

# Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano

Resumen: Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades facticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización.

Jaime Vintimilla Saldaña

*Magistratibus igitur opus est, sine quorum prudentia ac diligentia esse civitas non potest*  
**Cicerón**

## Introducción

Desde el inicio del último proceso constituyente, donde se advirtió la generación forzada de un poder constituyente originario fundacional, la presencia de reglas y principios ha insertado a la realidad jurídica ecuatoriana dentro de la órbita del neoconstitucionalismo y otras doctrinas post positivistas o contra positivistas<sup>1</sup>.

En la práctica forense cotidiana los jueces han empezado, no necesariamente con éxito, a utilizar este tipo de normas, especialmente en las sentencias constitucionales de la autodenominada Corte Constitucional en transición, sin dejar de lado el control de legalidad y la actuación misma de los funcionarios públicos.

Al respecto, el caso<sup>2</sup> constitucional que nos inspiró para la redacción del presente artículo fue la sentencia interpretativa No. 001-09-SIC-CC, pues dentro de ella la Corte Constitucional advierte en las consideraciones y gracias a una cita indirecta de la doctrina, ya que no estudia a los juristas creadores, varios aspectos que valen la pena mencionar, a saber:

---

1           Vigo, Rodolfo, *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Finnis, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, segunda edición, Buenos Aires, 2006; Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel Derecho, primera edición, Barcelona, 1984; *La decisión judicial*, H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera reimpresión de la segunda edición, Madrid, 2008; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 1999; Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2003; Cárcova, Carlos María, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

1. La presencia de textos indeterminados dentro de la Carta Magna nos aleja de su interpretación literal, ya que “la necesidad de interpretar la Constitución surge precisamente porque ésta se caracteriza por estar conformada por textos abiertos o indeterminados (especialmente en la Carta de Derechos o principios) donde la sola literalidad de la norma no resuelve los casos concretos”<sup>3</sup>.
2. Expone la división de las normas jurídicas en principios y reglas así como brevemente esboza una definición de cada una de ellas.

Textualmente la Corte indica: “Los autores con frecuencia, hacen una distinción dentro de las normas jurídicas: hablan de reglas, por un lado, y de principios, por el otro. Las reglas son aquellas proposiciones jurídicas en las que existe un antecedente (un hecho típico claramente definido) y un consecuente (una consecuencia jurídica expresa unida al hecho típico antecedente). Los principios, en cambio, son normas jurídicas en las que: a) no hay relación de subsunción entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente), y b) su contenido se expresa en lenguaje de alta abstracción, sin que se repita o especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación”.

3. Una reflexión sobre la naturaleza de los principios en tanto en cuanto forman o no parte del Derecho y si realmente son normas. La Corte cita al jurista colombiano Diego López Medina y explica lo siguiente: “Es por esta razón que positivistas estrictos, incluyendo al mismo Kelsen, consideran que los principios no son derecho en sentido estricto; a lo más se tratarían de normas de optimización. Su indeterminación es tan alta que no cualificarían como normas jurídicas que restrinjan el arbitrio interpretativo. Esta opinión estricta, sin embargo, ha sido confrontada por una postura más contemporánea que acepta que el sistema jurídico contiene al mismo tiempo, reglas y principios; y que los dos tipos de prescripciones son de naturaleza normativa”.
4. Que los principios y reglas son elementos constitutivos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia<sup>4</sup>.
5. La existencia de relaciones normativas que deben ser interpretadas en la administración de justicia tanto legal como constitucional, pues pueden aparecer colisiones entre principios y reglas claras sustentadas en princi-

<sup>3</sup> Esta realidad nos lleva a dos temas fundamentales que se presentan para complementar o contrarrestar el positivismo: la argumentación y la tópica. La primera se refiere al discurso jurídico justificativo en tanto que la segunda es la técnica del pensamiento problemático o aporético, pues nos da pautas para enfrentar las aporías gracias a la invención de caminos. De la primera en Atienza y Alexy encontramos a dos grandes defensores así como Aristóteles y Cicerón son los principales exponentes de la segunda, siendo Tópica para el gran orador la retórica o práctica de argumentar manejando unos lugares comunes esquematizados en un catálogo elaborado pensando en esa utilización. Se recomienda estudiar Tópica Jurídica de Francisco Puy, Editorial Porrúa, primera edición, México, 2006.

<sup>4</sup> El considerando completo es: “La Constitución ecuatoriana vigente identifica al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, respetuoso de la soberanía que radica en el pueblo, cuya voluntad se funda en la autoridad que se ejerce a través de los órganos del poder público, y, es una Constitución que trae incorporados principios y reglas”.

pios como ocurre en la sentencia *in comento*.

### **Antecedentes para la nueva realidad normativa**

El jurista mexicano Jaime Cárdenas Gracia<sup>5</sup> en su artículo “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico” expresa algunas razones por las cuales el Derecho debería cambiar, pues sus fines no se han cumplido en nuestras sociedades, entre ellas menciona a las siguientes: el reduccionismo, el positivismo excesivo, la negación del contexto, desconocimiento del modelo jurídico de nuestro tiempo, considerar a la constitución como proyecto único, creer que el poder judicial está a la altura de las circunstancias, considerar lo jurídico como un dato secundario, entre otros.

Por su parte, Ramiro Ávila expresa en este mismo sentido que “el constitucionalismo contemporáneo, *neoconstitucionalismo* o *garantismo*, como quiera llamársele, surge como una respuesta ante un sistema jurídico formal, positivista, descriptivo, que no supo resolver los problemas y las necesidades de la gente”<sup>6</sup>.

Es decir, se colige un movimiento renovador de la Teoría y de la Filosofía del Derecho, aunque parecería ser que se trata de vino nuevo en odres viejos, pues no se observa una formación integral humanista de todos los operadores jurídicos donde la lógica del raciocinio especializado y la prudencia sean el norte, no existen cambios en la capacitación judicial, los abogados se han anclado en la etapa formal, el sistema adolece de vacíos estructurales y conceptuales enormes, se ignora el significado del pluralismo jurídico y de las nuevas fuentes del Derecho, etc.

Esta triste y angustiante realidad ha pretendido ser combatida gracias a la Carta de Montecristi, desafortunadamente las buenas intenciones chocan con una serie de elementos sistémicos que no fueron observados a debido tiempo y que hoy empiezan a hacer mella sin desconocer que el *Ius Vetus* tampoco ha constituido una verdadera solución.

El reto que tenemos entre manos es aprender a usar las nuevas normas, caso contrario, se corre el riesgo de que el remedio resulte mucho peor que la enfermedad, pues del formalismo, la incipiente seguridad y la lógica de la subsunción podríamos pasar a la arbitrariedad, la desproporcionalidad, la anomia, la justicia *a la carte* y la desinstitucionalización orgánica del Estado y no solamente de la Función Judicial.

Por esta razón, vamos a explicar qué son las reglas y los principios y como deberían ser interpretados para asegurar que la justicia, la paz, la igualdad de oportunidades y otros fines sean una realidad y no una mera manipulación ideológica, ya que la Constitución no contiene un único proyecto de nación o desarrollo, además no se debe a ningún grupo dominante de antaño u hogaño, al ser “una constitución sin

5 Cárdenas Gracia, Jaime, Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico, en *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, Pedro Torres compilador, Limusa: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2006, páginas 41 a 66.

6 Ávila, Ramiro, Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en *La Nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*, Santiago Andrade, Agustín Grijalva, Claudia Storini, editores, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, serie Estudios Jurídicos, Número 30, Quito, 2009, página 422.

soberano específico, pues sería contradictorio hablar de derecho constitucional y adherirse, al mismo tiempo, a un proyecto político particular cerrado”<sup>7</sup>.

### Los principios jurídicos

Para comprender debidamente los principios se hace ineludible comprender los conceptos jurídicos que “se refieren a objetos que no tienen una existencia autónoma, como podría ser un árbol o una piedra”<sup>8</sup>.

Esto nos suscita dificultades en tanto en cuanto podemos navegar en dos escenarios reales. Por un lado, encontramos que muchos conceptos jurídicos recaen sobre cosas que también son objeto de otros conceptos que no son jurídicos, por ejemplo, agua, mar, camino, etc., en que una misma cosa es objeto a la vez de diferentes concepciones. Por otro, esta situación es distinta de la de conceptos que se refieren a objetos que no poseen existencia aparte de la que les crea el Derecho, como los conceptos de herencia, deber jurídico, prenda y otros por el estilo.

Conforme lo defiende el profesor García Máynez en estos casos las nociones jurídicas se superponen a otras no jurídicas, de lo que resulta que se produce identidad de objeto material pero no así la de objeto formal, que es distinto en cada caso<sup>9</sup>.

Así las cosas los conceptos jurídicos se dividen en conceptos totalmente contruidos y parcialmente contruidos. A los primeros corresponden objetos cuya existencia es exclusivamente jurídica, por lo que no existen otras nociones que se superpongan (ficción legal); los segundos, en cambio, se refieren a un objeto material al cual también se refieren otros conceptos no jurídicos (padre, hijo, filiación, etc.).

A esto se debe sumar, aunque no es objeto del presente ensayo, los tipos y las categorías jurídicas que se relacionan naturalmente con los principios, pues el paso del concepto al principio se logra dándole la forma de una proposición o enunciado; así, los conceptos de dominio y riesgos de las cosas se enlazan para formar el principio “las cosas perecen para su dueño”. Por esto, en cierto modo, la elaboración de los principios es paralela a la de los conceptos. Así como se puede pasar de los conceptos a los principios, se puede de éstos extraer los conceptos respectivos<sup>10</sup>.

En la práctica jurídica los principios del Derecho han presentado varias acepciones, así: 1) Un conjunto de exigencias de índole axiológica que sirven de inspiración y base a las prescripciones de los ordenamientos positivos (intuición), 2) Los principios existen dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de normas establecidas, pues al decir de Carnelutti, se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la ley (inducción), 3) Fuente supletoria en la solución de casos, 4) Pautas valorativas que poseen la virtud o

7 Cárdenas Gracia, Jaime, op. cit. Páginas 56 a 58.

8 Quintana, Fernando, Prudencia y Justicia en la aplicación del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 2001, página 182.

9 García Máynez, Eduardo, Lógica del raciocinio jurídico, Fontamara, Colección Argumentos, primera edición, México D. F., 2007; García Máynez, Eduardo, Introducción a la lógica jurídica, Fontamara, Colección Argumentos, primera edición, México D. F., 2007.

10 Quintana, Fernando, op.cit., página 215.

capacidad para actuar sobre otra cosa, 5) *Ratio essendi* o elementos ontológicos del Derecho, ya en sentido formal, ya en el del Derecho Natural, 6) *Ratio cognoscendi* o elementos del conocimiento del Derecho.

Frente a los vacíos, defectos o lagunas el uso de los principios presenta una doble posibilidad: a) heterointegración, es decir se admite que los principios generales corresponden a ideas y conceptos extralegales que se aplican en los casos de vacíos legales (defectos y casos nuevos); b) autointegración, es decir pensar que la norma contiene de modo implícito conceptos y principios generales que habría que derivar de la legislación, o sea, los principios se extraen de la propia legislación positiva, se hacen explícitos como normas jurídicas y con ellas se integran los vacíos, defectos o lagunas<sup>11</sup>. Es decir, los principios, en definitiva, guardan relación no solamente con la aplicación e interpretación del Derecho sino que tiene estrecha relación con la integración y creación jurídica.

Al respecto, Atienza y Ruiz Manero<sup>12</sup>, siguiendo a Carrió y Guastini, enlistan 6 acepciones de principios que las denominan significativas, conforme al siguiente orden:

- a) Principio en el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales. El ejemplo típico es el artículo del código civil que expresa que el contrato es ley para las partes.
- b) Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos gracias a la presencia de conceptos jurídicos indeterminados o dúbiles como orden público, abuso de derecho, etc.
- c) Principio como norma programática o directriz, esto es, de norma que dispone la obligación de perseguir determinados fines, tal es el caso del artículo 191 de la Constitución de Montecristi que explica los fines que tiene la Defensoría Pública.
- d) Principio como norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son el reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo, de una institución, etc. Ejemplos son los artículos 9, 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución.
- e) Principio como norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. Esto se advierte en el artículo 436, numeral 1 de la Carta Magna vigente.
- f) Principio como *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Tales prin-

11 Ibídem. Páginas 223 y 224.

12 Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos, Ariel Derecho, primera edición, Barcelona, 1996, páginas 3 a la 25.

cipios pueden o no estar incorporados al Derecho positivo. Ejemplo de lo primero en el derecho local sería el principio *iura novit curia* que aparece en el artículo 4, numeral 13 de la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. Esto nos llevaría a diferenciar entre principios implícitos y explícitos<sup>13</sup>.

Para concluir se deben considerar dos aspectos básicos que diferencian los principios generales del Derecho de los principios jurídicos<sup>14</sup>. En primer lugar, los distintos sistemas legales se apoyan en principios regulativos “comunes e inmanentes”, acerca de los cuales existe una conformidad general, forman un “Derecho detrás” o anterior al derecho vigente en un momento dado. Por otro lado, el concepto de principio jurídico es uno que “abarca todos aquellos conceptos fundamentales y preceptos básicos y elementales que inspiran la conciencia y el sentido jurídico (principios de Derecho y equidad naturales) y que informan el sistema de normas que regulan las diversas instituciones ( principios sistemáticos del Derecho positivo) o la construcción doctrinal o teórica de las mismas (principios de la Ciencia del Derecho) y que rigen la realización práctica de unas y otras (reglas del arte del Derecho o reglas técnicas jurídicas), constituyen el llamado Derecho fundamental que se forma de principios de Derecho natural y, complementariamente, por los principios básicos que informan la mentalidad jurídica en una determinada fase o ciclo histórico de la civilización.

Me atrevería a indicar que los principios jurídicos, más allá de doctrinales, empiezan a transformarse en herramientas discursivas y argumentativas para encontrar soluciones adecuadas, especialmente donde existe una pluralidad de derechos y sujetos que conllevan colisiones. Su finalidad es ayudarnos a desenredar las lagunas axiológicas<sup>15</sup> más que las mismas normativas.

### Los principios frente a las reglas y valores

Gracias a la influencia directa de Ronald Dworkin y Robert Alexy<sup>16</sup> se ha empezado a defender la idea de que las normas jurídicas, en general, y, las constituciones vigentes, en particular, se dividen o se encuentran conformadas de tres tipos ( de normas): reglas, principios y directrices o valores.

Por su parte, Manuel Atienza al hablar de Dworkin explica que la tesis fundamental de este último es “que el Derecho no puede verse simplemente como un conjunto de reglas, tal y como habría hecho Hart”<sup>17</sup>. Además de la reglas, esto es, pautas relativamente específicas de conducta, los Derechos contienen también principios,

13 Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Editorial Trotta, tercera edición, Madrid, 2008, páginas 205 a 212.

14 Quintana, Fernando, *op. cit.*, página 225.

15 Conforme lo explican Alchourrón y Bulygin en su “introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Editorial Astrea, 3. a reimposición, Buenos Aires, 1998, para la existencia de una laguna axiológica es necesario que el caso tenga una solución, pues de lo contrario, se trataría de una laguna normativa, y los conceptos de laguna normativa y laguna axiológica son incompatibles (mutuamente excluyentes).

16 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, segunda edición, Madrid, 2008, páginas 349 y siguientes.

17 Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, 3.a edición, Barcelona, 2007, página 74.

que pueden ser de dos tipos: las *policies* o directrices, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral (como aquella *Nemini doluus suus prodesse debet*) que establecen derechos.

Siguiendo a los juristas citados y a otros como García Amado, podemos hacer las siguientes distinciones:

Por la naturaleza normativa, las reglas son normas de mandato o simples mandatos que se cumplen o no dependiendo de cada caso, sin términos medios ni conciliación posible entre ellas en caso de que se contradigan, los principios, en cambio, se refieren a mandatos de optimización, pues obligan a que un bien o interés se proteja en cada caso y sea realizado en la mayor medida posible.

Siguiendo nuevamente a Dworkin desde el punto de vista de su carácter relativizable, los principios se distinguen de las reglas. Las reglas son aplicables a la manera del “todo o nada”, del *aut-aut*. Si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia.

La alusión a la comparación de principios introduce la segunda distinción sustancial entre éstos y las reglas. La aplicación de los principios hace necesario pesar o ponderar su valor relativo en unas circunstancias determinadas. El derecho a la intimidad, por ejemplo, puede prevalecer o no sobre la libertad de prensa dependiendo de todos los hechos y los datos jurídicos relevantes para determinar su peso relativo mayor. Las reglas carecen de esta dimensión, pues cuando chocan entre sí surge la pregunta ¿deroga una regla a la otra? y ¿es una regla una excepción a la otra? La respuesta afirmativa a una de las dos incógnitas resuelve satisfactoriamente el problema.

Estas distinciones nos llevan a la diferencia pregonada por Alexy en su fórmula del peso, pues “el fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Como ya se dijo, las reglas, como consecuencia, son normas que siempre pueden cumplirse o no.

Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

Jorge Zavala Egas, entre otros aspectos, señala dos puntos esenciales que expre-

san la relación lógico-jurídica existente entre reglas y principios: 1) El Derecho de principios no es contrapuesto al Derecho de reglas, pues no hay antítesis en la concepción del Estado legislativo y el Estado constitucional, sólo hay diferencia cualitativa de intensidad, éste es más complejo que aquél. 2) Únicamente cuando las normas-reglas generan duda, dejan lagunas o entran en contradicción, las normas-principios entran en acción con toda su fuerza directriz y con el vigor de la obligatoriedad proporcionada por la Constitución<sup>18</sup>.

Finalmente y aunque no es menester estudiar los valores, muy a pesar que se hallan en correlación estricta y se determinan recíprocamente con los principios, se diferencian de éstos al ser conceptos axiológicos que responden al criterio de lo bueno, lo mejor. Los principios especifican o concretan valores. Los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que el Derecho tiene la misión de realizar<sup>19</sup>.

En definitiva, el Constitucionalismo contemporáneo nos propone un Derecho donde priman los principios, situación que nos lleva a replantear la naturaleza de la actividad tanto de los operadores socio-jurídicos como de los servidores públicos<sup>20</sup>. Al respecto, Luis Fernando Torres nos indica “que se ha desarrollado una teoría de los principios con una nueva teoría de la argumentación<sup>21</sup> elaborada no por los legisladores sino por los jueces”<sup>22</sup>.

Esta realidad nos llevaría al nacimiento del denominado Derecho de los Jueces<sup>23</sup> o Derecho judicial.

### ¿Cómo se aplican los principios?

El jurista Carlos Bernal Pulido<sup>24</sup> explica claramente que las reglas se aplican por medio de la subsunción, en cambio, los principios se aplican mediante la ponderación,

18 Zavala Egas, Jorge, Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. Acciones de protección y ponderación. Acción de inconstitucionalidad. Proceso Constitucional. Un caso: “La declaración patrimonial”, Guayaquil, 2009, página 30.

19 Vila Casado, Iván, Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo, Legis, primera edición, Bogotá, 2007, páginas 230 y 231.

20 En el país todavía existen pocas investigaciones, pero es posible diferenciar cuatro vertientes: Ramiro Avila, Luis Fernando Torres, Jorge Zavala Egas y las publicaciones del Ministerio de Justicia y derechos humanos, especialmente los volúmenes 6 y 13 de la serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad.

21 Conforme lo indica Juan Antonio García Amado “los hechos de la sentencia son una narración que el juez hace, una historia que él cuenta. Pero cada capítulo de esa historia ha de ir acompañado de razones que puedan convencernos de que es la historia real (o la más real y realista posible) de los hechos que se discutían, no la historia que al juez le apetecía contar para hacernos comulgar con el fallo que él deseaba para el caso”. Estudiar su artículo “La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial sobre los hechos:”, en Teoría y práctica de la justicia constitucional, Claudia Escobar editora, volumen 13, Ministerio de Justicia y derechos humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, primera edición, Quito, 2010.

22 Torres, Luis Fernando, Presidencialismo Constituyente: La ruta del autoritarismo en el Ecuador, Cevallos editora jurídica, Corporación Autogobierno y democracia, Fundación Hans Seidel, primera edición, Quito, 2009, página 324. También se puede estudiar la obra de Manuel Atienza denominada “Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica:”, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, México D. F., 2003.

23 López Medina, Diego, El derecho de los Jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial, Legis, cuarta reimpresión, Bogotá, 2002.

24 Bernal Pulido, Carlos, La racionalidad de la ponderación, en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ministerio de Justicia y derechos humanos, volumen 6, serie Justicia y derechos humanos, primera edición, Quito, 2008, página 44.

a veces conocida como razonabilidad, proporcionalidad en *lato sensu* o interdicción de la arbitrariedad<sup>25</sup>. Por ello, la ponderación se ha transformado en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial, para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales, aunque diría con más concreción para la aplicación de los derechos constitucionales vigentes donde se busca fomentar una prohibición de excesos o defectos.

Como se sabe los principios generan un derecho de textura abierta, pues estas normas reciben determinación y precisión a la luz de las exigencias del caso concreto o particular. La concreción de significados se perfecciona gracias al uso de la razonabilidad y la ponderación. Adicionalmente, me atrevería a decir que estos mecanismos serán mucho más efectivos siempre que se valgan de la prudencia que hizo de los romanos el pueblo que realmente conoció la justicia y el Derecho en la práctica, sin dejar de lado sus falencias humanas.

Es decir, los principios deben aplicarse proporcionalmente no debiendo excluirse entre sí, sino que en cada caso se pondera o pesa cuál ha de tener la preferencia y en qué medida.

La prudencia romana es muy similar a la ponderación contemporánea<sup>26</sup>, pues en la aplicación compleja de principios jurídicos nos indica cuál es el más pertinente para resolver una diferencia o reclamación donde se muestra como una virtud que nos permite encontrar la salida más adecuada, ya sea aplicando un principio que se superpone a otro en colisión, ya sea utilizando uno distinto de aquellos en conflicto e incluso un modelo orientado por reglas<sup>27</sup>. Lo interesante es que el uso de la prudencia, al decir del profesor Quintana Bravo, tantas veces citado, procura no solamente cuidado o cautela, sino que busca un beneficio moral que trasciende el caso particular que lo conecta con la exigencia de fines éticos presupuestos en todo Derecho<sup>28</sup>.

La razonabilidad guarda estrecha relación con lo aceptable, lo cual, a su vez, excluye la arbitrariedad. Para Perelman, el ser “razonable” es el que busca lo que se acepta en su medio, y aun, lo que debería aceptarse por todos; “poniéndose a sí mismo en el lugar de los demás, no se considera a sí mismo una excepción sino procura actuar conforme a principios de acción que sean aceptables para cualquiera”<sup>29</sup>.

25 Prieto Sanchís, Luis, El juicio de ponderación constitucional, en El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Editor Miguel Carbonell, Ministerio de Justicia y derechos humanos, serie justicia y derechos humanos, tomo 6, primera edición, 2008, página 99.

26 Gustavo Zagrebelsky indica que la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia, Editorial Trotta, tercera edición, Valladolid, 1999.

27 Clérico, Laura, Hacia un modelo de la ponderación orientado por reglas para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, en Teoría y práctica de la Justicia Constitucional, Claudia Escobar editora, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Subsecretaría de Desarrollo Normativo, serie Justicia y derechos humanos, tomo 13, Quito, 2010.

28 Quintana, Fernando, op. cit., páginas 156 a 169.

29 Quintana, Fernando, op. cit., página 166.

La ponderación<sup>30</sup>, por su parte es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión, es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Es más, la Carta Magna se aplica mediante este sistema de comparación y peso<sup>31</sup>, especialmente cuando los principios, todos de igual jerarquía, deben aplicarse en distintas realidades<sup>32</sup>.

Lamentablemente y a pesar que la nueva Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional coloca en su artículo 3, numeral 3 a la ponderación como un método de interpretación constitucional y ordinaria<sup>33</sup>, considero que la calidad de muchas sentencias muestra que esta regla no es todavía usada con solvencia o sencillamente es omitida, tal es el caso de la sentencia dictada por la jueza segunda de garantías penales de Guayas que sanciona al periodista Emilio Palacio sin aplicar las reglas óptimas de interpretación muy a pesar de la existencia de la colisión, más que obvia, entre dos principios como son el derecho al honor y la libertad de expresión<sup>34</sup>.

Esta regla o principio tiene a su vez tres sub principios que deben considerarse o aplicarse en sentido estricto mediante los denominados elementos, tests, exámenes o juicios sucesivos de idoneidad o adecuación, necesidad o indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto o *stricto sensu*.

Con la idoneidad o utilidad se determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

El juicio de indispensabilidad o subprincipio del medio más benigno o de la intervención más restringida o menos restrictiva posible de la libertad, exige que toda intervención en los derechos fundamentales resulte la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas las que al menos revisten la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto<sup>35</sup>.

30 Cárdenas y Comanducci expresan que el neoconstitucionalismo, a diferencia del “excesivo positivismo”, presenta a la Constitución como el centro, base y fundamento de todo el sistema jurídico; pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho sino mediante la ponderación.

31 Bernal Pulido, Carlos, El neoconstitucionalismo a debate, Temas de derecho Público 77, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, primera edición, Bogotá, 2006, página 12.

32 Al decir de Alexy dos o más derechos fundamentales colisionan cuando en una situación determinada no pueden al mismo tiempo ser realizados de forma completa.

33 La norma en mención dice textualmente: 3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

34 Juicio No. 09252-2009-1968 que sigue el Ing. Juan Camilo Samán Salem en contra de Emilio Palacio Urrutia. Se recomienda la lectura del texto de Jorge Zavala Egas denominado La aplicación directa de la Constitución en el juzgamiento a Emilio Palacio por escribir y publicar “Camilo, el matón”. La búsqueda de la solución judicial correcta, Guayaquil, 2010.

35 Sieira Mucientes, Sara, El principio de proporcionalidad como juicio de necesidad y la debida intensidad de control en su aplicación al Legislador en [www.acoes.es](http://www.acoes.es). También el artículo citado de Jaime Cárdenas, página 46.

El principio de proporcionalidad en *stricto sensu*, o ponderación, sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa; es decir, que exista un equilibrio entre la medida objeto de control y el fin perseguido por la misma. Se busca establecer una relación de precedencia condicionada tal y como los dispone nuestra Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional que en su artículo 3, numeral 3 sigue al pie de la letra las enseñanzas de Alexy.

### **Retos para el Ius Novus**

Resulta imprescindible e inaplazable un proceso de formación de los operadores judiciales para que puedan familiarizarse con la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, es decir, entre las reglas para encontrar el principio de un caso o fundamentos de soporte o cosa juzgada explícita y los argumentos de mera referencia o auxiliares que no tienen relación directa con la parte dispositiva o *decisum* de la sentencia. Esta diferencia que ha operado en el *common law* e incluso en Alemania, también ha empezado a filtrarse en países como Colombia y Ecuador.

Es vital, siguiendo a García Amado, evitar que la ponderación se transforme en un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales, porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto.

Finalmente, de lo que se puede advertir, los jueces no ponderan sino que escogen los principios *ad libitum* o *a piacere* sin consideración de los derechos de los ciudadanos, muchas veces, bajo presión política, omitiendo los fines de los principios y los valores constitucionales.

La meta debe ser la presencia de jueces probos e independientes así como de una justicia constitucional plenamente especializada, caso contrario, las tempestades jurídicas no tardarán en aparecer con fuerza inusitada generando graves destrozos institucionales y morales, pues hoy en día ponderan no solo los operadores jurídicos sino que lo podrían hacer todos los servidores públicos, ya que tienen a los derechos como elemento transversal del Estado Constitucional de derechos y justicia vigente, al menos, formalmente.

