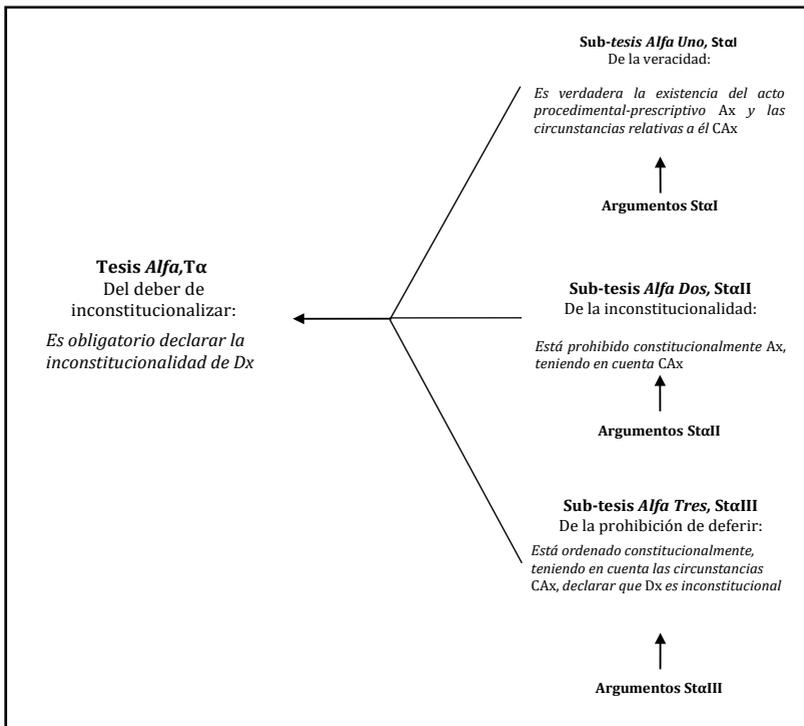
30. Esquema G1-Alfa: de la declaratoria de inconstitucionalidad formal

a) *Pretensión G1-Alfa*

PETITUM G1-ALFA

Petitum G1- α : *¡Pido que se declare que la disposición jurídica Dx es formalmente inconstitucional!*

TESIS (Y SUBTESIS) G1-ALFA



b) *Ramal argumentativo G1-Alfa*

PROBLEMA G1-ALFA

G1-P α : ¿Debe declararse que la disposición jurídica bajo juzgamiento D x es inconstitucional por la forma?

Su respuesta depende de cómo se resuelvan las tres cuestiones que pasamos a desarrollar:

CUESTIÓN G1-ALFA UNO, DELA PRUEBA DEL ACTO PROCEDIMENTAL-PRESCRIPTIVO

G1-C α I: ¿Está probada la existencia del acto procedimental-prescriptivo A x y las circunstancias relativas a él CA x ?

Al tratarse de un problema de prueba, esta cuestión alude a la *premisa fáctica* del silogismo jurídico que se expusiera en el Capítulo I; en otras palabras, versa sobre la *veracidad* de los *hechos* que la *pretensión* alega (específicamente la Sub-tesis G1-*Alfa Uno*, G1St α I), y no sobre la *corrección* de una determinada *interpretación* del *Derecho*.

Para nuestra G1, la cuestión de la prueba del acto procedimental-prescriptivo versa sobre dos elementos fácticos: el hecho de la existencia de dicho acto procedimental-prescriptivo, A x ; y el hecho de la existencia de las circunstancias en que se ha producido A x , CA x . Ambos elementos son, pues, los *hechos centrales del caso*.

A la hora de resolver la cuestión de la prueba del acto procedimental-prescriptivo, necesariamente entrará en juego un argumento acerca de la *carga de la prueba y su estándar*. Este dotará de un marco para el despliegue de los argumentos propiamente empíricos.

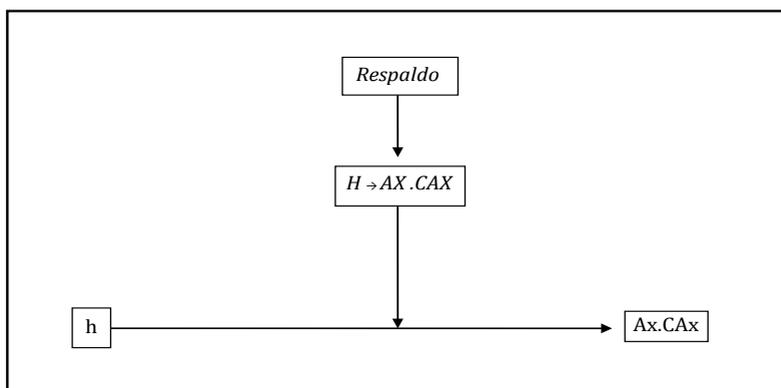
Por lo que respecta a estos últimos, en el citado Capítulo I también se presentó la distinción entre casos fáciles y difíciles, según ellos requieran —respectivamente— sólo de justificación interna, o adicionalmente de justificación externa; y que la facilidad o dificultad podía predicarse tanto de la premisa normativa cuanto de la fáctica. Por lo que respecta a la premisa normativa, ya se ha dicho que en los casos *normativamente fáciles* ésta no precisa de fundamentación estrictamente hablando, por lo que su aplicación por vía de *subsunción* (justificación interna) basta para sustentar la decisión, mientras que en los casos *normativamente difíciles*, hay la necesidad de fundamentar la premisa normativa, por lo que además de

aquello hace falta recurrir a ejercicios de *ponderación* para tal efecto. Pues bien, ¿qué sucede en lo que respecta a la premisa fáctica?

En un caso *fácticamente* fácil, la respuesta a la cuestión de la prueba del acto procedimental-prescriptivo se colige de manera necesaria e inmediata a partir de los medios de prueba disponibles en el proceso (la llamada prueba directa) y aplicando las reglas sobre la carga de la prueba. Vale decir, basta con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos *h* se concluye que forzosamente han ocurrido los hechos centrales del caso, *Ax* y *CAX* debido a que contamos con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de *h*, que podemos identificar como *H*, indubitablemente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen *Ax* y *CAX*, a los que podemos nombrar como *AX* y *CAX*; de manera que la mencionada premisa se expresaría así:

$$H \rightarrow AX.CAX$$

Hay, como se ve, un paso necesario e inmediato entre los hechos conocidos merced a los medios de prueba actuados en el proceso y la comprobación (prueba directa) de los hechos centrales del caso. Las creencias que el juez consigue acerca de éstos resultan, pues, indubitables. Esto podríamos graficarlo mediante el esquema siguiente, armónicamente con lo expuesto en el Capítulo II:

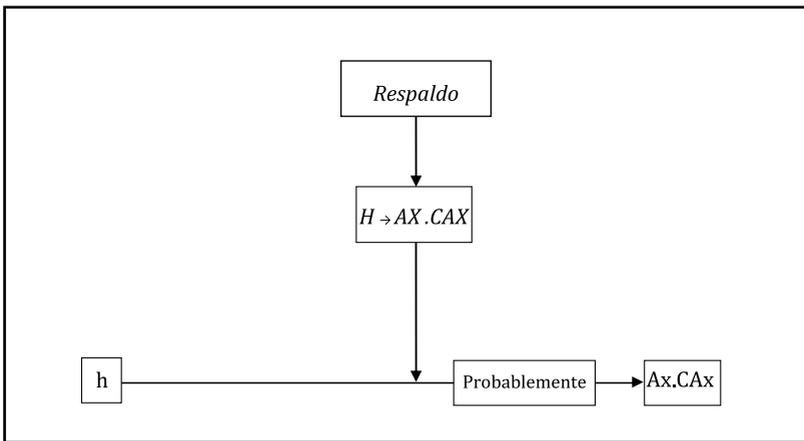


En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de *h* llega a establecer como probados *Ax* y *CAX* no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata*

(es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con un enunciado con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$H \rightarrow AX .CAX$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso fácticamente difícil, por consiguiente, dado un hecho conocido h , podemos colegir la existencia de Ax y CAX , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. Las inferencias probatorias así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba del acto procedimental-prescriptivo depende de la cuestión subalterna G1-CαP: la de si está respaldada racionalmente y en qué grado la citada regla de inferencia, $¿H \rightarrow AX .CAX?$: cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G1-CαP deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, si finalmente se concluye que los hechos centrales del caso están probados a partir de los hechos aportados por los medios de prueba disponibles en el proceso y conforme a las reglas de la carga de la argumentación y su estándar, se proseguirá con la siguiente cuestión; en caso contrario, no hará falta seguir argumentado y sencillamente se adoptará la decisión correspondiente.

CUESTIÓN G1-ALFA DOS, DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO PROCEDIMENTAL-PRESCRIPTIVO

G1-C α II: ¿Está prohibido constitucionalmente Ax , teniendo en cuenta CAx ?

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R1 según la cual, *Si se verifica el tipo de hecho CAX, entonces está prohibido constitucionalmente AX*, expresable como $Ph(AX)$. Así,

R1: $CAx \rightarrow Ph(AX)$

En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente, de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien CAx , o bien $\neg CAx$. Coligiéndose así, respectivamente, o bien que el acto procedimental-prescriptivo está prohibido (y consiguientemente la disposición jurídica es inconstitucional), o bien que no lo está (y por tanto no lo es): $Ph(AX)$ o $\neg Ph(AX)$.

Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R1 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión G1-C α II va a depender de la cuestión subalterna G1-C α II' de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P1/P2? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para sostener la preeminencia, ya de P1, ya de P2, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a) Cuál es el peso de P1.
- b) Cuál, el de P2.
- c) Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d) En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R1 es válida, entonces DX será inconstitucional y se proseguirá con la siguiente cuestión; en el supuesto contrario, ya no se requerirá seguir argumentado y, por ende, se adoptará la decisión correspondiente (véase abajo *perfil decisional G1-A*).

CUESTIÓN G1-ALFA TRES, DE LA DEFERENCIA A LA AUTORIDAD
NORMATIVA ORDINARIA, O DE LA CONVALIDACIÓN Y SUBSANACIÓN
PROCEDIMENTALES

G1-C α III: ¿Está ordenado constitucionalmente declarar que Dx es formalmente inconstitucional?

¿Esta formulación es equivalente a esta otra:?

G1-C α III: ¿Está prohibido constitucionalmente subsanar o convalidar Ax?.

Sin embargo, continuaremos con la anterior.

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables al contexto de argumentación de que se trate. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R2 según la cual, *Si Ax está prohibido constitucionalmente, Ph(AX), entonces, es constitucionalmente obligatorio declarar inconstitucional la disposición jurídica Dx, O_iPh(DX)!*. Así,

R2: Ph(AX) \rightarrow O_iPh(DX)!

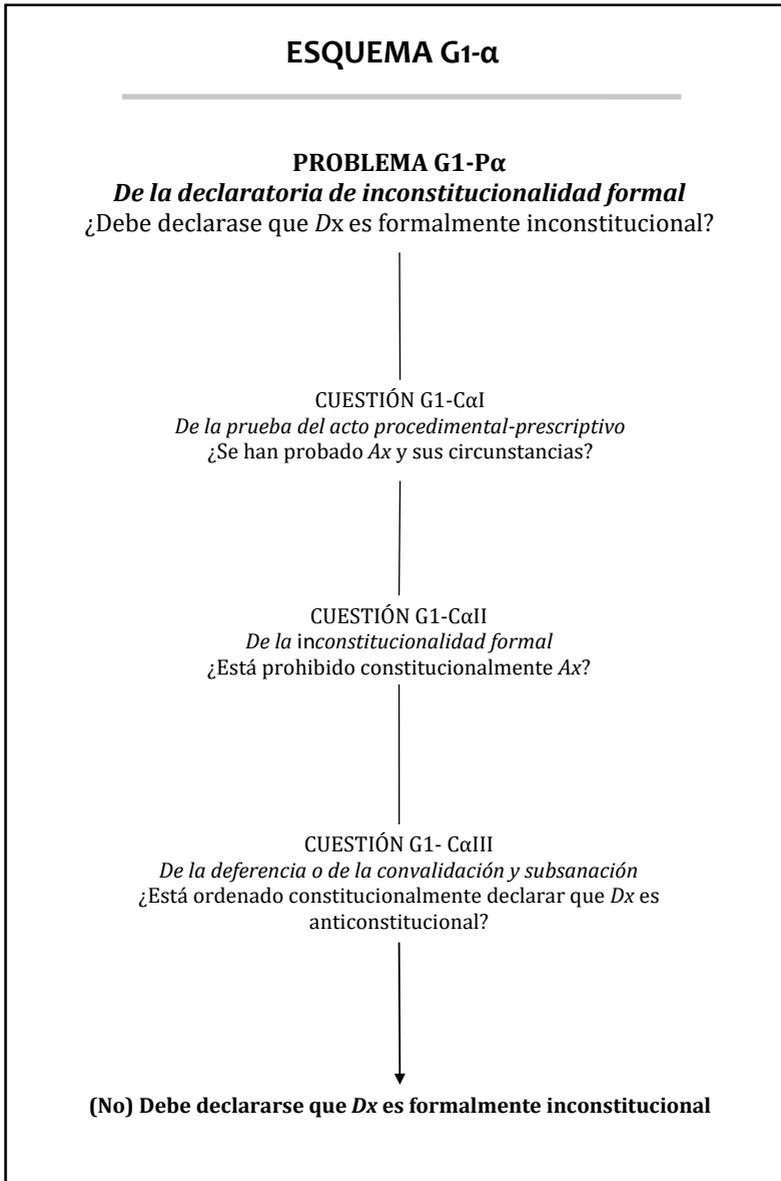
En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien Ph(Ax), o bien \neg Ph(Ax). Coligiéndose así, respectivamente, o bien que la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición jurídica DX es obligatoria, o bien que no lo es: O_iPh(DX)!¹ o \neg O_iPh(DX)!¹.

Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R2 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión G1-C α III va a depender de la cuestión subalterna G1-C α III' de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P3/P4? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para sostener la preeminencia, ya de P3, ya de P4, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a) Cuál es el peso de P3.
- b) Cuál, el de P4.
- c) Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d) En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R2 es válida, se deberá declarar que AX es inconstitucional y en el supuesto contrario se adoptará la decisión correspondiente.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G1-ALFA



c) *Síntesis Formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G1-Alfa*

La respuesta al problema G1 Alfa (G1-P α) sería: ***Debe declararse que Dx es inconstitucional por la forma*** (o, bien, lo contrario). Y la correspondiente *ratio decidendi Alfa*:

G1-RD α : Si se produce el acto procedimental-prescriptivo *AX* en las circunstancias *CAX*, entonces, está ordenado constitucionalmente declarar que *DX* es inconstitucional, ***DX.IFAX*** \rightarrow ***O;IF(DX)!*** (O, bien, lo contrario).

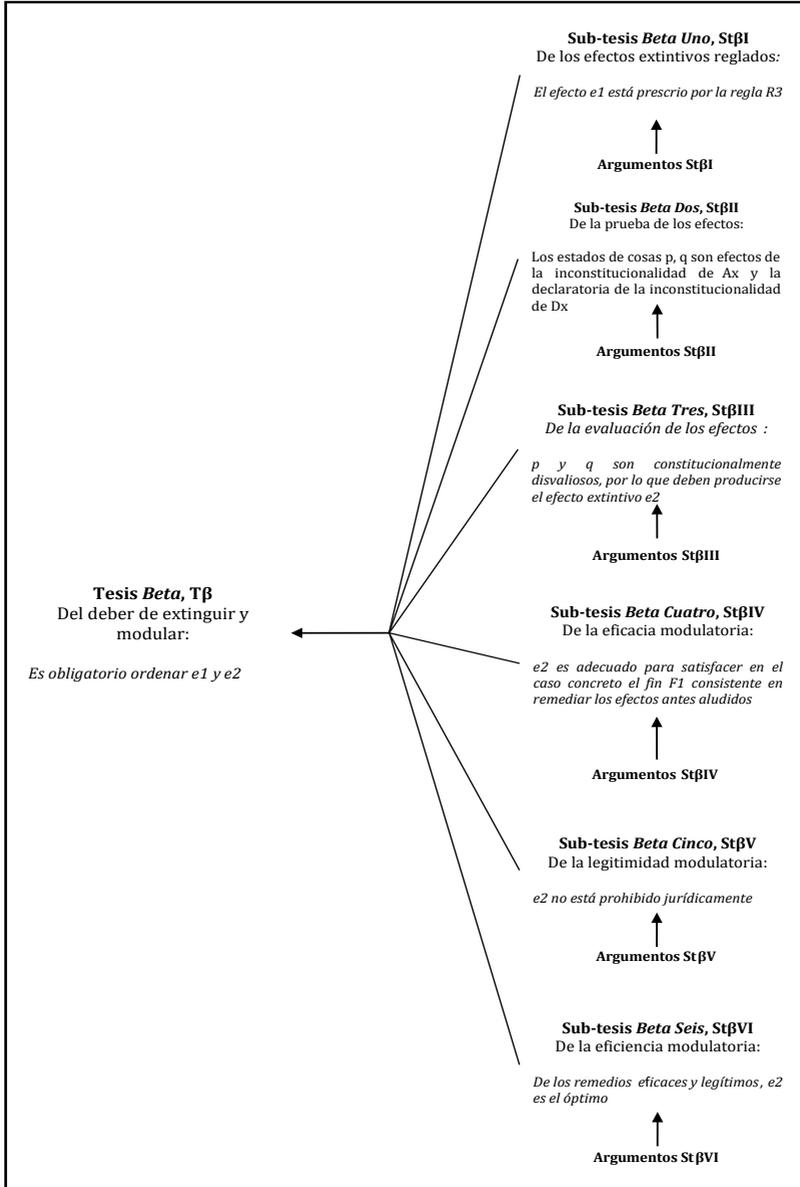
31. Esquema G1-Beta: del efecto extintivo y su modulación

a) *Pretensión G1-Beta*

PETTUM G1-BETA

Petitum G1 β : *¡Pido que se ordene el efecto extintivo e1 y/o el e2 para remediar los efectos de la inconstitucionalidad de Ax y de la declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx!*

TESIS (Y SUBTESIS) G1-BETA



b) *Ramal argumentativo G1-Beta*

PROBLEMA G1-BETA

G1-P β : ¿Qué medida(s) debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: remediar los efectos de la *inconstitucionalidad de Ax y de la declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx*?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las medidas de remediación pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad remediadora del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, la función remediadora de la jurisdicción podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la *adecuación*, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad remedial de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN G1-BETA UNO, DEL EFECTO EXTINTIVO REGLADO

G1-C β I: ¿Qué efectos extintivos están prescritos por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

R3: ¡IF(*AX*)!.*CAX* \rightarrow O(*E1*)

Esto es, si un acto procedimental-prescriptivo de la clase AX se declara inconstitucional por la forma en la clase de circunstancias CAX, entonces, es obligatorio adoptar el efecto extintivo tipo E1.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos ante *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R3.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el que se produzca una colisión entre los principios P5 y P6, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro

sentido, justificando respectivamente la validez o no de R3. Para sostener la preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se han de observar las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G1-CβI, del efecto extintivo reglado, interaccione con la cuestión G1-CβV, de la legitimidad moduladora.

CUESTIÓN G1-BETA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

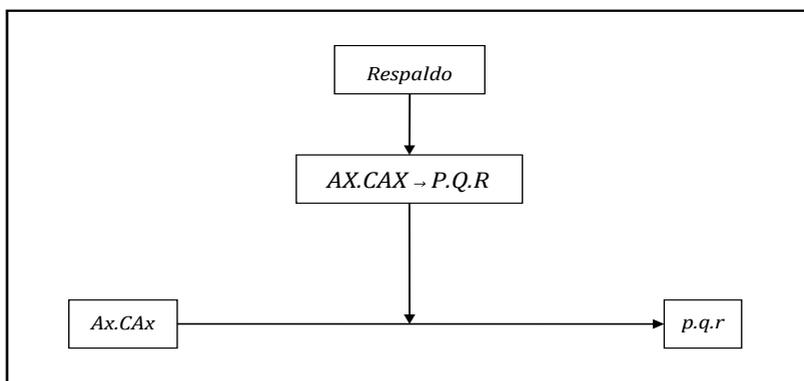
G1-CβII: ¿Qué estados de cosas son efectos de la inconstitucionalidad de Ax , y de la declaratoria de inconstitucional de Dx dadas sus circunstancias CAX ?

Cuando la respuesta al problema de la remediación no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el ya procedimiento *adecuativo*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los efectos de Ax : de su inconstitucionalidad y de la declaratoria de inconstitucionalidad de Dx . Esto plantea la cuestión de si el acto procedimental-prescriptivo Ax , a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p , q , r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos Ax y CAX se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p , q , r , pues se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de Ax y CAX , que podemos identificar como AX y CAX , indubitadamente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p , q , r , a los que podemos nombrar como P , Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$AX.CAX \rightarrow P.Q.R$$

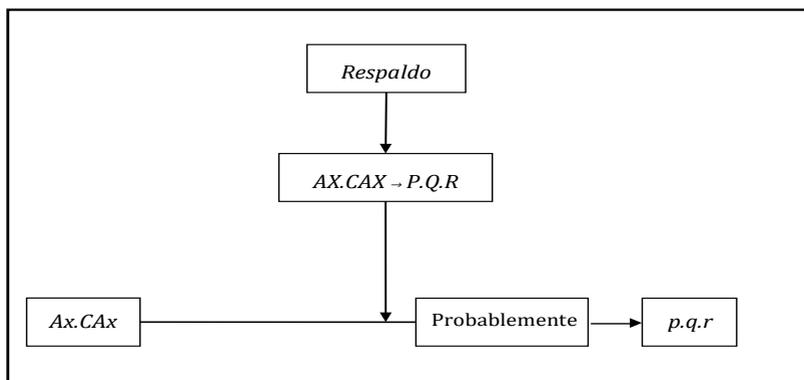
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de Ax y CAx llega a establecer como probados p , q , r no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$AX.CAX \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p, q, r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La inferencias así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna G1-C β I: la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $AX.CAX \rightarrow P.Q.R$? cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G1-C β I' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- a) Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- b) Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- c)Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los efectos de Ax (su inconstitucionalidad por la forma y la declaratoria de inconstitucionalidad de Dx), se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN G1 BETA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

G1-C β III: ¿Cuáles efectos de la inconstitucionalidad de Ax y de la declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen $p, q, r(P, Q, R)$, causadas por la clase de objeto de juzgamiento en la que se inscribe Ax (AX), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales. De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN G1 BETA CUATRO, DE LA EFICACIA MODULATORIA

G1-C β IV: ¿Cuáles medidas son adecuadas para satisfacer el fin $F1$, remediar P y Q ?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado $F1$: la remediación de los estados de cosas correspondientes a las clases P, Q, R , cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, E2, E3, E4, En.

CUESTIÓN G1 BETA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD MODULATORIA

G1-CβV: ¿Están prohibidos los efectos extintivos ya identificadas, E2, E3, E4, En?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento de F1, se busca saber si la adopción de cada uno de los medios eficaces disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R4.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios P7 y P8, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de P7, ya de P8, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G1-CβI, del efecto extintivo reglado, interaccione con la cuestión G1-CβV, de la legitimidad moduladora.

CUESTIÓN G1 BETA SEIS, DE LA EFICIENCIA MODULATORIA

G1-CβVI: ¿Cuál de esos efectos extintivos eficaces y legítimos es el óptimo?

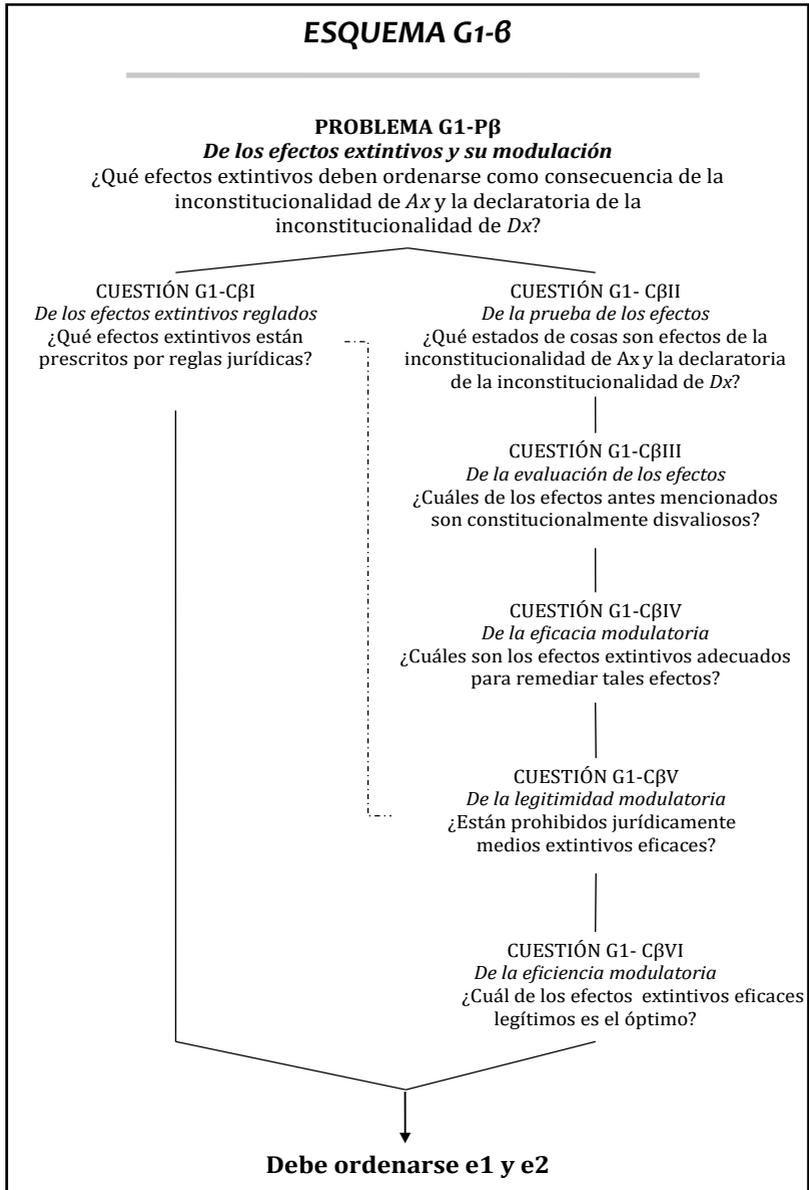
Nótese que antes se había identificado a E2, E3, E4 y En como clases de efectos extintivos eficaces para realizar F1, distinguiéndolos así de los ineficaces, es decir, de aquellos sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad*: un determinado efecto extintivo o está o no está jurídicamente prohibido. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: un cierto efecto extintivo puede ser más o menos eficiente que otro, aunque ambos sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo que la adopción de un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado en que la realización de un determinado fin se ve favorecido merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos –entre ellos el tiempo–

que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $E2 > E3 > En$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto $e2$ es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar $F1$. Consiguientemente, la respuesta al problema *Beta* de la *remediación*, G1-P β , incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, el efecto extintivo $e2$ –lo que se expresaría como O($e2$)– para remediar los efectos de Ax (los de su inconstitucionalidad formal y los de la declaratoria de inconstitucionalidad de Dx).

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad modulatoria* (G1-C β V) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G1-BETA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G1 Beta*

La respuesta al problema G1 Beta (G1-P β) sería: ***Debe ordenarse el efecto extintivo e1 y e2 para remediar los efectos de la inconstitucionalidad de Ax y de la declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx.*** Y la correspondiente *ratio decidendi Beta*:

G1-RD β : Si se ha declarado inconstitucional un acto procedimental-prescriptivo de la clase AX, acaecido en las circunstancias CAX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de efecto extintivo E1 (reglado) y/o E2 (discrecional) para remediarlo, ¡**IF(AX)!. CX \rightarrow O(E1, E2).**

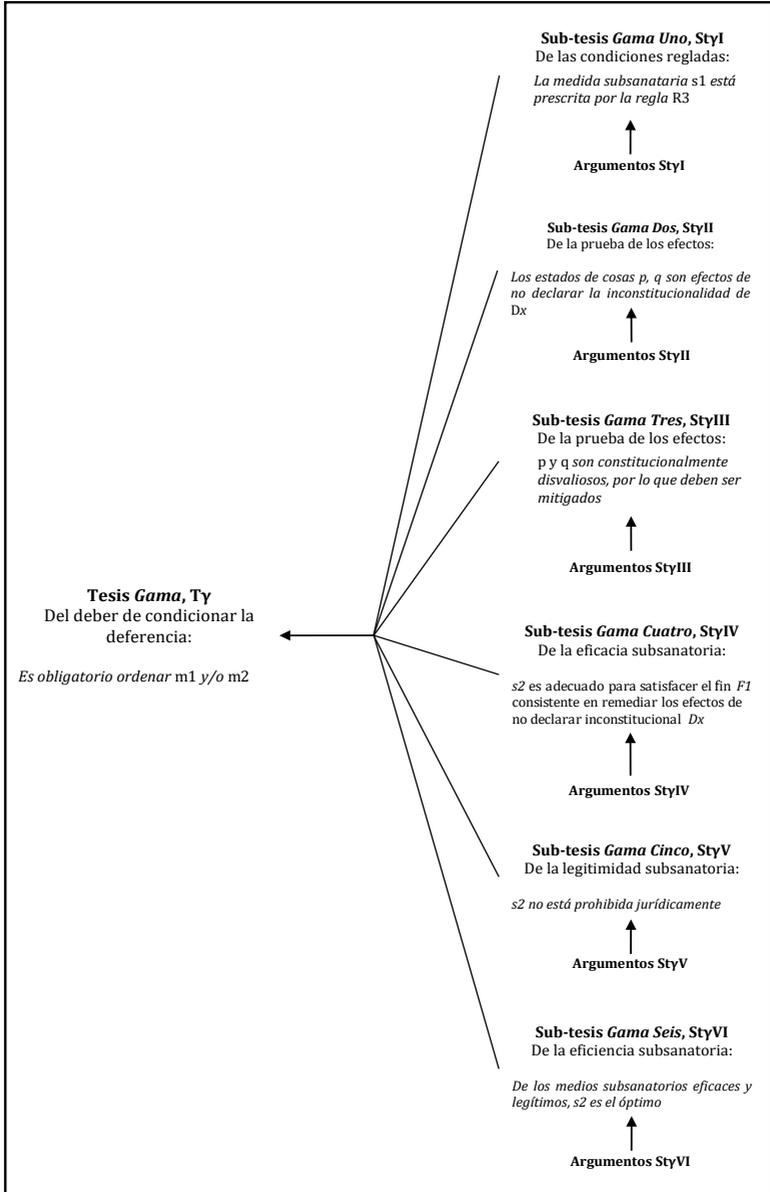
32. Esquema G1-Gama: de la subsanación procedimental

a) *Pretensión G1-Gama*

PETITUM G1-GAMA

Petitum G1 γ : ¡*Pido que se ordene la medida subsanatoria s1 y/o la s2 para mitigar los efectos de la no declaratoria de la inconstitucionalidad por la forma de Dx!*

TESIS (Y SUBTESIS) G1 GAMA



b) *Ramal Argumentativo G1 Gama*

PROBLEMA G1-GAMA

G1-Pγ: ¿Qué medida(s) subsanatorias debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: mitigar los efectos de no declarar la inconstitucionalidad por la forma de *Dx* y así ordenar la deferencia a la autoridad normativa ordinaria?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las condiciones a la deferencia pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, la función condicionante de la jurisdicción podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la adecuación, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad mitigadora de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN G1-GAMA UNO, DE LA SUBSANACIÓN REGLADA

G1-CβI: ¿Qué medidas subsanatorias están prescritas por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

R3: $\neg_i \text{IF}(AX)!. \text{IF}(AX).CAX \rightarrow O(S1)$

Esto es, si un acto procedimental-prescriptivo de la clase *AX* no se declara inconstitucional por la forma, a pesar de serlo, en la clase de circunstancias *CAX*, entonces, es obligatorio adoptar la medida tipo *S1*.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R3.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el

que se produzca una colisión entre los principios P5 y P6, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido, justificando respectivamente la validez o no de R3. Para sostener la preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G1-CyI, de la convalidación o subsanación regladas, interaccione con la cuestión G1-CyV, de la legitimidad subsanatoria.

CUESTIÓN G1-GAMA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS EFECTOS DEFERENCIALES

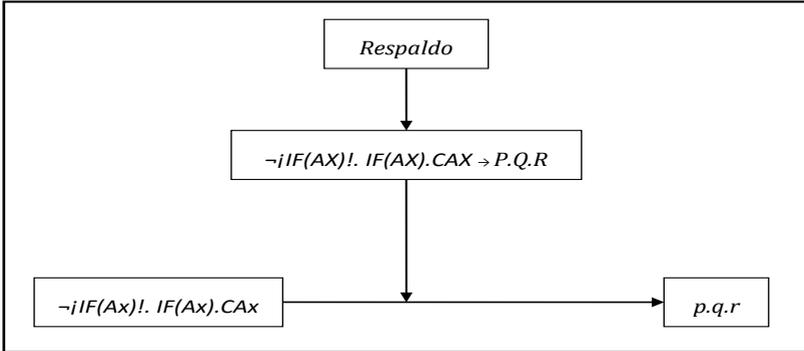
G1-CyII: ¿Qué estados de cosas son efectos de la no declaratoria de la inconstitucionalidad por la forma de Dx , dadas sus circunstancias Cx ?

Cuando la respuesta al problema de la deferencia condicionada no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el ya advertido procedimiento de *adecuación*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad por la forma de Dx . Esto plantea la cuestión de si a esa omisión, a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p , q , r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de la no declaratoria de inconstitucionalidad por la forma de Dx , pero de la consideración –por parte del mismo juez– de que Ax es inconstitucional y en las circunstancias Cx , se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p , q , r , debido a que se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre una omisión de tal clase, que podemos identificar como $\neg_1!IF(Ax)!.IF(Ax).CAX$, indubitablemente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p , q , r , a los que podemos nombrar como P, Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$\neg_1!IF(Ax)!.IF(Ax).CAX \rightarrow P,Q,R$$

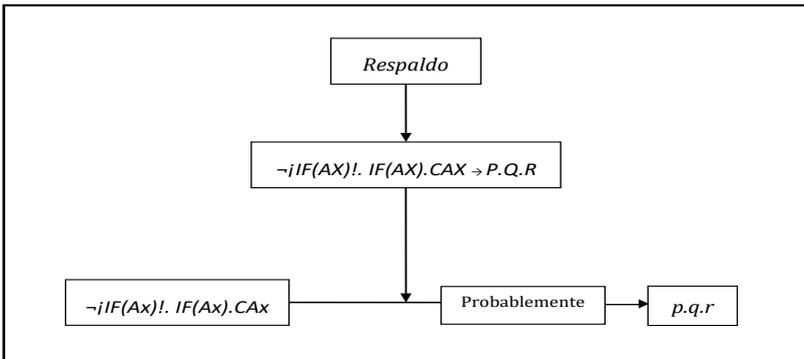
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de los hechos $\neg!IF(x)!$, $IF(x)$, y CAX llega a establecer como probados p , q , r , no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$\neg!IF(AX)!. IF(AX).CAX \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p, q, r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La presunciones judiciales así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna G1-C γ I^o: la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $\neg \text{IF}(AX)$!. IF(AX).C.AX \rightarrow P,Q,R?: cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G1-C γ I^o deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- a) Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- b) Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- c)Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad por la forma de D x , se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN G1-GAMA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DEFERENCIALES

G1-C γ III: ¿Cuáles efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad formal de D x son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen p, q, r (P, Q, R), causadas por la no declaratoria de la inconstitucionalidad de la clase a la que pertenece Ax (AX), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales.

De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN G1-GAMA CUATRO, DE LA EFICACIA SUBSANATORIA

G1-C γ IV: ¿Cuáles medidas son adecuadas para satisfacer el fin F1, mitigar P y Q?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado Ff : la mitigación

de los estados de cosas correspondientes a las clases P, Q, R, cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, S2, S3, S4, Sn.

CUESTIÓN G1-GAMA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD SUBSANATORIA

G1-CγV: ¿Están prohibidas las medidas subsanatorias eficaces ya identificadas, S2, S3, S4, Sn?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento del F1. Se busca saber si la adopción de cada uno de los medios eficaces disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R4.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios P7 y P8, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de P7, ya de P8, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G1-CγI, de la convalidación o subsanación regladas, interaccione con la cuestión G1-CγV, de la legitimidad subsanatoria.

CUESTIÓN G1-GAMA SEIS, DE LA EFICIENCIA SUBSANATORIA

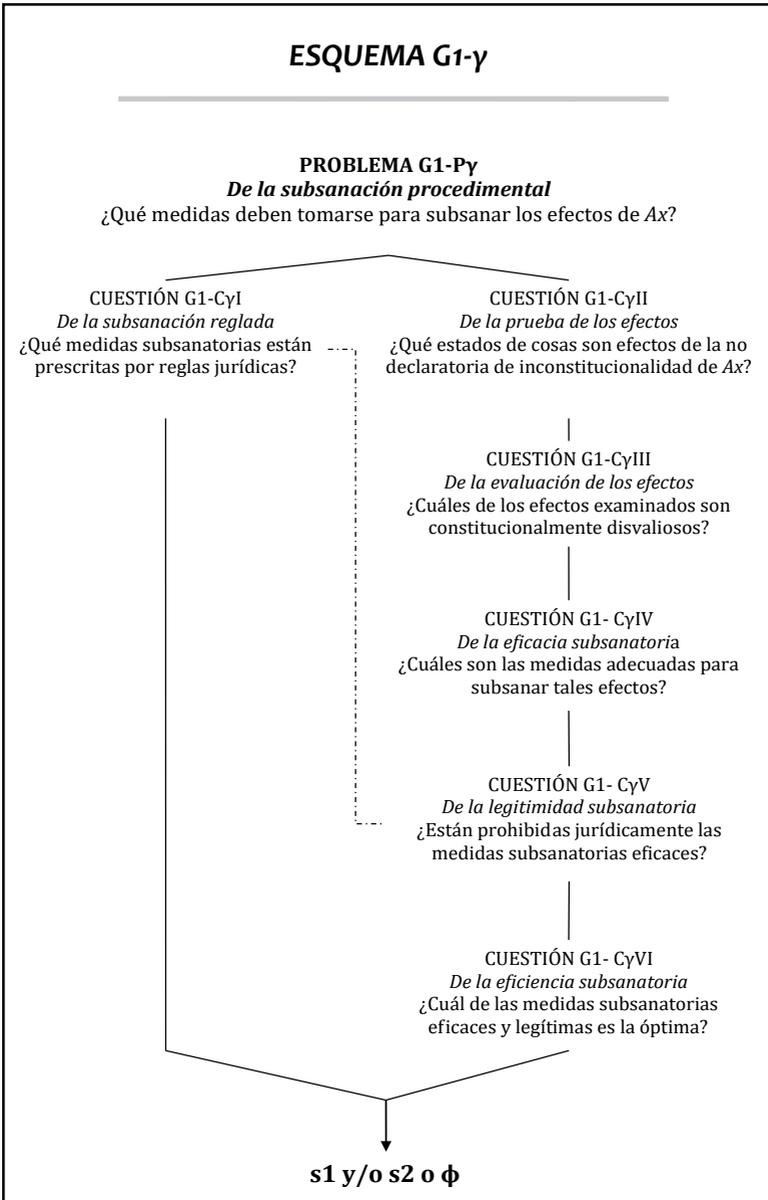
G1-CγVI: ¿Cuál de esas medidas subsanatorias eficaces y legítimas es la óptima?

Nótese que antes se había identificado a S2, S3, S4 y Sn como clases de medidas eficaces para realizar F1, distinguiéndolas así de las ineficaces, es decir, de aquellas sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad*: una determinada medida o está o no está jurídicamente prohibida. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: una cierta medida puede ser más o menos eficiente que otra, aunque ambas sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo que la adopción que un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado en que la realización de un determinado fin se ve favorecida merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos —entre ellos el tiempo— que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $S_2 > S_3 > S_n$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto s_2 es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar $F1$. Consiguientemente, la respuesta al problema *Gama* de la *convalidación o subsanación procedimentales*, $P\gamma$, incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, la medida subsanatoria s_2 —lo que se expresaría como $O(s_2)$ — para mitigar los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad de Dx . Podría, sin embargo, concluirse que no está justificada la adopción de ninguna medida.

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia subsanatoria* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el que mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad subsanatoria* (G1-C γ V) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia subsanatoria. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G1-GAMA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G1 Gama*

La respuesta al problema G1-Gama (P γ) sería, o bien: ***Debe ordenarse la medida subsanatoria s1 y/o s2 para remediar los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad por la forma de Dx.*** O bien: ***No debe ordenarse medida subsanatoria alguna para remediar los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad por la forma de Dx.*** Naturalmente, en el primer caso, la deferencia habrá sido condicionada, mientras que en el segundo, no.

Correspondientemente, la *ratio decidendi* Gama sería, o bien:

G1-RD γ ': Si no se ha declarado inconstitucional por la forma una disposición jurídica de la clase DX, a pesar de que lo es, y teniendo en cuenta las circunstancias CAX, entonces, es obligatorio condicionar la deferencia a la adopción la clase de medio subsanatorio S1 (reglado) y/o S2 (discrecional) para mitigarlo, $\neg \text{IF}(DX)!. \text{IF}(DX).CAX \rightarrow \text{O}(S1, S2)$.

O bien:

G1-RD γ '': Si no se ha declarado inconstitucional por la forma un acto procedimental-prescriptivo de la clase AX, a pesar de que lo es y teniendo en cuenta las circunstancias CAX, entonces, no es obligatorio condicionar la deferencia a la adopción de medida alguna, $\neg \text{IF}(DX)!. \text{IF}(DX).CAX \rightarrow \neg \text{O}(Sn)$.

33. La decisión y los perfiles de la G1

Concordantemente con lo expuesto, son varios los supuestos a considerar con miras a establecer cuál es la decisión que debe tomarse como resultado de la aplicación de la Guía Uno G1, y según ello definir cuál es el particular perfil que adopta G1 en el caso sub examen.

a) *Perfil decisional G1-A*

Primer supuesto: Si, como respuesta a G1-C α I, la cuestión de la prueba del acto procedimental-prescriptivo, se determina que no se ha probado Ax y/o CAx, la decisión sería:

*¡No se declara que **Dx** es inconstitucional por la forma!*

Si esto sucede, G1 tendría un *perfil decisional* A, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Uno: **G1-A**.

b) *Perfil decisional G1-B*

Segundo supuesto: Si, como respuesta a G1-C α II, la cuestión de la inconstitucionalidad del acto procedimental-prescriptivo, se determina que Ax no está prohibido constitucionalmente, la decisión sería:

*¡No se declara a **Dx** inconstitucional por la forma!*

Si esto sucede, G1 tendría un *perfil decisional* B, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Uno: **G1-B**.

c) *Perfil decisional G1-C*

Tercer supuesto: Si, como respuesta a G1-C α III, se determina que debe declararse que **Dx** es inconstitucional por la forma, la decisión sería:

*¡Se declara a **Dx** inconstitucional por la forma!*

Luego, se pasaría a considerar el problema *Beta*, como resultado de lo cual habría que adoptar, además, la decisión:

¡Se ordena el remedio e1 y/o e2!

Si ambos tipos de decisión concurren, G1 tendría un *perfil decisional* C, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Uno: **G1-C**.

d) *Perfil decisional G1-D*

Cuarto supuesto: Si, como respuesta a G1-C α III, de la deferencia a la autoridad normativa ordinaria, o de la convalidación y subsanación procedimentales, se determina que no debe declararse que **Dx** es inconstitucional por la forma a pesar de serlo, la decisión sería:

*¡No se declara a **Dx** inconstitucional por la forma!*

A continuación, habría que plantearse el problema G1 *Gama* P γ , de la convalidación o subsanación procedimentales. Y si ésta fuera respondida afirmativamente, es decir, en el sentido de que sí cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida que mitigue los efectos de no declarar la inconstitucionalidad de la forma de *Dx*, entonces habría que adoptar una decisión adicional:

¡Se ordena la condición s1 y/o s2!

G1 tendría un *perfil decisional* D, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Uno: **G1-D**.

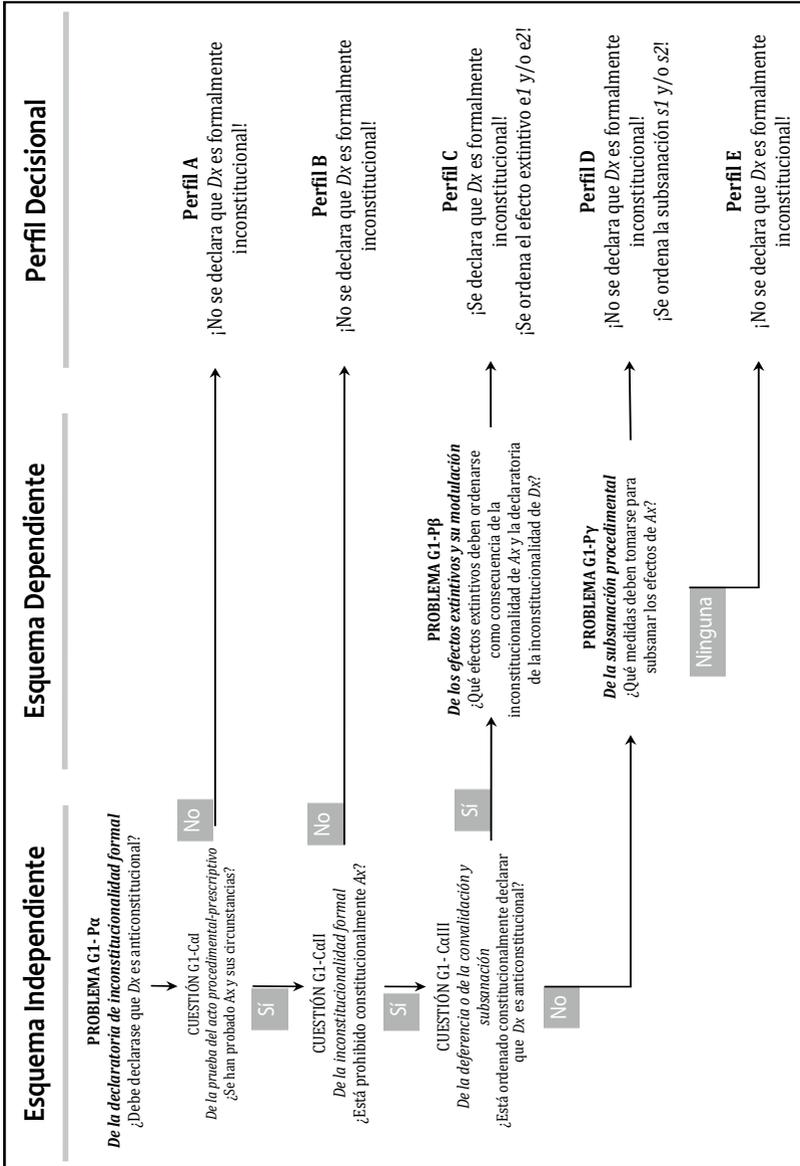
e) *Perfil decisional G1-E*

Quinto supuesto: Si, como respuesta a G1-C α III, la cuestión de la deferencia a la autoridad normativa ordinaria, o de la convalidación y subsanación procedimentales, se determina que no debe declararse que *Dx* es inconstitucional por la forma a pesar de serlo, la decisión sería:

*¡No se declara a **Dx** inconstitucional por la forma!*

A continuación, habría que plantearse el problema G1 *Gama* P γ , de la convalidación o subsanación procedimentales. Y si ésta fuera respondida negativamente, es decir, en el sentido de que no cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida que mitigue los efectos de no declarar la inconstitucionalidad por la forma de *Dx*, entonces G1 tendría un *perfil decisional* E, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Uno: **G1-E**.

f) *Diagrama de perfiles*



g) *Variedad de árboles: Perfiles de G1*

Coherentemente con lo anterior y simétricamente a la Guía General, ahora podemos dar cuenta de la variedad de árboles argumentativos de G1: G1-A; G1-B; G1-C; G1-D; G1-E.

34. Materiales de estudio: casos útiles para la aplicación didáctica de la G1

CASO: LEY DE MINERÍA

(Sentencia No. 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

La CONAIE y otras comunidades de la provincia del Azuay, demandaron la inconstitucionalidad de la Ley de Minería, **por la forma**, debido a que, según manifiestan, se violó el derecho a la consulta previa pre-legislativa de las nacionalidades indígenas, puesto que no se efectuó ninguna consulta previa; así como también el principio de división y jerarquía de la leyes ya que la disposición final segunda de la cuestionada ley estipula “*prevalece sobre otras leyes y solo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra Ley destinada específicamente a tales fines*”; y **por el fondo** dado que la ley atenta en contra del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas porque contiene preceptos que permiten el desplazamiento, la división y el gravamen de su territorio, mediante la declaratoria de utilidad pública y el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres para la actividad minera. En cuanto al **control formal** de constitucionalidad la Corte Constitucional determinó que al no existir un cuerpo normativo que regule los parámetros de la consulta pre-legislativa, el procedimiento legislativo de debate y aprobación que dio lugar a la promulgación a la ley guarda conformidad con lo establecido en la Constitución, por lo que desechó la impugnación de inconstitucionalidad por la forma. Decidió también que la consulta pre-legislativa es de carácter sustancial y no formal, puesto que constituye un derecho constitucional de carácter colectivo contenido en el Art. 57.17 de la Constitución. La sentencia fue aprobada con ocho votos de mayoría, salvando su voto la jueza Nina Pacari, quien –al contrario, del voto de mayoría – considera que la disposición acusada sí adolece de inconstitucionalidad por la forma debido a que viola el derecho previsto en el art. 57.7 de la Constitución, puesto que no se efectuó la consulta pre-legislativa. Añade que la Ley de Minería también es inconstitucional por la forma porque “no se puede concebir que la Disposición Final Segunda de la Ley de Minería establezca prerrogativas (...) colocándola jerárquicamente por encima de otras leyes”.

En este apartado no describimos la decisión adoptada por la Corte respecto de la alegada inconstitucionalidad por el fondo ya que no corresponde a la G1 *de la inconstitucionalidad por la forma*, decisión que en todo caso describiremos, en el capítulo que sigue, luego de abordar la G2 *de la inconstitucionalidad por el fondo*.

CASO: FONDOS DE JUBILACIÓN

(Sentencia No. 005-10-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

Se demandó la inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de los Decretos Ejecutivos Nos. 1406, 1493, 1647, 1675 y 1684, mediante los cuales se dispuso que a partir del 1 de enero de 2009, no se egresarán recursos del presupuesto general del estado para financiar fondos de jubilación patronal y de cesantía privada para entidades del sector público, porque no le corresponde al Ejecutivo suprimir transferencias legítimamente establecidas por ley, ya que al hacerlo se infringe el principio de jerarquía normativa, pues tales potestades son de la Asamblea Nacional. Agregan que los decretos ejecutivos acusados también violan el derecho a la jubilación complementaria, puesto que transgreden la transitoria vigésima primera de la Constitución. En cuanto a los posibles problemas de constitucionalidad por la forma, la Corte Constitucional señaló que el Decreto Ejecutivo No. 1684, al aclarar que los decretos ejecutivos que le anteceden “no son aplicables a todos aquellos fondos de jubilación y cesantía que hubieren sido creados por ley” corrige el defecto de forma en que éstos incurrieron, al dejar sin efecto disposiciones con rango de ley –de superior jerarquía a los decretos ejecutivos– que contienen la creación de jubilaciones complementarias, superando así la inconstitucionalidad configurada por contravenir el orden jerárquico normativo. Por la razón manifestada en el caso de referencia anterior, no describimos aquí, la respuesta de la Corte Constitucional a la acusada inconstitucionalidad por el fondo de los decretos ejecutivos cuestionados.

CASO: CONTRATACIÓN COLECTIVA

(Sentencia No. 009-10-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

En este caso se dispuso la acumulación de diez casos en virtud de la identidad de sujeto pasivo, objeto y acción de las mismas. Los actores (representantes sindicales) demandan la inconstitucionalidad de los Decretos Ejecutivos (DE) Nos. 1396, 1701 y de los Acuerdos Ministeriales del Ministerio de Relaciones Laborales Nos. 00080 y 00155A porque modifican la Disposición Transitoria Tercera del Mandato Constituyente No. 8, sin que las autoridades emisoras de

tales disposiciones tengan la potestad para ello, y en base a lo cual se realizó una inconstitucional e ilegal –al decir de los demandantes– revisión de contratos colectivos, lo que trae aparejado la violación al derecho a la contratación colectiva. La Corte Constitucional decidió que el DE No. 1396 no transgrede la intangibilidad de los derechos de los trabajadores, pero sí infringe los principios de reserva de ley y de jerarquía normativa, pues la vía utilizada por el Ejecutivo, para reformar el plazo de 180 días a un año contemplado en el Mandato Constituyente, no es la correcta. De la misma manera el DE No. 1701 es inconstitucional al atentar contra el principio de reserva de ley, porque la vía utilizada por el Ejecutivo para dar viabilidad al Mandato Constituyente No. 8 no es la adecuada, pues al tratarse de la revisión de contratos colectivos en los cuales se encuentran involucrados derechos fundamentales de los trabajadores opera el principio de reserva de ley (debió presentar un proyecto de ley). La Corte Constitucional, con igual criterio, considera que varias de las disposiciones de los Acuerdos Ministeriales 00080 y 00155A son también inconstitucionales. No obstante como los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad pueden ocasionar mayores perjuicios y como no se puede soslayar la voluntad del constituyente expresada en el Mandato Constituyente No. 8, “haciendo uso de los métodos de interpretación propios del nuevo Estado Constitucional de derechos y de justicia se emple[ó] para modular el efecto del fallo (...) sentencia de inconstitucionalidad diferida”, de tal forma que los DE debían permanecer vigentes hasta que se apruebe la reforma correspondiente (p. 42, 43). Así, mediante sentencia la Corte Constitucional, con el voto de mayoría de seis de sus miembros, declaró la inconstitucionalidad con efecto diferido por el plazo de 12 meses del DE No.1396 y la parte que corresponde del DE No.1701, declaró la constitucionalidad de los Acuerdos Ministeriales 00080 y 00155A, con excepción de las disposiciones normativas que vulneran los principios constitucionales a la reserva de ley y el debido proceso, respectivamente. Y finalmente, mientras se expida la ley respectiva, dispuso los principios por los cuales deberán regirse las revisiones de los contratos colectivos. Los jueces Hernando Morales, Manuel Viteri y Alfonso Luz Yunes, salvaron su voto pues consideraron que la decisión que debió adoptarse es la de declarar la inconstitucionalidad.

CASO: ORDENANZA SOBRE EL SERVICIO DE TAXI EJECUTIVO EN LOJA

(Sentencia No. 001-12-SIA-CC, de la Corte Constitucional de Transición)

Se demandó la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal que planifica, regula y controla el transporte en taxi ejecutivo en el cantón Loja porque, al decir de los accionantes, con dicha Ordenanza se violan varias normas constitucionales

y legales, además de que no se observó el trámite que corresponde porque el Municipio de Loja no tiene facultad para conceder cupos de operación para el servicio de taxi ejecutivo. Para resolver la Corte Constitucional consideró que el Concejo Municipal de Loja y su Alcalde observaron el trámite que corresponde para la emisión de ordenanzas, por lo que no existe inconstitucionalidad por la forma. La descripción del análisis de fondo efectuado por la Corte no corresponde abordar con respecto a este tipo de Guía.

CASO: ACUERDO MINISTERIAL QUE REGULA LA PUBLICIDAD COMERCIAL, PROPAGANDA EN LAS VÍAS

(Sentencia No. 15-12-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

Los accionantes demandaron la inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial No. 010 que regula la publicidad comercial, propaganda en las vías que conforman la red vial estatal, emitido por el Ministro de Transporte y Obras Públicas, el 24 de enero de 2008, porque es inconstitucional de forma, debido a que el Ministro se arrogó atribuciones que no tiene; y de fondo, dado que regula el ejercicio de derechos fundamentales (libertades de prensa y contratación, publicidad) que exigen ley orgánica para su ejercicio. En cuanto al análisis de forma, la Corte Constitucional señaló que *“los vicios de forma se determinan cuando la norma subordinada a la Constitución no ha seguido el procedimiento previsto en el texto constitucional para su formación (...) En la especie, el análisis no corresponde a la jurisdicción constitucional, sino a la contencioso administrativa, al tratarse de una eventual revisión de legalidad...”* y entonces decidió negar la demanda de inconstitucionalidad por la forma. La descripción del análisis de fondo efectuado por la Corte no corresponde efectuarlo dentro de la G1.

CASO: DECRETOS EJECUTIVOS RESPECTO DEL ESTABLECIMIENTO DE MISIONES CATÓLICAS EN TERRITORIOS INDÍGENAS

(Sentencia No. 005-11-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

Se acumularon los casos 0046-09-IN y 0071-09-IN, por los que en el primero Martha Roldós Bucaram, y en el segundo Azucena Soledispa y otros, demandaron la inconstitucionalidad por la forma y por el fondo de los Decretos Ejecutivos Nos. 1780 y 15. La acción que corresponde al caso 0046-09-IN sostuvo que los decretos ejecutivos acusados son inconstitucionales porque violan varias disposiciones de la Constitución y de la Declaración Universal de Derechos Humanos (el Ecuador es un estado intercultural,

pluricultural y laico, derecho a la salud, derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas). Por su parte la demanda del caso 0071-09-IN señaló que los decretos ejecutivos son inconstitucionales, ya que desconocen la supremacía constitucional, el principio de soberanía estatal y hacen que el Estado ceda su poder y autodeterminación a misiones de la iglesia católica, autorizando que éstas se establezcan en las circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas y realicen, sin ningún control, funciones que constitucionalmente le corresponden al Estado. En cuanto al análisis de forma, la Corte Constitucional consideró que “...por su contenido, el Decreto Ejecutivo N° 1780, así como el Decreto Ejecutivo N° 15, que lo reformó, en primer lugar, no reúnen los requisitos de actos normativos con efectos generales y abstractos, en tanto constituyen una delegación expresa a un ministro de Estado, para que ejerza una acción concreta, formulándose ciertos parámetros para el efecto (...) en cuyo caso se trata de un acto normativo de carácter particular, porque está dirigido a determinada persona (...). De esta forma, los actos jurídicos de carácter particular no se integran al control constitucional que realiza la Corte Constitucional [tomando en consideración ello] (...) tampoco es posible determinar que se trate de alguna de las materias que la Constitución de la República establece que sean aprobadas mediante ley orgánica”, en tal virtud la Corte resolvió rechazar la demanda de inconstitucionalidad por la forma, con el voto de mayoría de cinco jueces y los votos salvados de los jueces Hernando Morales y Alfonso Luz Yunes, quienes respecto de la acusada inconstitucionalidad por la forma señalaron que conforme lo determina el Art. 133.2 de la Constitución “el límite a la potestad ejecutiva se encuentra en el ámbito del ejercicio de los derechos constitucionales” y que el mencionado artículo también menciona el procedimiento para la formación de leyes orgánicas; que los decretos ejecutivos impugnados regulan el ejercicio de varios derechos constitucionales, como la libertad, la comunicación e información, cultura, educación, derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, vulnerándose el principio de reserva de ley orgánica, pues el órgano competente para expedir normas bajo esta categoría es la Asamblea Nacional, para lo cual debe seguirse el procedimiento que la Constitución contempla para la promulgación y reforma de leyes orgánicas, evidenciándose que los decretos ejecutivos acusados son inconstitucionales por la forma. La descripción de la respuesta que da la Corte a la acusada inconstitucionalidad de los Decretos Ejecutivos Nos. 1780 y 15 por el fondo, no se la hace constar por la razón manifestada respecto de los otros casos de referencia.

CASO: ART. 164 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

(Sentencia No. 009-12-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

Los accionantes demandaron la inconstitucionalidad de la frase “el arraigo o la prohibición de ausentarse” del Art. 164 del Código Tributario porque viola dos normas constitucionales, la una por el fondo (Art. 66.14) que garantiza el derecho de las personas a transitar libremente por el territorio nacional; y la otra, por la forma puesto que transgrede el Art. 133.1 al requerirse una ley orgánica para regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. En cuanto a la demandada inconstitucionalidad de forma, la Corte Constitucional observó que tal demanda carece de sustento constitucional y legal, ya que el Código Tributario sí tiene el carácter de ley orgánica, puesto que así lo dispuso la Asamblea Constituyente, a través del Mandato Constituyente No. 1. No corresponde incluir aquí la descripción del análisis de la demanda de inconstitucionalidad por el fondo que realiza la Corte en este caso.

CASO: LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN DE SOBERANÍA ALIMENTARIA

(Sentencia No. 024-12-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

Acción Ecológica y otros demandaron la inconstitucionalidad, por la forma y por el fondo de los artículos 3 literal d), 6, 16, 20, 26, 28, 32, 33, 34, 35, disposición transitoria primera y segunda, y disposición derogatoria primera de la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria. Arguyeron que existe inconstitucionalidad de forma, por cuanto los citados artículos provienen de la objeción parcial efectuada por el Presidente de la República al proyecto de ley y entraron en vigor por el ministerio de la ley, sin que exista ni allanamiento ni ratificación en el texto original por parte de la Comisión Legislativa y de Fiscalización. Y los problemas de constitucionalidad por el fondo, según los accionantes, se deben a que se habrían vulnerado los artículos 281, 15, 413, 406, 395 numeral 1, 3 numeral 5, 11 numeral 2, 304 numeral 4, 336, 281 numeral 1, 304 numeral 6, 335, 341, 401, 156, 57 numeral 8, 61 numerales 2 y 7, 96, 95 y 73 de la Constitución. Para resolver, la Corte Constitucional consideró que la demanda se basa fundamentalmente en el veto parcial del Presidente de la República a la Ley demandada. En cuanto a la alegada inconstitucionalidad de forma, señala la Corte Constitucional, que los demandantes no tomaron en cuenta que nuestro sistema constitucional otorga expresamente la facultad de objetar parcialmente los proyectos aprobados por la Asamblea Nacional al Presidente de la República, para lo cual éste debe presentar el respectivo texto alternativo y los efectos de la objeción son

determinados constitucionalmente, pues ante el veto presidencial la Asamblea tiene dos opciones a saber: o ratificarse en el proyecto originalmente aprobado (con el voto de las dos terceras partes de sus integrantes), o allanarse a las objeciones y sus correspondientes textos alternativos (con el voto de la mayoría simple). Si la Asamblea Nacional no logra la votación requerida, para cualquiera de las dos opciones (ratificación o allanamiento expreso), se entiende allanado (Art. 64 de la Ley Orgánica de la Función Judicial), por lo que en este caso no hay inconstitucionalidad de forma. Por el motivo ya señalado, no incluimos la resolución de la Corte sobre la pretendida inconstitucionalidad por el fondo.

35. Disposiciones legales y constitucionales de referencia

Las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aplicables a la *G1 de la inconstitucionalidad por la forma* son, respectivamente:

a) Disposiciones constitucionales:

- Arts. 132 a 140 sobre la aprobación de leyes y normas;
- Art. 147.11, 147.12, 147.13 respecto de la iniciativa legislativa, sanción de los proyectos de ley y expedición de reglamentos;
- Art. 166 que contiene el procedimiento para declarar el estado de excepción;
- Art. 301 reserva de ley;
- Art. 425 orden jerárquico de las leyes;
- Art. 436.2, 436.3, 436.4 sobre acciones públicas de inconstitucionalidad;
- Art. 84 adecuación formal y material de las normas jurídicas a los derechos;
- Art. 426 aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución;
- Art. 427 sobre interpretación de las normas constitucionales;
- Art. 439 acciones constitucionales; y,
- Art. 440 respecto del carácter definitivo de las sentencias de la Corte Constitucional.

b) Disposiciones legales:

- Art. 2 sobre los principios de la justicia constitucional;
- Art. 3 métodos y reglas de interpretación constitucional;
- Art. 4 principios procesales;
- Art. 5 modulación de los efectos de las sentencias;
- Art. 74 control abstracto de constitucionalidad;
- Art. 75 competencia;

- Art. 76 que contiene los principios y reglas generales, como el de control integral, pro *legislatore*, interpretación conforme, etc;
- Art. 77 legitimación;
- Art. 78 plazo;
- Art. 79 contenido de la demanda;
- Art. 80 admisibilidad;
- Art. 81 sorteo;
- Art. 82 acumulación de demandas;
- Art. 83 inadmisión;
- Art. 84 rechazo;
- Art. 85 intervenciones públicas;
- Art. 86 información para resolver;
- Art. 87 audiencia;
- Art. 88 posibilidad de que las juezas o jueces de la Corte puedan presentar sus criterios, al ponente, sobre el proceso;
- Art. 89 proyecto de sentencia;
- Art. 90 deliberación y decisión;
- Art. 91 sobre el contenido de la sentencia;
- Art. 92 votos concurrentes y salvados;
- Art. 93 publicación de autos, sentencias y demás providencias;
- Art. 94 recursos de aclaración y ampliación;
- Art. 95 efectos de la sentencia: retrotraído, diferido o postergado;
- Art. 96 efectos del control de constitucionalidad;
- Art. 97 que contiene reglas procesales especiales;
- Art. 98 regla general de la acción pública de inconstitucionalidad;
- Arts. 128 a 130 sobre el control constitucional de las omisiones normativas; y,
- Arts. 135 a 140 respecto del control constitucional de actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general.

Capítulo V

Guía particular DOS, G2:
Árbol de la inconstitucionalidad sustantiva

**GUÍA PARTICULAR DOS, G2: ÁRBOL DE LA
INCONSTITUCIONALIDAD SUSTANTIVA
(Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)**

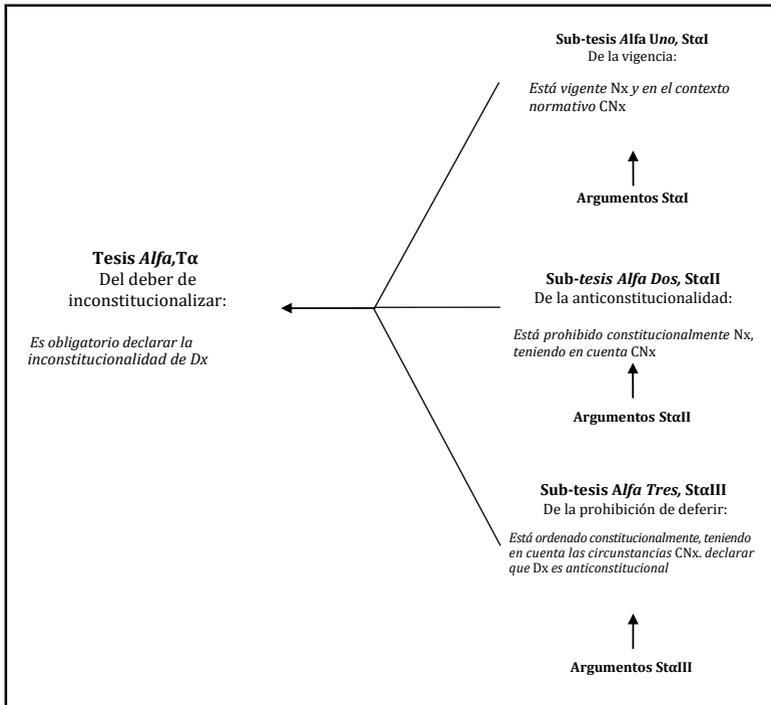
36. Esquema G2-Alfa: de la declaratoria de inconstitucionalidad sustantiva

a) *Pretensión G2-Alfa*

PETITUM G2-ALFA

Petitum G2- α : *¡Pido que se declare que la disposición jurídica Dx es sustantivamente inconstitucional!*

TESIS (Y SUBTESIS) G2 ALFA



b) *Ramal argumentativo G2-Alfa*

PROBLEMA G2-ALFA

G2-P α : ¿Debe declararse que la norma acusada Nx es sustantivamente inconstitucional?

La respuesta depende de cómo se resuelvan las tres cuestiones que pasamos a desarrollar:

CUESTIÓN G2-ALFA UNO, DE LA VIGENCIA DE LA NORMA ACUSADA

G2-C α I: ¿Está vigente la norma acusada Nx en el contexto normativo CNx ?

Al tratarse de un problema de prueba, esta cuestión alude a la *premisa fáctica* del silogismo jurídico que se expusiera en el Capítulo I; en otras palabras, versa sobre la *veracidad* de los *hechos* que la *pretensión* alega (específicamente la Sub-tesis G2-*Alfa Uno*, G2-St α 1), y no sobre la *corrección* de una determinada *interpretación* del *Derecho*. Para nuestra G2, la cuestión de la prueba de los hechos versa sobre dos elementos fácticos: el hecho de la vigencia de la norma acusada, Nx en el contexto normativo CNx . Ambos elementos son, pues, los *hechos centrales del caso*.

A la hora de resolver la cuestión de la prueba de los hechos, necesariamente entrará en juego un argumento acerca de la *carga de la prueba y su estándar*. Este dotará de un marco para el despliegue de los argumentos propiamente empíricos.

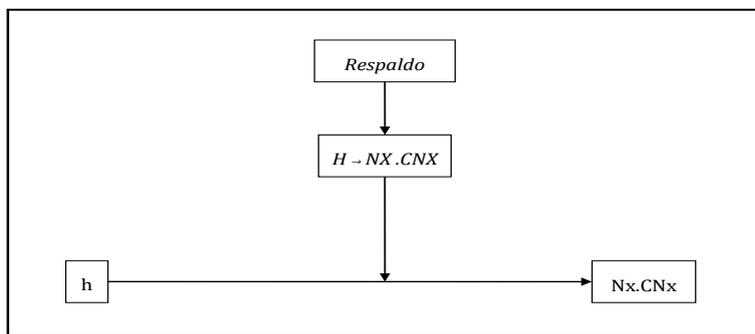
Por lo que respecta a estos últimos, en el citado Capítulo también se presentó la distinción entre casos fáciles y difíciles, según ellos requieran —respectivamente— sólo de justificación interna, o adicionalmente de justificación externa; y que la facilidad o dificultad podía predicarse tanto de la premisa normativa cuanto de la fáctica. Por lo que respecta a la premisa normativa, ya se ha dicho que en los casos *normativamente fáciles* ésta no precisa de fundamentación estrictamente hablando, por lo que su aplicación por vía de *subsunción* (justificación interna) basta para sostener la decisión, mientras que en los casos *normativamente difíciles*, hay la necesidad de fundamentar la premisa normativa, por lo que además de aquello hace falta recurrir a ejercicios de *ponderación* para tal efecto. Pues bien, ¿qué sucede en lo que respecta a la premisa fáctica?

En un caso *fácticamente fácil*, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos se colige de manera necesaria e inmediata a partir de los medios de prueba

disponibles en el proceso (la llamada prueba directa) y aplicando las reglas sobre la carga de la prueba. Vale decir, basta con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos h se concluye que forzosamente han ocurrido los hechos centrales del caso, Nx y CNx debido a que contamos con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de h , que podemos identificar como H , indubitavelmente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen Nx y CNx , a los que podemos nombrar como NX y CNX ; de manera que la mencionada premisa se expresaría así:

$$H \rightarrow NX . CNX$$

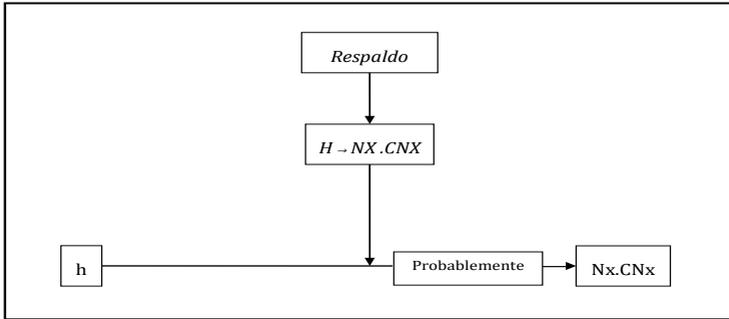
Hay, como se ve, un paso necesario e inmediato entre los hechos conocidos merced a los medios de prueba actuados en el proceso y la comprobación (prueba directa) de los hechos centrales del caso. Las creencias que el juez consigue acerca de éstos resultan, pues, indubitables. Esto podríamos graficarlo mediante el esquema siguiente, armónicamente con lo expuesto en el Capítulo II:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de h llega a establecer como probados Nx y CNx no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con un enunciado con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$H \rightarrow NX . CNX$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso fácticamente difícil, por consiguiente, dado un hecho conocido h , podemos colegir la existencia de Nx y CNx , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La presunciones judiciales así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna G2-C α I': la de si está respaldada racionalmente y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $H \rightarrow NX . CNX$?: cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G2-C α I' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, si finalmente se concluye que los hechos centrales del caso están probados a partir de los hechos aportados por los medios de prueba disponibles en el proceso y conforme a las reglas de la carga de la argumentación y su estándar, se proseguirá con la siguiente cuestión; en caso contrario, no hará falta seguir argumentado y sencillamente se adoptará la decisión correspondiente.

Nótese la peculiaridad de esta cuestión argumentativa. Se trata de dar cuenta de la *vigencia* de la Nx , no de su *validez*. Esta última es una cuestión normativa, relacionada con la cuestión subsiguiente G2- C α I de la inconstitucionalidad

sustancial; aquí, en cambio, la cuestión es de carácter empírico, pues entendemos por vigencia la existencia de una práctica colectiva en la que Nx es observada por considerarla parte del sistema jurídico, independientemente de si es una norma válida o no. En tal virtud, aunque la distinción entre problemas fácticamente fáciles y difíciles es teóricamente pertinente a esta cuestión, sin embargo, los casos difíciles van a ser muy periféricos y poco frecuentes. Podría pensarse, por ejemplo, en un caso en el que se requiera establecer la vigencia de una norma consuetudinaria perteneciente un sistema de derecho indígena.

CUESTIÓN G2-ALFA DOS, DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA ACUSADA

G2-C α II: ¿Está prohibida constitucionalmente la norma acusada Nx , teniendo en cuenta CNx ?

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R1 según la cual, *Si se verifica el tipo de hecho CNX , entonces está prohibido constitucionalmente NX* , expresable como $Ph(NX)$. Así,

R1: $CNX \rightarrow Ph(NX)$

En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente, de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien CNx , o bien $\neg CNx$. Coligiéndose así, respectivamente, o bien que la norma acusada está prohibida (y consiguientemente la disposición jurídica es inconstitucional), o bien que no lo está (y por tanto la disposición jurídica no lo es): $Ph(NX)$ o $\neg Ph(NX)$.

Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R1 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión G2-C α II va a depender de la cuestión subalterna G2-C α IP de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P1/P2? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para sostener la preeminencia, ya de P1, ya de P2, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a) Cuál es el peso de P1.
- b) Cuál, el de P2.
- c) Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d) En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R1 es válida, entonces NX será inconstitucional y se proseguirá con la siguiente cuestión; en el supuesto contrario, ya no se requerirá seguir argumentado y, por ende, se adoptará la decisión correspondiente (véase abajo *perfil decisional G2-A*).

CUESTIÓN G2-ALFA TRES, DE LA DEFERENCIA A LA AUTORIDAD
NORMATIVA ORDINARIA, O DE LA INDEMNIDAD DISPOSICIONAL

G2-C α III: ¿Está ordenado constitucionalmente declarar que Dx es sustantivamente inconstitucional?

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables al contexto de argumentación de que se trate. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R2 según la cual, *Si Nx está prohibido constitucionalmente, $Ph(NX)$, entonces, es constitucionalmente obligatorio declarar inconstitucional la disposición jurídica Dx , $O_iPh(DX)$!*. Así:

R2: $Ph(NX) \rightarrow O_iPh(DX)!$

En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien $Ph(Nx)$, o bien $\neg Ph(Nx)$. Coligiéndose así, respectivamente, o bien que la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición jurídica Dx es obligatoria, o bien que no lo es: $O_iPh(DX)!$ o $\neg O_iPh(DX)!$.

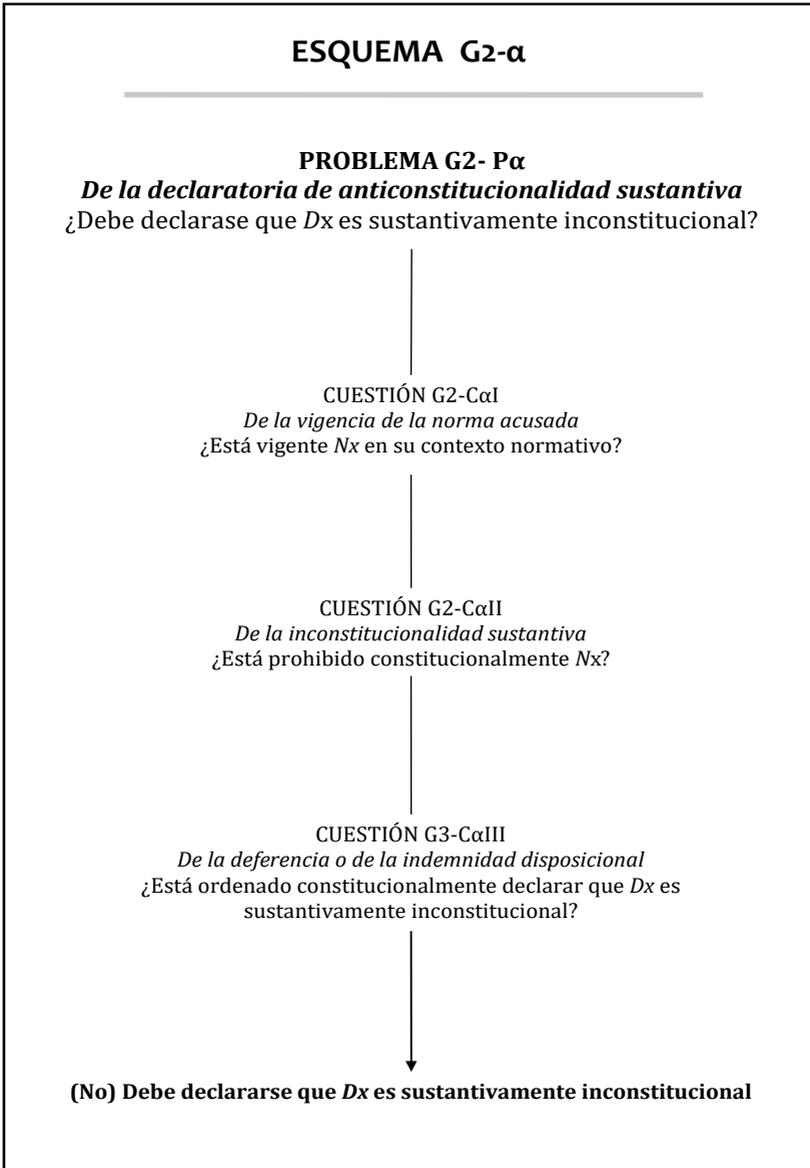
Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R2 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión G2-C α III va a depender de la cuestión subalterna G2-C α III? de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P3/P4? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para

sostener la preeminencia, ya de P3, ya de P4, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a) Cuál es el peso de P3.
- b) Cuál, el de P4.
- c) Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d) En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R2 es válida, se deberá declarar que NX es inconstitucional y se proseguirá con la siguiente cuestión; en el supuesto contrario, ya no se requerirá seguir argumentado y, por ende, se adoptará la decisión correspondiente.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G2-ALFA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G2-Alfa*

La respuesta al problema G2 Alfa (G2-P α) sería: ***Debe declararse que Dx es inconstitucional por el fondo*** (o, bien, lo contrario). Y la correspondiente *ratio decidendi* G2 Alfa:

G2-RD α : Si se produce la norma acusada NX en las circunstancias CNX, entonces, está ordenado constitucionalmente declarar que DX es inconstitucional, ***NX.CNX \rightarrow O_iIS(DX)!*** (O, bien, lo contrario).

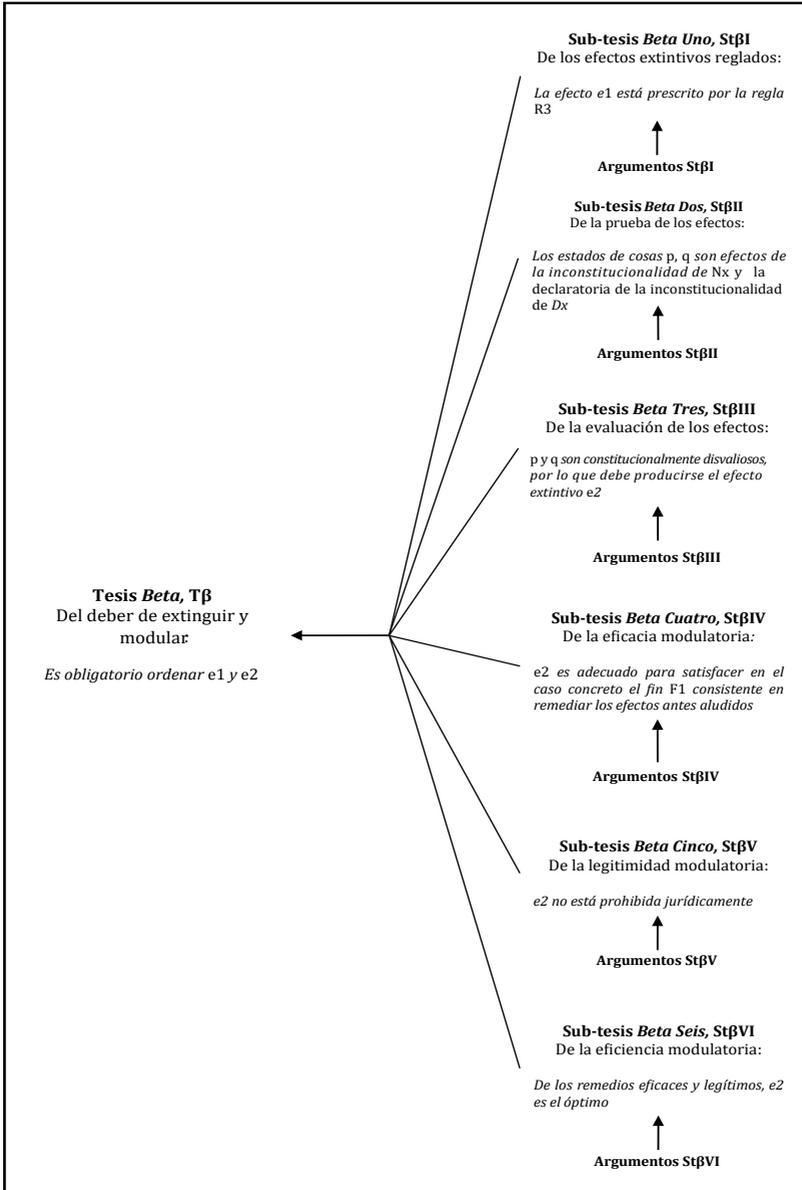
37. Esquema G2-Beta: del efecto extintivo y su modulación

a) *Pretensión G2-Beta*

PETTUM G2-BETA

Petitum G2 β : *¡Pido que se ordene el efecto extintivo e1 y/o el e2 para remediar los efectos de la inconstitucionalidad de Nx y los de la declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx!*

TESIS (Y SUBTESIS) G2-BETA



b) *Ramal argumentativo G2-Beta*

PROBLEMA G2-BETA

G2-P β : ¿Qué medida(s) debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: remediar los efectos de la *inconstitucionalidad de Nx* y de la *declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx*?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las medidas de remediación pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad remediadora del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, la función remediadora de la jurisdicción podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la *adecuación*, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad remedial de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN G2-BETA UNO, DEL EFECTO EXTINTIVO REGLADO

G2-C β I: ¿Qué efectos extintivos están prescritos por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

R3: ¡IS(X)!.CNX \rightarrow O(E1)

Esto es, si una norma acusada de la clase NX se declara inconstitucional en la clase de circunstancias CNX, entonces, es obligatorio adoptar la medida tipo E1.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos ante *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R3.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el que se produzca una colisión entre los principios P5 y P6, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido, justificando respectivamente la validez o no de R3. Para sostener la

preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de observar las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G2-CβI, del efecto extintivo regulado, interaccione con la cuestión G2-CβV, de la legitimidad moduladora.

CUESTIÓN G2-BETA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

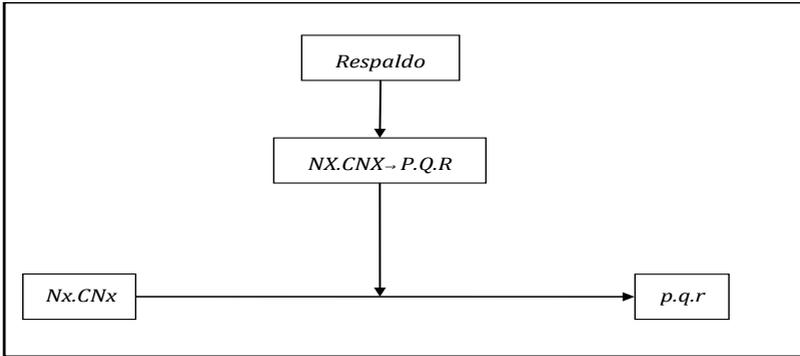
G2-CβII: ¿Qué estados de cosas son efectos de la inconstitucionalidad de Nx , y de la declaratoria de inconstitucional de Dx dadas sus circunstancias CNx ?

Cuando la respuesta al problema de la remediación no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el ya advertido procedimiento *adecuativo*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los efectos de Nx : de su inconstitucionalidad por el fondo y de la declaratoria de inconstitucionalidad de Dx . Esto plantea la cuestión de si a la norma acusada Nx , a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p, q, r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos Nx y CNx se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p, q, r , pues se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de Nx y CNx , que podemos identificar como NX y CNX , indubitadamente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p, q, r , a los que podemos nombrar como P, Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$NX.CNX \rightarrow P.Q.R$$

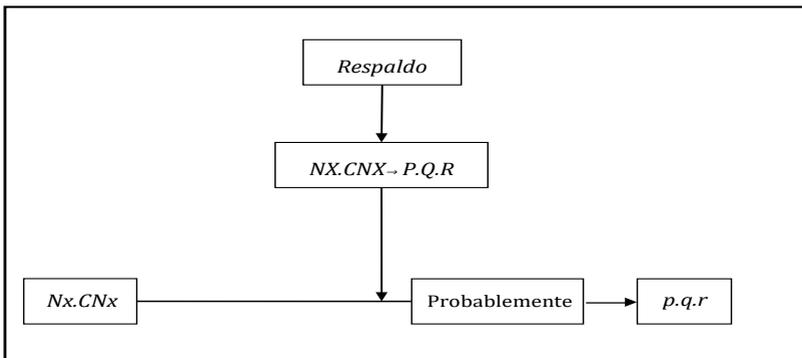
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de Nx y CNx llega a establecer como probados p, q, r no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$NX.CNX \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p, q, r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La inferencias así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los efectos de la inconstitucionalidad depende de la cuestión subalterna G2-CβP: la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $NX.CNX \rightarrow P.Q.R$? cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G2-CβP deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- a) Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- b) Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- c) Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los efectos de Nx (su inconstitucionalidad y la declaratoria de inconstitucionalidad de Dx), se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN G2-BETA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

G2-CβIII: ¿Cuáles efectos de de la inconstitucionalidad de Nx y de la declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen p, q, r (P, Q, R), causadas por la norma acusada en la que se inscribe Nx (NX), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales. De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN G2 BETA CUATRO, DE LA EFICACIA MODULATORIA

G2-CβIV: ¿Cuáles medidas son adecuadas para satisfacer el fin $F1$, remediar P y Q ?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado $F1$: la

remediación de los estados de cosas correspondientes a las clases P, Q, R, cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, E2, E3, E4, En.

CUESTIÓN G2 BETA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD MODULATORIA

G2-C β V: ¿Están prohibidos los efectos extintivos ya identificados, E2, E3, E4, En?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento de F1, se busca saber si la adopción de cada uno de los medios eficaces disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R4.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios P7 y P8, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de P7, ya de P8, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G2-C β I, del efecto extintivo reglado, interaccione con la cuestión G2-C β V, de la legitimidad moduladora.

CUESTIÓN G2 BETA SEIS, DE LA EFICIENCIA MODULATORIA

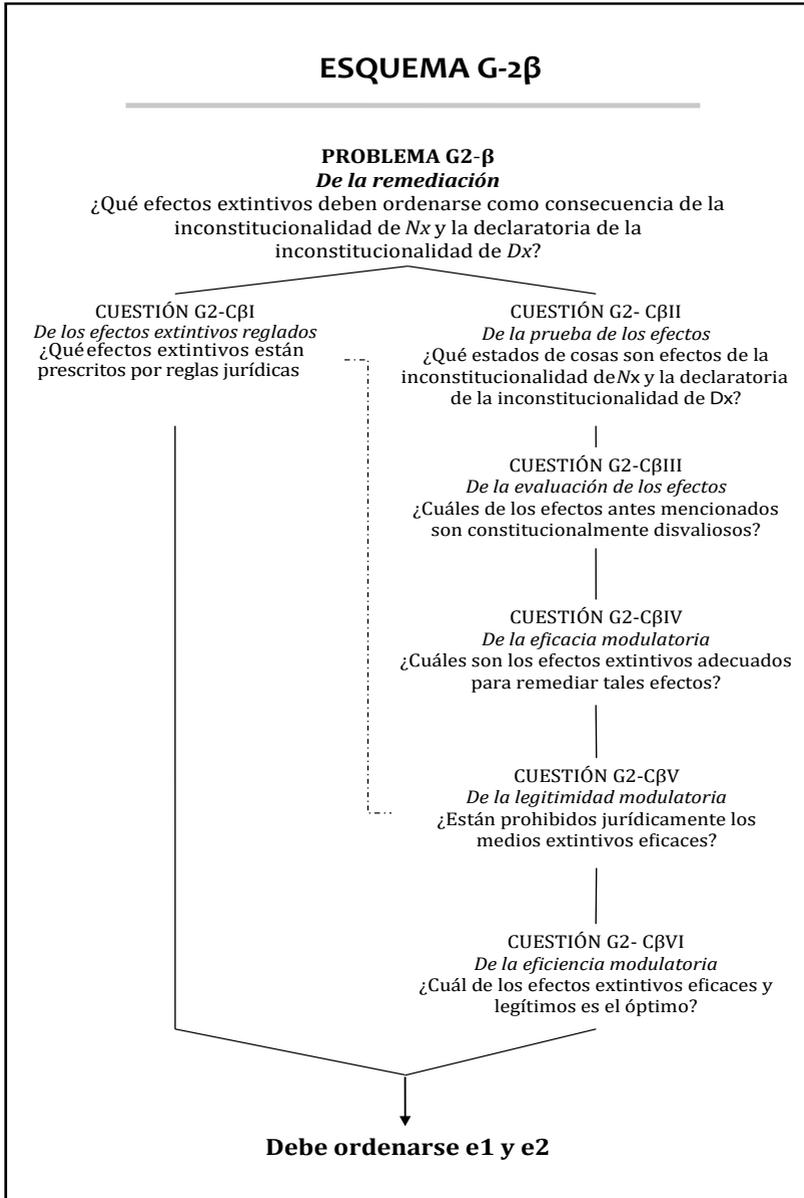
G2-C β VI: ¿Cuál de esos efectos extintivos eficaces y legítimos es el óptimo?

Nótese que antes se había identificado a E2, E3, E4 y En como clases de efectos extintivos eficaces para realizar F1, distinguiéndolos así de los ineficaces, es decir, de aquellos sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad moduladora*: una determinada medida o está o no está jurídicamente prohibida. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: una cierta medida puede ser más o menos eficiente que otra, aunque ambas sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo de la adopción que un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado en que la realización de un determinado fin se ve favorecida merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos –entre ellos el tiempo– que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $E2 > E3 > En$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto $e2$ es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar $F1$. Consiguientemente, la respuesta al problema G3 Beta del *efecto extintivo y su modulación*, G3-P β , incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, el efecto extintivo $e2$ –lo que se expresaría como $O(e2)$ – para remediar los efectos de Nx (los de su inconstitucionalidad y los de la declaratoria de inconstitucionalidad de Dx).

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia moduladora* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad moduladora* (G2-C β V) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G2 BETA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G2 Beta*

La respuesta al problema G2 Beta (G2-Pβ) sería: ***Debe ordenarse el efecto extintivo e1 y/o e2 para remediar los efectos de la inconstitucionalidad de Nx y de la declaratoria de la inconstitucionalidad de Dx.*** Y la correspondiente *ratio decidendi* Beta:

G2-RDβ: Si se ha declarado inconstitucional por el fondo la norma acusada de la clase NX, acaecido en las circunstancias CNX, entonces, es obligatorio adoptar la clase de efecto extintivo E1 (reglado) y/o E2 (discrecional) para remediarlo, ¡**IS(NX)!.CNX → O(E1, E2).**

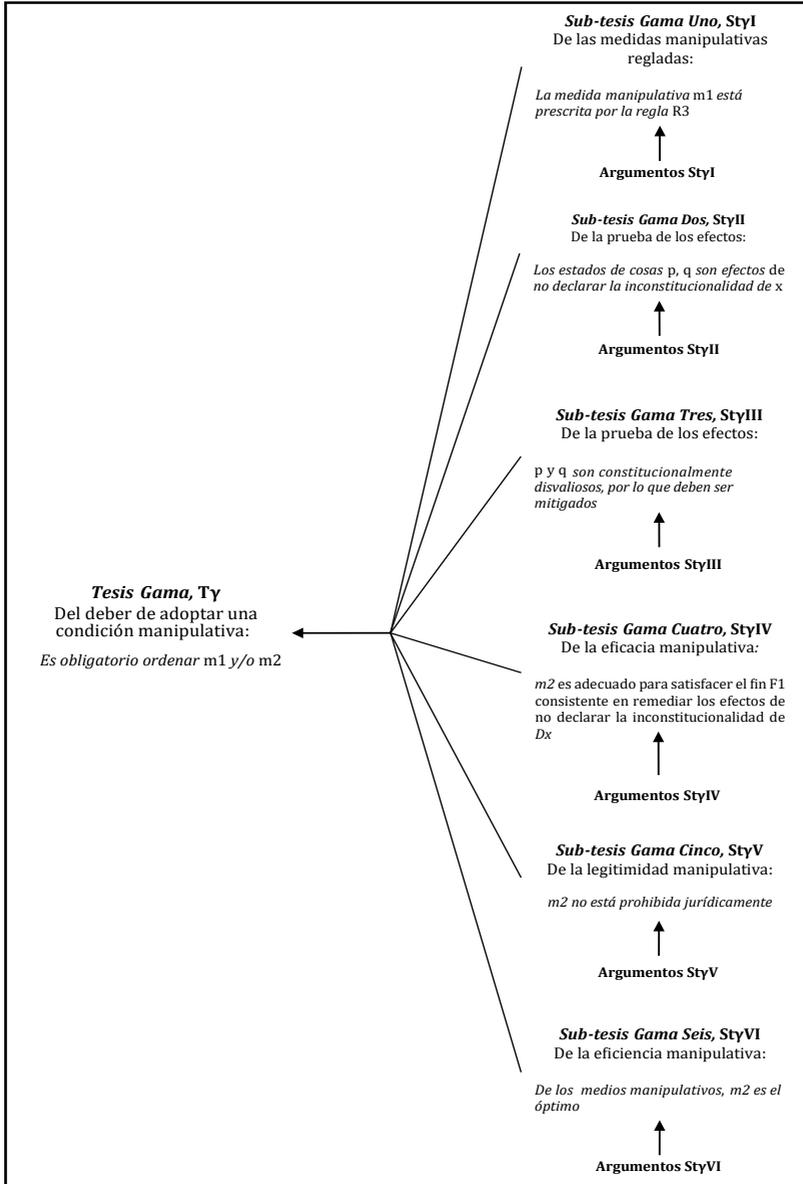
38. Esquema G2-Gama: de la manipulación normativa

a) *Pretensión G2-Gama*

PETTUM G2-GAMA

G2-Pty: ¡*Pido que se ordene la media manipulativa m1 y/o la m2 para mitigar los efectos de la no declaratoria de la inconstitucionalidad por el fondo de Dx!*

TESIS (Y SUBTESIS) G2-GAMA



b) *Ramal argumentativo G2-Gama*

PROBLEMA G2-GAMA

G2-Py: ¿Qué medida(s) subsanatorias debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: mitigar los efectos de no declarar la inconstitucionalidad por el fondo de Dx y así ordenar la deferencia a la autoridad normativa ordinaria?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las condiciones a la deferencia pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, la función condicionante de la jurisdicción podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la adecuación, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad mitigadora de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN G2-GAMA UNO, DE LA MANIPULACIÓN REGLADA

G2-CyI: ¿Qué medidas manipulativas están prescritas por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

R3: $\neg IS(NX)!. IS(NX).CNX \rightarrow O(M1)$

Esto es, si una norma acusada de la clase NX no se declara inconstitucional por el fondo a pesar de serlo, en la clase de circunstancias CNX , entonces, es obligatorio adoptar la medida manipulativa tipo $M1$.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R3.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el que se produzca una colisión entre los principios P5 y P6, de manera que

según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido, justificando respectivamente la validez o no de R3. Para sostener la preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G2-CγI, de la manipulación reglada, interaccione con la cuestión G2-CγV, de la legitimidad manipulativa.

CUESTIÓN G2-GAMA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS EFECTOS DEFERENCIALES

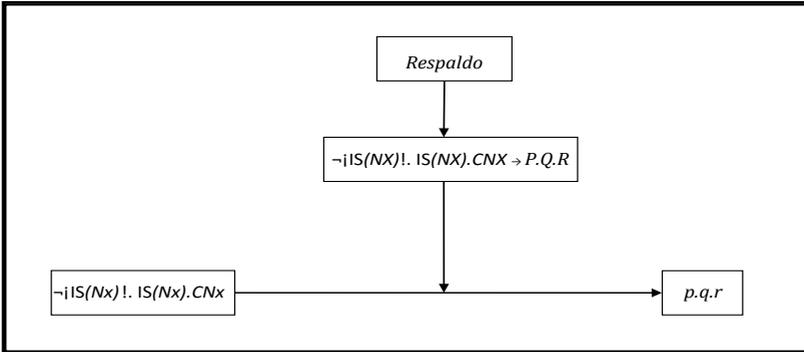
G2-CγII: ¿Qué estados de cosas son efectos de la no declaratoria de la inconstitucionalidad por el fondo de Nx , dadas sus circunstancias CNx ?

Cuando la respuesta al problema de la deferencia condicionada no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el procedimiento *adecuativo*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad de Nx . Esto plantea la cuestión de si a esa omisión, a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p, q, r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de la no declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo de Dx , pero de la consideración –por parte del mismo juez– de que Nx es inconstitucional y en las circunstancias CNx , se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p, q, r , debido a que se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre una omisión de tal clase, que podemos identificar como $\neg_1IS(NX)!.IS(NX).CNX$, indubitadamente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p, q, r , a los que podemos nombrar como P, Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$\neg_1IS(NX)!.IS(NX).CNX \rightarrow P,Q,R$$

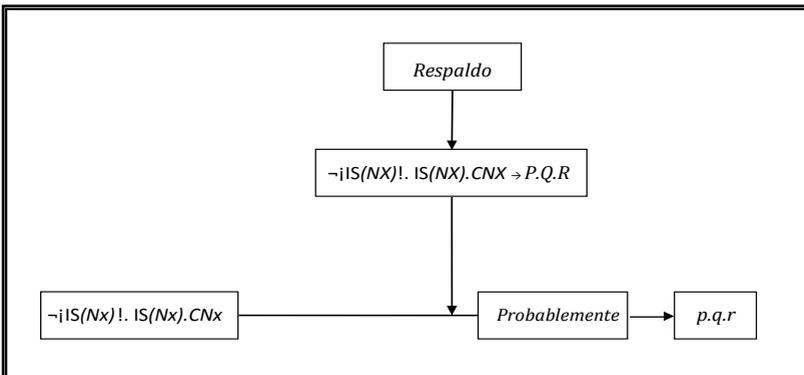
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de los hechos $\neg!IS(Nx)!$, $IS(Nx)$, y CNx llega a establecer como probados p , q , r no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$\neg!IS(Nx)!. IS(Nx).CNx \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p , q , r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La presunciones judiciales así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los efectos diferenciales depende de la cuestión subalterna G2-CβI': la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, $\zeta \neg \ulcorner IS(NX) \urcorner. IS(NX). CNX \rightarrow P, Q, R$?: cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G2-CβI' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- a) Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- b) Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- c)Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad de x , se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN G2-GAMA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS EFECTOS DEFERENCIALES

G2-CγIII: ¿Cuáles efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo de Dx son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen p , q , r (P , Q , R), causadas por la no declaratoria de la inconstitucionalidad de la clase a la que pertenece Nx (NX), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales.

De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN G2-GAMA CUATRO, DE LA EFICACIA MANIPULATIVA

G2-CγIV: ¿Cuáles medidas manipulativas son adecuadas para satisfacer el fin F1, mitigar P y Q?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado $F1$: la mitigación

de los estados de cosas correspondientes a las clases P, Q, R, cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, M2, M3, M4, Mn.

CUESTIÓN G2-GAMA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD MANIPULATIVA

G2-CγV: ¿Están prohibidas las medidas manipulativas eficaces ya identificadas, M2, M3, M4, Mn?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento del F1, se busca saber si la adopción de cada uno de los medios eficaces disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R4.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios P7 y P8, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de P7, ya de P8, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G2-CγI, de la manipulación reglada, interaccione con la cuestión G2-CγV, de la legitimidad manipulativa.

CUESTIÓN G2-GAMA SEIS, DE LA EFICIENCIA MANIPULATIVA

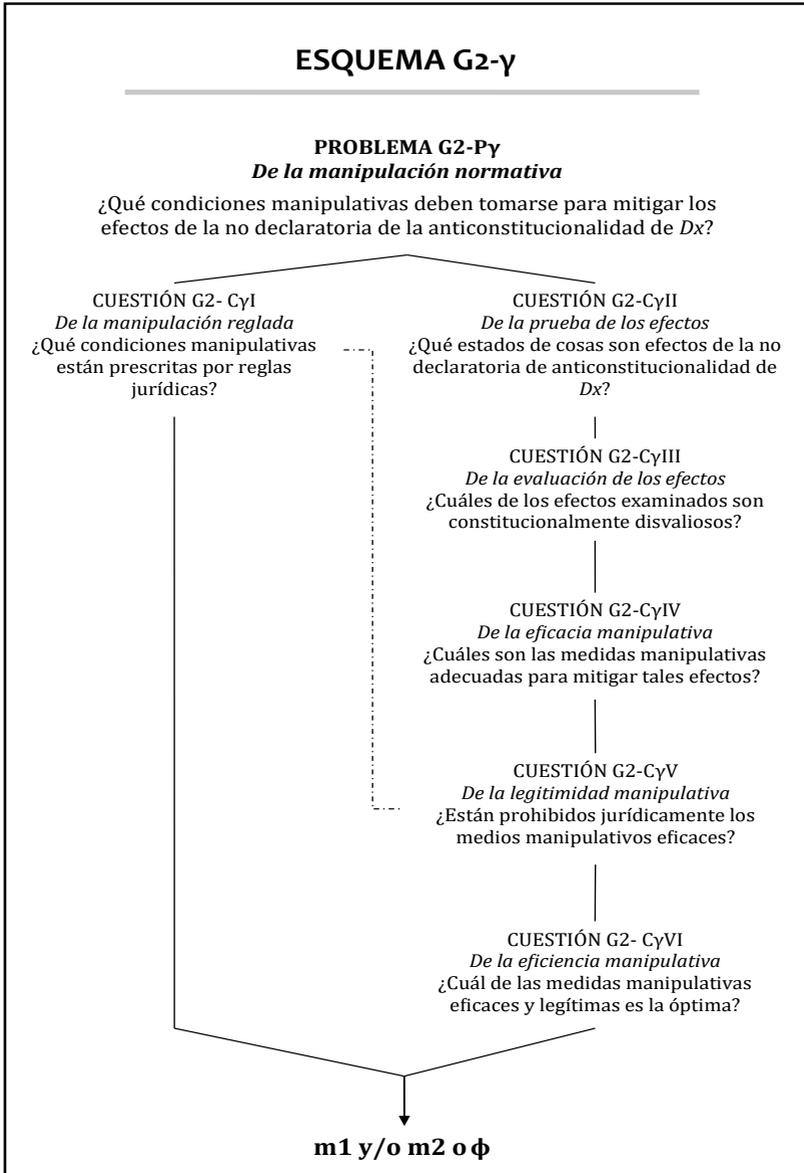
CγVI: ¿Cuál de esas medidas manipulativas eficaces y legítimas es la óptima?

Nótese que antes se había identificado a M2, M3, M4 y Mn como clases de medidas manipulativas eficaces para realizar F1, distinguiéndolos así de los ineficaces, es decir, de aquellos sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad manipulativa*: una determinada medida o está o no está jurídicamente prohibida. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: una cierta medida puede ser más o menos eficiente que otra, aunque ambas sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo que la adopción que un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado en que la realización de un determinado fin se ve favorecida merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos —entre ellos el tiempo— que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $M_2 > M_3 > M_n$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto m_2 es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar F_1 . Consiguientemente, la respuesta al problema *Gama* de la *manipulación normativa*, P_γ , incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, la medida manipulativa m_2 —lo que se expresaría como $O(m_2)$ — para mitigar los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad de Dx . Podría, sin embargo, concluirse que no está justificada la adopción de ninguna medida.

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad manipulativa* (G2-C γ V) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G2-GAMA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G2 Gama*

La respuesta al problema G2 *Gama* (G2-P γ) sería, o bien: ***Debe ordenarse la medida manipulativa m1 y/o m2 para remediar los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo de Dx.*** O bien: ***No debe ordenarse medida manipulativa alguna para remediar los efectos de la no declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo de Dx.*** Naturalmente, en el primer caso, la deferencia habrá sido condicionada, mientras que en el segundo, no.

Correspondientemente, la *ratio decidendi* G2 *Gama* sería, o bien:

G2-RD γ ': Si no se ha declarado inconstitucional por el fondo una disposición jurídica de la clase DX, a pesar de que lo es y teniendo en cuenta las circunstancias CNX, entonces, es obligatorio condicionar la deferencia a la adopción de medio M1 (reglado) y/o M2 (discrecional) para mitigarlo, $\neg_i \text{IS}(DX)!. \text{IS}(DX). \text{CNX} \rightarrow \text{O}(M1, M2)$.

O bien:

G2-RD γ '': Si no se ha declarado inconstitucional por el fondo una norma acusada de la clase NX, a pesar de que lo es y teniendo en cuenta las circunstancias CNX, entonces, no es obligatorio condicionar la deferencia a la adopción de medida alguna, $\neg_i \text{IS}(DX)!. \text{IS}(DX). \text{CNX} \rightarrow \neg \text{O}(Mn)$.

39. La decisión y los perfiles de G2

Concordantemente con lo expuesto, son varios los supuestos a considerar con miras a establecer cuál es la decisión que debe tomarse como resultado de la aplicación de la Guía Dos, y según definir cuál es el particular perfil que adopta G2 en el caso sub examen.

a) *Perfil decisional G2-A*

Primer supuesto: Si, como respuesta a G2-C α I, la cuestión de la vigencia de la norma acusada, se determina que no se ha probado Nx y/o CNx, la decisión sería:

¡No se declara que Dx es inconstitucional por el fondo!

Si esto sucede, G2 tendría un *perfil decisional* A, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Dos: **G2-A**.

b) *Perfil decisional G2-B*

Segundo supuesto: Si, como respuesta a G2-C α II, la cuestión de la inconstitucionalidad de la norma acusada, se determina que *Nx* no está prohibido constitucionalmente, la decisión sería:

*¡No se declara a **Dx** inconstitucional por el fondo!*

Si esto sucede, G2 tendría un *perfil decisional* B, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Dos: **G2-B**.

c) *Perfil decisional G2-C*

Tercer supuesto: Si, como respuesta a G2-C α III, se determina que debe declararse que *Dx* es inconstitucional, la decisión sería:

*¡Se declara a **Dx** inconstitucional por el fondo!*

Luego, se pasaría a considerar el problema *Beta*, como resultado de lo cual habría que adoptar, además, la decisión:

¡Se ordena el efecto extintivo e1 y/ o e2!

Si ambos tipos de decisión concurren, G2 tendría un *perfil decisional* C, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Dos: **G2-C**.

d) *Perfil decisional G2-D*

Cuarto supuesto: Si, como respuesta a C α III, de la deferencia a la autoridad normativa ordinaria, o de la indemnidad disposicional, se determina que no debe declararse que *Dx* es inconstitucional por el fondo a pesar de serlo, la decisión sería:

*¡No se declara a **Dx** inconstitucional por el fondo!*

A continuación, habría que plantearse el problema G2 *Gama* G2-P γ , de la manipulación normativa. Y si ésta fuera respondida afirmativamente, es decir, en

el sentido de que sí cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida que mitigue los efectos de no declarar la inconstitucionalidad por el fondo de Dx , entonces habría que adoptar una decisión adicional:

¡Se ordena la condición manipulativa $m1$ y/o $m2$!

G2 tendría un *perfil decisional* D, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Dos: **G2-D**.

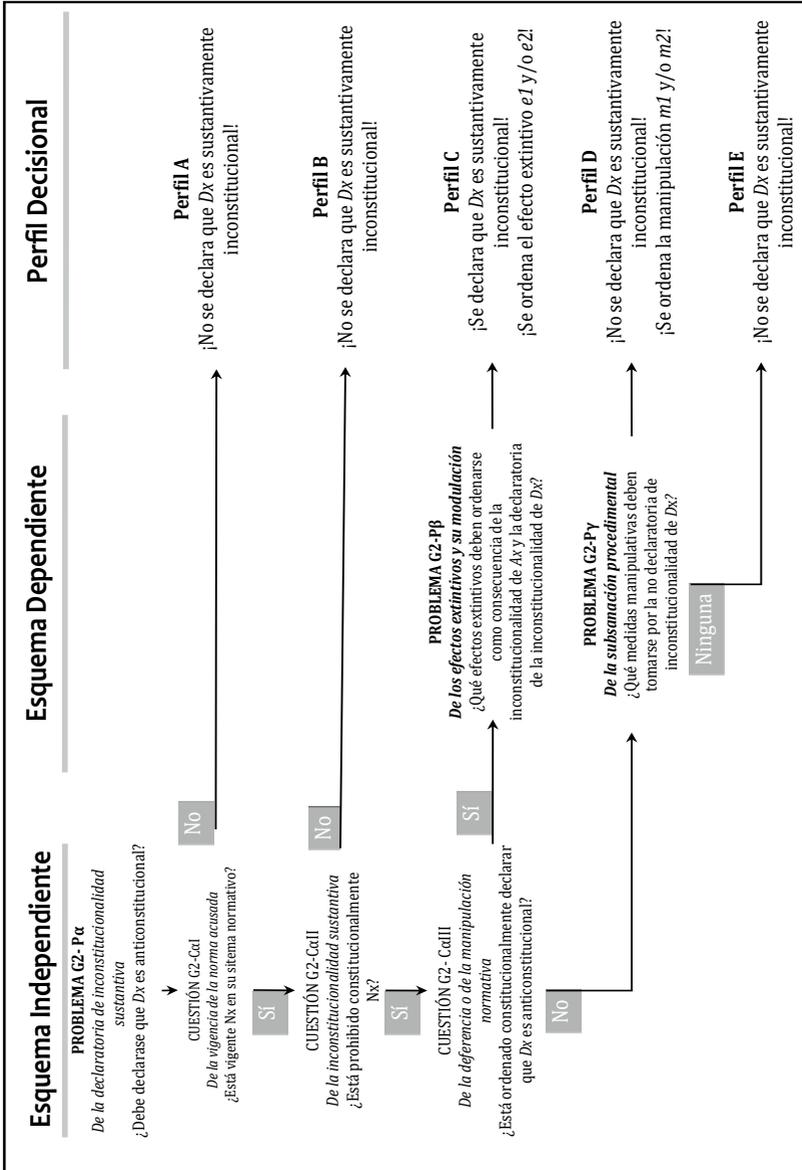
e) *Perfil decisional G2-E*

Quinto supuesto: Si, como respuesta a C α III, la cuestión de la deferencia a la autoridad normativa ordinaria, o de la indemnidad disposicional, se determina que no debe declararse que Dx es inconstitucional a pesar de serlo, la decisión sería:

¡No se declara a Dx inconstitucional por el fondo!

A continuación, habría que plantearse el problema G2 *Gama* G2-P γ , de la manipulación normativa. Y si ésta fuera respondida negativamente, es decir, en el sentido de que no cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida que mitigue los efectos de no declarar la inconstitucionalidad por el fondo de Dx , entonces G2 tendría un *perfil decisional* E, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Dos: **G2-E**.

f) Diagrama de perfiles



g) *Variedad de árboles: Perfiles de G2*

Coherentemente con lo anterior y simétricamente a la Guía General, ahora podemos dar cuenta de la variedad de árboles argumentativos de G2: G2-A; G2-B; G2-C; G2-D; G2-E.

40. Materiales de estudio: casos útiles para la aplicación didáctica de la G2

CASO: LEY DE MINERÍA

(Sentencia No. 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

En el capítulo anterior habíamos incluido la descripción de este caso a propósito de la *Guía Uno: de la inconstitucionalidad por la forma*. Por tanto, para no ser repetitivos, ahora solo incluiremos la descripción de la decisión de la Corte Constitucional sobre la alegada inconstitucionalidad por el fondo de la Ley de Minería, que corresponde para el tipo de guía que nos ocupa. Respecto del **control de fondo**, decidió emitir una sentencia constitucional condicionada de los artículos 15, 28, 31 inciso segundo, 59, 87, 88, 90, 100, 101, 102, 103, 104 y 105 de la Ley de Minería; es decir que serán constitucionales mientras: a) no se apliquen respecto de los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias; y, b) que toda actividad minera que se pretenda realizar en los referidos territorios deberá someterse al proceso de consulta previa conforme al Art. 57.7 de la Constitución aplicando los estándares mínimos que legitiman el proceso de consulta, emitidos por la Corte Constitucional mediante esta sentencia, hasta que la Asamblea Nacional expida la ley correspondiente. Por su parte, la Dra. Nina Pacari que salvó su voto, disintiendo del voto de mayoría, creyó que sí existe inconstitucionalidad por el fondo porque la disposición acusada atenta contra el derecho al territorio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y porque contraviene el derecho a la consulta previa y pre-legislativa que constituye un derecho fundamental.

CASO: PRESENTACIÓN DEL CERTIFICADO DE VOTACIÓN O SUFRAGIO

(Sentencia No. 011-12-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

La acción de inconstitucionalidad se dirigió en contra de la Resolución del CNE (No. PLE-CNE-7-30-3-2010), mediante la cual se dispone que todas las instituciones públicas y privadas, ante cualquier solicitud, deben

exigir la presentación del certificado de sufragio porque, al decir del accionante, “ *aunque en el fondo persigue una finalidad correcta, conlleva consecuencias inconstitucionales, irracionales e injustas en violación del derecho a la tutela efectiva, igualdad y universalidad...*”. Para resolver la Corte Constitucional consideró que *a priori* no se evidencia vicio de inconstitucionalidad, no obstante enfatizó en que la falta de exhibición del certificado de votación no puede restringir el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que declaró la constitucionalidad de la disposición acusada, condicionando su aplicación en lo relativo a la tutela efectiva, en consecuencia dispuso que no se exigirá la presentación del certificado de votación, en los trámites jurisdiccionales dentro de la función judicial, Fiscalía, Defensoría del Pueblo y Corte Constitucional.

CASO: INCONSTITUCIONALIDAD DE MANDATO CONSTITUYENTE
(Sentencia No. 023-12-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

La demanda de inconstitucionalidad se dirigió en contra del Mandato Constituyente No. 13, en el que se ordenó la incautación de los bienes de los ex accionistas y ex administradores de Filanbanco S.A., porque supuestamente infringiría el derecho a la tutela efectiva. La Corte Constitucional señaló que los mandatos constituyentes no son impugnables a través de la acción pública de inconstitucionalidad, además de que no requieren de un control abstracto por parte de la Corte Constitucional, en tal virtud resolvieron negar la acción.

CASO: INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. I.474 (9) DE LA OM 247
(Sentencia No. 004-12-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

Se demandó la inconstitucionalidad del Art. I.474 (9) de la Ordenanza Metropolitana No. 247 de Quito, porque al revisar la normativa referente a sanciones por estacionar vehículos en lugares prohibidos se encuentran dos sanciones, la establecida en el Art. 140 literal e) de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, y la otra, en la disposición acusada de inconstitucionalidad, por lo que debería aplicarse el principio *in dubio pro infractor*, principio de proporcionalidad entre infracciones y sanciones y la prohibición de imponer doble sanción. La Corte manifestó que la norma constitucional invocada por las accionantes prohíbe más de un juzgamiento por la misma causa y materia, pero en el presente caso, estacionar vehículos en lugares prohibidos constituye un acto que representa dos causas distintas sujetas a juzgamiento; una de ellas infracción de tránsito y la otra transgresión de ordenanzas municipales (administrativa) y en virtud de ello, la violación de

dos cuerpos normativos diferentes, que regulan materias también diferentes, en mérito de lo cual decidió negar la acción de inconstitucionalidad material.

CASO: CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO VS. PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

(Sentencia No. 003-09-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

El Contralor General del Estado demandó la inconstitucionalidad de los pronunciamientos [absoluciones a las consultas efectuadas por la Contraloría CGE] del Procurador General del Estado (PGE) contenidos en los Oficios No. 5569 y 5929, puesto que la calificación de recursos obtenidos por el cobro de precios de los servicios aeroportuarios, como “recursos privados” que hace el Procurador en su pronunciamiento vulnera el Art. 221 de la Constitución y por tanto la CGE no podría controlar la utilización de los recursos que cobra Quiport, sacando de la órbita de control gubernamental un importante conjunto de bienes de propiedad del Municipio, que son administrados por Quiport, viola además el principio de legalidad o reserva de ley y el de jerarquía normativa, al pretender transformar una tasa en una contraprestación contractual y finalmente que el Procurador se extralimitó al asumir las competencias de intérprete constitucional porque no se pronuncia estrictamente sobre la “inteligencia de la ley”. La Corte Constitucional manifestó que el análisis realizado por el Procurador General del Estado implica que los bienes y recursos concesionados pasan a ser de propiedad privada y por tanto no pueden ser considerados públicos, lo que significaría un evidente límite a las facultades de control de la CGE.

Si se lee de manera literal e incompleta el inciso 2 del Art. 3 de la Ley Orgánica de la CGE se puede interpretar que la celebración del contrato de concesión implicaría la transferencia del dominio público al privado, de tales bienes concesionados, lo cual impediría su control fiscal, salvo que se declarara inconstitucional esa disposición, no obstante tal recurso [el de la declaratoria de inconstitucionalidad] debe ser utilizado como de *ultima ratio* propendiéndose a la conservación de la ley, pero no es una opción dejar sueltas interpretaciones inconstitucionales, como lo es la emitida por el PGE respecto del inciso 2 del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En atención a ello, la Corte, decidió emitir interpretación condicionada respecto de esa disposición la cual será constitucional sólo si se entiende que “la transferencia de títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio hacia el sector privado, no es aplicable cuando exista de por medio un contrato de concesión, toda vez que la naturaleza propia de ese acto

contractual, no conlleva una transferencia total de dichos elementos”. Añade, la Corte Constitucional, que la naturaleza de la recaudación que efectúa Quiport responde a que se trata de una tasa y no de una tarifa comercial inherente a un contrato, de tal forma que al ser creada por contrato se transgrede el principio de reserva de ley tributaria, tornándose en inconstitucional. Por tanto concluye que el pronunciamiento del Procurador contenido en la primera respuesta es constitucional, no así el pronunciamiento que consta en la segunda respuesta, el que es inconstitucional, y por tanto –dice– que le corresponde declarar la inconstitucionalidad y disponer la expulsión del ordenamiento jurídico de tal pronunciamiento.

Luego analiza la constitucionalidad de la Ordenanza Municipal (OM) No. 0154 por tratarse de una norma conexas, llegando a la conclusión de que es contraria a la Constitución del 2008 que establece que los aeropuertos y las tasas aeroportuarias, pertenecen a la competencia exclusiva del Estado Central, por tanto, deben crearse, modificarse y suprimirse mediante ley, por lo que la declaratoria de la inconstitucionalidad de la citada ordenanza es imperativa. Así la Corte decidió declarar la inconstitucionalidad parcial por el fondo de los pronunciamientos del Procurador General del Estado, emitir una interpretación constitucional condicionada y declarar la inconstitucionalidad de la OM 0154, por conexidad.

CASO: ASOCIACIÓN OBLIGATORIA

(Sentencia No. 0003-10-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

El accionante demandó la inconstitucionalidad de los artículos 8 y 9 de la Ley de Espectáculos Taurinos y Ejercicio Profesional de Toreros Nacionales y la norma conexas Art. IV.20 del Código Municipal, porque atentan contra la libertad de empresa y de asociación. Tanto la Presidencia de la República como la Procuraduría General del Estado manifestaron su conformidad con la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional señaló que el 24 de septiembre de 2008 se publicó la resolución del ex Tribunal Constitucional, mediante la cual se declararon inconstitucionales los artículos 22, 23 y 4 literal a) de la ley en cuestión, porque violaban los derechos de igualdad, libertad de asociación y seguridad jurídica y considera que “la obligatoriedad a estar asociado para ejercer su profesión u oficio es lo que contraviene la norma constitucional, pues intrínseco al derecho de asociarse está el de desafiliarse, o nunca haberse asociado, haciendo que se respeten también las libertades individuales de las personas”. Por lo que decide declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas.

CASO: INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO TERCERO DEL ART. 133 DE LA LOSCA

(Sentencia NO. 007-10-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

Se demandó la inconstitucionalidad del inciso tercero del Art. 133 de la LOSCA porque supuestamente viola el derecho a la igualdad de las personas al trabajo y a la no discriminación, puesto que existen muchos jubilados de temprana edad a quienes se les estaría impidiendo el derecho al trabajo. La Corte Constitucional consideró que el acto normativo impugnado no vulnera el principio de igualdad jurídica, ya que: 1) permite el reingreso al sector público de todos aquellos jubilados que menor renta mensual perciban (menor a US\$ 500); y, 2) permite el ingreso al sector público de todas aquellas personas que lo desean y aún no lo hacen, situaciones que equiparan a “todos los ecuatorianos en el disfrute de condiciones económicas y sociales que impidan situaciones de dominio, a través de acciones positivas”, así como tampoco se observa violación al principio de no discriminación ni al trabajo. En tal virtud resolvió negar la demanda de inconstitucionalidad, disponiendo que la Asamblea Nacional establezca el mecanismo idóneo para actualizar el monto fijado por la norma en US\$ 500, como renta mínima. Esta sentencia fue aprobada con seis votos de mayoría, el voto concurrente del juez Hernando Morales quien consideró innecesario el análisis respecto de la realidad socio-económica de los jubilados, porque no fue el monto de la pensión (US\$500) materia de la impugnación, sino la prohibición de reingreso de los jubilados al sector público, cuya pensión supere ese valor. Por su parte, el juez Alfonso Luz Yunes salvó su voto porque piensa que la norma impugnada es inconstitucional, debido a que disminuye el derecho al trabajo de un sector de ecuatorianos que pueden considerarse dentro de la población económicamente activa, además de que es discriminatoria y viola el principio de igualdad, ya que “mientras unos jubilados sí pued[en] optar por un cargo en la función pública, otros no”.

CASO: INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARENTESCO POR AFINIDAD DESPUÉS DEL DIVORCIO

(Sentencia No. 0001-11-SIN-CC de la Corte Constitucional de Transición)

La demanda de inconstitucionalidad se dirigió en contra de la frase “o ha estado casada” del Art. 23 del Código Civil, porque según el actor consagra un trato discriminatorio que privilegia a la religión católica que considera al matrimonio para toda la vida y no admite el divorcio, manteniendo indefinidamente el parentesco por afinidad, lo que contradice lo previsto en el Art. 1 de la Constitución y coarta el derecho de los ciudadanos a ejercer un

cargo público. Debido al parentesco por afinidad, un ciudadano no podría laborar en dicho sector cuando en el mismo trabaje un consanguíneo de su ex cónyuge. El presidente de la Asamblea Nacional se allanó a la demanda, no así el Procurador General del Estado ni el Presidente de la República. La Corte Constitucional resolvió que el texto “o ha estado casada” es evidentemente inconstitucional por lo que debe ser expulsado del ordenamiento jurídico, puesto que se observan una serie de repercusiones jurídicas que devienen del mantenimiento del parentesco por afinidad, una vez que por voluntad de los cónyuges, el matrimonio ha terminado, existiendo una violación al principio de igualdad y por ende, un trato discriminatorio a las personas que por un hecho real han salido del círculo familiar. Agrega que además se confronta con los objetivos y alcances establecidos en el Art. 67 de la Constitución que reconoce a la familia en sus diversos tipos. Por lo que deciden declarar la inconstitucionalidad de la frase “o ha estado” del inciso primero del Art. 23 del Código Civil.

41. Disposiciones legales y constitucionales de referencia

Las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aplicables a la *Guía Dos: de la inconstitucionalidad por el fondo* son, respectivamente:

a) Disposiciones constitucionales:

- Art. 436.2, 436.3, 436.4, 436.10 sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad;
- Art. 424 que dispone que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad Constitución;
- Art. 84 respecto de la adecuación formal y material de las normas jurídicas a los derechos;
- Art. 426 sobre la aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución;
- Art. 427 interpretación de las normas constitucionales;
- Art. 439 acciones constitucionales; y,
- Art. 440 sobre el carácter definitivo sentencias de la Corte Constitucional.

b) Disposiciones legales:

- Art. 2 principios de la justicia constitucional;
- Art. 3 métodos y reglas de interpretación constitucional;
- Art. 4 principios procesales;
- Art. 5 modulación de los efectos de las sentencias;
- Art. 74 control abstracto de constitucionalidad;

- Art. 75 competencia;
- Art. 76 que contiene los principios y reglas, como el de control integral, pro *legislatore*, etc;
- Art. 77 legitimación;
- Art. 78 plazo;
- Art. 79 contenido de la demanda;
- Art. 80 admisibilidad;
- Art. 81 sorteo;
- Art. 82 acumulación de demandas;
- Art. 83 inadmisión;
- Art. 84 rechazo;
- Art. 85 intervenciones públicas;
- Art. 86 información para resolver;
- Art. 87 audiencia;
- Art. 88 criterios de las juezas o jueces de la corte;
- Art. 89 proyecto de sentencia;
- Art. 90 deliberación y decisión;
- Art. 91 sobre el contenido de la sentencia;
- Art. 92 votos concurrentes y salvados;
- Art. 93 publicación;
- Art. 94 recursos de aclaración y ampliación;
- Art. 95 efectos de la sentencia (efecto retrotraído, diferido o postergado de las sentencias);
- Art. 96 efectos del control de constitucional;
- Art. 97 que contiene reglas procesales especiales;
- Art. 98 regla general de la acción pública de inconstitucionalidad;
- Arts. 128 a 130 sobre el control constitucional de las omisiones normativas (entre ellas sentencias de constitucionalidad condicionada y sentencias de constitucionalidad diferida); y,
- Arts. 135 a 140 control constitucional de actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general.

Capítulo VI

Guía particular TRES, G3:
Árbol de la vulneración iusfundamental

GUÍA PARTICULAR TRES, G3: ÁRBOL DE LA VULNERACIÓN IUSFUNDAMENTAL

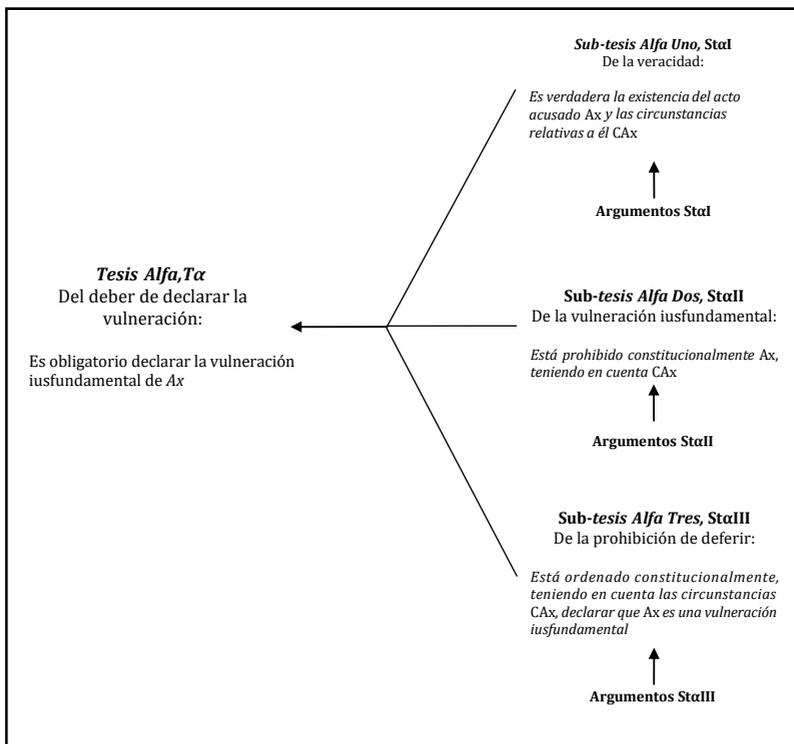
(Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)

42. Esquema G3-Alfa: de la declaratoria de la vulneración iusfundamental

a) *Pretensión G3-Alfa*

PETITUM G3 ALFA

Petitum G3- α : *¡Pido que se declare que el acto acusado Ax es una vulneración iusfundamental!*



TESIS (Y SUBTESIS) G3-ALFA

b) *Ramal argumentativo G3-Alfa*

PROBLEMA G3-ALFA

G3-P α : ¿Debe declararse que el acto acusado Ax es una vulneración iusfundamental (esto quiere decir que viola un derecho fundamental)?

Su respuesta depende de cómo se resuelvan las tres cuestiones que pasamos a desarrollar:

CUESTIÓN G3 ALFA UNO, DE LA PRUEBA DEL ACTO ACUSADO

G3-C α I: ¿Está probada la existencia del acto acusado Ax y las circunstancias relativas a él CAx ?

Al tratarse de un problema de prueba, esta cuestión alude a la *premisa fáctica* del silogismo jurídico que se expusiera en el Capítulo I; en otras palabras, versa sobre la *veracidad* de los *hechos* que la *pretensión* alega (específicamente la Sub-tesis G3 Alfa Uno, G3-St α 1), y no sobre la *corrección* de una determinada *interpretación* del *Derecho*. Para nuestra G3, la cuestión de la prueba de los hechos versa sobre dos elementos fácticos: el hecho de la existencia del acto acusado, Ax ; y el hecho de la existencia de las circunstancias en que se ha producido Ax , CAx . Ambos elementos son, pues, los *hechos centrales del caso*.

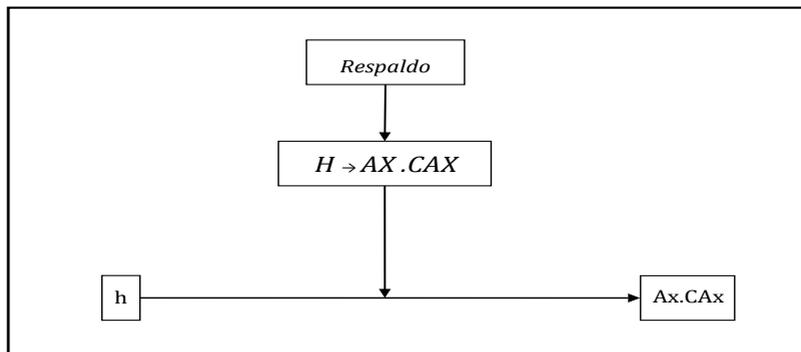
A la hora de resolver la cuestión de la prueba de los hechos, necesariamente entrará en juego un argumento acerca de la *carga de la prueba y su estándar*. Este dotará de un marco para el despliegue de los argumentos propiamente empíricos.

Por lo que respecta a estos últimos, en el citado Capítulo también se presentó la distinción entre caso fáciles y difíciles, según ellos requieran—respectivamente—sólo de justificación interna, o adicionalmente de justificación externa; y que la facilidad o dificultad podía predicarse tanto de la premisa normativa cuanto de la fáctica. Por lo que respecta a la premisa normativa, ya se ha dicho que en los casos *normativamente fáciles* ésta no precisa de fundamentación estrictamente hablando, por lo que su aplicación por vía de *subsunción* (justificación interna) basta para sustentar la decisión, mientras que en los casos *normativamente difíciles*, hay la necesidad de fundamentar la premisa normativa, por lo que además de aquello hace falta recurrir a ejercicios de *ponderación* para tal efecto. Pues bien, ¿qué sucede en lo que respecta a la premisa fáctica?

En un caso *fácticamente* fácil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos se colige de manera necesaria e inmediata a partir de los medios de prueba disponibles en el proceso (la llamada prueba directa) y aplicando las reglas sobre la carga de la prueba. Vale decir, basta con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos b se concluye que forzosamente han ocurrido los hechos centrales del caso, Ax y CAX debido a que contamos con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de b , que podemos identificar como H , indubitavelmente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen Ax y CAX , a los que podemos nombrar como AX y CAX ; de manera que la mencionada premisa se expresaría así:

$$H \rightarrow AX . CAX$$

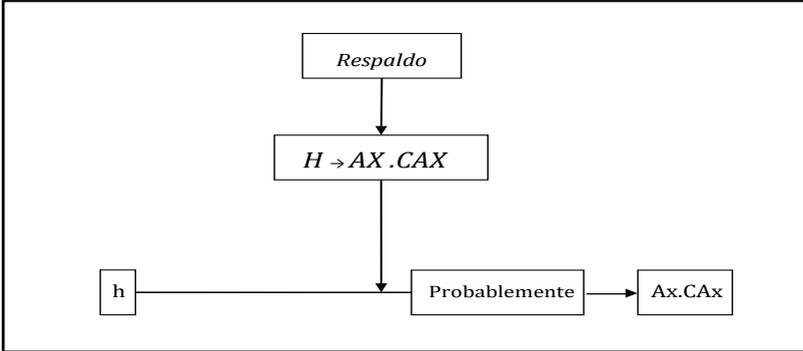
Hay, como se ve, un paso necesario e inmediato entre los hechos conocidos merced a los medios de prueba actuados en el proceso y la comprobación (prueba directa) de los hechos centrales del caso. Las creencias que el juez consigue acerca de éstos resultan, pues, indubitables. Esto podríamos graficarlo mediante el esquema siguiente, armónicamente con lo expuesto en el Capítulo II:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de b llega a establecer como probados Ax y CAX no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con un enunciado con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$H \rightarrow AX . CAX$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso fácticamente difícil, por consiguiente, dado un hecho conocido h , podemos colegir la existencia de AX y CAX , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. Las presunciones judiciales así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna G3-C α P: la de si está respaldada racionalmente y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $H \rightarrow AX . CAX$?; cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G3-C α P' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, si finalmente se concluye que los hechos centrales del caso están probados a partir de los hechos aportados por los medios de prueba disponibles en el proceso y conforme a las reglas de la carga de la argumentación y su estándar, se proseguirá con la siguiente cuestión; en caso contrario, no hará falta seguir argumentado y sencillamente se adoptará la decisión correspondiente.

CUESTIÓN G3 ALFA DOS, DE LA VULNERACIÓN IUSFUNDAMENTAL

G3-C α II: ¿Está prohibido constitucionalmente el acto acusado AX , teniendo en cuenta CAX ?

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R1 según la cual, *Si se verifica el tipo de hecho CAX, entonces está prohibido iusfundamentalmente AX*, expresable como $\text{Ph}(AX)$. Así:

R1: $CAX \rightarrow \text{Ph}(AX)$

En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente, de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien CAX , o bien $\neg CAX$. Coligiéndose así, respectivamente, o bien que el acto acusado está prohibido (y consiguientemente la declaratoria de vulneración iusfundamental), o bien que no lo está (y por tanto no lo es): $\text{Ph}(AX)$ o $\neg \text{Ph}(AX)$.

Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R1 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión G3-C α II va a depender de la cuestión subalterna G3-C α II' de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P1/P2? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para sostener la preeminencia, ya de P1, ya de P2, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a) Cuál es el peso de P1.
- b) Cuál, el de P2.
- c) Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d) En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R1 es válida, entonces AX será una vulneración iusfundamental y se proseguirá con la siguiente cuestión; en el supuesto contrario, ya no se requerirá seguir argumentado y, por ende, se adoptará la decisión correspondiente (véase abajo *perfil decisional* G3-A).

CUESTIÓN G3 ALFA TRES, DE LA DEFERENCIA A LA JURISDICCIÓN ORDINARIA, O DE LA DEFERENCIA COMPETENCIAL

G3-C α III: ¿Está ordenado constitucionalmente declarar que Ax es una vulneración iusfundamental?

El procedimiento interpretativo encaminado a resolver las cuestiones de este tipo va a operar en el marco trazado por las reglas de la carga de la argumentación aplicables al contexto de argumentación de que se trate. Por lo que siempre intervendrá algún argumento al respecto.

Ahora bien, en un *caso fácil*, habrá una regla constitucional R2 según la cual, *Si Ax está prohibida constitucionalmente, $Ph(Ax)$, entonces, es constitucionalmente obligatorio declararlo, $O_iPh(Ax)!$* . Así:

R2: $Ph(Ax) \rightarrow O_iPh(Ax)!$

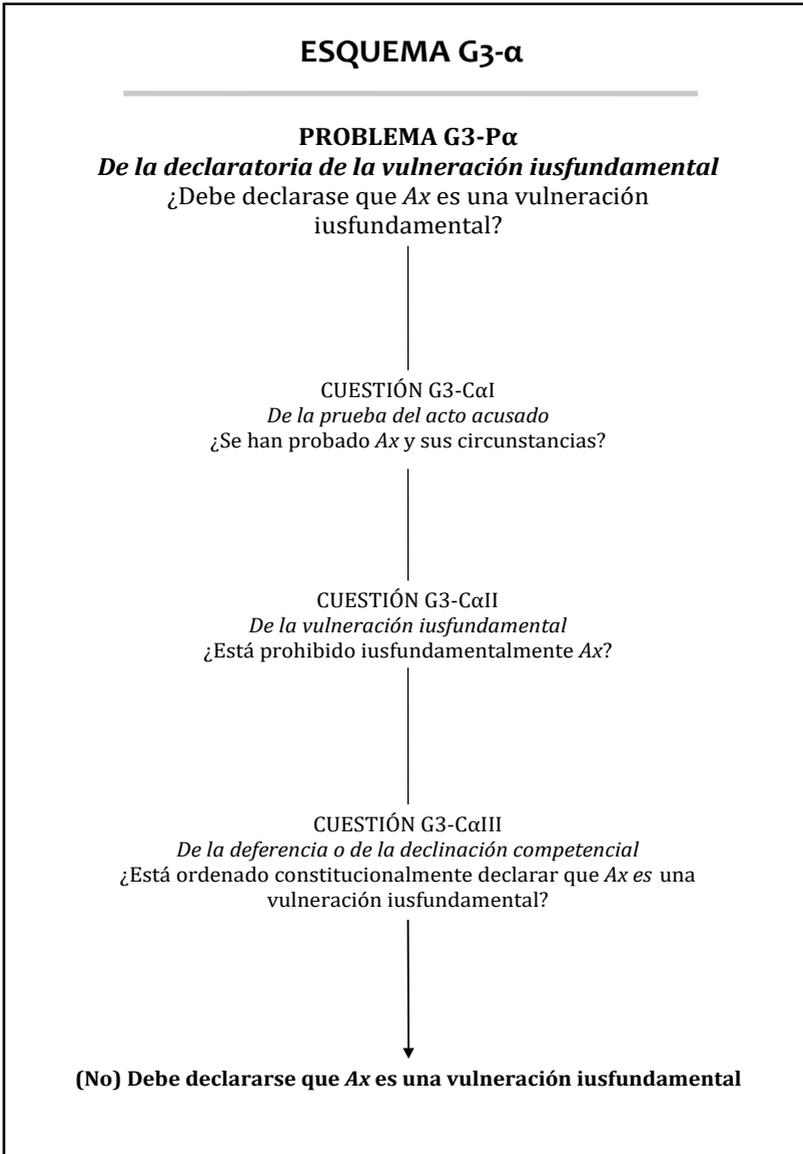
En tal supuesto, la respuesta a la cuestión se desprende directamente de manera subsuntiva, usando esa regla constitucional como premisa mayor de un silogismo jurídico en el que la premisa menor será, o bien $Ph(Ax)$, o bien $\neg Ph(Ax)$. Coligiéndose así, respectivamente, o bien que la declaratoria de la vulneración iusfundamental del acto acusado es obligatoria, o bien que no lo es: $O_iPh(Ax)!$ o $\neg O_iPh(Ax)!$.

Los casos difíciles, como sabemos, se caracterizan por requerir de justificación externa, es decir, la fundamentación de la premisa normativa R2 se torna problemática, en la medida en que la validez de aquella dependerá de un procedimiento ponderativo. Consecuentemente, la cuestión G3-C α III va a depender de la cuestión subalterna G3-C α III' de si cuál de los principios en tensión tiene precedencia respecto del otro, ¿P3/P4? A este respecto, es de la mayor importancia tener presente que, para sostener la preeminencia, ya de P3, ya de P4, debe ofrecerse argumentos sobre:

- a) Cuál es el peso de P3.
- b) Cuál, el de P4.
- c) Por qué hay que preferir el uno al otro.
- d) En caso de empate, cuál es la regla de la carga de la argumentación aplicable.

Si el resultado que arroja la ponderación es que R2 es válida, se deberá declarar que $\mathcal{A}X$ es una vulneración iusfundamental y se proseguirá con la siguiente cuestión; en el supuesto contrario, ya no se requerirá seguir argumentado y, por ende, se adoptará la decisión correspondiente.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G3-ALFA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G3-Alfa*

La respuesta al problema G3 Alfa (G3-P α) sería: ***Debe declararse que Ax es una vulneración iusfundamental*** (o, bien, lo contrario). Y la correspondiente *ratio decidendi Alfa*:

G3-RD α : Si se produce la clase de acto acusado *AX* en las circunstancias *CAX*, entonces, está ordenado constitucionalmente declarar que *AX* es una vulneración iusfundamental, ***AX.CAX*** \rightarrow ***O_iV(AX)!*** (O, bien, lo contrario).

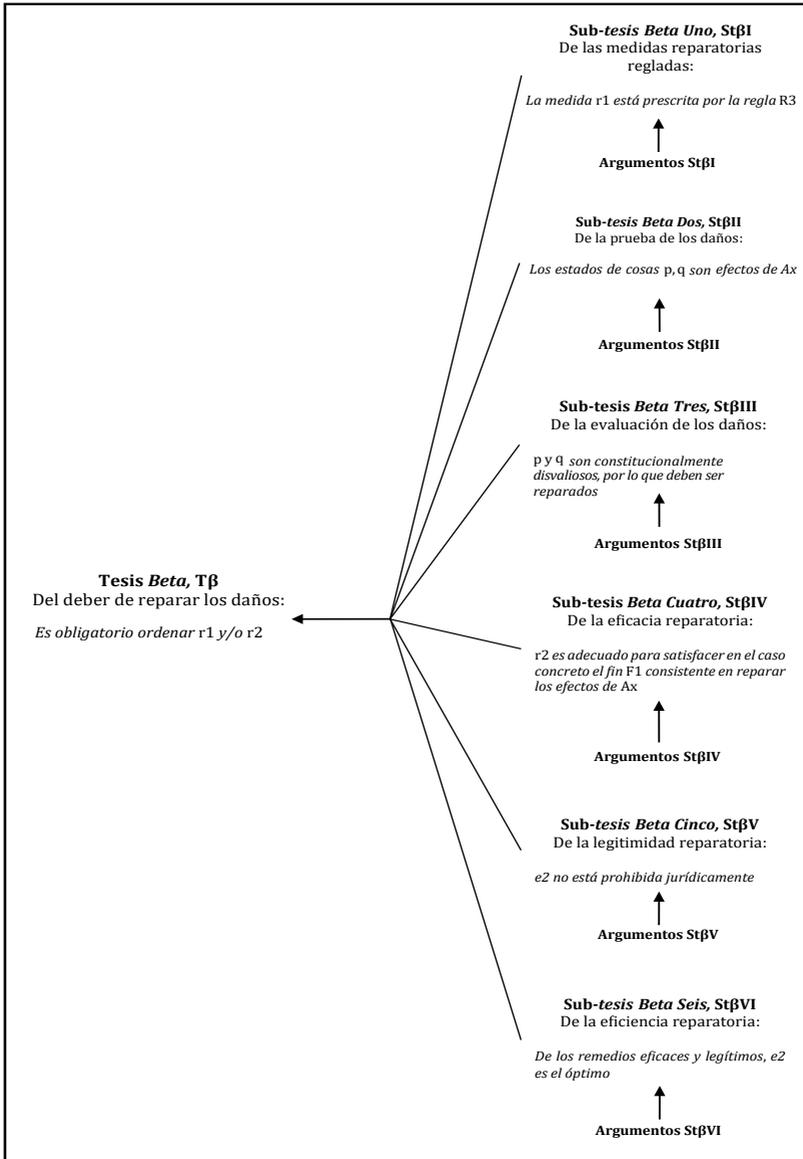
43. Esquema G3-Beta: de la reparación del daño

a) *Pretensión G3-Beta*

PETTUM G3 BETA

Petitum G3 β : *¡Pido que se ordene la medida reparatoria r1 y/o la r2 para remediar los efectos de Ax, los de su vulneración iusfundamental y los de la declaratoria de ésta!*

TESIS (Y SUBTESIS) G3-BETA



b) *Ramal argumentativo G3 Beta*

PROBLEMA G3-BETA

Pβ: ¿Qué medida(s) reparatoria debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: remediar los efectos de AX ?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las medidas reparatorias pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad reparatoria del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, la función reparatoria de la jurisdicción podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la *adecuación*, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad remedial de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN G3-BETA UNO, DE LA REPARACIÓN REGLADA

G3-CβI: ¿Qué medidas reparatorias están prescritas por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

R3: $\neg V(AX) \vdash CAX \rightarrow O(R1)$

Esto es, si un objeto de juzgamiento de la clase AX es una vulneración iusfundamental en la clase de circunstancias CAX , entonces, es obligatorio adoptar la medida de reparación tipo $R1$.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos ante *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla $R3$.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el que se produzca una colisión entre los principios $P5$ y $P6$, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido, justificando respectivamente la validez o no de $R3$. Para sostener

la preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de observar las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G3-CβI, de la reparación reglada, interaccione con la cuestión G3-CβV, de la legitimidad reparatoria.

CUESTIÓN G3-BETA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS DAÑOS

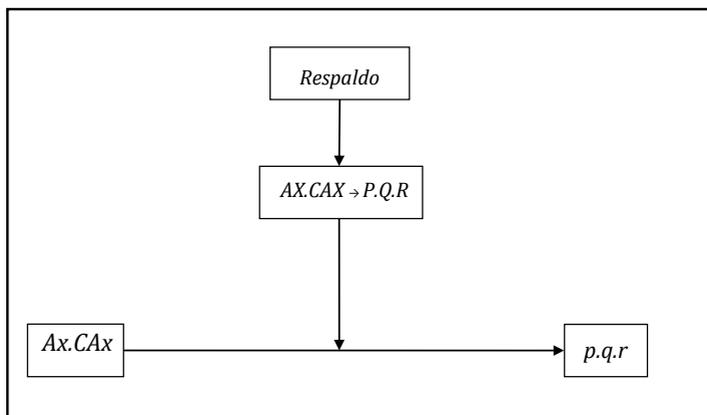
G3-CβII: ¿Cuáles son los daños causados por Ax , dadas sus circunstancias CAx ?

Cuando la respuesta al problema de la reparación reglada no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el procedimiento *adecuativo*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los daños de Ax : de su vulneración iusfundamental y de la declaratoria de ésta. Esto plantea la cuestión de si el acto acusado Ax , a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p, q, r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de unos hechos conocidos Ax y CAx se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p, q, r , pues se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre un hecho de la clase de Ax y CAx , que podemos identificar como AX y CAX , indubitadamente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p, q, r , a los que podemos nombrar como P, Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$AX.CAX \rightarrow P.Q.R$$

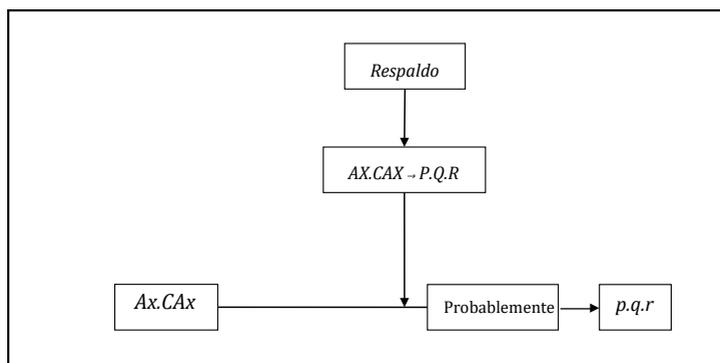
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera:



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de x y CAx llega a establecer como probados p , q , r no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*. no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$AX.CAX \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p , q , r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La inferencias así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna G3-C β I': la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $AX.CAX \rightarrow P.Q.R$?: ¿cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace?. De ahí que la solución a G3-C β I' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- a) Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- b) Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- c) Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los daños ocasionados por AX (su vulneración iusfundamental y la declaratoria de ésta), se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN G3-BETA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS DAÑOS

G3-C β III: ¿Cuáles daños ocasionados por AX son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen p , q , r (P , Q , R), causadas por el acto acusado en la que se inscribe AX (AX), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales. De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN G3-BETA CUATRO, DE LA EFICACIA REPARATORIA

G3-C β IV: ¿Cuáles medidas reparatorias son adecuadas para satisfacer el fin $F1$, reparar P y Q ?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado $F1$: la reparación de los estados de cosas correspondientes a las clases P , Q , R , cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, $R2$, $R3$, $R4$, Rn .

CUESTIÓN G3-BETA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD REPARATORIA

G3-C β V: ¿Están prohibidas las medidas reparatorias eficaces ya identificadas, R2, R3, R4, Rn?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento de F1, se busca saber si la adopción de cada uno de los medios eficaces disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R4.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios P7 y P8, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de P7, ya de P8, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G3-C β I, de la reparación reglada, interaccione con la cuestión G3-C β V, de la legitimidad reparatoria.

CUESTIÓN G3-BETA SEIS, DE LA EFICIENCIA REPARATORIA

G3-C β VI: ¿Cuál de esas medidas reparatorias eficaces y legítimas es la óptima?

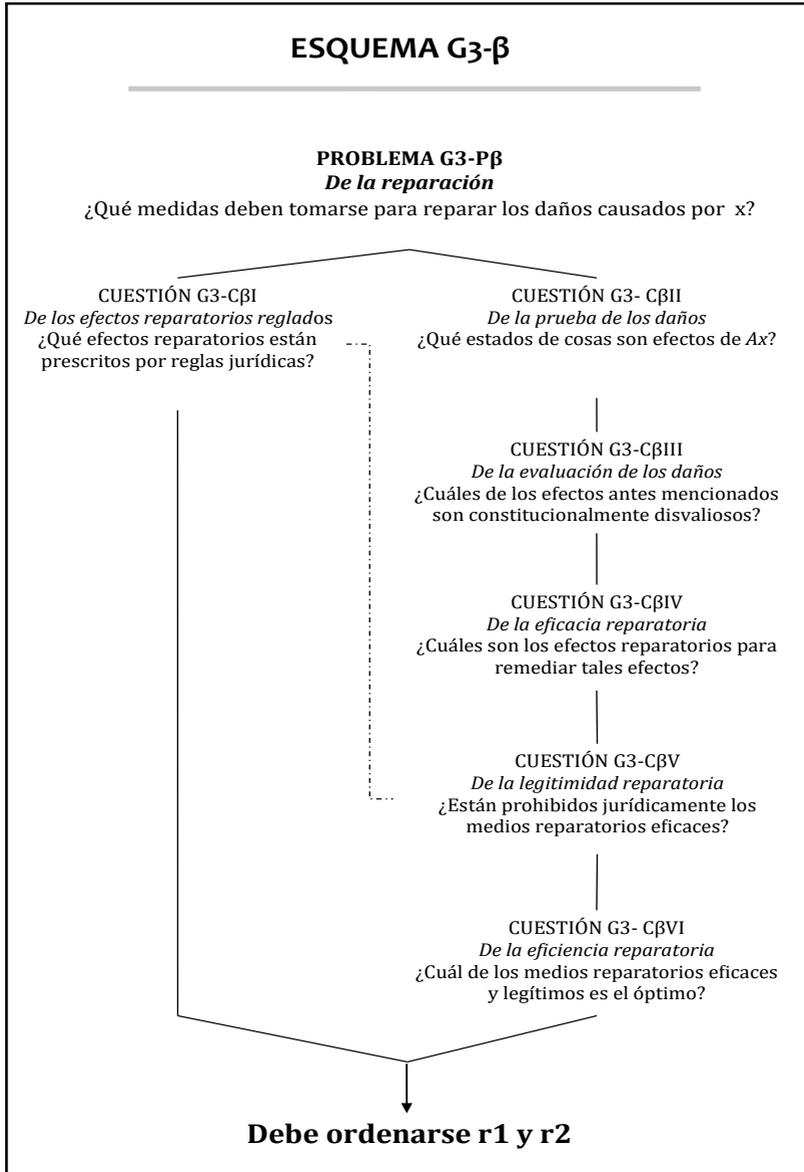
Nótese que antes se había identificado a R2, R3, R4 y Rn como clases de medidas reparatorias eficaces para realizar F1, distinguiéndolos así de los ineficaces, es decir, de aquellos sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad reparatoria*: una determinada medida reparatoria o está o no está jurídicamente prohibida. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: una cierta medida reparatoria puede ser más o menos eficiente que otra, aunque ambas sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo que la adopción que un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado

en que la realización de un determinado fin se ve favorecida merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos —entre ellos el tiempo— que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $R2 > R3 > Rn$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto $r2$ es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar $F1$. Consiguientemente, la respuesta al problema G3 Beta de la *reparación del daño*, G3-P β , incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, la medida reparatoria $r2$ —lo que se expresaría como $O(r2)$ — para remediar los efectos de Ax (los de su vulneración iusfundamental y los de la declaratoria de ésta).

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad reparatoria* (G3-C β V) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia reparatoria. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G3-BETA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G3 Beta*

La respuesta al problema G3 Beta (G3-P β) sería: ***Debe ordenarse la medida reparatoria r1 y/o r2 para reparar los efectos de Ax.*** Y la correspondiente *ratio decidendi* Beta:

G3-RD β : Si se ha declarado que un acto acusado de la clase AX, acaecido en las circunstancias CAX es una vulneración iusfundamental, entonces, es obligatorio adoptar la clase de medio R1 (reglado) y/o R2 (discrecional) para remediarlo, ¡**V(Ax)!.CAX \rightarrow O(R1, R2).**

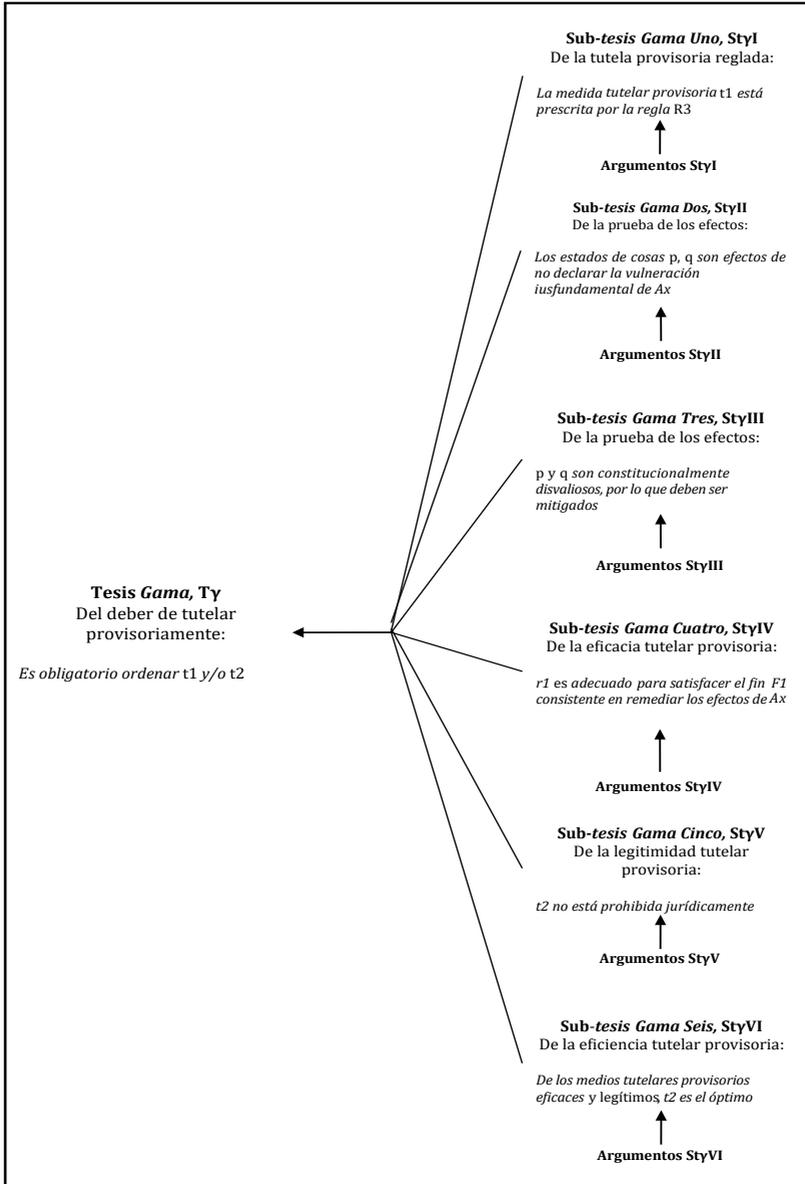
44. Esquema G3-Gama: de la tutela provisoria

a) *Pretensión G3-Gama*

PETITUM G3-GAMA

G3-Pty: ¡Pido que se ordene la medida tutelar provisoria t1 y/o la t2 para mitigar los efectos de la no declaratoria de que Ax es una vulneración iusfundamental!

TESIS (Y SUBTESIS) G3-GAMA



b) *Ramal Argumentativo G3 Gama*

PROBLEMA G3-GAMA

G3-Pγ: ¿Qué condicione(s) tutelar(s) provisoria(s) debe(n) tomarse para cumplir el fin F1: mitigar los efectos de no declarar la vulneración iusfundamental de Ax y así ordenar la deferencia a la jurisdicción ordinaria o competencial?

Dependiendo del diseño institucional vigente, las condiciones a la deferencia pueden estar prefiguradas por reglas jurídicas, en cuyo caso, la actividad del juez constitucional, al ser *reglada*, debe guiarse por el modelo de la subsunción, salvo que el caso devenga difícil. Sin embargo, dependiendo también del diseño institucional, esta función condicionante de la jurisdicción ordinaria o competencial podría ser *discrecional*, supuesto en el cual, el modelo de argumentación correspondiente será el de la adecuación, ya que el juez tendrá que diseñar el medio apropiado para la finalidad mitigadora de que se trate. No es infrecuente, por otro lado, que en la práctica constitucional de algunos países los modelos reglado y discrecional se presenten mutuamente imbricados, formando sistemas *mixtos*.

En cualquier caso, de manera general, son seis las cuestiones a tener en cuenta para responder a este problema, a saber:

CUESTIÓN G3-GAMA UNO, DE LA TUTELA PROVISORIA REGLADA

G3-CγI: ¿Qué medidas tutelares provisionales están prescritas por reglas jurídicas?

Una regla tal ha de tener la forma siguiente:

$$R3: \neg \forall (AX)!. \forall (AX). CAX \rightarrow O(T1)$$

Esto es, si un acto acusado de la clase AX no se declara como vulneración iusfundamental a pesar de serlo, en la clase de circunstancias CAX, entonces, es obligatorio adoptar la medida tipo T1.

En esta medida, lo habitual será que, de existir una regla como la mencionada, nos encontremos *casos fáciles*, donde la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R3.

Sin embargo, no puede excluirse que puedan surgir eventualmente problematizaciones de la referida regla, dando origen a un *caso difícil* en el que se produzca una colisión entre los principios P5 y P6, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido,

justificando respectivamente la validez o no de R3. Para sostener la preeminencia, ya de P5, ya de P6, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G3-CyI, de la condición cautelar reglada, interaccione con la cuestión G3-CyV, de la legitimidad cautelatoria.

CUESTIÓN G3-GAMA DOS, DE LA PRUEBA DE LOS RIESGOS

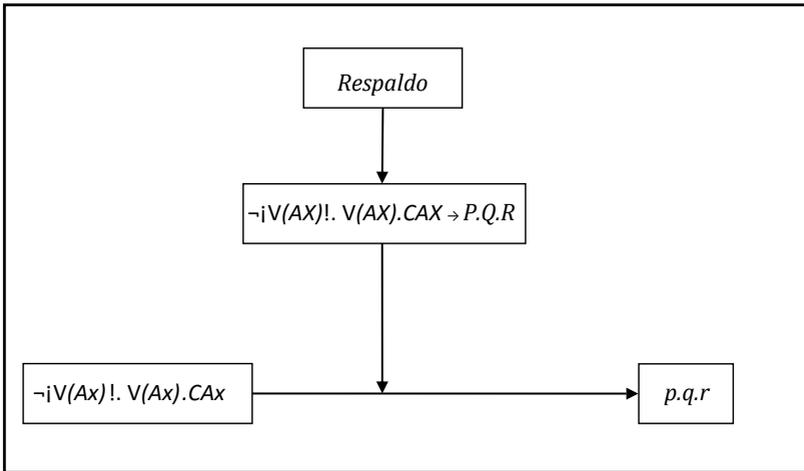
G3-CyII: ¿Qué estados de cosas son riesgos de la no declaratoria de que Ax es una vulneración iusfundamental, dadas sus circunstancias CAX ?

Cuando la respuesta al problema de la deferencia condicionada no se deriva únicamente de reglas, habrá que desplegar el procedimiento *adecuativo*, y para ello se tendrá que iniciar por la constatación de los riesgos de la no declaratoria de que Ax es una vulneración iusfundamental. Esto plantea la cuestión de si a esa omisión, a partir de una noción bien amplia de causalidad, se le pueden atribuir determinados efectos, p, q, r .

Por tener carácter probatorio, esta cuestión admite una versión para los casos fáciles y otra para los difíciles. Como corresponde a los primeros, en ellos bastará con realizar una justificación interna, la que prácticamente consiste en un razonamiento deductivo: partiendo de la no declaratoria de que Ax es una vulneración iusfundamental, pero de la consideración –por parte del mismo juez– de que Ax es una vulneración iusfundamental y en las circunstancias CAX , se concluye que forzosamente han ocurrido, como su efecto, los estados de cosas p, q, r , debido a que se cuenta con la premisa de que siempre que ocurre una omisión de tal clase, que podemos identificar como $\neg_1 V(AX)!. V(AX).CAX$, indubitadamente debemos colegir que se han producido las clases de hechos a las que pertenecen p, q, r , a los que podemos nombrar como P, Q y R ; de manera que la mencionada premisa se expresaría como:

$$\neg_1 V(AX)!. V(AX).CAX \rightarrow P, Q, R$$

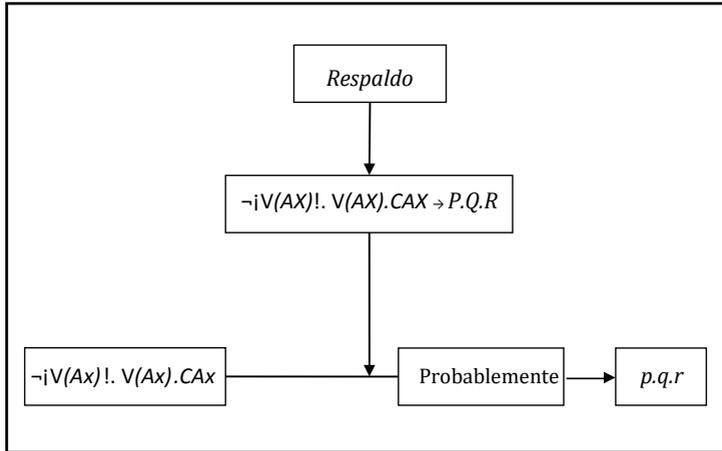
Esto podríamos graficarlo de la siguiente manera



En contraste, en un *caso difícil*, el procedimiento que partiendo de los hechos $\neg\exists V(Ax)!$, $V(Ax)$, y CAX llega a establecer como probados p , q , r no es una inferencia deductiva, sino *inductiva*: no tiene fuerza necesaria e inmediata, sino *probable* y a menudo *mediata* (es decir, se requiere de una cadena de inducciones para llegar a puerto). Lo cual se debe a que ya no contamos con una premisa con la fortaleza requerida para ser la premisa mayor de un silogismo deductivo, sino con una regla de inferencia apta para generar creencias meramente probabilísticas; la que de todas formas podríamos expresarla así:

$$\neg\exists V(Ax)!. V(Ax).CAX \rightarrow P.Q.R$$

La relativa debilidad de esta regla de inferencia puede ilustrarse incorporando en el diagrama anterior el cualificador de probabilidad, de la siguiente manera:



En un caso así, podemos *presumir* la existencia de p, q, r , siempre que contemos con una regla de inferencia como la que mencionamos. La presunciones judiciales así logradas serán más o menos *fuertes* según el grado de probabilidad que revistan. Esto quiere decir que cuando se trata de un caso difícil, la respuesta a la cuestión de la prueba de los hechos depende de la cuestión subalterna G3-CγI: la de si está fundamentada y en qué grado la citada regla de inferencia, ¿ $\neg iV(AX)!. V(AX).CAX \rightarrow P.Q.R$? cuál es el grado de probabilidad que encierra, si es que lo hace. De ahí que la solución a G3-CγI' deba, necesariamente, contener argumentos acerca de:

- Cuáles son las razones favorables a dicha probabilidad.
- Cuáles son las razones desfavorables a ese mismo respecto.
- Cuál es el balance entre ambos tipos de razones probabilísticas.

Ya se trate de un caso fácil o de uno difícil, luego de elucidar cuáles son los riesgos de la no declaratoria de que AX es una vulneración iusfundamental, se proseguirá con la siguiente cuestión.

CUESTIÓN G3-GAMA TRES, DE LA EVALUACIÓN DE LOS RIESGOS

G3-CγIII: ¿Cuáles riesgos de la no declaratoria de que AX es una vulneración iusfundamental son constitucionalmente disvaliosos?

Para responder a esta cuestión, es preciso evaluar, desde el punto de vista constitucional, las clases de estados de cosas a las que pertenecen p, q, r (P, Q, R), causadas por la no declaratoria de vulneración iusfundamental de la clase a la que pertenece Ax (AX), con miras a juzgar si (razonablemente) son o no disvaliosos según afecten o no a valores constitucionales.

De esta manera, se proseguirá la argumentación solamente respecto de los estados de cosas que lo sean.

CUESTIÓN G3-GAMA CUATRO, DE LA EFICACIA TUTELAR PROVISORIA

G3-C γ IV: ¿Cuáles medidas tutelares provisionarias son adecuadas para satisfacer el fin F1, mitigar P y Q?

Se trata aquí de identificar cuáles de los medios posibles son aptos para producir unas determinadas consecuencias constitutivas del fin buscado $F1$: la mitigación de los estados de cosas correspondientes a las clases P, Q, R, cuyos disvalores constitucionales previamente se establecieron. Por ejemplo, T2, T3, T4, Tn.

CUESTIÓN G3 GAMA CINCO, DE LA LEGITIMIDAD TUTELAR PROVISORIA

G3-C γ V: ¿Están prohibidas las medidas tutelares provisionarias ya identificadas, T2, T3, T4, Tn?

Esta cuestión indaga sobre el estatus normativo de los medios adecuados para el cumplimiento del F1, se busca saber si la adopción de cada una de las medidas tutelares provisionarias disponibles es ilegítima o no, según esté jurídicamente prohibida o no.

En un *caso fácil*, la respuesta a la cuestión se desprenderá directamente, de manera subsuntiva, aplicando la regla R4.

En un *caso difícil*, en cambio, no se cuenta con una regla tal, puesto que hay una colisión entre los principios P7 y P8, de manera que según sea el peso relativo de cada uno se resolverá la cuestión en uno u otro sentido. Para sostener la preeminencia, ya de P7, ya de P8, debe argumentarse sobre: i) cuál es el peso del primero; ii) cuál el del segundo; y, iii) por qué hay que preferir a éste o aquél. Adicionalmente, se ha de considerar en la argumentación las reglas sobre la carga de la argumentación.

Eventualmente podría presentarse el caso de que la cuestión G3-CyI, de la condición cautelar reglada, interaccione con la cuestión G3-CyV, de la legitimidad cautelatoria.

CUESTIÓN G3 GAMA SEIS, DE LA EFICIENCIA DE LA CAUTELATORIA

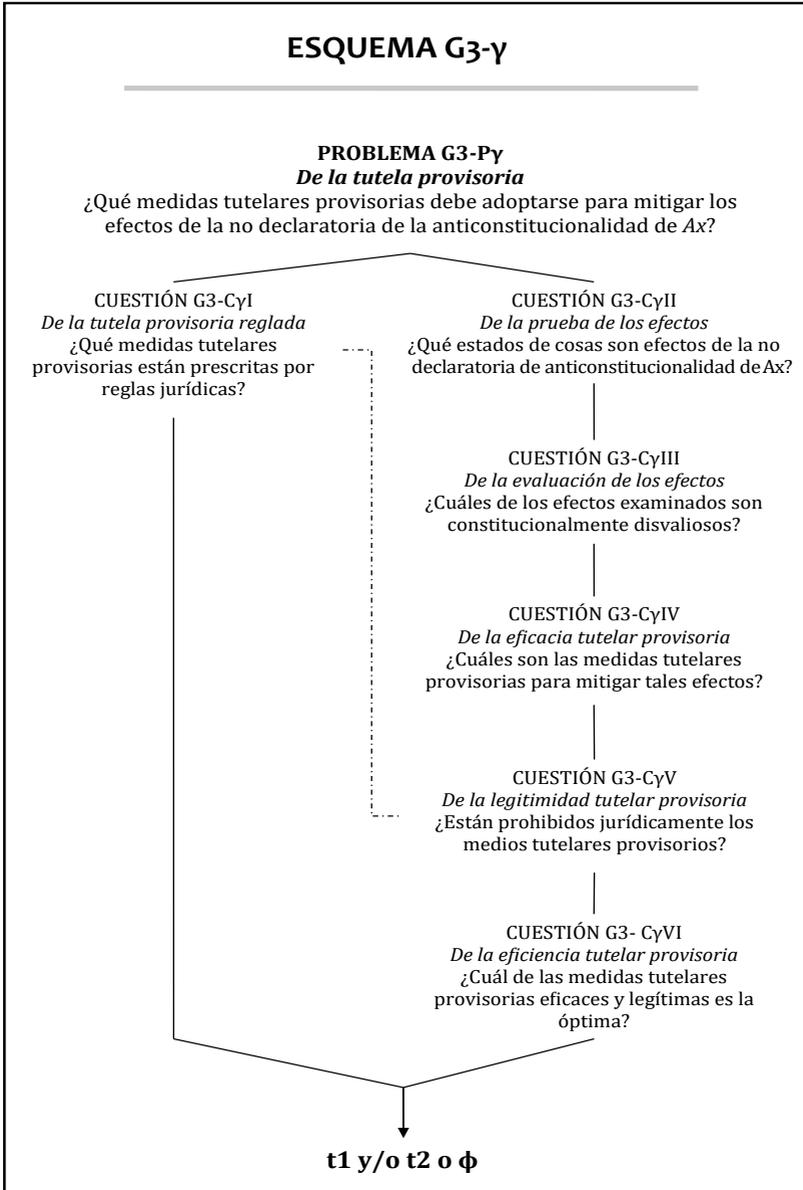
G3-CyVI: ¿Cuál de esas medidas tutelares provisionarias eficaces y legítimas es la óptima?

Nótese que antes se había identificado a T_2 , T_3 , T_4 y T_n como clases de medidas eficaces para realizar $F1$, distinguiéndolos así de los ineficaces, es decir, de aquellos sin aptitud alguna para servir de medios para el indicado fin. Eso implica que el concepto de *eficacia* no es graduable: un determinado medio o es eficaz o no lo es respecto de un determinado fin. Lo mismo, como vimos, ocurre con el concepto de *legitimidad*: una determinada medida o está o no está jurídicamente prohibida. Sin embargo, la *eficiencia* es un atributo de los medios que sí admite graduación: una cierta medida puede ser más o menos eficiente que otra, aunque ambas sean eficaces, para el cumplimiento de un determinado fin.

La eficiencia resulta de la relación entre el beneficio y el costo que la adopción que un cierto medio reporta. El beneficio viene dado por el grado en que la realización de un determinado fin se ve favorecida merced a la elección de aquél. Los costos, por su parte, incluyen los recursos —entre ellos el tiempo— que la implementación del medio demanda. Si en un determinado caso tenemos que $T_2 > T_3 > T_n$, entonces, hemos de concluir que en el caso concreto t_2 es el medio eficaz y legítimo óptimo para alcanzar $F1$. Consiguientemente, la respuesta al problema G3 Gama de la *condición cautelar*, G3-Py, incluirá el que está ordenado constitucionalmente adoptar, en el caso concreto, la medida tutelar provisionaria t_2 —lo que se expresaría como $O(t_2)$ — para mitigar los efectos de la no declaratoria de que Ax es una vulneración iusfundamental. Podría, sin embargo, concluirse que no está justificada la adopción de ninguna medida.

La respuesta a la cuestión de la *eficiencia de la cautelatoria* pasa, entonces, por mensurar comparativamente el costo-beneficio asociado a cada uno de los medios en examen, para escoger el que mejor: el más eficiente. Por consiguiente, la argumentación es básicamente de tipo empírico, aunque en este proceso de maximización de la eficiencia el juez podría tropezar con algún principio constitucional, con lo cual habría que previamente volver a la *cuestión de legitimidad cautelatoria* (G3-CyV) para resolver la ponderación correspondiente, y luego retornar al discernimiento de la eficiencia. Esto muestra que, en realidad, el proceso de argumentación no es lineal.

DIAGRAMA DEL ESQUEMA G3-GAMA



c) *Síntesis formal: Respuesta al problema y Ratio decidendi G3 Gama*

La respuesta al problema G3 *Gama* (G3-P γ) sería, o bien: ***Debe ordenarse la medida tutelar provisoria t1 y/o t2 para mitigar los efectos de la no declaratoria de que Ax es una vulneración iusfundamental.*** O bien: ***No debe ordenarse medida alguna para reparar los efectos de la no declaratoria de que Ax es una vulneración iusfundamental.*** Naturalmente, en el primer caso, la deferencia habrá sido condicionada, mientras que en el segundo, no.

Correspondientemente, la *ratio decidendi Gama* sería, o bien:

G3-RD γ : Si no se ha declarado como vulneración iusfundamental un acto acusado de la clase *AX*, a pesar de que lo es y teniendo en cuenta las circunstancias *CAX*, entonces, es obligatorio condicionar la deferencia a la jurisdicción ordinaria o competencial a la adopción la clase de medio *T1* (reglado) y/o *T2* (discrecional) para mitigarlo, $\neg_1 V(AX)!. V(AX).CAX \rightarrow O(T1, T2)$.

O bien:

G3-RD γ ': Si no se ha declarado como vulneración iusfundamental un acto acusado de la clase *AX*, a pesar de que lo es y teniendo en cuenta las circunstancias *CAX*, entonces, no es obligatorio condicionar la deferencia a la jurisdicción ordinaria o competencial a la adopción de medida alguna, $\neg_1 V(AX)!. V(AX).CAX \rightarrow \neg O(Tn)$.

45. La decisión y los perfiles de la G3

Concordantemente con lo expuesto, son varios los supuestos a considerar con miras a establecer cuál es la decisión que debe tomarse como resultado de la aplicación de la Guía Tres, y según ésta, definir cuál es el particular perfil que adopta G3 en el caso sub examen.

a) *Perfil decisional G3-A*

Primer supuesto: Si, como respuesta a G3-C α I, la cuestión de la prueba del acto acusado, se determina que no se ha probado *Ax* y/o *CAX*, la decisión sería:

*¡No se declara que **Ax** es una vulneración iusfundamental!*

Si esto sucede, G3 tendría un *perfil decisional* A, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Tres: **G3-A**.

b) *Perfil decisional G3-B*

Segundo supuesto: Si, como respuesta a G3-C α II, la cuestión de la vulneración iusfundamental, se determina que *Ax* no está prohibido constitucionalmente, la decisión sería:

*¡No se declara a **Ax** como vulneración iusfundamental!*

Si esto sucede, G3 tendría un *perfil decisional* B, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Tres: **G3-B**.

c) *Perfil decisional G3-C*

Tercer supuesto: Si, como respuesta a G3-C α III, se determina que debe declararse que *Ax* es una vulneración iusfundamental, la decisión sería:

*¡Se declara a **Ax** como vulneración iusfundamental!*

Luego, se pasaría a considerar el problema *Beta*, como resultado de lo cual habría que adoptar, además, la decisión:

¡Se ordena la reparación al daño r1 y/o r2!

Si ambos tipos de decisión concurren, G3 tendría un *perfil decisional* C, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Tres: **G3-C**.

d) *Perfil decisional G3-D*

Cuarto supuesto: Si, como respuesta a G3-C α III, de la deferencia a la jurisdicción ordinaria, o de la deferencia competencial se determina que no debe declararse que *Ax* es una vulneración iusfundamental a pesar de serlo, la decisión sería:

*¡No se declara a **Ax** como vulneración iusfundamental!*

A continuación, habría que plantearse el problema G3 *Gama* P γ , de la condición cautelar. Y si ésta fuera respondida afirmativamente, es decir, en el sentido de que sí cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida tutelar provisoria que mitigue los efectos de no declarar que *Ax* es una vulneración iusfundamental, entonces habría que adoptar una decisión adicional:

¿Se ordena la condición cautelar t1 y/o t2!

G3 tendría un *perfil decisional* D, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Tres: **G3-D**.

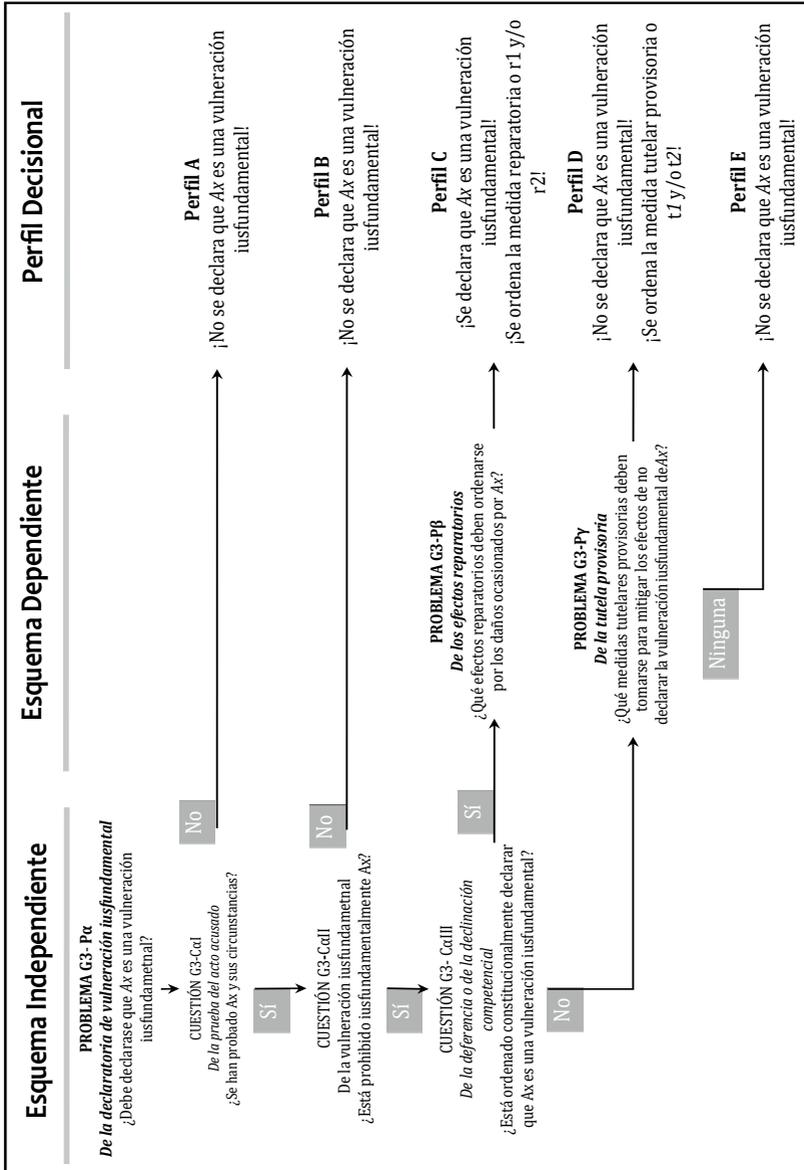
e) *Perfil decisional G3-E*

Quinto supuesto: Si, como respuesta a G3-C α III, la cuestión de la deferencia a la jurisdicción ordinaria, o de la deferencia competencial, se determina que no debe declararse que *Ax* es una vulneración iusfundamental a pesar de serlo, la decisión sería:

*¿No se declara a **Ax** como vulneración iusfundamental!*

A continuación, habría que plantearse el problema G3 *Gama* P γ , de la condición cautelar. Y si ésta fuera respondida negativamente, es decir, en el sentido de que no cabe condicionar la deferencia mediante la adopción de alguna medida que mitigue los efectos de no declarar que *Ax* es una vulneración iusfundamental, entonces G3 tendría un *perfil decisional* E, por lo que estaríamos frente a un particular perfil de Guía Tres: **G3-E**.

f) *Diagrama de perfiles*



g) *Variedad de árboles: Perfiles de G3*

Coherentemente con lo anterior y simétricamente a la Guía General, ahora podemos dar cuenta de la variedad de árboles argumentativos de G3: G3-A; G3-B; G3-C; G3-D; G3-E.

46. Materiales de estudio: casos útiles para la aplicación didáctica de la G3

CASO: MORADORES DE CARCELÉN VS. MUNICIPIO DE QUITO

(Sentencia No. 2010-0778 del Juzgado octavo de la niñez y adolescencia y sentencia No. 2010-0834 de la Segunda sala de garantías penales)

Cuatro ciudadanos interpusieron acción de protección en contra de EMSEGURIDAD-Q y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, por no haber realizado la consulta a la comunidad afectada previo al inicio de la construcción de la Casa de la Justicia Pichincha Norte, en una parte del parque ubicado en Carcelén Industrial, violación de un derecho constitucional que a su vez habría dado lugar a la violación de otros derechos, como son los de la naturaleza, a un medio ambiente sano, al pleno disfrute de la ciudad y de sus espacios públicos, a la salud, a la integridad física y psíquica y todos sus relacionados. A la demanda adjuntaron documentos en los que las autoridades de diferentes departamentos municipales sugieren realizar consultas para contar con la aceptación de la comunidad del sector. Por su parte la Alcaldía y EMSEGURIDAD-Q manifiestan que el proyecto de construcción de la Casa de Justicia – Norte no requería de un proceso de consulta ciudadana, porque no causa impacto ambiental (según la normativa aplicable lo son los que tengan más de 10.000 metros cuadrados de construcción y el presente tiene apenas 2.519 metros cuadrados) y que tiene un interés social que beneficia a toda la sociedad. La Procuraduría General del Estado agrega que no se está construyendo la Casa de Justicia en medio de un parque que se trataba de un terreno de propiedad de la municipalidad y que para la tala de árboles se obtuvo la respectiva autorización.

Para resolver, la jueza *a quo* considera que los demandantes comparecieron por sus propios y personales derechos y no como representantes de la comunidad, prevaleciendo el interés colectivo de la comunidad al particular. Por tanto no era necesaria la consulta a la que se refieren los accionantes, aunque con posterioridad al inicio de los trabajos se informó a la comunidad; que respecto de la construcción de la Casa de la Justicia, la parte accionada ha probado que

dicho proyecto no causará impacto ambiental y por tanto “*se infiere (...) no existe o concurre ninguna vulneración de derechos constitucionales; tanto más que los accionantes no han podido demostrar ninguna violación de tales derechos y garantías constitucionales*”. Entonces resolvió desechar la acción de protección por improcedente. Esta sentencia fue apelada por los accionantes.

El recurso de apelación interpuesto le correspondió conocer a la segunda sala de garantías penales de la Corte Provincial, la que consideró que en aplicación del Art. 86.3 de la Constitución, en virtud del cual se deben presumir ciertos los fundamentos alegados por el accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre la información, son hechos probados la preexistencia de un bosque compuesto por varias decenas de árboles de gran volumen, así como de un área destinada a un parque donde los residentes del sector han adecuado con canchas y juegos, puesto que esto no ha sido impugnado por los accionados. Además apreció, muy particularmente, que el Presidente de la Comisión de Espacio Público dispuso, en el 2007, que se cuente con la aceptación de la comunidad del sector para el proyecto en cuestión y que el Gerente de Parques y Jardines señaló que desconocía de ese proyecto, que existe déficit de áreas verdes en la ciudad, que la zona es industrial y por tanto muy susceptible de contaminación. Añadió que al existir medio centenar de árboles, evidentemente se ha construido un ecosistema. Que de modo alguno desestima la importancia de un centro de atención para la seguridad ciudadana, pero que el punto no es ese, porque el buen vivir requiere de seguridad, pero al mismo tiempo de un medio ambiente equilibrado, un desarrollo sustentable, sin atropellos a la naturaleza (p. 9) por lo que dispuso revocar la sentencia venida en grado, aceptar el recurso de apelación y disponer a) la suspensión de los trabajos de construcción de la Casa de Justicia de Pichincha Norte; y, b) La reparación total material e inmaterial a consecuencia de la tala de los árboles, así como la indemnización de los moradores.

CASO: MALDONADO BENÍTEZ VS. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
(Sentencia No. 2010-0791 del Juzgado quinto de trabajo y sentencia No. 2011-0120 de la Primera sala civil, mercantil, inquilinato y residuales)

El Fiscal General del Estado, convocó a concurso público de merecimientos y oposición para llenar 300 plazas de agentes fiscales, a nivel nacional, con sujeción al Reglamento que regula los concursos de merecimientos y oposición para desempeñar funciones en el Ministerio Público. Juan Patricio Maldonado Benítez, se presentó como aspirante para ocupar una vacante de Fiscal en la ciudad de Quito. Una vez terminado el concurso, en agosto de 2009, se emitió

el Acta de Resolución del Concurso Abierto de Fiscales en la que consta el listado de los concursantes que habían superado las dos fases del concurso (méritos y oposición), en orden de puntajes, la que es publicada en el Diario La Hora, páginas B11 y B12, con el fin de que la ciudadanía, en el plazo de 48 horas presente impugnaciones.

El señor Maldonado Benítez resultó ganador del concurso con uno de los más altos puntajes, pues se ubicó en el cuarto puesto y como no se presentaron impugnaciones en su contra, fue llamado a una entrevista personalizada con el Fiscal General, a la que habían concurrido también otros ganadores, pero el día de la entrevista, señala que sólo él no fue entrevistado, sin que le explicaran los motivos de tal situación. Ante ello, el señor Maldonado Benítez dirigió varias comunicaciones al Fiscal General del Estado solicitándole le informara sobre su caso, pero como no recibió respuesta alguna acudió a la Defensoría del Pueblo para que con su intervención le dieran respuesta. Sin embargo a este órgano tampoco respondió la Fiscalía. Ante ello presentó acción de protección a fin de que: a) se disponga que se elabore el nombramiento definitivo de Fiscal de Pichincha a su favor y se le posesione de manera inmediata en dicho cargo; b) que se declare la nulidad y se deje sin efecto el nombramiento de Fiscal que se haya hecho a favor de algún(a) profesional que en la actualidad se encuentre desempeñando dicho cargo; c) que se disponga el pago de remuneraciones correspondientes a todo el tiempo por el cual no se le concedió el nombramiento de Fiscal; d) que se establezca que el Fiscal General del Estado le ha provocado una afectación cruel a la moral y estabilidad de su persona, ya que se ha atropellado el derecho al trabajo como fuente de realización personal y base de la economía y de su supervivencia junto con la de su familia.

El Juez quinto de trabajo de Pichincha, consideró que encontrándose probados los hechos denunciados y que el Art. 28 del Reglamento que regula los concursos de merecimientos y oposición para desempeñar funciones en el Ministerio Público expedido el 12 de mayo de 2008 (Acuerdo No. 042-MFG-2008) dispone que “la selección es la etapa final del procedimiento de concursos, que tiene por objeto que el Ministerio Fiscal General del Estado seleccione y designe a los aspirantes que hubieren acreditado los mejores niveles de instrucción y competencia para el desempeño de los cargos. El Fiscal General del Estado seleccionará al (los) ganador(es) del concurso, de entre los aspirantes con mayor puntaje...”, disposición que “vincula directamente a los que obtuvieron mayor puntaje para ser nombrados en razón de que ya superaron todas las fases sin que exista ninguna por concluir, como ocurre en la especie” se han violado los principios y derechos

establecidos en los Arts. 33, 61.7 y 228 de la Constitución de la República; Arts.21 y 23 de la Carta Internacional de Derechos Humanos; Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 25 literal c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, Art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos, por lo que resolvió aceptar la acción de protección interpuesta y disponer a la Fiscalía General del Estado elabore inmediatamente el nombramiento de fiscal en favor del accionante, resolución que fue impugnada por el Fiscal General del Estado.

La primera sala civil, mercantil, inquilinato y residuales resolvió confirmar en todas sus partes la sentencia venida en grado, haciendo énfasis en que “no consta ninguna normativa que le faculte al Fiscal General del Estado, la potestad de nombrar o no a un funcionario, (...) pues lo que se dice de manera categórica es, que el Fiscal General del Estado seleccionará al (los) ganador(es) del concurso, de entre los aspirantes con mayor puntaje”, esto último en relación al Art. 28 del Reglamento que regula los concursos de merecimientos y oposición para desempeñar funciones en el Ministerio Público.

CASO: HERNÁNDEZ SOTO VS. IESS

(Sentencia No. 2010-0217 del Juzgado Octavo de lo Civil y sentencia No. 2010-0217 de la segunda sala de lo laboral, niñez y adolescencia)

En 1998, el Sr. Hernández Soto habría sufrido un accidente de trabajo y como resultado de ello le amputaron el brazo, por tal motivo fue calificado con incapacidad permanente y entonces empezó a recibir, por parte del IESS, una pensión total permanente. Dado que requería de mayores recursos para subsistir, del 2004 hasta el 2006, empezó a trabajar en funciones que podía desempeñar pese a su incapacidad. Debido a ello, en el año 2009, el IESS decide cobrarle por “indebidas” las pensiones de incapacidad permanente que hasta la fecha había recibido, en aplicación de la disposición general cuarta del Reglamento interno del régimen de transición del seguro de invalidez, vejez y muerte. El Juez Octavo de lo Civil de Pichincha consideró que la disposición no debió aplicarse al accionante, ya que el cobro debe hacerse cuando la concesión de la pensión se hubiere fundado en documentos o reclamos fraudulentos o en declaraciones falsas, lo que no ha ocurrido en este caso, pues lo que pasó es que el Sr. Hernández omitió el pedir permiso a la Comisión de Valuaciones para poder ingresar a un trabajo, pero no ha forjado documentos ni realizado declaraciones falsas, en tal virtud los derechos del accionante previstos en los Arts. 3 y 23.3 de la Carta Internacional de Derechos Humanos; Arts. 9.1 y 9.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de

derechos económicos, sociales y culturales; y, Arts. 11.2, 11.3, 35, 47, 48, 236, 339, 369 de la Constitución de la República del Ecuador han sido vulnerados y por tanto resolvió aceptar la acción de protección.

Respecto del recurso de apelación planteado, la segunda Sala Laboral de la Niñez y Adolescencia, resolvió que se trataba de una cuestión de legalidad que debía ser conocida por la jurisdicción contencioso-administrativa y por tanto rechazó la acción de protección interpuesta.

CASO: HIDALGO ROMERO VS. CONSEJO DE LA JUDICATURA

(Sentencia No. 2011-0384 del Juzgado tercero de tránsito y sentencia No. 2011-0385 de la Tercera sala de garantías penales)

El accionante dice que el proceso de homologación aplicado por el Consejo de la Judicatura es discriminatorio debido a que viola el principio de igualdad “a igual trabajo igual remuneración” puesto que desde el año 2007 aplica bandas en baja, media y alta, lo cual implica que unos funcionarios ganen más remuneración y otros menos, pese a ostentar el mismo cargo y ejercer las mismas funciones, sin que hasta la fecha (2010) haya solución a tal situación discriminatoria. En tal virtud, presentó una acción de protección en contra del mencionado ente público, pues es uno de los funcionarios perjudicados por tal proceso.

Para resolver el Juez Tercero de Tránsito consideró que “la acción de protección actúa donde la justicia ordinaria no puede garantizar plenamente los derechos fundamentales de las personas, ya porque no existe la vía judicial o la que existe no es idónea o porque la justicia ordinaria no le permite gozar de sus derechos en forma oportuna y breve” concluyendo que en el presente caso, la vía contenciosa administrativa no es la vía adecuada ni eficaz porque no puede hacer cesar de forma inmediata un trato desigual y discriminatorio. Añade que en el presente caso, el Consejo de la Judicatura, no justificó las diferencias salariales que aplica, ni por qué el accionado tiene un salario inferior al de sus compañeros que ostentan el mismo cargo y función, por lo que violó el derecho a la igualdad contenido en los Arts. 326 y 11 de la Constitución, en atención a lo cual decidió aceptar parcialmente la acción de protección interpuesta, disponer el cese inmediato de la discriminación y el reajuste y pago de los haberes que le correspondan al Sr. Hidalgo Romero.

Por su parte, la sala que conoció el recurso de apelación observó que en el presente caso no se había vulnerado ningún derecho, pues el Consejo de la Judicatura en sesión de agosto de 2009 resolvió que los servidores (entre ellos el accionante) percibirán la remuneración unificada cuando el Ministerio

de Finanzas asigne los fondos necesarios y por tanto el accionante no se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

CASO: LÓPEZ GUACHI VS. POLICÍA NACIONAL

(Sentencia No. 2011-0016 del Juzgado Primero de Tránsito y sentencia No. 2011-0265 de la Segunda sala de lo civil, mercantil y residuales)

En el año 2001, el tribunal del crimen policial inició en contra del cabo primero de policía Luis Geovany López Guachi tres procesos penales, el primero por plagio, el segundo por desaparición y muerte y el tercero por supuesta desaparición de individuos, en base a lo cual el Consejo de Clases y Policías estableció mala conducta profesional del referido cabo y solicitó, al Comandante General, la baja, misma que se efectivizó mediante orden general No. 150 de 6 de agosto de 2001. Fue trasladado a la cárcel y cumplió una pena, aunque años después, en el 2010, mediante recursos de revisión se declaró su inocencia y la cesación de todas las medidas cautelares decretadas en su contra. Luis Geovany López Guachi presentó acción de protección para que se declare la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia y garantías del debido proceso, y con ello la nulidad de la orden general No. 150; se ordene su reincorporación a las filas policiales; se le otorgue los ascensos y condecoraciones; y se le cancele los sueldos y bonificaciones que debía percibir por todo el tiempo que ha estado fuera de la Policía Nacional.

El juez declaró la vulneración los derechos del accionante contenidos en los Arts. 11.2; 11.4; 11.9; 76.7 y 33 de la Constitución y aceptando la acción de protección propuesta dispuso dejar “sin efecto la orden general N.- 150 del Comandante General de la Policía Nacional (...) y se dispone el reingreso del accionante a las filas policiales y la reparación material consistente en el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y demás beneficios que concede la Institución Policial a quienes formen parte de ella; igualmente se deja sin efecto los deméritos registrados en su hoja de vida, en razón de las causas penales referidas e identificadas en esta resolución. Pero se desecha el pedido de que se le otorguen los ascensos, grados y condecoraciones, como distinciones por la ilegal baja, en virtud de lo dispuesto por el inciso segundo del Art. 160 de la Constitución de la República”.

La Segunda sala de lo civil, mercantil y materias residuales de la Corte Provincial de Pichincha, resolvió desechar los recursos de apelación interpuestos y por tanto confirmar la sentencia venida en grado, haciendo énfasis en que la actuación ilegítima de la Policía Nacional había provocado daños graves al accionante.

CASO: MACHUCA ARROBA VS. MDMQ

(Sentencia No. 2008-1206 del Juzgado sexto de lo civil y sentencia No. 2009-0087 de la Primera sala civil, mercantil, inquilinato y residuales)

El Concejo Metropolitano de Quito, el 3 de octubre de 2002, resolvió declarar de utilidad pública e interés social y autorizar la ocupación urgente con fines de expropiación el inmueble denominado “La Rioja”, de propiedad de Laura Isabel Machuca Arroba y su ex cónyuge, en una dimensión de 180 metros cuadrados, para destinarlo a un Centro Cultural y Social en beneficio de la comunidad. Luego en junio de 2008, el Concejo Metropolitano modificó la resolución adoptada en octubre del 2002, en el sentido de que el área requerida para la obra municipal es de 9.811 metros cuadrados, es decir la totalidad del predio. Ambas resoluciones fueron inscritas en el Registro de la Propiedad, disponiéndose su prohibición de enajenar (limitación al dominio). Pero pese a que habían pasado más de 6 años, el Municipio no había iniciado el trámite expropiatorio. En atención a ello, la Sra. Machuca Arroba interpuso acción de protección arguyendo la violación de su derecho a la propiedad, que comprende el uso y goce de la misma, en perjuicio personal, el de su familia y su patrimonio, con el fin de que se deje sin efecto la declaratoria de utilidad pública así como el acuerdo de ocupación urgente con fines expropiatorios.

El juez sexto de lo civil de Pichincha resolvió negar la acción de protección interpuesta porque: a) la acción interpuesta adolece de falta de legitimación activa, ya que la accionante se presenta por sus propios y personales derechos, pero el predio fue adquirido por ella y su ex cónyuge, sin que éste se haya adherido a la acción propuesta; b) la accionante fundamenta su demanda en la violación de su derecho a la propiedad, debido a la limitación a la propiedad que pesa sobre su predio por la declaratoria de utilidad pública, pero el predio ya se encontraba, antes de dicha declaratoria, con prohibición de enajenar y orden de embargo, debido a una hipoteca constituida sobre el mismo, sin que por tanto haya violación al derecho esgrimido; c) la declaratoria de utilidad pública y ocupación urgente no adolece de falta de motivación, pues la motivación consta en las resoluciones del Concejo Metropolitano; y, d) finalmente llegará el momento en que la autoridad municipal inicie el trámite de expropiación.

Contrario a este criterio, la sala que resolvió el recurso de apelación consideró que de la prueba documental aportada por los litigantes se ha llegado a establecer que la entidad expropiante amparada por la ley, declaró de utilidad pública y ocupación urgente e inmediata, primero 180 metros cuadrados y luego 9.811 metros cuadrados, es decir la totalidad del inmueble La Rioja de propiedad de la accionante y su ex cónyuge. “Sin embargo, la entidad

expropiante nunca inició el trámite judicial a la que estaba obligada, al tenor de los Art. 781 (ex 792) y siguientes del Código de Procedimiento Civil, esto es, para que vía judicial se establezca el justo precio de la cosa expropiada, y de ser el caso, los propietarios demandados pudieran acogerse a lo prescrito en los Arts. 803 y 804 (ex814 y 815) ibídem, que facultan al expropiado, si transcurrido tres meses desde la última notificación de la sentencia y no consignare el precio determinado de la misma, el juez, a petición de parte, declarará sin lugar la expropiación, siendo de cargo del demandante el pago de costas; y, si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, dentro de un período de seis meses, contados desde que se hizo la última notificación de la sentencia, o no se iniciaren los trabajos dentro del mismo plazo, el propietario anterior puede readquirirla (...) NO haber iniciado el juicio de expropiación, sin lugar a dudas, la entidad expropiante ocasionó a los propietarios de la raíz graves perjuicios patrimoniales”, además consta el oficio dirigido por el Procurador Metropolitano a la Directora Metropolitana Financiera, en el cual se hace constar que de conformidad con la Ordenanza Municipal No. 181 que contiene el procedimiento expropiatorio en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito “es de exclusiva competencia de la Administración Zonal del Valle de Tumbaco, iniciar el proceso legal de expropiación, y la Dirección a su cargo efectuar la correspondiente transferencia de fondos asignados a la referida expropiación” y también el oficio dirigido por el Jefe de la Unidad de Jurisdicción Voluntaria y Expropiaciones al Administrador Zonal del Valle de Tumbaco en el que se señala que “se cuenta con la certificación de disponibilidad presupuestaria para cubrir la expropiación del inmueble denominado La Rioja, ubicado en la parroquia Puembo”. Añadió la Sala que “la expropiación tiene el antecedente constitucional por razones de utilidad pública o interés social y afecta directamente al dominio o propiedad, que según el Art. 599 del Código Civil es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o colectivo (...) el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (...) nunca inició el procedimiento judicial para pagar el justo precio a los cónyuges Ortiz–Machuca, por lo tanto nunca inició trabajos para el fin objeto de la expropiación (...) es decir, los actos administrativos impugnados por la presente acción constitucional nacieron legítimos, pero se volvieron ilegítimos como resultado de la inacción municipal, por ello la lesión al interés de sus propietarios surgió cuando el bien no siguió el fin previsto en la ley, esto es, la causa de utilidad pública y el fin social desaparecieron por no haber sido asignado a esa razón constitucional quedando perjudicada también la comunidad”. Por lo que acogiendo el recurso de apelación, aceptó la acción de protección y dejó sin

efecto la declaratoria de utilidad pública, así como el acuerdo de ocupación urgente con fines de expropiación del inmueble llamado La Rioja.

CASO: ANDRADE MONTALVO VS. POLICÍA NACIONAL

(Sentencia No. 2009-0536 del juzgado décimo tercero de lo civil y sentencia No. 2011-0458 de la segunda sala de lo civil, mercantil, inquilinato y residuales)

El actor señaló que mediante Resolución No. 2008-816-CS-ON, ratificada por Resolución No. 2009-263-CS-PN, en la parte en la que se refiere a él, se le calificó como “no idóneo” para el otorgamiento de la condecoración Policía Nacional de tercera categoría, arguyendo que en su hoja y libro de vida profesional consta como novedad que registra un total de 576 horas de arresto disciplinario, lo cual violaría el Art. 76.7 literal i) ya que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia y en el caso ya ha cumplido con las sanciones impuestas por faltas disciplinarias, sin que proceda tomar ese antecedente para evaluar la procedencia de una condecoración. También se habría violado el derecho contenido en el Art. 76.7 literal l) por falta de motivación, puesto que no existe disposición alguna que regule que el haber tenido horas de arresto (las que han sido cumplidas) sea un demérito para calificar como beneficiario de la condecoración; así como también se habría vulnerado su derecho al honor y buen nombre contenido en el Art. 66.18 de la Constitución, pues el no haberle calificado para la condecoración constituye un demérito. En base a lo cual solicitó se le otorgue la condecoración con todos los derechos que a ello le son inherentes y además se borre el demérito que consta en su hoja de vida por la negativa de la condecoración.

El Juez de instancia manifestó que múltiples han sido las resoluciones emitidas por el anterior Tribunal Constitucional “*en el sentido de que no se puede afirmar que un ciudadano sea declarado no idóneo para recibir una condecoración por el hecho de tener 576 horas de arresto, más aún cuando no existe normativa legal para hacerlo*”, además de que no existe norma legal aplicable para haber declarado al recurrente como no idóneo para la condecoración. Añadió que las resoluciones impugnadas no se encuentran debidamente motivadas, puesto que el Art. 5 literal a) del Reglamento de Condecoraciones de la Policía Nacional prevé que en todo caso el Consejo tomará en cuenta, como elemento fundamental, la demostración de enmienda en la conducta, observada durante los cinco últimos años. Por tanto, decidió aceptar la demanda y dejar sin efecto las resoluciones en sus partes pertinentes y dispone que sea borrado de la hoja de vida del accionante “*y el derecho a que tiene sea calificado de idóneo para el otorgamiento de la Condecoración...*”

La sala de la Corte Provincial señaló que en otras ocasiones se ha pronunciado en el sentido de que *“el acto por el cual las autoridades competentes confieren o niegan una condecoración puede ser impugnado, a través de la acción ordinaria de protección solamente cuando la condecoración, lejos de ser un reconocimiento honorífico, produce efectos jurídicos directos, porque evalúa la conducta personal y profesional del servidor”* como es el caso, y por lo tanto la condecoración se debe otorgar obligatoriamente una vez que se reúnen los requisitos de tiempo de servicio y de conducta profesional y constituye un derecho del policía y no solamente un honor, conforme el Art. 160 de la Constitución, por lo que mediante la Resolución impugnada, en lo que tiene que ver con el accionante, se habría violado el derecho previsto en la citada disposición constitucional, en base a una interpretación arbitraria del Reglamento de Condecoraciones, sin observar que el peticionario tiene altas calificaciones por desempeño y por conducta y ha aprobado con calificación de sobresaliente los cursos de ascenso y que si bien tiene 576 horas de arresto disciplinario, no se tomó en cuenta que el último arresto fue en mayo de 2001, hace casi diez años, siendo esto una muestra de enmienda, por tales razones resolvió rechazar el recurso de apelación.

47. Disposiciones legales y constitucionales de referencia

Las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aplicables a la *Guía G3: de la protección infundamental* son, respectivamente:

a) Disposiciones constitucionales:

- Art. 11 que contiene los principios para el ejercicio de los derechos;
- Art. 72 sobre la naturaleza de la restauración;
- Art. 75 sobre el derecho de acceso a la justicia;
- Art. 76 del derecho al debido proceso;
- Art. 86 disposiciones comunes garantías jurisdiccionales;
- Art. 86.3 sobre la vulneración de derechos y reparación integral;
- Art. 84 adecuación formal y material de las normas jurídicas a los derechos;
- Art. 88 que prevé la acción de protección;
- Art. 173 impugnación de actos administrativos;
- Art. 424 jerarquía de la Constitución;
- Art. 426 la aplicabilidad y cumplimiento inmediato de la Constitución;
- Art. 427 sobre la interpretación de las normas constitucionales;
- Art. 439 que dispone que las acciones constitucionales podrán ser interpuestas

por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente; y,

- Art. 440 respecto del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte Constitucional.

b) Disposiciones legales:

- Art. 2 principios de la justicia constitucional;
- Art. 3 sobre los métodos y reglas de interpretación constitucional;
- Art. 4 principios procesales;
- Art. 5 la modulación de los efectos de las sentencias;
- Art. 6 de la finalidad de las garantías jurisdiccionales;
- Arts. 6 a 25 que contienen las normas comunes aplicables a las garantías jurisdiccionales (entre otras finalidad, competencia, procedimiento, contenido de la demanda, amicus curiae, pruebas, reparación integral, apelación);
- Art. 39 la acción de protección y su objeto;
- Art. 40 requisitos;
- Art. 41 procedencia y legitimación; y,
- Art. 42 improcedencia de la acción.

Capítulo VII

Construyendo guiones argumentativos:
el esbozo de sentencia en una hoja de papel

**CONSTRUYENDO GUIONES ARGUMENTATIVOS:
EL ESBOZO DE SENTENCIA EN UNA HOJA DE PAPEL**
(Alí Lozada Prado y Catherine Ricaurte Herrera)

48. El caso, tema ineludible de la argumentación judicial

¿De qué habla una sentencia (u otra resolución análoga)? Necesariamente, de un caso. Tanto su parte motiva como resolutive presuponen aquél. Por ello, cuando se analiza una argumentación judicial está metodológicamente indicado hacer una sinopsis del caso en el que se incardina la actividad justificativa del juez o jueza. Asimismo, es de esperar que una sentencia comunique a los lectores de la misma –sobre todo en materia constitucional– cuáles son los hechos que configuran el caso dentro del cual, y sólo dentro del cual, cobran sentido los argumentos en los que el juez basarán su decisión.

La aparente obviedad de lo anterior entra en duda cuando constatamos la frecuencia alta con la que las sentencias de protección dictadas por jueces de primera instancia omiten describir clara y suficientemente el caso. Incluso, no son pocas las sentencias cuya lectura no permite conocer los datos mínimos de tipo fáctico para una comprensión razonable del documento. Por lo general, es la sentencia de apelación la que completa el sentido de la de primera instancia, aunque hay también algunas pocas sentencias de apelación que incurrir en defectos similares.

Podríamos decir que antes de argumentar, primero hay que dibujar el paisaje casuístico, pues éste es el *tema* del discurso llamado *sentencia*. Lo que marca el género lingüístico y estilístico de ésta: ella no consiste en un trabajo dogmático o teórico en el que tengan cabida disertaciones abstractas sobre la naturaleza o la historia de los conceptos e instituciones jurídicas, exposición de las tesis de autores, crítica de las mismas, etc. Desde luego, eso no implica que, eventualmente resulte pertinente referirse a dichos temas. Sin embargo, el criterio de corrección de tales referencias es el de la necesidad argumentativa impuesta por el caso concreto. Vale decir, una sentencia puede entrar en abstracciones solamente en la medida en que se trate de satisfacer exigencias concretas. Dicho de otro modo, lo concreto debe ser, invariablemente, el punto de partida y de llegada del discurso judicial.

Esto parecen perder de vista algunos jueces de protección, de primera instancia y de apelación, que usan reiteradamente plantillas pre-elaboradas en las que citan a profesores de Derecho Constitucional para sostener obviedades como: “todo poder público o privado está sometido a los derechos”, o “los

jueces cumplen funciones de protección de los derechos”. En primer lugar, si fuera preciso apoyar enunciados tan elementales, mejor habría sido citar la propia Constitución. Y, en segundo lugar, ¿Qué cosa relevante sobre *el caso* iluminan esas citas “de cajón”? El mismo hecho de que hayan sido reproducidas con la herramienta mecanográfica del “corta y pega” en innumerables casos es ya un fuerte indicio de que, sobre la concreción propia de cada uno de los casos, las sentencias no logran decir nada verdaderamente relevante.

49. Del caso a los problemas

Se ha dicho que el caso es el tema de la argumentación judicial, pero no es el objeto mismo de la argumentación. Un caso puede ser también el tema de una crónica periodística, una obra de teatro, una poesía, etc. Pero, a diferencia de todas éstas, la sentencia es una pieza centralmente argumentativa (por lo menos así debiera ser en un Estado Constitucional). Eso implica que aquella tiene como presupuesto un conjunto de problemas susceptibles de ser resueltos ofreciendo razones a favor o en contra de determinada respuesta. Por ello, el objeto de la argumentación judicial son los problemas jurídicos que el caso concreto le plantea al juez.

El caso *desnudo*, pues, resulta insuficiente para desarrollar la actividad judicial. Recordemos que ésta es una actividad de tipo *racional*, y en esa medida, sólo cobra sentido cuando se tiene entre manos un caso *problematizado*. Esto, al parecer, no tuvo en cuenta una jueza al resolver, en apelación, una acción de protección: redactó su voto salvado al estilo de una arenga dirigida en segunda persona a la víctima de una violación constitucional, en la que le decía cosas como: “Usted no tiene que avergonzarse por nada, más bien, usted es la víctima a la que el Estado debe proteger, pues tiene derechos como mujer...” Desde luego, la jueza no perdió de vista que el caso es el tema de la sentencia, pero por un instante olvidó que la sentencia tiene por objeto resolver problemas argumentativos, en este caso, argumentar contundentemente por qué se ha cometido la vulneración de un derecho fundamental (y resolver en consecuencia), pero no dirigir a la víctima un discurso apasionado y reivindicativo de sus derechos para enardecer los ánimos de los lectores, como si de una pieza de oratoria activista se tratase.

La formulación de los problemas, entonces, es el inicio de la racionalización del caso, y por ello exige rigurosidad. En muy buena parte, el éxito de una buena argumentación depende de la problematización del caso en términos adecuados. Para ello, aparte de la ya anotada “visualización” clara y precisa del caso, se requiere clarificar y precisar, también, la dinámica argumentativa, es decir, la interacción dialéctica entre las partes que han intervenido en el proceso en los diferentes momentos. Hay, entonces, la necesidad de analizar y evaluar el

debate producido, ya que los diferentes puntos de vista deben ser leídos como propuestas de solución racional a los problemas que se consideran centrales en el caso, y porque las discrepancias son marcadores fiables de los problemas que corresponde abordar. Lamentablemente, tratándose de las sentencias de protección, hemos estimado que apenas el 40% de las de primera instancia, y el 50% de las de segunda, presentan de manera aceptable el contenido del debate judicial. En muchos casos simplemente no se ofrece información alguna, y en otros, se recurre a la simple transcripción de piezas como la demanda. No se trata de cumplir ritualistamente con la reproducción de lo que las partes han proferido, sino de que el juez deje en claro cuáles son, para él, las argumentaciones de las partes o de terceros interesados, pues únicamente así podremos saber *a quién dar o quitar la razón*, lo que no enteramente equivalente a a saber *a quién aceptar o rechazar la pretensión*. Las decisiones de los jueces no son meros actos de poder, son actos de poder racionalizado.

La argumentación, debe recordarse, no sólo ha de verse como un producto, en nuestro caso, la sentencia, sino como un proceso, el debate litigioso. La calidad argumentativa de la justicia constitucional, por tanto, no depende únicamente del esfuerzo de justificación desplegado al emitir la sentencia, sino también de la calidad de la dialéctica procesal. Especialmente en casos de inconstitucionalidad de normas generales, pareciera deseable que el grado de apertura e intensidad de la discusión sea elevado. A este respecto, de los procesos de ese tipo resueltos por la Corte Constitucional para el Período de Transición, el 18% contó con la intervención de terceros, como *amicus curiae*; y el 87% se realizaron sin audiencia oral. Estos datos *per se* no nos permiten sacar conclusiones fiables, pero quizá puedan servir como línea de base para futuras investigaciones.

Una consideración no suficientemente prolija del material argumentativo de las partes y terceros intervinientes en el proceso puede conllevar la omisión de argumentar sobre extremos planteados y/o controvertidos en la causa. Eso parece explicar que el 20% de las sentencias de protección examinadas sean, en tal sentido, infra-abarcativas (se plantean y resuelven menos problemas argumentativos básicos de los que debieran en cada caso). En el caso de las acciones de inconstitucionalidad resueltas por la Corte Constitucional para el Período de Transición lo son en un 9%.

50. Los problemas son dulces cuando están en el árbol

Si uno revisa una considerable cantidad de sentencias de protección, puede observar hasta qué punto el único problema que pareciera estar enteramente claro en los ojos del juez es el de la excesiva carga de trabajo. Ya que,

quizá por ello, pierden de vista la importancia de identificar los problemas argumentativos. Un signo inequívoco de la desorientación con la se escriben las sentencias es la reiteración de ideas a lo largo del texto y las vueltas constantes a asuntos tratados páginas o párrafos atrás. En tales condiciones, extraer la estructura de la sentencia es de una complejidad extrema. Y eso así, no solamente porque de manera notoria se ha omitido identificar los problemas, sino porque –como es obvio– tampoco se los ha estructurado.

En efecto, si uno revisa, ahora, las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional para el Período de Transición, observa hasta qué punto es un acierto el precepto legal de que se destine un acápite de la sentencia a formular los problemas que en ella se abordarán. Este solo “detalle” marca una diferencia altamente positiva, lo que se traduce –junto a otros factores, desde luego– en una notablemente mayor calidad de la argumentación. Sin embargo, se echa en falta lo otro, la estructuración de los problemas. Cuando uno identifica los problemas sabe que los tiene, lo cual ya es bueno; pero solamente empieza a resolverlos de forma óptima cuando construye con ellos un árbol. La metáfora del árbol (como ocurre en otras metodologías, como la del marco lógico para el diseño y formulación de proyectos) nos señala que los problemas guardan relaciones entre sí, las que, una vez explicitadas, dan como resultado ya no solamente un conjunto, una lista, de problemas, sino una estructura, un árbol.

Los problemas pueden ser más manejables si se los formula como preguntas. Y como sabemos, cuando tenemos varias preguntas puede ocurrir que una deba formularse antes que otra, ya que una determinada respuesta a tal pregunta ha de preceder necesariamente para que quepa plantearse la segunda. En este caso, ambos problemas están en el mismo nivel, aunque tengan un orden en su planteamiento. Puede suceder también que la respuesta a una pregunta dependa de la de otra u otras, en este caso, estas últimas se ubican en un nivel inferior al de la primera: siguiendo a Atienza (2009), la primera la llamamos problema y las otras, cuestiones, como se expuso sistemáticamente en el Capítulo III.

Un árbol de problemas no es una radiografía, pues ésta muestra algo que existe de antemano y que tiene una manera de ser independiente de la máquina de rayos x y de su operario. En cambio, la construcción del árbol de problemas recoge la comprensión del caso y las opciones metodológicas del juez, las cuales pueden ser mejores o peores, correctas o incorrectas, pero hay un margen de creatividad para el diseñador. Por otro lado, cada caso tendrá su árbol de problemas, debido a ello las sentencias nunca pueden ser idénticas, como suele decirse, “cada caso es un mundo”. No tendría, pues, mucho sentido bregar

por convertir una sentencia en un formulario administrativo. Sin embargo, es también lógico asumir que los casos, y las sentencias, tienen aspectos comunes. Muy difícilmente diríamos que nos movemos en la órbita del Derecho si cada caso planteara una singularidad para el decisor, de manera que no pudiésemos hablar de *clases* de casos. Por ello, el éxito en la formulación y estructuración de los problemas está en balancear debidamente lo que los casos tienen de únicos y lo que tienen de comunes.

Aquí entran en juego nuestras **Guías argumentativas**. Ellas nos dibujan los aspectos estándar de cada tipo de caso, es decir, nos recuerdan lo común que tienen entre sí determinadas clases casuísticas. Pero con ello no limitan, sino que más bien orientan, el diseño adecuado del árbol de problemas y cuestiones en el caso concreto, por parte del juez de carne y hueso.

51. En la hoja de papel, las razones hilvanan otro árbol

Una vez que los problemas se han formulado estructuradamente, queda trazada la red vial por la que deberá transitar la argumentación, pues quedan a su vez, precisadas y estructuradas, también en forma de árbol, las respuestas a las que se reduce la solución del caso. La tarea, llegados a este punto, consiste en dotar de contenido a dichas respuestas y articular las razones que las justifiquen.

¿Cuán suficientes suelen ser, en la realidad, las razones esgrimidas por los decisores? Si uno se fija en lo cuantitativo, podría tener la impresión de que en las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Corte Constitucional para el Período de Transición se argumenta profusamente. Sin embargo, en promedio, el 30% de su extensión es notoriamente sobre-abundante, vale decir, es evidentemente prescindible. ¿A qué dedican tales sentencias 3 de cada diez páginas? A escribir excursos doctrinales (citas extensas y mayoritariamente impertinentes de autores y críticas a sus tesis), convencionales (largas y, las más de las veces, indiscriminadas transcripciones de instrumentos internacionales) y jurisprudenciales (citas a menudo inatinentes de sentencias nacionales y extranjeras), en un 80%, 9% y 5%, respectivamente.

Esto sugiere la necesidad de afinar los argumentos basados en la doctrina, en las convenciones internacionales y en la jurisprudencia. A eso pueden contribuir nuestras guías, pues esquematizan la actividad argumentativa necesaria para resolver los problemas propios de cada tipo de caso y, por tanto, acotan la pertinencia y funcionalidad del uso de dichos argumentos: si de lo que se trata es de argumentar sobre el peso que un principio tiene respecto de otro, de cara a resolver un problema específico planteado en un caso concreto, ¿qué sentido tendría citar literatura acerca de las características del Estado Constitucional?,

¿o párrafos enteros de convenciones internacionales que, como dan fuerza a uno de los principios, usualmente hacen lo mismo con el opuesto?

Pues bien, si tomamos una hoja de papel y trazamos sobre ella el árbol (o árboles) de problemas y cuestiones, y hacemos lo mismo con el árbol de respuestas y las razones que enlazan el uno con el otro, entonces obtendremos la estructura argumentativa básica de la sentencia relativa al caso concreto que tengamos entre manos. El diagrama comprensivo del conjunto de árboles de problemas-cuestiones-razones-respuestas vendrá a constituir el núcleo de nuestro **guion argumentativo**, tal como lo hemos caracterizado en el Capítulo III al describir el Método AAA. Ese viene a ser el documento de trabajo sobre el cual discutir con los colegas y asesores: el mapeo de los problemas, argumentos y soluciones facilitan la identificación de dudas, errores y discrepancias, hasta contar con el diseño definitivo, que guiará la redacción de la sentencia ofreciendo seguridad y rapidez al juzgador.

Este Manual busca contribuir a que la utilidad de una hoja de papel como la descrita, esté al alcance de quien desee beneficiarse de ella. El propósito final de esta propuesta teórico-metodológica es contribuir al desarrollo de la cultura jurídica de los Estados constitucionales; nos tememos que si no avanzamos en ese sentido, difícilmente lograremos que la actividad judicial conquiste niveles más altos de racionalidad, eficiencia y, en definitiva, *justicia*.

Bibliografía

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable* (1987; trad. E. Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aguiló Regla, J.
___(2000). *Teoría General del las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- ___(2008). *Sobre Derecho y argumentación*. 1ª ed. Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner.
- ___(2012). Interpretación Constitucional, algunas alternativas teóricas y una propuesta. En Revista *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Issue 35.
- Alchourrón, C. & Bulugín, E. (1972). *Normative Systems*. Wien - New York: Springer Verlag.
- Alexy, R.
___(2002a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ___(2002b). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales (trad. C. Bernal). En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Issue 22.
- ___(2003a). On balancing and subsumption. A Structural Comparison. En *Ratio Juris*, 16(Issue 4).
- ___(2003b). *La fórmula del peso*, en *Teoría de los derechos...* (2003; trad. C. Bernal), segunda edición castellana ed. s.l.:s.n.
- ___(2005). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, D.F.:Distribuciones Fontamara.
- ___(2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios y Publicaciones.
- ___(2009). *The reasonableness of law*. London - New York: Eds. Bongiovanni et al Dordrecht-Heidelberg.
- Aristóteles.
___(1982). *Tópicos*. (100ª 25-101ª 10) ed. Madrid: Gredos.
- ___(1998). *Ética a Nicómaco*. 1094b 12 - 27 ed. Madrid: Gredos.
- Atienza, M.
___(2004). *Las razones del Derecho* (1991). Lima: Palestra.
- ___(2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- ___(2010). A vueltas con la ponderación. La Razón del Derecho. En *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, Volumen 1.
- ___(2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M. y Lozada, A. (2009). *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos Editorial Jurídica.

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2004). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Segunda ed., Barcelona: Ariel.
- Barson, M. (2006). ed. *Groucho & Chico, abogados*. Barcelona: Fábula Tusquets.
- Bartolini, G. (2009). *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*. Napoli: Jovene.
- Beccaria, C. (1968). *De los delitos y las penas* (1768; trad. J. de las Casas). Madrid: Alianza.
- Bobbio, N.
- ___(1992). *El problema del positivismo jurídico* (1965; trad. E. Garzón Valdés). México: Fontamara.
- ___(n.d.). Reason in Law. En *Ratio Juris*, Issue 2.
- Bonaccase, J. (n.d.) *La Escuela de la Exégesis en el Derecho Civil*. Puebla: Cajica ed.
- Coleman, J. L.
- ___(1992). Tort Law and the Demands of Corrective Justice. En *Indiana Law Journal*, Volume 67.
- ___(2010). *Riesgos y daños*. Madrid: Marcial Pons.
- Comanducci, P. (1992), *La motivación in fatto. La coognoscenza del fatto nel proceso penale*. Milán: Giuffrè Editore.
- Corbalán, F. (2010). *La proporción áurea. El lenguaje matemático de la belleza*. España: RBA.
- Dworkin, R.
- ___(1990). *Law's Empire (1986)*. London: Fontana Press.
- ___(1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- ___(2010). ¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 32, abril 2010, pp. 9-29.
- Echave, D., Urquijo, M. y Guibourg, R. (2008). *Lógica, proposición y norma*. 1ª ed. 7ª rp. Buenos Aires: Astrea.
- Fassó, G. (1978). *Historia de la Filosofía del Derecho*. t. 1 ed. Madrid: Pirámide.
- Ferrajoli, L.
- ___(1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- ___2011(a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (trad. P. Andrés Ibañez). Madrid: Trotta.
- ___(2011b). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Issue 34.

- ___(2012). El Constitucionalismo entre principios y reglas. En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Issue 35.
- Ferrer Beltrán, J.
- ___(2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- ___(2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Feteris, E (2007). *Fundamentos de la Argumentación Jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las directrices judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fuller, L. (2002). *El caso de los exploradores de cavernas*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Gascón Avellán, M. (2004). *Los Hechos en el Derecho, bases argumentativas de la prueba* (1999). 2ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- Gény, F. (2000). *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo (1899)*. Granada: Comares.
- ___(2007b). On logic in the law: something, but not all. En *Ratio Juris* 20.
- Goldman, A. (1986). *Epistemology and cognition*. Cambridge, Mass.-London: Harvard University Press.
- González Lagier, D.
- ___ (2005). *Quaestio Facti*. Lima: Palestra.
- ___(2010). *Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica*. Alicante: Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado.
- Haack, S., (2007). *Defending Science. Within Reason. Between Scientism and Cynicism*. New York: Prometheus Books.
- Hart, H. L. (2004). *El concepto del Derecho (1961; trad. G. Carrió)*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H.
- ___(1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ___(2003). *Teoría Pura del Derecho (1960; trad. R. J. Vernengo)*. México: Porrúa.
- Kirchmann, J. (1983). *La jurisprudencia no es ciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta.
- Lozada, A.
- ___(2011). Javier Tamayo y el constitucionalismo discursivo. En *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*. Medellín: UPB-IARCE-Diké-PUJ.

__(2012a). Optimización y argumentación jurídica: algunos apuntes en torno a la teoría de R. Alexy. Madrid: Universidad Carlos III.

__(2012b). Sobre la dimensión argumentativa del Derecho. En *Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

__(2013). *Los derechos como argumentaciones*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.

__(n.d.). *Derechos y constitucionalismo discursivo*. s.l.:s.n.

MacCormick, N. (2003). *Legal reasoning and legal theory (1978)*. Oxford: Oxford University Press.

Moore, M. (2011). *Causalidad y Responsabilidad, un ensayo sobre derecho, moral y metafísica*. Madrid: Marcial Pons.

Nino, C.

__(1989). *El constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

__(1994). *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del Derecho*. Barcelona: Ariel.

__(2000). *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

__(2002). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

__(2005). *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición; 13ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

__(2007). *Ética y derechos humanos*. 2ª edición; 2ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea.

Raz, J. (2002). *Practical Reason and Norms (1975)*. Oxford: Oxford University Press.

Ricaurte, C.

__(2012). Las razones del CIADI: análisis y evaluación del caso CMS contra Argentina. En *Revista de Derecho Foro 18*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional.

__(2012). *La causalidad a propósito del análisis y evaluación del caso Texaco - Aguinda y otros*. Alicante: Universidad de Alicante.

__(2013). *La inferencia probatoria y la causalidad en la dogmática ecuatoriana*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja

Ruiz Manero, J.

__(1990). *Jurisdicción y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- ___(2009). *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Schauer, F.
- ___(2001). *Playing by the Rules (1991)*. Oxford: Oxford University Press.
- ___(2009). *Thinking like a Lawyer*. Cambridge: Harvard University Press.
- Stella, F (2005). *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*. Milano: Giufrè.
- Taruffo, M.
- ___(2002). *La prueba de los hechos (1992; trad. J. Ferrer)*. Madrid: Trotta.
- ___(2003). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. En Revista *Discusiones*, III(3).
- ___(2008). *La prueba* (trad. L. Manríquez y J. Ferrer). Madrid: Marcial Pons.
- ___(2010). *Simplemente la verdad, el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M., Ibañez, P. A. y Candau Pérez, A. (2010). *Consideraciones sobre la Prueba Judicial*. 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Toulmin, S. (2007). *Los Usos de la Argumentación*. Barcelona: Península.
- Van Eemeren, F. (2012). *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*. Madrid - México: CSIC - Plaza y Valdes.
- Van Eemeren, F. y Grootendorst, R. (2011). *Una teoría sistemática de la argumentación (trad. C. López y A. Vicuña)*. Buenos Aires: Biblos Ciencias del Lenguaje.
- Van Eemeren, F., Grootendorst, R. y Snoek, F. (2002). *Argumentation. Analysis, Evaluation, Presentation*. Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- Vega Reñón, L. (2013). *La Fauna de las Falacias*. Madrid: Trotta.
- Wray, A. (1998). El Jurado. En *Pensamiento jurídico ecuatoriano*, V.M. Peñaherrera. Quito: BCE-CEN.
- Wroblewski, J. (1974). *Legal Syllogism and rationality of judicial decision*. En *Rechtstheorie*, 5. pp. 33-46.

Autores

Alf Lozada Prado

Doctor en filosofía del Derecho por la U. de Alicante, UA. Tiene estudios de grado en la P. U. Católica del Ecuador, PUCE. Diplomado en derecho constitucional (U. Andina Simón Bolívar y U. de Salamanca) y en derecho penal (U. de Buenos Aires); especialista y máster en argumentación jurídica (UA); y máster en evaluación de políticas públicas (U. Internacional de Andalucía). Ha sido profesor (de teoría del Derecho, argumentación jurídica, y ética y derechos humanos) en la UA, en la PUCE y en la U. Católica Santiago de Guayaquil, UCSG. Es coordinador académico de la Diplomatura en Argumentación Jurídica impartida por la UA, la UCSG y la U. Católica de Cuenca. Miembro del Comité Ejecutivo de iLatina, Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo latino. Conferencista en varias universidades iberoamericanas. Autor de *Cómo analizar una argumentación jurídica* (con Manuel Atienza), “Sobre la dimensión argumentativa del Derecho”, “El reduccionismo iusfundamental de Luigi Ferrajoli”, entre otros trabajos publicados en varios países iberoamericanos. Informante externo de la Revista DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho. Como consultor, asesor o capacitador, ha colaborado con instituciones del Estado ecuatoriano –Asamblea Constituyente 2008, Asamblea Nacional, Corte Constitucional, Consejo de la Judicatura, etc.–, así como con la Organización de Estados Americanos (OEA), firmas consultoras y bufetes de abogados. Es, además, el coordinador general del Observatorio DOXA para el Mundo Latino.

Catherine Ricaurte Herrera

Doctora (c) en filosofía del Derecho por la Universidad de Alicante, UA. Abogada y Licenciada en Ciencias Jurídicas por la P. U. Católica del Ecuador. Especialista y magíster en derecho financiero bursátil y de seguros por la U. Andina Simón Bolívar, UASB. Especialista y máster en argumentación jurídica por la UA. Es profesora en la Diplomatura en Argumentación Jurídica impartida por la UA, la U. Católica de Guayaquil y la U. Católica de Cuenca. También es profesora de argumentación jurídica en las maestrías de investigación en Derecho de la UASB, y en la U. de los Hemisferios. Entre sus publicaciones está, “Las razones del CIADI, análisis y evaluación del caso CMS vs. Argentina”. Fue miembro de la Comisión Técnica Presidencial para la Conformación de la Nueva Arquitectura Financiera Regional, y representante ecuatoriana en la negociación técnica multilateral para la creación del Banco del Sur. Ha sido asesora jurídica en diversos organismos, administrativos y jurisdiccionales y consultora externa de la Corte Constitucional de Ecuador.

**Juezas y Jueces
Constitucionales**

Patricio Pazmiño Freire

Doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; máster en Ciencias Sociales, FLACSO-Ecuador. Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad de Valencia, España.

Ha ejercido la docencia en Programas de Maestría en Derecho Constitucional, cátedra Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador y Bolivia y en la Universidad Estatal de Guayaquil. Fue Presidente del Tribunal Constitucional del Ecuador (2007-2008); presidente de la Corte Constitucional para el Período de Transición (2008-2012). En la actualidad, Presidente de la primera Corte Constitucional del Ecuador.

Wendy Molina Andrade

Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, Universidad Central del Ecuador; abogada, Universidad Internacional del Ecuador; especialista superior en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; diploma de perfeccionamiento en justicia constitucional y tutela de los derechos fundamentales, Universidad de Pisa, Italia; doctora, Universidad Internacional del Ecuador.

Profesora universitaria de posgrado en la Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad Estatal de Guayaquil; en pregrado Universidad Central del Ecuador y Universidad Estatal de Bolívar; profesora invitada en la Universidad de Pisa, Italia, también en la Universidad Nacional Lomas de Zamora, Buenos Aires, Argentina. Se ha desempeñado como abogada de la Procuraduría General del Estado, asesora de Presidencia de la Corte Constitucional y en el ámbito privado. En la actualidad, Vicepresidenta de la Corte Constitucional del Ecuador.

Es miembro de la Red para el Constitucionalismo Democrático, de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional y del Instituto de Estudios del Derecho Administrativo y Social IDEAS. Entre los premios y reconocimientos recibidos, se destacan de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; Fiscalía General del Estado; Universidad Regional Autónoma de los Andes; Patronato Municipal San José; Policía Nacional y Universidad del Valle de Matatipac, Tepic, México.

Entre sus publicaciones, destacan *La motivación y su desarrollo histórico*; *La presunción de constitucionalidad de la norma en la Constitución actual, así como el artículo “La sentencia constitucional”*. Es conferencista nacional e internacional.

Antonio Gagliardo Loor

Máster en Ciencias Penales y Criminológicas; Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Instituto Superior Criminología y Ciencias Penales ‘Dr Jorge Zavala Baquerizo’ de Guayaquil.

Doctor en Jurisprudencia y abogado de los juzgados y tribunales de la República. Se ha desempeñado como Presidente del Consejo Nacional de Rehabilitación Social; Fiscal de lo Penal del Guayas; Ministro Fiscal Distrital del Guayas, Galápagos y Santa Elena; miembro de la Junta de Beneficencia de Guayaquil. Es profesor en varias universidades del país; así como conferencista y expositor en eventos nacionales e internacionales en materia penal y procesal penal. Ha recibido varias condecoraciones por su trayectoria profesional.

Fabián Marcelo Jaramillo Villa

Abogado y doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador. Magíster, Universidad Andina Simón Bolívar.

Se ha desempeñado como asesor parlamentario, consultor especializado, además de profesor universitario a nivel de posgrado en legislación de trabajo y derecho administrativo y empresa pública.

Es autor y coautor de varias publicaciones y producción intelectual. Entre los premios y reconocimientos recibidos se destacan el de la Universidad Miguel de Cervantes (mejor ensayo) y de la Secretaría de Desarrollo Social Estado de Puebla (presentación de ponencias).

María del Carmen Maldonado Sánchez

Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; especialista en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; magíster en Cooperación Internacional, Universidad Complutense de Madrid.

Ha sido docente universitaria en la cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Internacional SEK, así como docente invitada de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador y en la Universidad de Guayaquil. Se ha desempeñado como directora y asesora jurídica en varias instituciones; fue Subprocuradora General en el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito y Procuradora General en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Ha sido también legisladora y abogada de la Asociación CFE-PYPSA-CVA-ICA, Fiscalizadora del Proyecto Hidroeléctrico Coca Codo Sinclair.

Directora Ejecutiva del Foro Jurídico del Ecuador. Miembro fundadora del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS); autora de libros y publicaciones; logró para el Ecuador el primer premio en el concurso mundial de oratoria JCI en Kobe, Japón.

Patricia Tatiana Ordeñana Sierra

Abogada, doctora y especialista, Universidad de Guayaquil. Se ha desempeñado como Consejera Principal del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; directora técnica del CONAMU; Coordinadora Técnica de Proyectos Intervida; consultora privada.

Ha sido docente universitaria a nivel de posgrado en construcción de equidad, además en organismos de control en Ecuador. Es autora de varias publicaciones y producción intelectual.

Entre los premios y reconocimientos recibidos, se destacan del Centro de Mediación Judicial de Guayaquil y del Programa Muchacho Trabajador.

Alfredo Ruiz Guzmán

Abogado, magíster y especialista en Procedimientos Constitucionales, Universidad de Guayaquil.

Ha sido Director de la Escuela de Derecho; Decano de la Facultad de Jurisprudencia y Profesor en la Universidad de Guayaquil. Entre sus publicaciones y producción intelectual, se destacan *De la presentación democrática a la participación ciudadana*; *Avances en el régimen político* (coautor).

Ha recibido premios y reconocimientos del Colegio de Abogados del Guayas; Abogado más destacado; también de la Asociación de Profesores de la Universidad de Guayaquil; Mención de honor, 35 años de servicio.

Ruth Seni Pinoargote

Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad ‘Vicente Rocafuerte’ de Portoviejo y Guayaquil. Estudios de posgrado, Universidad Andina ‘Simón Bolívar’, Sede Ecuador.

Se ha desempeñado como Jueza Décimo Cuarto de lo civil Rocafuerte Manabí; Jueza Quinto de lo Civil Manta-Manabí; Ministra juez de la Corte Superior Portoviejo; Presidenta H. Corte Superior de Justicia de Portoviejo; Vocal-presidenta de la Primera Sala del Tribunal Constitucional; Jueza de la Corte Constitucional. Es docente de la Universidad Laica ‘Eloy Alfaro’ de Manabí.

Entre sus publicaciones, se destacan *De la obra jurídica 'La deuda de alimentos y su procedimiento para el cobro'*; *El derecho a la honra y la intimidad: mecanismos de defensa*. Ha recibido diversos reconocimientos nacionales e internacionales.

Manuel Viteri Olvera

Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas; doctor en Jurisprudencia; diplomado en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales; especialista en Procedimientos Constitucionales; magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad de Guayaquil. Abogado de los juzgados y tribunales de la República.

Se ha desempeñado como Ministro de la Corte Suprema de Justicia; Ministro de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil; Ministro de la Corte Superior de Justicia de Babahoyo; Ministro Fiscal de los Ríos; Juez Octavo de lo Penal del Guayas; Juez Tercero del Trabajo del Guayas; Vocal del Ex Tribunal Constitucional; Juez de la Corte Constitucional. Es Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil.

Entre sus publicaciones, se destacan *Medidas cautelares en el proceso penal ecuatoriano*; *Resoluciones de casación y revisión en materia penal*; *Síntesis del Nuevo Código de Procedimiento Penal*; *Estudio y Aplicación de las medidas cautelares según el nuevo Código de Procedimiento Penal*; *Garantías jurídicas en el sistema penal ecuatoriano - medidas cautelares en el Código de Procedimiento Penal*. Ha recibido diversos reconocimientos por su trayectoria estudiantil y profesional.



www.corteconstitucional.gob.ec
publicaciones@cce.gob.ec
<https://publicaciones.corteconstitucional.gob.ec>
FORMULARIO EN LÍNEA