APLICACIÓN DEL DERECHO, IMPERIO DE LA LEY Y NEOCONSTITUCIONALISMO

Por Dr. Miguel Hernández Terán

Acceder a obra original

SUMARIO

A manera de introducción 02
Introducción 05
Prólogo a la obra de Miguel Hernández Terán 10
Primera parte - LA APLICACIÓN DEL DERECHO
I. Algunos antecedentes necesarios 13
II. La aplicación del Derecho 17
III. El operador jurídico ante la norma de Derecho 22
III.I. Aplicación del Derecho y consulta de constitucionalidad 28
III.II. Aplicación del Derecho y activismo judicial extremo 31
III.III. Aplicación del Derecho y superación de la norma jurídica 34
III.IV. La operación intelectual de aplicar el Derecho y algunas observaciones sobre la moral 52
III.V. Aplicación del Derecho, imperio de la ley y administración pública 62
III.VI. Aplicación del Derecho, predictibilidad y seguridad jurídica 64
IV. Palabras finales 71
V. Bibliografía 72
Segunda parte - IMPERIO DE LA LEY Y NEOCONSTITUCIONALISMO
I. Introducción y generalidades 73
II. La ley como parte del sistema jurídico 78
III. Derecho Constitucional y derechos 80
IV. El principio de legalidad 84
V. Los principios y el neoconstitucionalismo 88
VI. Un par de equívocos neoconstitucionales de la Corte Constitucional 100
VII. Conclusiones 114
VIII. Bibliografía 116
IV. Bibliografía general 120

A MANERA DE INTRODUCCIÓN[1]

La culminación de este pequeño libro ocurre en circunstancias singulares: a los pocos meses de haber culminado mi desempeño como Procurador Síndico del Municipio de Guayaquil, mi ciudad, por casi 18 años. Las discusiones jurídicas ocupan un lugar privilegiado en mis recuerdos.

Escribo estas líneas de introducción la noche del 3 de mayo de 2020, en plenitud del coronavirus en Guayaquil.

"APLICACIÓN DEL DERECHO, IMPERIO DE LA LEY Y NEOCONSTITUCIONALISMO" es producto de un significativo trabajo de investigación y análisis. Está dividido en dos partes: en la primera me ocupo de *la aplicación del Derecho*. Aquí reflexiono sobre la difícil labor de los operadores jurídicos, y particularmente del juez. Éste está vinculado al ordenamiento jurídico, y por ende a los cánones que contiene. Pero habrá ocasiones en que *la respuesta correcta* que necesita la sociedad no se logre aplicando la literalidad de los textos. El juez se ve abocado a meditar si "supera" la pertinente norma jurídica expresa y estructura una respuesta de Derecho sustentada en una argumentación jurídica sólida, considerando la jerarquía del ordenamiento jurídico, los principios aplicables, etc. Entre las varias afirmaciones que realizo, sostengo:

"... el operador jurídico, y particularmente el juez, no puede darse el lujo de elegir mal, pues si lo hace la regla será que su decisión de fondo será errada, con todas las consecuencias que de ello derivan. Para elegir bien hay que interpretar correctamente no sólo la disposición seleccionada sino todas las que oportunamente se analizaron y que fueron desechadas en función de la elección de la norma finalista. La errada interpretación de alguna o de algunas de las disposiciones desechadas pudo generar el equívoco de seleccionar la norma errada para aplicarla a los pertinentes hechos. El primer yerro puede conducir al segundo error.

1. Esta Introducción está desarrollada en primera persona, no así el resto de la obra.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Pero el tema no se agota ahí. Seleccionada la norma correcta, hay que además aplicarla correctamente para no incurrir en el *vicio* de la aplicación indebida de la ley. *La selección correcta no garantiza la aplicación sin error de la norma de Derecho.* En el tránsito hacia la ejecución de la disposición puede aparecer el error…"

Apoyo el activismo, mas no su versión extrema.

Me ocupo de la predictibilidad o previsibilidad, a la cual conceptualizo como "*la característica de un ordenamiento jurídico que le permite a sus destinatarios o regulados conocer y entender su sentido, alcance y efectos, de manera que puedan, conscientemente, decidirse y actuar a sabiendas de las consecuencias jurídicas pertinentes de su proceder; y a los aplicadores de ese ordenamiento ejecutar sin dudas existenciales de Derecho su contenido una vez cumplida la hipótesis que desencadena su materialización en el caso concreto.* Evidentemente la normativa jurídica debe ser clara en su forma y en su fondo para poder transmitir correctamente los conceptos pertinentes."

Procuro analizar con profundidad la posible "superación" de la norma jurídica a la hora de aplicar el Derecho. Es mi parte favorita.

El trabajo "IMPERIO DE LA LEY Y NEOCONSTITUCIONALISMO" aborda la relación entre las reglas y los principios. Critica las exageraciones que magnifican a los principios y minimizan a las reglas. Se ocupa, entre otros, de la Ley, la libertad de configuración normativa, el principio de legalidad. Refiere múltiples sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador. Critica con agudeza, pero con respeto, dos errores muy significativos de la Corte referida en una sentencia muy conocida.

El sobredimensionamiento de los principios ya produjo en Ecuador una consecuencia legislativa muy clara. En efecto, el artículo 4 letra a), en su parte final, de la Ley Orgánica de Alimentación Escolar publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 187 del 21 de abril de 2020 determina con elocuencia:

"El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa…".[2]

Las conclusiones de esta parte del libro son, entre otras, las siguientes:

- "Maximizar la trascendencia de los principios y minimizar la de las reglas, y viceversa, es un grave error. Las posiciones extremas pueden dar lugar a reacciones del mismo tipo."

- "El principio de legalidad no es incompatible con el Estado constitucional. Por ende, sigue vigente y mantiene su eficacia jurídica. Conserva su rol de ser fuente de competencia administrativa y judicial, así como de freno a la arbitrariedad."

- "La sociedad y el Derecho necesitan y exigen una jurisprudencia racional, sobria, bien argumentada, libre de apasionamientos intelectuales, particularmente en el campo constitucional. La idealidad del Derecho, así como la funcionalidad de las instituciones jurídicas pueden ser gravemente afectadas si estos elementos no se cumplen."

Finalmente debo indicar que me he preocupado especialmente de escribir esta obra de tal manera que pueda ser útil en otros países de habla hispana. *Su desarrollo es muy conceptual, analítico y práctico*. Sigo en la ruta de procurar internacionalizar mis libros. Varios de ellos circulan en España, Colombia y Argentina, lo cual me congratula profundamente.

Mi amor por el Derecho se mantiene incólume. Es esa la razón de mi dedicación.

2. Las cursivas y negrillas son nuestras. Esta norma tiene un antecedente en la Ley Orgánica de Educación Intercultural, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 417 del 31 de marzo de 2011. Artículo 2 letra d.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

INTRODUCCIÓN

El imperio de la Ley y el Neoconstitucionalismo, un debate permanente.

1.- "*Orden es orden, se prescribe al soldado. Ley es ley, dice el jurista. Pero mientras para el soldado cesan el deber y el derecho de obediencia cuando se percata de que la orden se propone un delito o una contravención, el jurista no conoce , desde hace cerca de cien años que murió el último iusnaturalista entre los juristas, excepción alguna a la validez de la ley y a la obediencia del súbdito frente a ella…*", con estas palabras Radbruch inicia su histórico texto de posguerra de profunda crítica al positivismo absoluto e inhumano que justificó las más crueles decisiones de quienes detentaron el poder en la Alemania nazi y que llevaron a injustos fallos de sus jueces y tribunales, en detrimento de los hombres y sus derechos, rompiendo los más valiosos valores de la humanidad: la vida y la dignidad. (Radbruch, *Cinco minutos de filosofía del derecho*, 1945, Primer Minuto).

2.- El derecho perdió su rumbo en favor del absurdo y de la injusticia, justificando el ejercicio de los poderes públicos en el cumplimiento desmedido, irrazonable y ciego de la ley, de una ley que tan solo vale "*… porque es ley…*", destaca Radbruch, al definir el pretexto jurídico de quienes propugnaron estas doctrinas justificadoras del oscurantismo nazista, "*… y es ley cuando tiene el poder de imponerse en la regularidad de los casos…*" su validez no se funda en la justicia, sino en el poder de imposición por encima de cualquier consideración humana. "*…Esta concepción de la ley y su validez (la denominamos doctrina positivista) dejó a los juristas y al pueblo inermes frente a las leyes más arbitrarias, crueles y criminales. En resumidas cuentas, equipara el derecho con el poder: solo donde hay poder hay derecho.*" El ser humano es desplazado materialmente; sus derechos y valores diluidos en la arbitrariedad del imperio ciego de la ley. (Radbruch, *Cinco minutos de filosofía del derecho*, 1945, Primer Minuto).

3.- Esto realmente no es derecho. El derecho es justicia y justicia es respeto profundo al hombre, en cuanto que es de la naturaleza humana lo justo y nunca la ignominia de la arbitrariedad, así venga en nombre de

la ley. Es que derecho es, ante todo, "*...voluntad de justicia...*"; todo aquello que se pretenda considerar como derecho solo, lo será realmente en esta línea de pensamiento y acción. "*... Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando los derechos humanos son arbitrariamente conculcados, carecen tales leyes de validez, el pueblo no está obligado a obedecerlas y los juristas deben tener el coraje de negarles el carácter de derecho...*" (Radbruch, *Cinco minutos de filosofía del derecho*, 1945, Primer Minuto).

4.- Para Radbruch, la ley justa merece absoluto respeto y genera seguridad jurídica y de contera garantiza el bien común; las normas malas, perjudiciales y, sobre todo, las injustas, se les debe negar validez. "*...En la conciencia del pueblo y de los juristas debe estar profundamente grabado que puede haber leyes en tal grado injustas y nocivas para la comunidad, que ellos deben negarles el carácter jurídico...*" Y esto es así, en cuanto la ley no puede estar nunca por encima de los principios derivados de los derechos fundamentales. La seguridad jurídica puede romperse por la vigencia de leyes que transiten por senderos desconocedores de los derechos del hombre y del ciudadano, los cuales tienen en la evolución de la humanidad, "*... una firme reserva... con tan universal consenso, que la duda en relación con muchos de ellos solo puede mantenerse todavía por un escepticismo deseado...*" (Radbruch, *Cinco minutos de filosofía del derecho*, 1945, Primer Minuto).

5.- Este debate histórico pone en duda y arremete contra el imperio de las leyes, por el solo hecho de la ley y de su razonabilidad únicamente fundada en el poder y la fuerza; ataca sin misericordia alguna la sujeción de los poderes públicos al imperio de la ley formalmente considerada, que se reducirse a la observancia, insustancial y literal de un texto legal específico, desconociendo su fuerza vinculante y validez. La ley para que sea materialmente ley debe estar referida a los valores humanos, lo que se reconduce al Estado constitucional, a su interpretación y aplicación conforme al contexto dogmático, de principios y valores que inspiran el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución y el orden convencional. El ordenamiento jurídico, así visto, no está conformado de leyes aisladas, ni puede reducirse formalmente a las mismas. Realmente en el Estado

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

social y democrático de derecho, el único imperio admisible es el del ordenamiento jurídico.

6.- La idea de la prevalencia de la justicia sobre la injusticia normativa fue recepcionada en la doctrina y la jurisprudencia alemana, al igual que en el Derecho Internacional como la fórmula de Radbruch y tuvo protagonismo, trascendencia y significación material en el caso paradigmático de los tiradores del Muro de Berlín (Tribunal Constitucional Federal Alemán). En este caso, fueron juzgados los centinelas y quienes dieron las órdenes en la antigua República Democrática Alemana (RDA) para disparar indiscriminadamente contra personas que pretendían huir saltando, entre los años sesenta y setenta del siglo XX, el muro construido en la ciudad de Berlín, que según el Tribunal Territorial de Berlín y el Tribunal Supremo Federal en 1994, debían responder penalmente por los delitos mencionados, lo que fue convalidado en 1996 por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, no aplicando las causales de justificación de sus conductas y superando concepciones individualistas del derecho penal liberal clásico, con lo cual dio prevalencia a los mandatos de protección de los derechos humanos derivados del derecho de gentes, así como a la justicia material, sobre la seguridad jurídica que les brindaba a los custodios del Muro, las leyes de la RDA. (Santofimio, El Concepto de Convencionalidad, Bogotá, 2018, P. 548 y ss.)

7.- En el fallo no se aplican, por no convencionales, las causales de justificación que podían ser favorables a los militares juzgados, pese a no cuestionarse la validez de la norma que las contiene, sino que hace ceder su procedencia a la primacía de la justicia material por sobre una excesiva concepción formalista de la seguridad jurídica en la que se pretende sustentar la posición jurídica. La "fórmula de Radbruch" es una herramienta para ofrecer una alternativa de solución a casos en que la ponderación entre principios como los de justicia material y seguridad jurídica (confianza) exigen que preservando el orden jurídico se garantice la efectividad de la protección de los derechos humanos, según estándares materiales que no se agotan solo en la dimensión constitucional o legal interna, sino que se desdoblan y refuerzan en los de esencia convencional y aquellos surgidos

del Derecho Consuetudinario Internacional. (Santofimio, El Concepto de Convencionalidad, Bogotá, 2018, P. 548 y ss.)

8.- No obstante, este debate histórico de significación e importancia para el mundo jurídico nos llama a una reflexión: ¿cuál es el punto medio y de equilibrio en este conflicto? El Estado social y democrático de derecho no quiere pugnas radicales, quiere salidas justas a este tipo de conflictos. No podemos pasar de un positivismo ciego e irrazonable a un neoconstitucionalismo demasiado creativo, falsamente ponderado y autoritario. Lo constitucional y sujeto al ordenamiento jurídico es un punto medio en torno a la seguridad jurídica y a la vigencia material de los derechos humanos. Las técnicas neoconstitucionales no pueden en manera alguna ser una negación absoluta de la ley, simplemente la sintonizan con los contenidos dogmáticos y la principialística del ordenamiento jurídico. Nos ayuda a interpretar y aplicar, no a derogar y legislar.

9.- El profesor Miguel Hernández Terán así lo entiende al formular en este estudio las tensiones permanentes, constantes e interminables entre el positivismo y las técnicas neoconstitucionales. En una clara perspectiva de Estado social y democrático de derecho, reconoce precisamente que el problema jurídico que nos ocupa implica fórmulas constitucionales adecuadas, oportunas y respetuosas de la institucionalidad. Propone precisamente como salida jurídica a este conflicto entender que, "*... Maximizar la trascendencia de los principios y minimizar la de las reglas, y viceversa, es un grave error. Las posiciones extremas pueden dar lugar a reacciones del mismo tipo... El principio de legalidad no es incompatible con el Estado constitucional. Por ende, sigue vigente y mantiene su eficacia jurídica. Conserva su rol de ser fuente de competencia administrativa y judicial, así como de freno a la arbitrariedad...*". Deduzco de esta solución la visión del demócrata y del profesor respetuoso del ordenamiento jurídico, ausente de fundamentalismos y sumido en una pragmática que nuestra época reclama en la búsqueda de la seguridad y la paz.

10.- Y lo anterior debe ser así, en cuanto el encierro fundamentalista y la ruptura de canales comunicantes en el ámbito de la dinámica del derecho

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

es el peor veneno que enferma cualquier sistema jurídico y el peor error que los operadores del derecho en cualquiera de los poderes públicos pueden incurrir. La ponderación y la proporcionalidad, la dinámica de aplicación de la norma conforme al principio y no su negación, deben ser instrumentos constantes de articulación y convivencia dentro del marco del ordenamiento jurídico, sobre el entendido de que el ordenamiento es fundamentalmente un sistema articulado y no un estadio de destrucción de fuentes, razón elemental para compartir plenamente las conclusiones del profesor Hernández al señalar que "*...El Derecho no es una ciencia exacta ni absoluta. Su desenvolvimiento y aplicación dependen de una serie de elementos, técnicos y operativos. Su estructura debe necesariamente recoger elementos de moralidad, pues el ser humano es moral... Radicalizar la moral como componente del Derecho y sus normas es un grave error. El Derecho no es la moral que se canaliza por medio de normas jurídicas. Es regulación que debe tener ingrediente moral. El deber ser en función de la moralidad y de otros factores como los principios y los valores siempre será un tema difícil...*"

11.- No podemos perder de vista que en todos los procesos interpretativos y de aplicación del orden jurídico, el ejercicio hermenéutico supone la presencia de más de una disposición normativa, de un principio o de un valor, todo un conjunto que debe armonizarse en procura de garantizar no solo la validez del sistema, sino también su posterior eficacia. Esta garantía de legalidad no es otra cosa que la sujeción permanente, plena y necesaria de toda actuación pública al contexto del ordenamiento jurídico; o, para ser más exactos, al sistema normativo en general, de manera tal que toda actuación o decisión de una autoridad tenga su respaldo, origen y fundamento en él. Esto lleva a sostener que solo donde existe ordenamiento jurídico hay posibilidades de actuación y decisión de los poderes públicos, y que allí donde las autoridades actúen sin esos presupuestos, no hay derecho sino arbitrariedad de las autoridades, desconocimiento de la plenitud, permanencia y necesidad del ordenamiento jurídico como punto de partida de su actividad.

12.- La validez o legalidad que, como observamos, se nos ofrece en un plano de sujeción al ordenamiento jurídico, nos determina diversas instancias de

sujeción o niveles de principios, valores y reglas a cuya cabeza se ubica la Constitución Política entronizada en el contexto de la convencionalidad. Solo desde esa perspectiva, se puede entender la generación del derecho en el ordenamiento jurídico como sistema. En este sentido, retomando las palabras del profesor Hernández Terán: "*La lucha por el Derecho debe conducirnos a una lid intensa, diáfana y leal por los derechos. Son batallas para las que siempre debemos prepararnos. La victoria depende en parte de nosotros y en parte del legislador y de los operadores jurídicos. Cada uno tiene su derecho y los abogados estamos para batallar por él. La lucha por ese poder jurídico es una contienda a favor de la sociedad; por ello y por nosotros mismos debemos conducirla con honor, con firmeza y sin tregua...*"

Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Profesor Emérito de la Universidad Externado de Colombia Altos de Potosí, Guasca, Colombia, junio de 2020.

PRÓLOGO A LA OBRA DE MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

Superada la visión normativista del derecho, propio del modelo decimonónico, los principios jurídicos se abrieron paso como mandatos que ordenan la mejor conducta que pueda producirse, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas. En palabras del profesor Rodolfo Vigo, "los principios son derecho concentrado que puede expresarse y justificar a diferentes normas, y por supuesto, ese control provoca que en cada caso de tensión lleguen a prevalecer sobre las normas". De esta forma, además de la constitucionalización del derecho, la consagración y operatividad de los derechos humanos han sido fuente relevante para potenciar a los principios.[3]

En esa línea de interpretación, se asienta el criterio de que los principios generales de derecho derivados de la persona humana, constituyen las reglas de derecho de mayor valor y fuerza del ordenamiento jurídico; es

3. Rodolfo Vigo, De la Ley al Derecho, Editorial Porrúa, México, 2005, pp.145-146.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

decir que son supraconstitucionales. Por ello, tienen el valor para resistir a cualquier otra norma de ordenamiento positivo y la fuerza necesaria para encauzar a todas las normas constitucionales, legislativas, reglamentarias y contractuales e incluso a los actos que se dicten. Los derechos humanos o fundamentales relacionados con esos principios condicionan la legalidad; es decir aquellos "tienen fuerza suficiente para resistir hasta las propias normas constitucionales" (...) "En un auténtico Estado de Derecho, derecho administrativo, legalidad y derechos fundamentales se dan en perfecta armonía".[4]

En tal sentido, ya había señalado el profesor Germán Bidart Campos que las normas internacionales de derechos fundamentales de la persona humana convertidas en un orden supranacional, constituyen un derecho que incluso tiene prelación sobre el derecho de la integración y el derecho comunitario.[5]

Estamos en el terreno del Estado Constitucional de Derecho generadora de una nueva teoría, el "neoconstitucionalismo", cuyos autores son agrupados en dos tendencias, los no-positivistas y los positivistas, a pesar de que, como bien explica Rodolfo Vigo, dentro de la última se ubican otras tendencias que hasta han sido consideradas contradictorias.[6] A partir de interpretaciones vinculadas a esos criterios y con un esquema basado en la aplicación e interpretación del derecho, complementado por los desafíos que apareja el neoconstitucionalismo, el profesor Miguel Hernández Terán realiza un meduloso abordaje de temas que todo operador jurídico necesita conocer.

El lector encontrará interesantes referencias doctrinarias, así como destacada jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que el

---

4. Augusto Durán Martinez, El Derecho Administrativo Entre Legalidad Y Derechos Fundamentales, en Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año VI (2007) No. 12, pp. 129-136.

5. Germán José Bidart Campos, Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 21.

6. Rodolfo Vigo, El ius naturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias, en Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria (estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Tomo IV, l, Volumen 2 (coordinadores Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez, Diego Valadés), Instituto Investigaciones Jurídicas, UNLAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm.711, México, 2015, pp. 851-885.

autor introduce a lo largo del libro, a fin de esclarecer el alcance de las figuras jurídicas que son principalmente controvertidas a la hora de su análisis jurídico.

De la temática tratada, he de detenerme brevemente en el principio de seguridad jurídica, ya estudiado y abordado por Hernández Terán en publicaciones anteriores.

Baste recordar que la seguridad jurídica implica previsibilidad, certidumbre, estabilidad en las relaciones jurídicas, eliminación de riesgos, aunque no pueda ser identificada con la inalterabilidad absoluta, o la imposibilidad de modificar la conducta humana. Continuidad y desarrollo no son opuestos a la seguridad jurídica; por el contrario, la complementan.

Existe un difícil equilibrio entre ese principio y los cimientos del Estado Constitucional de Derecho, a pesar del cual debe garantizarse al ser humano el goce de sus derechos y, por ende, asegurarle las adaptaciones y las transformaciones necesarias del sistema jurídico, para la efectividad de aquellos. Sin perjuicio de ello, debe rescatarse la idea de que los principios generales de seguridad jurídica, previsibilidad, confianza legítima, buena fe, son verdaderas herramientas contra la arbitrariedad del poder público y que su aplicación concreta ha de realizarse en el marco de la dignidad de la persona humana.

En definitiva, este libro muestra algunos de los caminos complejos del derecho, incluyendo rica información sobre ciertas sus dimensiones, reflejando, además, la indiscutible experiencia profesional y académica del autor, aspecto que realza aún más su contenido.

Dra. Miriam M. Ivanega

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

PRIMERA PARTE - LA APLICACIÓN DEL DERECHO

I. ALGUNOS ANTECEDENTES NECESARIOS

Aplicar el Derecho equivale a ejecutarlo, a materializarlo. Y cumplir tal papel es parte esencial de la seguridad jurídica, pues ésta exige, entre otros, la aplicación del sistema jurídico, e incluso una *reacción institucional* para el caso de que el mismo –el sistema jurídico– no se "realice" voluntariamente. Dicha reacción comprende al poder punitivo del Estado. Por lo demás, es evidente que para aplicar el Derecho éste debe existir. Y además ser entendido, y entendido correctamente. La falta de comprensión o la comprensión equivocada del Derecho acarrean consecuencias nefastas, pues pueden tornar lo justo en injusto, lo proporcionado en desproporcionado, lo previsible en imprevisible, etc.

Aplicar el sistema jurídico, verdadero símbolo del Derecho, comporta convertir la norma teórica en norma práctica; la abstracción en concreción; implica personalizar lo impersonal del precepto jurídico. Y hasta tornar en coacción la teórica coerción o amenaza de la disposición de Derecho.

Aplicar la norma jurídica exige como condición necesaria previa contar con una realidad fáctica a la cual va dirigida esa ejecución. Así como hay que entender la intelectualidad de la norma jurídica también hay que comprender los hechos, su verdad, su dimensión, su alcance, sus complejidades. Y para hacerlo es forzoso interpretarlos a la luz de los conocimientos aplicables a los mismos, al estado de la ciencia involucrada para captar su significación, a la técnica, a la metodología que exige la respectiva profesión vinculada con los hechos, etc. Tanto los hechos como el Derecho tienen sus complejidades. Es relevante entenderlos bien en función de la necesaria corrección de la aplicación jurídica.

En rigor, los hechos no se conocen, no se "trasladan" al juez o autoridad competente. Las autoridades obtienen información sobre los mismos. Lo trascendente es que esa información sea, entre otros, clara, idónea, amplia, suficiente, obtenida lícitamente, soportada técnicamente para

hacer creíble que efectivamente sucedieron los hechos, pero además, en la forma, con la amplitud y con el alcance verdaderos. De no ser así la respuesta institucional será equivocada.

Alrededor de los hechos son muchos los aspectos que deben tenerse en cuenta por parte del aplicador del Derecho; entiéndase por parte del autorizado para ejecutar parte del sistema jurídico. Esto es de extrema relevancia, pues la certidumbre respecto de los hechos y de las situaciones trascendentes pertinentes alrededor de los mismos no son sólo antecedente básico para la aplicación del Derecho, sino materia prima para la corrección de la decisión de fondo sobre el caso concreto. El régimen jurídico consagrado en el ordenamiento de la República se sustenta en y está dirigido a las situaciones materiales que se viven en la sociedad con miras a la protección y realización plena de los derechos humanos. Por eso es siempre tan importante la *sujeción al ordenamiento jurídico de la República.*[7] Revisemos algunos de los aspectos a tomarse en cuenta respecto de los hechos:

1.- Como regla, no existen pruebas absolutas sobre los hechos. Incluso se dice que no se prueban los hechos, sino enunciados sobre los hechos. Luis Prieto Sanchís[8] dice que "lo que en el proceso se prueba no son directamente hechos, sino enunciados sobre hechos, esto es, se trata de probar si son ciertos los enunciados que se aportan a la causa a propósito de unos hechos."

2.- La prueba aportará con su racionalidad para acreditar que efectivamente es probable que los hechos hayan ocurrido. ¿En qué forma? En la forma en que el juez lo considere fundadamente. La probabilidad debe ser muy alta, pues de otra manera sería irresponsable/temerario aceptar la ocurrencia de la

7. En nuestro libro "El CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS". Cevallos editora jurídica. Quito-Ecuador. 2016. Página 38, conceptualizamos a tal sujeción en los siguientes términos: "Entendemos por sujeción o sometimiento al ordenamiento jurídico "*la obligación jurídica permanente, inescindible e incondicional que tienen los sujetos de derechos y quienes a ellos se asimilan, así como el conjunto de la institucionalidad pública y quienes a ella se asimilan, de cumplir oportuna, eficaz e íntegramente el régimen jurídico establecido en el ordenamiento jurídico del Estado o reconocido por éste con eficacia jurídica; obligación que contribuye en forma determinante a la realización de los derechos, y por lo mismo, a la consolidación de la justicia y la paz individual y colectiva.*"

8. En su libro "APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO". Editorial Trotta. Sexta edición. Madrid-España. 2011. Página 282.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

hipótesis sobre los hechos. Qué tan alta debe ser esa probabilidad depende de la definición del Derecho Positivo. Marina Gascón Abellán afirma[9] que "valorar racionalmente la prueba consiste en evaluar cuál es el grado de probabilidad o de confirmación que las pruebas disponibles atribuyen a una hipótesis sobre hechos controvertidos y en decidir si ese grado de probabilidad o de apoyo es suficiente para aceptarla como verdadera. Por eso la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de *medir la probabilidad*... Pero queda aún pendiente una importante cuestión: la de determinar los criterios que indican cuándo es *suficiente* el grado de probabilidad alcanzado. Estos criterios son los estándares de prueba." Como es obvio, un elemento de tanta importancia para la decisión judicial debe ser determinantemente objetivo y comprobable por *patrones predefinidos*.

3.- La confirmación sobre la probabilidad de la hipótesis, siguiendo a Marina Gascón Abellan[10], puede ser *sólida o débil*. La primera se da "cuando las pruebas, consideradas en su conjunto, *sólo* encuentran explicación si la hipótesis es verdadera, o sea cuando no son compatibles con la hipótesis contraria." La segunda, "cuando las pruebas pueden explicarse si entendemos que la hipótesis es verdadera pero no son incompatibles con la hipótesis contraria."

4.- La prueba científica no debe generar la "devoción" del juez a favor de ella. Su fortaleza puede ser aparente o putativa si no se confirma "la validez científica del método usado", la utilización de la "tecnología apropiada" y de "rigurosos controles de calidad". Estos tres elementos son destacados por Marina Gascón Abellán en la obra citada.[11]

5.- El activismo judicial en su afán de proteger los derechos humanos no debe afectar la insustituible objetividad de la prueba y de sus estándares. Prueba de los hechos y activismo judicial son conceptos

9. En su obra "CUESTIONES PROBATORIAS". Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2012. Página 76.

10. Página 84 de su obra "CUESTIONES PROBATORIAS".

11. Página 96.

antagónicos. Los enunciados sobre los hechos no son interpretables a la luz del activismo indicado.

6.- Las máximas de experiencia de los jueces no deben llegar a convertirse en discrimen respecto de la valoración de los hechos ni de la aplicación del Derecho. De no respetarse esta básica regla, se puede llegar con facilidad a la barbarie fáctica o a la barbarie jurídica, dependiendo del ámbito de la aberración.

7.- Es posible que la comunicación de los resultados de una prueba sea errada por incompatible con el desarrollo de tal prueba, enunciado en el mismo documento de la comunicación o en otro.

8.- La valoración de los hechos o de los enunciados sobre los hechos no debe ser influenciada por preconceptos de ninguna corriente jurídica, y por lo mismo por apreciaciones morales, legalistas, etc. Tal valoración es y debe ser esencialmente objetiva.

9.- En la valoración de los hechos o de los enunciados sobre los hechos no deben ser determinantes los antecedentes estadísticos del caso. La verdad de una hipótesis no la definen las estadísticas, por confiables que fueran. Marina Gascón dice que es valoración "el juicio *de aceptabilidad de (la verdad de) una hipótesis sobre hechos controvertidos*".[12] *En esa valoración no juegan, no deben jugar las estadísticas el partido estelar.* Los antecedentes pueden ser importantes, pero no deben ser determinantes. Lo contrario constituiría un claro prejuicio y una minusvaloración del concepto de valoración de la prueba. "Una hipótesis está justificada si no ha sido refutada y es confirmada por las pruebas disponibles más que cualquier otra hipótesis. Están presentes en esta justificación tres elementos: no refutación, confirmación y mayor confirmación que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos." Y "Decir que una hipótesis no ha sido refutada significa que las pruebas disponibles no se hallan en contradicción con ella. Por eso justificar que la hipótesis no ha sido refutada supone, en

12. Página 59 de "CUESTIONES PROBATORIAS".

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

definitiva, demostrar que no ha habido contrapruebas (de la hipótesis) o que las eventuales contrapruebas han sido destruidas."[13]

II. LA APLICACIÓN DEL DERECHO

La aplicación del Derecho *consiste básicamente en la implantación total o parcial a situaciones vivenciales o casos concretos, de las previsiones normativas pertinentes concebidas para tales eventos por el ordenamiento jurídico; o la ejecución de las argumentadas soluciones sustanciales construidas total o parcialmente por el aplicador del Derecho sobre la base del propio sistema jurídico y de las instituciones de Derecho aplicables, en defecto de las previsiones normativas pertinentes al caso, vista sus determinantes imperfecciones de fondo.*

La aplicación del ordenamiento jurídico, también llamado sistema jurídico, está orientada a cumplir el principio y derecho a la seguridad jurídica. Es decir, a hacer realidad la proclamación de que el Estado debe respetar y hacer respetar tal ordenamiento como expresión de protección a los administrados, como manifestación de la garantía del ordenamiento jurídico. Ejecutar el ordenamiento jurídico no es cumplir con cualquier obligación estatal. Es mucho más que un deber formal o un compromiso político respecto de los ciudadanos. *Aplicar el ordenamiento significa dar respuesta a una pretensión general de tutela de los derechos y de los bienes jurídicos cobijados en ellos.*

Para aplicar el ordenamiento jurídico, en primer término, el ejecutor debe conocer bien los elementos que constituyen al Derecho, y por ende ubicar qué aspectos aparentemente lo componen pero en realidad le son ajenos. De este aspecto dependerá indudablemente parte de las reflexiones necesarias para solucionar casos concretos, máxime si el ejecutor es un juez. Cuando se está en presencia de casos fáciles las disquisiciones alrededor del Derecho y de los elementos que efectivamente lo estructuran no son necesarias; más aún, plantearlas es posiblemente una pérdida de

13. Marina Gascón Abellán. "LOS HECHOS EN EL DERECHO". Marcial Pons. Tercera Edición. Madrid-España. 2010. Páginas 195 y 196.

tiempo. Si los hechos se adecúan notoriamente al Derecho traducido en el sistema jurídico, en la parte pertinente, el papel del aplicador será sencillo. No hay duda.

En los casos fáciles regularmente no entran en juego las profundidades de los problemas filosóficos del Derecho. Este tipo de análisis es procedente ante los problemas respecto de la justicia o injusticia de la solución real o aparente de la norma jurídica literalmente entendida. Para definir sobre la justicia o injusticia de la respuesta prevista en la norma de Derecho y decidir si la aplica o escapa de ella en función de un análisis argumentativo de alto nivel es necesario que el juzgador tome posición sobre los elementos que conforman, constituyen o agotan el Derecho; sobre la dimensión de los mismos; sobre su significación.

Los casos difíciles exigen esfuerzos argumentativos de nivel. Robert Alexy[14] dice que "El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la fundamentación jurídica de lo que siempre se trata en definitiva es de preguntas prácticas, es decir, de qué es lo que está ordenado, prohibido y permitido. Por ello, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Como tal, está caracterizado porque la argumentación jurídica se lleva a cabo bajo una serie de condiciones restrictivas, que brevemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. Sin embargo, *estas vinculaciones que pueden ser comprendidas por un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica, no conducen en todos los casos exactamente a un solo resultado*.[15] En todos los casos más o menos problemáticos, se necesitan valoraciones que no pueden ser tomadas sin más del material autoritativo existente. La racionalidad del discurso jurídico depende, pues, esencialmente de si y en qué medida estas valoraciones adicionales son racionalmente controlables."

Aquí entra en juego necesariamente la inclinación o no del juzgador

14. En su "TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES". Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2012. (Segunda edición en castellano:2007) Página 486.

15. Las cursivas son nuestras.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

respecto de las grandes corrientes del Derecho, cada vez más renovadas, por cierto.

Robert Alexy destaca[16] que:

"La vida diaria del derecho está llena de casos difíciles que no pueden decidirse simplemente con base en lo que ha sido expedido autoritativamente. Los ejemplos más conspicuos son las decisiones *contra legem*. Sin embargo, los juristas también han tenido que recurrir a razones no-autoritativas en casos de lagunas, de conflictos entre normas que sólo pueden resolverse por medio del sopesamiento o ponderación, y –la constelación más frecuente y menos espectacular– en casos de vaguedad del lenguaje del derecho o indeterminación de las intenciones del legislador. Si las decisiones jurídicas deben basarse en razones, entonces, allí en donde se agotan las razones autoritativas, las razones a favor de las decisiones jurídicas tienen que incluir razones no-autoritativas. Entre estas razones no-autoritativas, la clase más importante consiste en razones que se refieren a la justicia. No obstante, los asuntos relativos a la justicia son asuntos morales. Esto implica que la textura abierta del derecho hace imposible que exista una aplicación no-arbitraria y justificada del derecho que no incluya algún tipo de razonamiento moral.

Ahora bien, existe un amplio consenso entre los positivistas y los no-positivistas en cuanto a que los argumentos morales son indispensables para el razonamiento jurídico o la argumentación. El punto de desacuerdo radica en cómo debe interpretarse esto. De acuerdo con el no-positivismo, los argumentos morales que son indispensables para dar una respuesta bien fundada a interrogantes jurídicos se incorporan necesariamente al derecho. El positivismo, en su versión débil, conocido como positivismo incluyente, rechaza la idea de que esta incorporación sea necesaria. Y, más allá de ello, la versión fuerte del positivismo, conocida como positivismo excluyente, mantiene que esta incorporación está necesariamente excluida, por cuanto –así se desarrolla el argumento– las razones morales

16. Las cursivas son nuestras. 16 En su obra "EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO". Marcial Pons. Madrid. 2008. Páginas 76 y 77.

como tales son necesariamente razones no-autoritativas, y el derecho comprende sólo razones autoritativas."

En cuanto a corrientes del Derecho, Luis Prieto Sanchís[17] destaca con mucha claridad la existencia de un *renacimiento del Derecho Natural* posterior a la segunda guerra mundial, respecto del cual anota:

"Tratando de resumir, éstas son sus principales líneas argumentales: primero, todo sistema ostenta una pretensión de justicia y corrección, pues, por razones conceptuales, resultaría contradictorio un orden normativo que se presentase como injusto, que no incorporase al menos un propósito de corrección moral por parte de los gobernantes que así sea percibido por los gobernados. Segundo, la existencia de un sistema no sólo requiere el cumplimiento general y efectivo de sus prescripciones, sino también el reconocimiento interno de, como mínimo, sus jueces y funcionarios; éstos aplican las normas no ya por temor a la sanción, sino porque se sienten obligados, y ese sentimiento de obligatoriedad sólo puede tener un fundamento moral o de aceptación de los principios de moralidad en que descansan el Derecho y la autoridad que lo produce. Tercero, aunque nada garantiza que las normas jurídicas coincidan siempre con las exigencias de la justicia, desde la perspectiva de quienes participan en el sistema puede afirmarse que una norma absoluta, notoria o radicalmente injusta no es una norma jurídica. Estas normas serían entonces patologías del sistema, elementos que no deben existir o cuya validez debe excluirse por vulnerar las bases morales del mismo. Y finalmente, el cabal conocimiento del Derecho –científico u operativo– exige adoptar por parte del intérprete el llamado punto de vista interno, un punto de vista comprometido con los valores éticos esenciales en que descansa el sistema y que, entre otras cosas, resulta indispensable para efectuar juicios de validez o de aplicación del Derecho que suponen en todo caso desarrollar una argumentación moral que ha de partir de tales valores; no es posible, pues, una aproximación neutral o externa al conocimiento del Derecho."

---

17. En su obra "APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO". Editorial Trotta. Sexta edición. Madrid. 2011. Página 312.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

El mismo Luis Pietro Sanchís al comenzar la lección sobre "LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL" en su ya indicada obra[18] señala que:

"el Derecho natural no es primariamente un Derecho, ni siquiera tampoco un sistema normativo bien delimitado aunque de clase moral; de manera que el binomio Derecho natural - Derecho positivo. no alude a dos especies de un mismo género, no se trata de que exista un sistema normativo jurídico positivo y, en pie de igualdad, otro sistema normativo natural (jurídico o moral). Por el contrario, el Derecho natural constituye ante todo una doctrina acerca de la moral y acerca del Derecho. Básicamente, como doctrina acerca de la moral el *iusnaturalismo* afirma la existencia de ciertos principios de justicia universalmente válidos y cognoscibles; como doctrina sobre el Derecho sostiene que existe una relación de dependencia entre el Derecho positivo y tales principios de justicia, de modo que el carácter jurídico de una norma o del sistema en su conjunto depende de su adecuación a los mismos."

Sobre los *elementos que componen el Derecho* es importante considerar el pensamiento de Robert Alexy:[19]

"Incluir la coerción dentro del concepto de derecho es adecuado a su objeto, el derecho, porque refleja una necesidad práctica conectada esencialmente con el derecho. La coerción es necesaria si el derecho pretende ser una práctica social que satisface sus propósitos formales básicos definidos por los valores de la certeza jurídica y la eficacia. Esta necesidad práctica es la razón por la cual la necesidad conceptual implícita en el uso del lenguaje no se basa meramente en una convención sino también en la naturaleza de la cosa a la que se refiere el concepto. Esta necesidad es, en este sentido, una necesidad absoluta."

Sobre la certeza jurídica Alexy refiere:[20] "El argumento comienza con

18. Página 301.

19. En su trabajo ya citado "EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO". Marcial Pons. Madrid. 2008. Página 90.

20. Misma obra. Páginas 90 y 91.

la aceptación de que la moral como tal no es suficiente para resolver los problemas de la coordinación y la cooperación social. El argumento continúa con la premisa de que la moral exige una solución de estos problemas para evitar los costes morales que produce la anarquía. A estas dos premisas se añade el enunciado de que estos problemas sólo pueden resolverse por medio del derecho, como empresa que persigue realizar el valor de la certeza jurídica. De éstos se sigue que la moral exige la existencia del derecho, como empresa que persigue realizar el valor de la certeza jurídica. Por lo tanto, la corrección moral incluye la exigencia de que exista el derecho como empresa que persigue la certeza jurídica. Esto es suficiente para establecer una conexión necesaria entre el derecho y el valor de la certeza jurídica, si se acepta que son verdaderas otras dos tesis adicionales. La primera señala que el derecho necesariamente eleva una pretensión de corrección y la segunda que esta pretensión comprende necesariamente la corrección moral. Algo más sobre esto se dirá en el siguiente apartado. Aquí sólo debe anotarse que si la tesis de la corrección es cierta, entonces juega un papel central no sólo con respecto a la dimensión ideal o crítica del derecho sino también con respecto de su dimensión fáctica o real. La razón de esto estriba en que la corrección moral comprende la corrección formal o procesal, así como la corrección sustantiva o material."

III. EL OPERADOR JURÍDICO ANTE LA NORMA DE DERECHO

El momento de la aplicación efectiva del Derecho llega luego de tener completamente claro el panorama respecto de los hechos que anteceden a dicha aplicación. En efecto, a estas alturas el operador jurídico ha meditado, discutido con él mismo y resuelto sobre la veracidad de la hipótesis planteada en cuanto a los hechos. Nosotros creemos que todo operador jurídico una vez que ha llegado a una conclusión sobre los hechos debe dejar pasar unos momentos –talvez al menos una media hora– y regresar luego a hacer un nuevo análisis para confirmar su conclusión. La necesidad de la corrección de la decisión amerita este esfuerzo. Respecto de la norma de Derecho consideramos que una vez que la ha elegido por su pertinencia para el caso concreto, debe dejar pasar también unos minutos

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJUr no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

y recapitular luego el análisis pertinente para ratificar su selección. La razón de esta actuación es la misma: la necesidad de la corrección de su resolución de fondo. Si el reexamen lo lleva a la conclusión de que eligió mal la disposición, entonces debe seleccionar la norma correcta.

Cuando el juez aplica la norma de Derecho está cumpliendo el postulado –y derecho– de la seguridad jurídica. Y al hacerlo está también llevando a la práctica el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. De igual forma el debido proceso sustantivo, esto es, aquel que consiste en garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, según el artículo 76 numeral 1 de la Constitución del Ecuador.[21] Lo cual es a su vez reflejo del deber primordial del Estado de garantizar el ordenamiento jurídico, en los términos del artículo 3 numeral 4 de la misma Ley suprema.[22] En su conjunto, lo expresado es una manifestación propia del hecho de que "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución".[23] En términos de la Ley suprema de Colombia, el operador jurídico está *garantizando la efectividad de los derechos*; *protegiendo a las personas en sus derechos*.[24]

Ahora bien, el fenómeno de la elección de la norma jurídica a aplicarse en el caso concreto no es una cuestión secundaria. Tiene mucho fondo. De esta decisión depende en parte la resolución sustancial. Por lo mismo, exige mucha cautela, análisis y profundidad. En efecto, el operador jurídico, y particularmente el juez, no puede darse el lujo de elegir mal, pues si lo hace la regla será que su decisión de fondo será errada, con todas las consecuencias que de ello derivan. Para elegir bien hay que interpretar correctamente no sólo la disposición seleccionada sino todas las que oportunamente se analizaron y que fueron desechadas en función de la elección de la norma finalista. La errada interpretación de alguna

21. Que literalmente determina: **"Art- 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes."

22. Que señala: **"Art. 3.-** Son deberes primordiales del Estado: (...) 4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico."

23. Artículo 426 párrafo primero de la señalada Constitución.

24. Artículo 2 de la indicada Constitución.

o de algunas de las disposiciones desechadas pudo generar el equívoco de seleccionar la norma errada para aplicarla a los pertinentes hechos. El primer yerro puede conducir al segundo error.

Pero el tema no se agota ahí. Seleccionada la norma correcta, hay que además aplicarla correctamente para no incurrir en el *vicio* de la aplicación indebida de la ley. *La selección correcta no garantiza la aplicación sin error de la norma de Derecho.* En el tránsito hacia la ejecución de la disposición puede aparecer el error. Sobre el alcance de la *aplicación indebida* de la ley es importante referir la siguiente reflexión de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, contenida en la Gaceta Judicial No. 10, Serie 16, página 2558 del 20 de enero de 1998:[25]

"SEGUNDO: La recurrente invoca como sinónimos la aplicación indebida y la errónea interpretación de las normas que sostiene han sido violadas, cuando verdaderamente constituyen equivocaciones diferentes que puede perpetrar un juzgador, o sea dos de las tres formas del error in iudicando o error en juicio, contempladas por la ley de la materia. En tal virtud, el vicio de aplicación indebida de las normas de derecho, se comete por el juez en el proceso intelectivo de dictar sentencia, al equivocadamente atribuir una disposición legal sustantiva, general, impersonal y abstracta, que regula una relación jurídica sustancial, un alcance que no tiene, utilizándola para declarar, reconocer o negar un derecho, en un caso particular, determinado y concreto, que es diferente a la relación sustancial del precepto y que por tanto no debió emplear. Mientras que, la errónea interpretación de las normas de derecho, consiste en la falta que incurre el juzgador al dar desacertadamente a la norma jurídica aplicada, un alcance mayor o menor o distinto, que el descrito por el legislador, que utiliza para resolver la controversia judicial."

Sobre el mismo vicio de la aplicación indebida de la ley el maestro Hernando Devis Echandía sostiene:[26] "La aplicación indebida tiene lugar cuando la

25. Según cita del sistema de información jurídica LEXIS, de Ecuador.

26. Tomado de http://www.eumed.net/libros-gratis/2007b/270/43.htm.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

norma legal es clara, como en el caso anterior, pero ocurre por uno de estos motivos: 1) porque se aplica a un hecho debidamente probado, cuestión que el tribunal reconoce y el recurrente no discute en ese cargo, pero no regulado por esa norma, 2) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, haciéndose producir los efectos contemplados en tal norma en su totalidad, cuando apenas era pertinente su aplicación parcial; 3) porque se aplica a un hecho probado y regulado por ella, pero haciéndole producir efectos que en esa norma no se contemplan o deduciendo derechos u obligaciones que no se consagran en ella, sin exponer una errada interpretación del texto (pues de lo contrario se trataría del tercer modo de violación directa.)"; la segunda, "La interpretación errónea se determina porque existe una norma legal cuyo contenido o significado se presta a distintas interpretaciones, y el tribunal al aplicarla, siendo aplicable al caso (pues si no lo es habría indebida aplicación) le da la que no corresponde a su verdadero espíritu. Es decir, esa interpretación errónea se refiere a la doctrina sostenida por el tribunal con motivo del contenido del texto legal y sus efectos, con prescindencia de la cuestión de hecho, o sea, sin discutir la prueba de los hechos y su regulación por esa norma."

A más de la aplicación indebida y de la errónea interpretación de la norma de Derecho, el operador jurídico puede incurrir en al menos otro *vicio*: la falta de aplicación de la norma. En todo caso, cualquiera que fuere el vicio en que incurra el juez u operador jurídico, el mismo constituye un atentado a los siguientes derechos: a la seguridad jurídica, al debido proceso sustantivo, a la tutela judicial o administrativa efectivas, según el ámbito, con todas las secuelas y conexidades que tal situación genera.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SUO 72/18[27] recuerda lo que debe entenderse por DEFECTO SUSTANTIVO en la aplicación de normas jurídicas por parte de los jueces:

"Defecto sustantivo. En la sentencia SU-632 de 2017 se hizo una importante recapitulación en relación con este defecto:

27. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm.

"3.4. Por otra parte, la Corte ha establecido que el ***defecto sustantivo*** *parte del 'reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonefeomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta'o. En consecuencia este defecto se materializa cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto'.*[28] *La jurisprudencia de este Tribunal en diferentes decisiones ha recogido los supuestos que pueden configurar este defecto, así en las sentencias SU-168 de 2017 y SU-210 de 2017, se precisaron las hipótesis en que configura esta causal, a saber:*

(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.[29]

(ii) La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada.[30]

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.[31]

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.[32]

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de

---

28. *Cfr*. Sentencia T-156 de 2009. Ver también Sentencias T-008 de 1998 y C-984 de 1999.

29. *Cfr*. Sentencias T-158 de 1993, T-804 de 1999 y SU-159 2002.

30. *Cfr*. Sentencias T-790 de 2010, T-510 de 2011.

31. *Cfr*. Sentencias T-572 de 1994, SU-172 de 2000 y SU-174 de 2007.

32. *Cfr*. Sentencia T-100 de 1998.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.[33]

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexequible, este es abiertamente contrario a la constitución.[34]

Adicionalmente, esta Corte ha señalado[35] *que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis: (i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente); o (ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados*".

Aplicar la norma de Derecho es parte de la motivación jurídica que debe construir el juez en cada caso. Ya hemos determinado[36] que para nosotros "*la motivación jurídica es la exposición ordenada, razonada, coherente e interrelacionada en sus elementos constitutivos fundamentales, por medio de la cual la autoridad pública justifica racional y jurídicamente la resolución que toma en el caso específico sometido a su conocimiento y definición, facilitando la defensa del administrado en caso de inconformidad con su contenido de fondo y su fiscalización.*"

Rafael Hernández Marín[37] explica con razón:

"Motivar una decisión" significa "indicar el motivo por el que ha sido dictada una decisión". Y, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean

33. *Cfr*. Sentencia T-790 de 2010.

34. *Cfr*. Sentencias T-572 de 1994 y SU-159 de 2002.

35. *Cfr*. Sentencia T-1095 de 2012.

36. En nuestro libro "SEGURIDAD JURÍDICA". Edino. Guayaquil. Ecuador. 2004. Página 65.

37. En su obra "LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES". Marcial Pons. Madrid. 2008. Página 145. **TERÁN**

conformes al derecho, hay que presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión *D*, en vez de otra decisión distinta, consiste en que el juez que ha dictado *D* considera que dicha decisión es conforme con el derecho.

Este motivo, pues, hay que darlo por descontado. Mas por ello, precisamente, el cumplimiento de la obligación jurídica de motivar una decisión *D* no puede quedar reducido a realizar la manifestación, que sería igual para todas las decisiones, de que *D* ha sido dictada por ser, a juicio del juez que la ha dictado, conforme al derecho. El juez que ha de motivar una decisión *D* ha de ir más allá de ese motivo. Ha de indicar cuál es el motivo de ese motivo. Cuando el derecho establece que el juez que dicta una decisión debe motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al derecho. En otras palabras, la obligación de motivar exige al juez que dicta una decisión D que *intente mostrar* que *D* es conforme al Derecho."

III.I. Aplicación del Derecho y consulta de constitucionalidad

Cabe precisar que, con las distancias del caso, algunos de los vicios antes indicados también pueden darse respecto de la Constitución de la República. Así, la aplicación directa de la Constitución, reconocida en el artículo 426 párrafo segundo[38] de la normativa suprema ecuatoriana, y 4 de la colombiana, pudiera dar lugar a la aplicación indebida de la misma; a la falta de aplicación de la norma pertinente al caso; a la errónea interpretación de la respectiva disposición. A propósito de la Constitución es importante destacar que la ecuatoriana contiene una disposición que facilita enormemente la aplicación del ordenamiento jurídico de la República al ordenar en el artículo 425 párrafo segundo, que "En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo

38. Que consagra: **"Art. 426.-** (...) Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente."

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior". *Norma valiosa que autoriza la valoración del conjunto del ordenamiento, imponiendo en el caso concreto la solución pertinente a través de la* APLICACIÓN *de la norma superior.*

En contraste, esa misma Ley suprema contiene otra disposición que afecta la aplicación directa de la Constitución y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, al consagrar, contra la consistente noción de efectividad e inmediatez de la aplicación de los derechos,[39] en el artículo 428, que:

"*Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.*

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente."[40]

En definitiva esta curiosa norma contradice directamente el artículo 425 párrafo segundo, pues DIFIERE LA APLICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS; y más aún, luego del tiempo que impone la Constitución para la atención de la consulta de constitucionalidad, el "perjudicado" (por la no aplicación de la Constitución y/o de los instrumentos internacionales de derechos

39. Noción recogida en el artículo 11 numeral 3 de la máxima Ley: **"Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

40. Artículo 428, párrafo primero de la Constitución.

humanos) por el no despacho de la consulta puede plantear otra acción constitucional vista la desatención de la Corte Constitucional. ¿Qué sacrifica todo esto? La oportunidad de la aplicación efectiva del Derecho, de la Constitución, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de los derechos pertinentes en el caso concreto; y por ende los derechos: a la seguridad jurídica, a la tutela judicial efectiva, al debido proceso sustantivo, con sus consiguientes efectos y conexidades.

Si la aplicación directa de la Constitución se encuentra establecida en ella, Art. 426 párrafo segundo, y si la propia Ley suprema impone en el artículo 425, en igual párrafo, que "En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior"; y además si según el artículo 424 "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público", *es claro que la figura de la consulta de constitucionalidad constituye un retroceso para la aplicación efectiva del Derecho, de la Ley máxima, de los instrumentos normativos antes señalados.*

Merece destacarse que el artículo 425 párrafo segundo de la Ley suprema, por su globalidad, incluye el llamado *control de convencionalidad*, esto es, exige la aplicación prioritaria de los instrumentos internacionales vigentes en el Estado por sobre las normas secundarias al mismo. Se trata de una obligación internacional para los países suscriptores y adherentes a la Convención Americana de Derechos Humanos. Abunda la jurisprudencia interamericana en este sentido. Así, en el caso GORIGOITÍA versus Argentina la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció, entre otros, que "esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos."[41]

41. or.cr/docs/casos/articulos/seriec_382_esp.pdf.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

III.II. Aplicación del Derecho y activismo judicial extremo

Ahora bien, la recta aplicación del Derecho a través del ordenamiento jurídico puede sufrir un grave colapso si el operador jurídico, particularmente el juez, es devoto de un *activismo extremo*. Éste tiene el grave vicio, aun cuando sus razones sean nobles, de trastocar el sentido, la cobertura, el alcance, la potencialidad, entre otros, de las normas y de las instituciones jurídicas. Así, podría hacer extensiva la cobertura de una norma jurídica a situaciones o relaciones que no tienen ningún vínculo con la disposición jurídica pertinente; podría reputar incluido en una relación jurídica a un sujeto de Derecho que no tiene vínculo alguno con esa relación; o podría dar por probados hechos que en realidad no han sido acreditados en el proceso (recordemos que estamos refiriéndonos al activismo *extremo*), con las consiguientes secuelas jurídicas y materiales (posiblemente en perjuicio injustificado de terceros). Situaciones así, jurídicamente graves, quedarían superadas a título de activismo, en sacrificio de la correcta aplicación del Derecho.

¿Cuál es la frontera que separa al activismo del activismo extremo? Difícil respuesta. El primero es racional y justificado. El segundo, puede ser destructor de las instituciones. El límite: ciertamente difícil. Más aún si es natural y normal que los derechos y las instituciones evolucionen justamente porque el Derecho debe dar respuestas correctas y oportunas a la sociedad; debe adaptarse a los cambios reales que viven los sujetos de Derecho y la sociedad en su conjunto. No debe ser "estático". En esa adaptación, en esas respuestas, en la evolución indicada ocupa un papel determinante la jurisprudencia, la producción intelectual de los jueces en los casos concretos que deben resolver. Se dice con frecuencia, y ya casi no se discute teóricamente, que los jueces son creadores de Derecho, máxime en el ámbito constitucional. En la Constitución ecuatoriana está incluso previsto en el artículo 11 numeral 8 como uno de los principios que rigen el ejercicio de los derechos, el que "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas..." Muchos países latinoamericanos están imbuidos del neoconstitucionalismo, el cual plantea como ingrediente básico al *activismo judicial*, *que*, *decimos nosotros*,

debe servir para decantar las instituciones en orden a la materialización de los derechos humanos, pero no para destruirlas.

Consideramos importante la referencia al activismo, pues las normas y las instituciones tienen un sentido, una lógica, un papel, una finalidad que no pueden desbaratarse por el hecho de la voluntad del operador jurídico. También la evolución jurídica de origen jurisprudencial debe tener límites racionales que no permitan un giro *contra natura* aun cuando la nobleza sea la causa que inspira al activista. Recordemos que *en el Derecho hay un elemento implícito que es la racionalidad, la cual conduce a la corrección.* El Derecho tiene el ingrediente necesario de la corrección. Por lo mismo nosotros no compartimos la idea de que en el Derecho no existen respuestas correctas. Si es una sola o varias es otra discusión, que también es un importante problema. Pero la corrección como tal es *inseparable* del Derecho. Y está asociada con la justicia, a pesar de toda la relatividad y amplitud de ésta, y por lo mismo de sus dificultades naturales. Un activismo salvaje podría incursionar en el mundo probatorio y, por ejemplo, reputar la ocurrencia de situaciones o hechos que no han sido acreditados procesalmente; o reputar no sucedidos eventos que efectivamente existieron y se acreditaron en el proceso. Sería, pues, ¡un activismo fáctico y salvaje!

Robert Alexy dice[42] que: "La fórmula clásica según la cual la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo: *suum cuique tribuere* pone de manifiesto que el objeto de la justicia no es todo el ámbito de la moral, sino sólo la parte que se ocupa de la distribución y la compensación. Casos paradigmáticos de la justicia distributiva son la asistencia social y los impuestos. En el primer caso se trata de la distribución de bienes; en el segundo, de las cargas. En ambos casos existe un sujeto que distribuye y un número cualquiera (al menos dos) de sujetos adjudicatarios. En la justicia conmutativa no se trata, directamente, de una relación entre sujetos, sino de una relación entre objetos o cosas, en el sentido más amplio." Considera Alexy que[43]

42. En la obra "LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA". Editorial Comares. Segunda Edición Ampliada. Granada, España. 2010. Página 49.

43. Obra citada. Página 51.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

"Justicia es corrección en relación con la distribución y la compensación"; que "Al igual que es la verdad el criterio de valoración supremo para la corrección de los enunciados acerca de lo que acontece, es la justicia el criterio de valoración supremo para la corrección de la distribución y la compensación." Destaca también:[44] "Que la justicia sea un caso especial de corrección tiene profundas implicaciones para la teoría de la justicia. Quien afirma que algo es justo, afirma siempre, al mismo tiempo, que es correcto. Quien afirma que algo es correcto, da a entender que es fundamentable. De este modo, la tesis de la justicia como corrección conduce, directamente, a la justicia como fundamentabilidad. Establece una intrínseca relación entre el concepto de justicia y el de fundamentabilidad. Las cuestiones de justicia son cuestiones normativas. Esto significa que la justicia como fundamentabilidad se ocupa de la fundamentabilidad de normas sobre la distribución y la compensación en el sentido expuesto."

Para cerrar el pensamiento de Robert Alexy, en esta parte, citaremos algo más sobre la pretensión de corrección:[45] "...todas las normas y decisiones jurídicas individuales, así como la totalidad de sistemas jurídicos como un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Esta pretensión no es una pretensión específicamente jurídica. Está enraizada en todo tipo de razonamiento, y en la medida en que razonar, esto es, afirmar, debatir y preguntar, es un componente necesario de la forma humana de vida, se funda en la naturaleza humana. La pretensión de corrección que formula el derecho es, por tanto, un caso especial de una pretensión de corrección mucho más general."

Cabe referir que así como el activismo judicial extremo es dañino para la correcta aplicación del Derecho, existen también otros factores que la afectan, como el trabajo de operadores jurídicos que mezclan su inclinación ideológica con su desempeño; operadores que desquitan sus resentimientos y frustraciones con sus decisiones; operadores prejuiciados, parcializados, anclados en el pasado; que politizan sus decisiones, etc. Estos elementos complican la ya difícil tarea de aplicar el Derecho. El problema es que los

44. Obra citada. Páginas 51 y 52.

45. Páginas 64 y 65 del indicado libro.

afectados son terceros que no tienen por qué sufrir las consecuencias de estas aberraciones. Los daños que ellos efectivamente pueden sufrir en forma injustificada, en tanto se acrediten todas las condiciones jurídicamente exigibles, son indemnizables por parte del Estado; en definitiva, por la sociedad organizada política y jurídicamente. Es decir, el pueblo termina compensando con sus recursos los daños ilegítimos producidos, lo cual es, en casos así, injusto, aunque práctico.

Richard A. Posner en su reconocida obra "CÓMO DECIDEN LOS JUECES"[46] destaca, entre otros, lo siguiente:

"La experiencia, como la formación, puede inculcar valores que influyen en el comportamiento judicial. La experiencia profesional previa a la carrera judicial puede haber llevado a un juez a estar convencido de que los sindicatos son negativos para la mayoría de trabajadores, para los consumidores y para el conjunto de la economía o, al contrario, que una fracción significativa de ejecutivos son codiciosos, mentirosos y cortos de miras. Experiencias así vividas pueden convertirse en (o pueden haberse conformado a partir de) una ideología general contraria a los sindicatos o a las empresas, que influirá en el voto que emita el juez en aquellos casos en los que el tribunal no alcance la unanimidad y que estén relacionados con sindicatos que han sido acusados de prácticas laborales injustas o con ejecutivos de empresas que han sido acusados de estafa. Y recordamos que las características personales y la experiencia profesional pueden estar entrelazadas..."

III.III. Aplicación del Derecho y superación de la norma jurídica

Partamos de lo obvio: las normas jurídicas constituyen cuantitativamente el mayor componente del Derecho. Cualitativamente tienen enorme trascendencia, pues de ellas depende, en alto grado, la solución de los conflictos entre los diversos sujetos de Derecho, pues son tales normas las que prevén la ocurrencia de conductas, situaciones, desavenencias, etc,

46. Marcial Pons. Madrid. 2011. Páginas 113 y 114.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

las cuales reconoce y trata, y a las cuales les asigna un efecto, solución o remedio. Tan relevantes son las normas jurídicas que los ordenamientos de los Estados construyen toda una estructura y nomenclatura alrededor de ellas. Así, les asignan un nivel jerárquico y una denominación; aquél les es útil en caso de conflicto con otras disposiciones. Si su rango –de las normas– es mayor que el de su oponente, prevalecerá; y si es inferior, perderá, produciendo su ineficacia respecto del caso concreto.

Son, pues, las normas jurídicas un pilar insustituible en la regulación de la convivencia social. Tanto es así, que los Estados tienen una Función específica dedicada esencialmente a expedir leyes. Éstas se caracterizan, entre otros, por su generalidad, abstracción, obligatoriedad a partir de su publicidad; por su capacidad intrínseca o natural de poderse ejecutar por la fuerza por parte del Estado y su institucionalidad. Son las normas de Derecho las que otorgan capacidad–competencia– al Estado, a sus autoridades, servidores e instituciones; el poder de actuar frente a los administrados, como también a nivel impersonal y respecto de otras entidades, públicas y privadas. Lo que pueden ejecutar los sujetos e instituciones antes señalados son las actividades, roles y funciones que previamente les atribuyen las normas de Derecho. Son, en definitiva, su marco de actuación. Éste define qué se puede hacer, cómo se hace y hasta dónde se ejecuta. Desde el punto de vista privado las normas de Derecho son las que definen los límites de la libertad de los particulares frente a sus pares como frente al Estado y sus instituciones.

Por su enorme significación en la vida social los Estados han ideado cánones para entender las normas jurídicas, para interpretarlas, para aplicarlas, para controlarlas jurídicamente en función de su jerarquía; para resolver los conflictos de contenido que pueden tener con otras normas de Derecho, etc. Es decir, hay toda una lógica institucionalizada alrededor de las normas jurídicas. A ello agréguese una condición necesaria e insustituible en la vida social: todas las personas, instituciones y autoridades están imperativamente sometidas a ellas. Están "vinculadas" a las mismas. Tales vinculación y sujeción están garantizadas por el Estado. En el caso ecuatoriano la Ley máxima consagra como uno de los

deberes primordiales del Estado, *la garantía del ordenamiento jurídico.*[47] Esta seguridad si bien tiene un aspecto formal, posee mucho fondo: el ordenamiento jurídico reconoce, crea, consolida, protege, garantiza derechos, bienes jurídicos, situaciones de los ciudadanos y administrados en general. Este "activo" merece tutelarse en grado sumo. Además, el ejercicio de los derechos constituye un elemento consolidador de la paz social.[48] En definitiva, el ordenamiento jurídico está asociado a los derechos (y a las obligaciones), a las situaciones que viven los ciudadanos y administrados en general, a sus problemas y soluciones, etc. Esta realidad es razón determinante para su garantía.

El ordenamiento jurídico es titular de un atributo de alta significación: la predictibilidad de los efectos de las actuaciones de los diversos sujetos de Derecho e instituciones; atributo que tiene por propósito generar certeza en sus destinatarios *dada la obligatoriedad general del cumplimiento de las normas jurídicas que estructuran dicho ordenamiento*. Es como si tales destinatarios tuvieran un espejo que les permite visualizar las consecuencias positivas y negativas de sus actuaciones en función de las pertinentes descripciones y prescripciones que establece tal ordenamiento.

La referida predictibilidad es, como dijimos, una condición necesaria de la convivencia social. Un saber a qué atenerse. Un factor de paz. Elimina la incertidumbre tanto para el que actúa correctamente como para el que lo hace en sentido contrario. Con razón dice Francisco Laporta[49] que "es un presupuesto necesario de la existencia misma de prácticas sociales como conjunto de expectativas mutuas. Y por consiguiente es una necesidad de la existencia misma del derecho."

Esa predictibilidad *formal o normativa* debe convertirse en predictibilidad

47. Artículo 3 numeral 4.

48. Cuando hay abuso en el ejercicio de un derecho también el ordenamiento jurídico protege a los terceros. Así, el artículo 36 numeral 1 del Código Civil ecuatoriano define: "Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico."

49. En su reconocida obra "EL IMPERIO DE LA LEY UNA VISIÓN ACTUAL". Editorial Trotta. Madrid. 2007. Página 133.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

real. Ésta ocurre cuando tal previsibilidad se aplica efectivamente, convirtiéndose así en seguridad jurídica como sinónimo de aplicación efectiva o realización del Derecho. *Cuando la aplicación es equivocada no se configura la seguridad jurídica.* Si la norma de Derecho a ejecutarse es inconsecuente con los principios generales del Derecho tampoco habrá la indicada seguridad. Los vicios de cualidad en general de la norma también evitan la configuración de la seguridad jurídica. Ahora bien, la predictibilidad, la seguridad jurídica, la igualdad material, entre otros elementos fundamentales para la convivencia social ordenada y pacífica, presuponen la relevancia de los derechos. Ello nos conduce a la pregunta: ¿por qué son relevantes, o por qué se protegen los derechos? Lo respondemos en nuestro libro "EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS",[50] entre otros, en los siguientes términos:

"Los derechos se tutelan porque: (...)

2. Son útiles para satisfacer necesidades de los individuos como de la sociedad en su conjunto, y por lo mismo, protegiéndolos se cumplen las finalidades del respectivo derecho.

3. A través de ella se nutre la confianza ciudadana en la institucionalidad pública en su conjunto.

4. Al hacerlo se contribuye a la seguridad y paz individuales y colectivas.

5. No hacerlo equivale a la negación de los derechos. (...) 7. No hacerlo supone legitimar el ataque a los mismos por parte de terceros."

Explicada que ha sido la relevancia de las normas jurídicas y su consiguiente seguridad de cumplimiento a través del deber primordial del Estado de garantizar el ordenamiento jurídico, según el artículo 3 numeral 4 de la Constitución del Ecuador, es procedente que nos preguntemos si el Derecho en su conjunto se limita al ordenamiento jurídico, y si *los jueces*

50. Cevallos editora jurídica. Quito-Ecuador. 2016. Página 132.

pueden superar las fronteras del mismo para proveer las soluciones que estiman justas en los casos concretos sometidos a su conocimiento y resolución.

A la primera interrogante respondemos con claridad y concisión: no. El Derecho es mucho más rico; más intenso, más amplio, más universal, más sabio, más imaginativo que el ordenamiento jurídico. Éste recoge sólo una parte de aquél. Y pudiera ser incluso que no la refleje acertadamente; que la asuma en forma irregular por defectos de redacción, de traslado, de elaboración, de semántica, de comprensión.

Sobre la *superación del ordenamiento jurídico* planteamos a continuación las siguientes reflexiones:

1.- Las leyes de un Estado constituyen *el producto final* de un proceso complejo, valorativo y sustancial por parte de los legisladores. En el mismo se procura que ese fruto sea cualificado en su contenido, pues por su carácter general y abstracto[51] tiene una misión amplia que cumplir en la comunidad; rol que parte de la obligatoriedad de las mismas –las leyes– sobre la base de su publicidad. Para la dotación de contenido los legisladores tienen una amplia libertad. Lo relevante para la sociedad es que las leyes cumplan efectivamente su papel protector y garante de los derechos, bienes jurídicos y situaciones pertinentes de los sujetos de Derecho. ¿Cómo lo hace el legislador? Es cuestión que queda abierta para la Función Legislativa en su faceta normativa.[52]

Si lo hace con leyes pequeñas, voluminosas o intermedias; con contenido duramente punitivo o espectro flexible; con mayor o menor discrecionalidad

51. Luis Prieto Sanchís en sus "APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO" (Editorial Trotta. Sexta edición. Madrid. 2011. Página 102) refiere que "La generalidad supone que la norma no contempla a personas singulares, sino que sus mandatos se dirigen a una clase de personas, garantizando así la igualdad formal de todos los pertenecientes a esa clase; la abstracción, por su parte, exige que la ley no tenga en cuenta acciones singulares, sino una categoría de acciones, asegurando así la certeza o previsibilidad de la propia conducta (Bobbio); y la vinculación de los poderes públicos significa que, si bien son éstos los creadores de la ley, una vez promulgada deben aplicarla, sin que sea admisible su derogación para un caso concreto o en beneficio propio."

52. Regularmente también tiene otra faceta: la fiscalizadora.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

a favor de los operadores jurídicos; con duros o ligeros controles; con muchos detalles o con pocos; con alta o escasa remisión a su reglamento de aplicación, etc; *es cuestión de cómo diseñe y desarrolle el legislador ese producto final*. (Lo importante es su equilibrio e impacto, su habilidad para lograr sus propósitos, su suficiencia e idoneidad para tutelar las situaciones, los derechos y bienes jurídicos que justifican su creación). Es lo que se llama la *libertad de configuración normativa*, la cual, como no puede ser de otra manera, está sujeta, básicamente, a la jerarquía del ordenamiento jurídico, a los derechos humanos, a los principios propios de la materia, a los principios jerárquicamente superiores del ordenamiento, a los principios generales del Derecho. En nuestro libro "EL ESTADO COMO LEGISLADOR DAÑOSO Y SU RESPONSABILIDAD REPARADORA"[53] expresamos sobre este dogma legislativo, entre otros, lo siguiente:

"El principio indicado habilita al legislador a analizar y valorar el sentido y contenido que considera apropiado darle a la legislación que debe aprobar –en función del bien jurídico que debe salvaguardar con eficacia– no existiendo límites en cuanto al número de alternativas a valorar. Esto significa que el legislador está dotado de un amplio margen de apreciación respecto del desarrollo que con carácter permanente debe darle a la ley. Cabe resaltar que este principio es en sí mismo un bien jurídico. Y a través de él se pueden proteger otros bienes de la misma categoría. Es, pues, una especie de bien jurídico medio para salvaguardar bienes jurídicos como resultado o destino."

2.- Unas más, otras menos, las leyes, en parte, están destinadas a operadores jurídicos, esto es, a personas y autoridades que deben hacerlas cumplir efectivamente en el ámbito de su competencia. Por ejemplo, el artículo 147 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador consagra como deber y atribución del Presidente/a de la República: "Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia."

53. MURILLO EDITORES. 2017. Guayaquil-Ecuador. Páginas 134 y 135.

La utilización efectiva de las leyes y del ordenamiento jurídico en general por parte de los operadores jurídicos es una obligación propia derivada de su sujeción a tal ordenamiento. Así, el artículo 172 de la Constitución del Ecuador impone que "Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley...Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por ...QUEBRANTAMIENTO DE LA LEY."[54] Más aún, el Código Orgánico Integral Penal[55] consagra el delito de prevaricato de jueces y árbitros en el artículo 268,[56] *por fallar contra ley expresa en perjuicio de una de las partes*; *por proceder contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda en la sustanciación de las causas*.

No es, pues, insistimos, la utilización de la ley y del ordenamiento jurídico en general una cuestión discrecional del operador, sea como parte de la administración pública o como integrante de la administración de justicia. No hay duda. Es un deber. Es parte del

llamado *debido proceso sustantivo*, de la garantía del ordenamiento jurídico, de la tutela administrativa y judicial efectivas. *Esa utilización debe ser correcta*. El operador jurídico es, hasta cierto punto, un prisionero del sistema jurídico en función de la imperatividad de su aplicación. Ello no significa que no tenga facultad para *valorar su contenido* y en función de ello, argumentadamente, desechar la aplicación de la norma pertinente, para el caso concreto, por ejemplo, por ser contraria al contenido de otra de nivel superior. Hay, pues, una gran diferencia entre el papel relativamente libre del legislador y el rol limitado del operador jurídico, en especial del juez, ante dicho sistema.

---

54. Las mayúsculas son nuestras.

55. Publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

56. Que literalmente expresa: **"Artículo 268.- Prevaricato de las o los jueces o árbitros.-** Las o los miembros de la carrera judicial jurisdiccional; las o los árbitros en derecho que fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas o conozcan causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogadas o abogados, procuradoras o procuradores, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Se impondrá además la inhabilitación para el ejercicio de la profesión u oficio por seis meses."

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

La prestigiosa Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-539/11[57] estableció, entre otros, que:

"Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución –art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; del derecho a la igualdad –art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas –art.83 CP-; de los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.

La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al "imperio de la ley" lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2 y 4 Superiores, (i) la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y (iii) que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación por parte de las autoridades administrativas de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial

57. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm.

constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, poniendo de relieve el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos. En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que (i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces. A este respecto ha dicho la Corte: "La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces."

3.- A pesar de la imperatividad de su contenido y ejecución es posible que el legislador autorice *de manera explícita o implícita* la inaplicación de las normas de Derecho, *lo cual es una manera de superarlas*. Por ejemplo, el artículo 26 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967 estableció con claridad que: "Serán nulas las disposiciones legales, administrativas o de cualquier orden que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por esta Constitución." *Implícitamente* esta norma constitucional está autorizando que NO SE APLIQUEN tales disposiciones en razón del vicio de nulidad de que padecen. No hace falta una habilitación expresa. El sentido de la norma y su propósito son obvios. Un ejemplo de autorización *explícita* de inaplicación es el caso determinado en el artículo 206 de la misma Constitución, que dice:

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

"**Art. 206.-** Sin perjuicio de la facultad determinada en el ordinal 4º del artículo precedente, la Corte Suprema –en los casos particulares de que tuviera conocimiento– puede declarar inaplicable cualquier precepto legal contrario a la Constitución.

Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas acerca de las cuales se pronunciare."

Por lo demás, la inaplicación de normas tiene constitucionalmente toda una tradición en el Ecuador.

Las Constituciones también pueden ordenar la aplicación de principios constitucionales por medio del desarrollo de leyes. Así, el artículo 242 párrafo segundo de la referida Ley suprema dispuso que "La ley se encargará de dar eficaz aplicación al principio de la autonomía, y propenderá al fortalecimiento y desarrollo de la vida municipal…".

Ahora bien, tratemos de esquematizar los casos en que la ley o norma jurídica pueden ser *superadas por parte de los jueces*:

1.- La autoridad desatiende el mandato de la norma inaplicándola.[58]

2.- La autoridad desatiende *los efectos* de la norma.

3.- La autoridad desatiende parcialmente el contenido de la norma y/o las consecuencias de la disposición (constantes en el mismo precepto o en otro u otros)

Un ejemplo puede ser el caso previsto en el artículo 2222 párrafo primero

58. Un caso interesante de inaplicación de leyes extranjeras está ordenado en el artículo 14 del Código Civil de la República Argentina: "Art. 14.- Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1ro.) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres; 2do.) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código; 3ro.) Cuando fueren de mero privilegio; 4to.) Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos." Tomado de https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf.

del Código Civil ecuatoriano, que consagra que "Los empleadores responderán de la conducta de sus empleados domésticos, en el ejercicio de sus respectivas funciones; *y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista.*"[59] El juez puede considerar que ésta última situación, que el hecho no se haya ejecutado a su vista, es absolutamente injusta; que torna reprochable para el empleador una situación que ni siquiera conoce; que rompe la presunción de inocencia, etc. Recordemos que los cuasidelitos civiles –el caso planteado lo es– dan lugar a indemnización civil.

Otro ejemplo puede ser si una ley establece que un acto es nulo ante determinado supuesto, pero el juez cree que ese efecto es desproporcionado en relación con la falla de que adolece el acto.

Giovanni Battista Ratti[60] dice que "Desde una perspectiva de análisis metodológico, parece evidente que todas las formulaciones normativas están abiertas a la derrotabilidad interpretativa: toda formulación normativa puede ser (re) interpretada de manera que algunos casos pueden ser excluidos del (o incluidos en el) alcance originario de la norma expresada *prima facie*. Esto no es diferente de decir que toda formulación normativa puede ser interpretada restrictivamente, y que esta restricción de significado puede justificarse mediante la diferenciación de dos casos genéricos a la luz de un elemento supuestamente relevante, o que toda formulación normativa puede ser leída extensivamente, y que esta extensión de significado puede justificarse por medio de la igualación de dos casos genéricos a la luz de un elemento supuestamente irrelevante."

Francisco J. Laporta afirma[61] que "Las reglas son generales, es decir, toda regla tiene siempre una formulación lingüística generalizadora, pero tiene también una justificación subyacente. La regla que prohíbe que los perros entren en un restaurante tiene un predicado fáctico que generaliza a todos los perros y una justificación subyacente, la de asegurar la tranquilidad y el

59. Las cursivas son nuestras.

60. En "EL GOBIERNO DE LAS NORMAS". Marcial Pons. Madrid. 2013. Página 178.

61. En su citada obra "EL IMPERIO DE LA LEY UNA VISIÓN ACTUAL". Editorial Trotta. Madrid. 2007. Páginas 119 y 120.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

bienestar de los clientes de la casa. La generalización impone su aplicación a todos los perros sin distinciones ulteriores, pero si a la hora de aplicar la regla se apelase a la justificación subyacente cabría pensar en tener en cuenta algunas de esas distinciones: por ejemplo, la regla no estaría justificada para perros-guía de invidentes cuya esmerada educación e intenso entrenamiento hacen imposible que molesten a ningún cliente. Es lo que Schauer llama "sobreinclusión" (*over inclusion*): la generalización propia de la regla fuerza a que un determinado tipo de perros cuya entrada en el local no afectaría a la justificación subyacente de la regla sea, sin embargo, sometido a la regla. Por otro lado, la regla no menciona la entrada de, por ejemplo, niños insoportables, de esos que gritan y corren entre las mesas, que sí podrían alterar la tranquilidad de la clientela. Es lo que Schauer llama "infra-inclusión" (*under inclusion*), es decir, la posibilidad de que acudiendo a la justificación subyacente puedan tratarse casos que no se incluyen en la generalización. Pues bien, en el momento de tomar la decisión sobre un caso determinado, podría pensarse que sería adecuado apoyarse en la justificación subyacente de la regla (el bienestar de los clientes) para llegar a soluciones que evitaran tanto la sobre-inclusión de supuestos que no alteran ese bienestar como la infra-inclusión de supuestos que sí lo hacen.

Así lo postulan los partidarios de la equidad, y podría incluso decirse que la decisión así tomada alcanza un mayor grado de justificación, incluso de acuerdo con las razones que están bajo la existencia de la regla misma."

4.- La autoridad desatiende la norma sustituyendo sus efectos con los efectos que ella –la autoridad– le provee, o con los efectos de otra norma de Derecho que la autoridad considera aplicables y correctos.

5.- La autoridad desatiende la norma sustituyendo parcialmente sus efectos, de acuerdo con lo indicado en el numeral anterior.

6.- La autoridad respeta la norma pero le atribuye consecuencias adicionales, superando en este sentido su contenido.

Así, si el juez considera que la solución que da la ley a un problema determinado es justa, pero insuficientemente justa, tal juez, invocando argumentadamente los principios de justicia material y de equidad, "completa" la solución disponiendo el pago de una indemnización. Recuérdese que el juez ya no es más "la boca que pronuncia las palabras de la ley". Es un activista y defensor de los derechos, lo cual no es incompatible con que siempre trabaje fundado, básicamente, en la racionalidad, el equilibrio y la argumentación jurídica. El problema se da cuando se convierte en un *activista extremo*, *desbocado*, ignorando la necesaria racionalidad y el equilibrio con que debe proceder como representante del Estado, y más aún, de la Función especializada en hacer realidad los derechos y la justicia. *El ordenamiento jurídico, el juez y la argumentación son elementos insustituibles para la prestación del servicio público de administrar justicia.* Servicio cuya incorrección acarrea responsabilidad reparadora a cargo del Estado.

7.- La autoridad desatiende la disposición reduciendo su sentido.

8.- La autoridad desatiende la disposición ampliando su sentido.

9.- La autoridad desatiende la norma dirigida a combatir la discriminación– u otra aberración –porque discrimina o produce la aberración que se quiere evitar– en una situación concreta. **El caso "Bakke".**

Revisemos algunos elementos de este célebre caso.

En su obra "UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS"[62] Ronald Dworkin describe este conocido caso, entre otros, en los siguientes términos: "El 12 de octubre de 1977 se presentaron ante la Corte Suprema de los Estados Unidos los alegatos en el caso "The Regents of the University of California c. Allan Bakke". Ningún pleito había tenido tanta audiencia televisiva, ni había sido tan debatido en la prensa nacional e internacional antes de que se conociera el fallo de la Corte. Aun así, algunos de los hechos más

62. Siglo veintiuno editores. Buenos Aires. 2012.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

pertinentes de los expuestos ante la Corte no se trataron con la suficiente claridad.

La Facultad de Medicina de la Universidad de California en Davis cuenta con un programa de acción afirmativa (llamado el "programa de grupo de trabajo" o "*task force program*"), diseñado para admitir una mayor cantidad de estudiantes de grupos minoritarios, como la comunidad negra. El programa reserva dieciséis vacantes a miembros de "minorías en situación de desventaja educacional y económica", que son los únicos que pueden competir por ellos. Allan Bakke, blanco, se postuló para una de las ochenta y cuatro vacantes restantes; lo rechazaron, pero como tenía notas relativamente altas en sus exámenes, la facultad reconoció que no podía demostrar que Bakke habría sido rechazado si hubiera podido postularse para las dieciséis vacantes reservadas. Bakke inició una demanda, con el argumento de que el programa lo privaba de sus derechos constitucionales. La Corte Suprema de California falló a su favor, y ordenó que la facultad lo admitiera. La universidad apeló a la Suprema Corte de la Nación.

El programa Davis para las minorías es, en ciertos aspectos, más directo (algunos dirán que menos sofisticado) que otros planes similares que están en funcionamiento en muchas otras universidades y facultades de capacitación profesional del país. Para aumentar la matrícula de estudiantes negros y de otras minorías, dichos programas permiten que el origen racial cuente como un factor positivo entre los criterios de admisión. Algunas facultades fijan un "objetivo" de una cantidad determinada de vacantes reservadas para miembros de minorías, en vez de reservar una cantidad fija de vacantes. Pero, en el caso de Davis, si no había dieciséis postulantes que cumplieran claramente con los requisitos necesarios para ingresar a la Facultad de Medicina, el programa estipulaba que no se cubriría la totalidad de vacantes reservadas. La diferencia, entonces, es de estrategia administrativa y no de principios."[63]

Dworkin hace, entre otros, dos relatos y observaciones adicionales:

63. Páginas 363 y 364.

Primero: "El propio Allan Bakke no había podido ingresar a otras dos facultades de medicina, no por su raza sino por su edad: dichas instituciones habían juzgado que un estudiante que ingresa a la Facultad de Medicina a los 33 años no podría hacer el mismo tipo de contribución a la asistencia médica a lo largo de su carrera que alguien que ingresara a la profesión a la edad habitual, 21 años. Supongamos que esas facultades no se basaron en una investigación minuciosa de si Bakke poseía capacidades que contradecían la generalización en su caso específico, sino en una regla general que sólo permitiera una inspección sumamente superficial de las solicitudes de aspirantes mayores de (por ejemplo) 30 años. ¿Acaso esas dos facultades de medicina violaron su derecho a ser juzgado en tanto individuo antes que en tanto miembro de un grupo?"[64]

Segundo: "...sin duda, habría ingresado si fuera negro. Pero también es verdad, y exactamente en el mismo sentido, que habría ingresado si hubiera sido más inteligente, o si hubiera causado una mejor impresión en la entrevista, o, en el caso de otras facultades, si hubiera sido más joven cuando decidió ser médico. La raza no es, en *su* caso, una cuestión distinta de todos esos otros factores que también son ajenos a su voluntad. No es una cuestión distinta porque, en su caso, la raza no se distingue por el carácter especial del insulto público. Por el contrario, el programa presupone que su raza todavía es considerada por muchos, aunque equivocadamente, superior a otras."[65]

10.- La autoridad desatiende la norma, total o parcialmente, en cuanto al contenido y/o efectos por razones de moralidad aceptadas en normas o principios de rango superior.

Cabe anotar que Gustavo Zagrebelsky apunta[66] que "Ni siquiera el positivismo jurídico excluye la existencia de una relación entre el derecho, entendido parcialmente como ley, y la justicia, pero la representa

64. Página 371.
65. Página 372.
66. En su obra "LA LEY Y SU JUSTICIA".

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

como una relación entre dos esferas separadas. La consecuencia de esta representación es que se puede hablar de la moralidad *del* derecho cuando este corresponde a las exigencias de aquella, pero no se puede hablar de moralidad *en* el derecho porque esto, al tenor de sus planteamientos, supondría una confusión nada conveniente…"

11.- La autoridad desatiende la norma en razón del contenido de jurisprudencia vinculante que la afecta total o parcialmente en cuanto a su sentido, contenido y/o efectos. En todos los once supuestos enumerados el juez debe argumentar con profundidad su posición utilizando normas, razones, principios válidos, pertinentes y, si es posible, determinantes, especialmente de rango superior, pues la jerarquía normativa de mayor nivel posee la potencia jurídica necesaria para definir el sentido y efectos de la norma inferior. En la referida argumentación hay un elemento implícito: LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN. Dice Robert Alexy[67] que "El argumento de la corrección se desarrolla en dos pasos. En un primer paso, se intenta mostrar que el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección. El segundo paso consiste en explicar que esta pretensión implica una conexión necesaria entre el derecho y la moral."

Ahora bien, no podemos dejar de reconocer que las once distinciones que hemos hecho inciden en la predictibilidad literal prevista en la pertinente norma jurídica objeto de la desatención. Lo cual a su vez deja implícitamente claro, y con contundencia, que *la literalidad no es un valor absoluto.* Es derrotable por el sentido del Derecho y sus instituciones; por las razones subyacentes y otros elementos relevantes.

Por cierto, por romántico que parezca, la argumentación jurídica debe estar al servicio de los valores, de la justicia, de la paz individual y social, de la seguridad, etc. No debe ser un instrumento para la protección de disvalores. No debe "venderse". Talvez en algún momento de la evolución social se deje de buscar la "certeza del Derecho" y se postule la "certeza de la argumentación jurídica".

---

67. En "EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO". Marcial Pons. Madrid. 2008. Página 62.

Ciertamente estar al servicio de la justicia es estar a disposición de un concepto enormemente relativo. Incluso vinculado estrechamente con la moral. Kelsen, citado por Pietro Sanchís en su obra "APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO"[68] expresa determinantemente que "La justicia absoluta es un valor irracional o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre". El mismo Prieto Sanchís plantea algunas observaciones sobre la justicia.[69] Así, expone: a) "una norma es justa si resulta conforme con lo que manda la moral, e injusta en otro caso"; b) "una norma es justa cuando su contenido se adecua a lo establecido en otra norma, esta vez no jurídica sino moral"; c) "el concepto de justicia se halla cargado de una fuerte emotividad".

La valoración respecto de la justicia es una labor sensible a cargo de los jueces, quienes con frecuencia deben lidiar con normas incoherentes, interna y externamente; muy imperfectas, inconsecuentes con los principios que rigen la materia de que tratan, entre otras complejidades. *Si las normas no son bien concebidas, pensadas y desarrolladas la previsión de los eventos y situaciones que regulan y cuyas consecuencias definen, por amplia y descriptiva que fuere, será regularmente un problema.*

La valoración para llegar a la justicia será especialmente delicada en los llamados CASOS DIFÍCILES. Ronald Dworkin[70] afirma que "En los casos difíciles, la argumentación jurídica gira en torno de conceptos controvertidos, cuya naturaleza y función son muy semejantes

al concepto del carácter de un juego. Entre ellos se incluyen varios conceptos sustantivos mediante los cuales se enuncia el derecho, tales como los conceptos de contrato y de propiedad. Pero se incluyen también dos conceptos de mucha mayor importancia para lo que en este momento discutimos. El primero es la idea de la "intención" o "propósito" de una determinada ley o cláusula... El segundo es el concepto de principios que están "en la base de" o "incorporados en" las normas jurídicas positivas..."

68. Editorial Trotta. Sexta edición. 2011. Madrid. Página 97.

69. Obra citada. Páginas 97, 96 y 95.

70. En su libro "LOS DERECHOS EN SERIO". Editorial Ariel Derecho. Barcelona. España. 2002. Página 176.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Sea que el juez "supere" o no a la o a las normas jurídicas pertinentes, "La aplicación del Derecho no tiene por objeto descubrir alguna verdad científica, ni tampoco formular una solución práctica acorde con alguna moral ideal, sino adoptar una decisión que ha de ser correcta a la luz de un particular sistema jurídico. Se trata, pues, de justificar una decisión aplicativa del Derecho a un caso concreto y, por tanto, que pretende inferirse de una premisa normativa y de una premisa fáctica."[71] "En suma, lo que generalmente se conoce por "aplicación del Derecho" consiste en resolver un cierto caso a la luz de una norma jurídica, en cualificarlo normativamente, y para ello es imprescindible "fijar" o perfilar los hechos que constituyen nuestro "caso".[72]

Gustavo Zagrebelsky[73] dice que "En el uso judicial del derecho, la aplicación depende de la interpretación y la interpretación depende de la aplicación. Dado que la interpretación tiene que ver con el derecho y la aplicación tiene que ver con los acontecimientos de la vida, la proposición anterior –el estar mutuamente entrelazadas la interpretación y la aplicación – significa que cualquier teoría del derecho y de su uso judicial debe tomar ambas en consideración para deslindar qué lugar les corresponde y, en consecuencia, significa también que la ignorancia de la una respecto de la otra produce resultados incompletos."

Como ya lo indicamos, para nosotros la aplicación del Derecho *consiste básicamente en la implantación total o parcial a situaciones vivenciales o casos concretos, de las previsiones normativas pertinentes concebidas para tales eventos por el ordenamiento jurídico; o la ejecución de las argumentadas soluciones sustanciales construidas total o parcialmente por el aplicador del Derecho sobre la base del propio sistema jurídico y de las instituciones de Derecho aplicables, en defecto de las previsiones normativas pertinentes al caso, vista sus determinantes imperfecciones de fondo.*

---

71. Prieto Sanchís. Obra citada. Página 278.

72. Página 282.

73. En la página 139 del libro citado.

III.IV. La operación intelectual de aplicar el Derecho y algunas observaciones sobre la moral

Como se sabe, y ya lo hemos referido, el análisis de los hechos nos lleva al momento de la aplicación del Derecho. Y es justamente en esta etapa donde más interactúan los hechos con el Derecho, pues tanto la elección de la norma aplicable como la dilucidación de su alcance parten de la certeza de las conclusiones del aplicador del Derecho respecto de los hechos. Esas conclusiones sin duda pueden variar en el proceso de interactuación referido. La necesidad de ratificar el contenido de tales conclusiones puede generar que en uno de esos "regresos" a los hechos cambie de opinión y considere que los mismos no se produjeron efectivamente, o que se produjeron pero no en la forma y/o con la intensidad atribuidas por el interesado; o que se sucedieron pero no como el propio aplicador del Derecho había concluido preliminarmente; o que se materializaron efectivamente pero en un momento diferente al que creía originalmente; cambio de opinión que podría variar o no determinantemente el sentido de la respuesta que le corresponde dar al aplicador del Derecho.

En esa interactuación que hemos señalado el aplicador del Derecho debe confirmar si los estándares de prueba fueron ejecutados correctamente y en función de ello las conclusiones a las que llegó preliminarmente son ratificadas. Debe confirmar si los elementos que lo llevaron a dar por probados los hechos están realmente bien fundamentados, o si son exagerados en relación con lo efectivamente ocurrido. Si la inducción está bien construida, etc.

Ahora bien, confirmada la certeza sobre los hechos (o sobre lo que se dice respecto de los hechos) debe el aplicador dirigir su mirada hacia el ordenamiento jurídico, todo con el propósito de construir la *respuesta correcta* que espera el interesado, respuesta que influirá indudablemente sobre su confianza o no en el Estado de Derecho.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Manuel Atienza en su libro" EL SENTIDO DEL DERECHO"[74] dice que "La respuesta obvia a la pregunta de cómo debe ser el Derecho consiste en afirmar que éste debe ser justo. La justicia viene a ser, pues, algo así como el valor jurídico por antonomasia; si se quiere, una aplicación de la moral al campo del Derecho. No es, desde luego, el único valor jurídico, pero puede considerarse como un valor de totalidad, de manera que afirmar que un determinado Derecho es justo viene a ser una forma sintética de decir que satisface una serie de valores como la igualdad, la libertad y la seguridad."

Expresa también Atienza:[75] "...el concepto de justicia es extremadamente complejo, pues sus principales componentes –la igualdad, la libertad y la seguridad– pueden entenderse de diversas formas o presentan facetas distintas que no siempre es fácil armonizar."

La justicia aparece también en la argumentación jurídica. En efecto, el mismo Atienza[76] subraya:

"Como se ve, la argumentación jurídica implica la utilización de criterios morales dentro de los límites establecidos por el Derecho, los cuales, en los Estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales –como ya se ha visto– vienen a ser una juridificación de la moral. Y eso ocurre tanto en los casos difíciles como en los casos fáciles. En estos últimos, el papel de la moral pasa más inadvertido, pero resulta también esencial: si un caso lo consideramos fácil es, entre otras cosas, porque se presupone que el juez tiene la obligación de aplicar (de usar como premisa en su argumentación) el Derecho vigente; ahora bien, esa obligación –como ya sabemos– puede hacerse derivar de la regla de reconocimiento del sistema, pero la aceptación de esta última exige necesariamente razones morales."

Así las cosas, el aplicador del Derecho debe considerar como relevante lo siguiente:

---

74. Ariel Derecho. Segunda edición revisada. Barcelona. 2003. Página 173.

75. Misma obra. Página 183.

76. Página 266 del libro citado.

1.- Si la norma que ha elegido como pertinente para el caso concreto está formalmente vigente.

2.- Si es jurídicamente válida considerando el contenido de la Constitución, sus principios y valores, como también las grandes orientaciones del Estado en relación con la realización de los derechos, y en general con la valoración de los derechos humanos. La validez jurídica desde el punto de vista constitucional dependerá de este juicio de valor bien construido. La norma a aplicar, en definitiva, debe ser *coherente* con la Constitución. También deberá medir su validez jurídica en función de las pertinentes normas superiores del ordenamiento jurídico.

3.- Como es obvio, si son varias las normas que debe aplicar, el indicado análisis debe realizarse respecto de cada una de ellas. Y así, deberá establecer si la validez jurídica de cada una es total o parcial. Si lo segundo, tendrá que valorar la incidencia de esta situación jurídica en la solución del caso concreto, máxime si la ineficacia jurídica es respecto de la norma principal o determinante en la solución del caso concreto, debiendo meditar si tal realidad puede ser superada o no aplicando otras normas o instituciones del ordenamiento jurídico y el auxilio del Derecho en su conjunto.

4.- Superada la etapa básica de la valoración de la eficacia jurídica de la norma o normas aplicables al caso concreto, corresponde al ejecutor del Derecho hacer énfasis en el análisis de sus cualidades y defectos desde el punto de vista de la descripción normativa y del sentido jurídico de tal o tales disposiciones. La *atribución de un significado* específico a una norma de Derecho exige un ejercicio intelectual que parte obviamente del análisis del texto de la misma, pero que no se agota en éste, pues el sentido de la norma puede ser aclarado y/ o complementado con el texto y sentido de otras normas que forman parte del ordenamiento jurídico; o también puede ser descartado en cierto sentido (o en todo su sentido) gracias al auxilio y contexto de otras disposiciones de la misma normativa jurídica donde se encuentra el precepto, o del sistema jurídico. En la atribución de significado a una norma de Derecho pueden, por cierto, jugar un papel trascendente los principios jurídicos.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Zagrebelsky dice[77] que "Discutimos sin ponernos de acuerdo acerca del significado de *atribuir*: si "atribuir un significado" es un puro acto de conocimiento o de reflejo del contenido de un texto, o si es, al menos en parte, un acto de voluntad creadora, es decir, un asignarle al texto, un "hacerle decir" lo que no dice por sí mismo o no dice unívocamente."

Luis Prieto Sanchís refiere,[78] sintetizando la posición de Ricardo Guastini: "Interpretar es entonces *decidir* un significado entre varios. Este margen de decisionismo obedece no solo a que algunas disposiciones resulten ambiguas y admitan interpretaciones alternativas, sino

a otras dificultades que resultan mucho más frecuentes: la posibilidad, siempre controvertida, de obtener otras normas implícitas a partir de una o varias disposiciones (los principios generales del Derecho), el eventual carácter derrotable de las normas porque existan excepciones implícitas, su aplicación analógica, etc..."

Identificada la norma jurídica a aplicarse en el caso concreto, el operador jurídico "mide" su sentido a efectos de definir si sobrevive jurídicamente con el mismo, o si tal sentido se desvanece o relativiza una vez que la ha contrastado con el contexto de la misma normativa, con los principios que inspiran a ésta, con las normas y principios pertinentes jerárquicamente superiores. Esta valoración determinará si el texto es "derrotado" o "derrotable"; vale decir, si ha sido superado o es superable jurídicamente y en qué medida, forma o intensidad. Así, es posible que el texto "abdique" en su sentido, total o parcialmente, por su simpleza o su carácter inacabado, o por su sobredimensionamiento ilógico en función de su naturaleza o rol, o el rol o naturaleza de la institución objeto de regulación. El texto podría ser contrario a la llamada *pretensión de corrección*, propia del Derecho, y conducir a respuestas absurdas, irrazonables, etc. Y hasta podría poner en riesgo otro elemento vital del Derecho: la coerción, lo cual atentaría,

77. En la página 140 del libro citado.

78. En su libro "EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS". Editorial Trotta. Madrid. 2013. Página 132.

siguiendo a Robert Alexy, contra la "eficacia social" del Derecho. Comenta Alexy[79] que "La coerción es necesaria si el derecho está llamado a ser una práctica social que cumpla en la mayor medida posible sus funciones formales básicas, tal y como las definen los valores de la certeza y la eficacia jurídica."

La medición antes referida servirá para establecer si el texto fue diminuto en relación con el propósito que busca la norma o la normativa en la que está incluida la disposición, o en relación con la finalidad de la institución regulada; o si fue, tal texto, exagerado o desproporcionado en relación con la respuesta que busca la norma o el cuerpo jurídico donde está incorporada la disposición de Derecho, o la respectiva institución objeto de regulación.

En una interesante sentencia –la C-539/11–[80] la Corte Constitucional de Colombia determinó, entre otros:

"*La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al "imperio de la ley" lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2 y 4 Superiores, (i) la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y (iii) que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación por parte de las autoridades administrativas de interpretar y aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, poniendo de relieve el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos. En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de*

79. En su obra citada "EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO". Marcial Pons. Madrid. 2008. Página 45.

80. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

esta Corporación ha establecido que (i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces. A este respecto ha dicho la Corte: "La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces."

5.- El operador jurídico no puede escapar del duro momento de valorar la norma o legislación que debe aplicar en relación con la moral, con su concepción de la moral, con su visión crítica sobre ésta; trabajo que debe cumplir con sobriedad, sin fanatismos ni extremismos. Lo que no significa que no estemos en un terreno duro, difícil y relativo. En efecto, la relación de la moral con el Derecho ha ocupado y ocupa un papel singularmente estelar, y ha dado lugar a una amplísima literatura. Si la respuesta correcta que urge tanto al Derecho como a sus aplicadores depende de la moral, es evidente que esa corrección es relativa. Por fortuna la moral no es el único factor de la respuesta correcta, pero indudablemente puede ser determinante. El sentido moral de la legislación es algo que no debe eliminarse, lo que no equivale a que la moralidad deba ser siempre el concepto rector en el Derecho. En algunos casos puede llegar a serlo. Las razones para respetar el Derecho son jurídicas, pero también morales. Hay normas e instituciones de composición visiblemente mixta. En qué proporción son morales y en qué porcentaje estrictamente jurídicas puede ser un problema de no fácil solución.

Veamos un ejemplo: el artículo 28 de la Constitución Política del Estado

Ecuatoriano, publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967 establecía:

"**Art. 28.-** Sin perjuicio de otros derechos que se deriven de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza:

(...) 18.- La libertad y seguridad personales. En consecuencia:

(...) j) La inocencia se presume mientras no haya declaración judicial de culpabilidad con arreglo a la ley. EL ESTADO PONDRÁ EMPEÑO EN DEVOLVER LA HONRA A QUIEN POR ERROR JUDICIAL U OTRA CAUSA HUBIERE SIDO ACUSADO, JUZGADO O SENTENCIADO."[81] Es a todas luces evidente que la "devolución de la honra" obedece a la trascendencia moral que ella tiene para las personas. Es el bien jurídico protegido en la disposición transcrita. *El mandato jurídico de esta parte de la citada Constitución obedece a razones esencialmente morales. Podría decirse incluso que es una norma moral (la necesidad de proteger la honra, y como consecuencia de ello "devolverla") con ropaje jurídico constitucional; una norma moral auxiliada por el Derecho.*

Puede decirse que la aplicación de las normas jurídicas es un proceso racional. Pero esa racionalidad puede tener serios tropiezos en el momento en que aparecen en el escenario conceptos de alto contenido moral. Estimamos que es indudable que la moral está presente en el Derecho. *El problema se puede dar con mayor facilidad e intensidad cuando el nivel de moralidad es muy alto.* Una norma puede llegar a ser más moral que jurídica. En todo caso el estándar es que no se debe sacrificar la juridicidad del precepto jurídico por extremismos morales.

Puede darse el caso de que una discusión básicamente moral tenga el disfraz de jurídica. En definitiva, el alto contenido moral de una norma o de una institución puede ser un problema al momento de ejecutarlas. El proceso de aplicación normativa puede llegar a ser algo mecánico hasta

81. Las mayúsculas son nuestras.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

el momento en el que surge la *cuestión moral*. Un caso aparentemente fácil se puede tornar en difícil por los elementos morales detrás de él. Hay muchas reflexiones que pueden plantearse alrededor de la moral: ¿es racional? ¿cómo se evalúa la moralidad? ¿debe predominar la respuesta moral o la jurídica en los casos difíciles? ¿es legítimo jurídicamente dar prevalencia a la respuesta moral? ¿son los argumentos morales derrotables por los argumentos jurídicos? ¿son los argumentos jurídicos derrotables por los morales? *En todo caso el ideal de la justicia no puede dejar de basarse en elementos o parámetros objetivos; de otra manera su sustento sería la arbitrariedad o la psiquis del operador jurídico.*

Ronald Dworkin en su conferencia titulada "¿DEBEN NUESTROS JUECES SER FILÓSOFOS? ¿PUEDEN SER FILÓSOFOS?"[82] plantea algunas interrogantes importantes: "Los gobiernos respetables violan principios fundamentales al negar a los ciudadanos agonizantes el derecho a morir cuándo y cómo ellos desean"? "¿Cuál es la conexión entre el aborto y el suicidio asistido"? "¿Cuál es el papel, en la controversia por el suicidio asistido, de la distinción frecuentemente citada entre "matar" y "dejar morir"? "¿Hay una diferencia moralmente relevante entre el acto negativo de abstenerse a otorgar el soporte artificial necesario para mantener una vida y el acto positivo de prescribirle píldoras letales a una persona moribunda?"

Prieto Sanchís[83] plantea que "Sea como fuere, la interpretación de los principios morales incorporados al sistema jurídico, tanto en la aplicación como en la identificación de normas, plantea un mismo problema, que es el de su objetividad: atribuir significado a conceptos tales como justicia, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, crueldad o convivencia intolerable ¿representa un acto de conocimiento o de simple voluntad subjetiva?"

También destaca el mismo autor[84] que "La apelación a conceptos morales, que para el positivismo representa la fuente principal de la discrecionalidad,

82. Tomado de http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n32/n32a1.pdf.

83. En su libro "EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS". Editorial Trotta. Madrid. 2013. Página 131

84. En la página 136 de la obra citada.

para Dworkin se convierte en cambio en el fundamento de la unidad de solución justa; precisamente, el positivismo se equivoca al considerar que el Derecho es siempre un problema de hechos históricos y nunca depende de moralidad."

Cuando la moral está visiblemente incorporada en los diversos niveles jerárquicos del ordenamiento jurídico se da el caso curioso de que cuando haya contradicción entre tales niveles deberá prevalecer la moral incorporada en la categoría jurídica superior. A propósito, parte de los problemas que genera el llamado neoconstitucionalismo es la alta dosis moral de las Constituciones que lo incorporan. Son las llamadas *Constituciones axiológicas*. Si a eso sumamos un activismo desbocado es evidente que el panorama es complejo.

Dice Robert Alexy[85] que "La inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas, pero crea también varios inconvenientes que sería posible sortear si se siguiera la tesis positivista de la separación. Los problemas que la inclusión de la moral puede ayudar a solucionar son, en primer lugar, el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; en segundo lugar, el problema de realizar la pretensión de corrección en la creación y la aplicación del derecho y, en tercer lugar, el problema de los límites del derecho." Destaca Alexy[86] que "Una vez que se concibe a la moral como algo incluido en el derecho, las razones morales pueden y deben participar en la justificación de las decisiones jurídicas cuando se agotan las razones autoritativas."

A las bondades referidas se contraponen los problemas que produce la incorporación de la moral en el Derecho. Subraya Alexy:[87]

"La otra cara es, como ya se mencionó, que la inclusión de la moral en el derecho origina serios problemas. Una de las principales razones para que el derecho tenga una estructura autoritativa e institucionalizada es

85. En la página 47 de la obra citada.
86. Página 48 de la misma obra.
87. Páginas 48 y 49.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

la incertidumbre general del razonamiento moral. Los debates morales tienden a ser interminables. A menudo en la vida social no puede alcanzarse un consenso mediante el discurso. Por razones de necesidad práctica, entonces, debe tomarse una decisión autoritativa. Con todo, éste podría ser sólo un argumento para considerar que el razonamiento moral no pertenece al derecho, si no es posible incorporarlo dentro del razonamiento jurídico sin destruir la índole necesariamente autoritativa de los elementos de este último. Es una tarea principal de la filosofía del derecho investigar si esto es posible o no...mediante la incorporación de la moral por la vía de la pretensión de corrección, el derecho se encuentra a sí mismo cargado con los problemas del conocimiento y la justificación moral. Y ésta no es una carga pequeña."

Manuel Atienza en "EL SENTIDO DEL DERECHO"[88] dice que "Los jueces –como no podía ser de otra forma– tienen que enfrentarse con problemas morales, con problemas de conciencia, al menos cada vez que tienen que aplicar normas que consideran injustas. A veces se dice que el oficio del juez –por lo menos, en un Estado de Derecho– es aplicar correctamente el Derecho democráticamente establecido y no plantearse (en cuanto juez) su justicia o injusticia, pues esto último correspondería en exclusiva al legislador, a la asamblea democráticamente elegida para ese menester. Pero esto último, por extraño que parezca, sigue siendo una respuesta moral..."

De todo lo expuesto queda claro que la moral está presente en el Derecho; que tiene una conexión necesaria con él; que esa conexión tiene niveles, dependiendo de la respectiva institución o norma de Derecho; que la alta dosis moral de las normas jurídicas puede generar respuestas enfáticamente relativas, ya que *no existe una validez universal en cuanto al contenido de los conceptos morales en una misma época*; que la respuesta correcta que busca el Derecho puede ser más o menos relativa en tanto dependa de conceptos esencialmente morales; que el deber ser del Derecho se nutre con frecuencia del deber ser moral, y por ende el primero no será uniforme en todos los ordenamientos jurídicos, y dará lugar, evidentemente, a

88. Ariel Derecho. Barcelona. España. 2003. Página 89.

construcciones jurisprudenciales diferentes no obstante estar basadas en los mismos conceptos. Luego, *la racionalidad de la aplicación del Derecho no supone como condición necesaria iguales concepciones ni respuestas respecto de las mismas instituciones o postulados de las normas jurídicas en distintos países.*

La aplicación de una norma jurídica por parte de la administración pública puede diferir respecto de la aplicación por el sistema de justicia, y dentro de éste a su vez pueden existir decisiones de distinto contenido sobre los mismos puntos *en función de la atribución de significados diversos a los mismos conceptos* por parte de diferentes jueces. Por eso la relevancia de la generación de jurisprudencia uniforme y vinculante; lo cual no se traduce en el carácter estático del pensamiento judicial. Éste evoluciona. Tiene derecho a adaptarse, a enriquecer de contenido a las instituciones jurídicas; a discrepar fundamentadamente con sus propios antecedentes.

III.V. Aplicación del Derecho, imperio de la ley y administración pública

En este subtítulo nos limitaremos a reproducir una valiosa sentencia de la Corte Constitucional de Colombia.

La indicada sentencia, C-539/11,[89] hace precisiones magistrales sobre la aplicación del Derecho, el imperio de la ley y la administración pública: "*La Corte reitera nuevamente el mandato superior de sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y por ende al precedente judicial de las Altas Cortes, en desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; los fines esenciales del Estado –art.2-; la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; el debido proceso y principio de legalidad –art.29 CP; el derecho a la igualdad –art.13 CP-; la buena fé de las autoridades públicas –art.83 CP-; los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; la fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad -artículo 241*

89. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-539-11.htm.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

de la Carta Política-. En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Sala reitera igualmente, las reglas jurisprudenciales expuestas en detalle en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, que han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, entre las más importantes las siguientes: (i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentras sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precente judicial emanado de las Altas Cortes; (ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales; (iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley; (iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos; (v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P; (vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces; (vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados

y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes; (viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; (ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto; (x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutiva (erga ommes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas; (xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales."

III.VI. Aplicación del Derecho, predictibilidad y seguridad jurídica

No sólo el Derecho es necesario para la convivencia pacífica. También, y prioritariamente, lo es su aplicación. Si el Derecho no se materializa carece de utilidad. Pero además esa aplicación o materialización debe ser *correcta*. El estándar es que toda norma jurídica lleva envuelta una pretensión de

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

corrección, la cual no debe romperse a través de una ejecución equivocada de la misma. Tanto las previsiones, en términos descriptivos, como las soluciones, en lo de fondo, deben tener efectivamente un carácter correcto, acordes con la pretensión antes señalada. Ambas se materializan con la aplicación también correcta de la respectiva norma de Derecho. Éste es un norte, un camino necesario que todos debemos recorrer, tanto el Estado como los particulares. Tiene sus complejidades, pero en ningún caso éstas deben ser excusa para escapar de su fidelidad.

La previsibilidad o predictibilidad constituye una indudable virtud. Cuando tanto los administrados como la administración pública conocen con anticipación los efectos de su accionar la sociedad en su conjunto gana en certidumbre. La certidumbre es enemiga de la duda, de la inseguridad. Ninguna teoría jurídica debe arrebatar al Derecho, y por ende a la sociedad, el elemento predictibilidad. Su utilidad es incuestionable. Ello no convierte al Derecho en una ciencia "congelada". Pero sí le da una cualidad esencial, insustituible.

Entendemos por predictibilidad o previsibilidad *la característica de un ordenamiento jurídico que le permite a sus destinatarios o regulados conocer y entender su sentido, alcance y efectos, de manera que puedan, conscientemente, decidirse y actuar a sabiendas de las consecuencias jurídicas pertinentes de su proceder; y a los aplicadores de ese ordenamiento ejecutar sin dudas existenciales de Derecho su contenido una vez cumplida la hipótesis que desencadena su materialización en el caso concreto.* Evidentemente la normativa jurídica debe ser clara en su forma y en su fondo para poder transmitir correctamente los conceptos pertinentes

Es obvio que la seguridad jurídica hace realidad la predictibilidad. Lo que no significa que los principios jurídicos queden desplazados, pues éstos forman parte del ordenamiento jurídico, y por ende su aplicación importa la ejecución del Derecho expresado en el sistema jurídico.

Cabe destacar que cuando hablamos de ordenamiento jurídico técnicamente está incluida la jurisprudencia vinculante, pues ésta, aunque diversa en su

origen y forma de creación, produce normas de Derecho, y eventualmente instituciones jurídicas, ambas de necesario respeto. Al calificarla como parte del ordenamiento es forzosa su ejecución respecto de todos sus destinatarios por el principio de igualdad formal o igualdad ante la ley. Quebrar la aplicación de esa jurisprudencia genera, como estándar, la violación de tal igualdad y del principio y derecho a la seguridad jurídica. Decimos "como estándar" porque no habría quebranto si se plantea una argumentación jurídica *sólida en lo conceptual y persuasiva en lo material*, que justifique apartarse del contenido jurisprudencial. La progresividad de los derechos, la ampliación y/o cualificación de su contenido, su decantamiento, entre otros, pueden justificar superar el precedente jurisprudencial.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU354/17[90] expresó sobre la uniformidad jurisprudencial, la predictibilidad, la seguridad jurídica y la igualdad, entre otros:

"*La uniformidad de las decisiones adoptadas por los jueces permite, entonces, que los ciudadanos tengan certeza sobre el ejercicio de sus derechos y la efectividad de los mecanismos para su protección, con lo cual se concreta la seguridad jurídica y la igualdad en las actuaciones judiciales. Para ello, la jurisprudencia ha fijado diferentes instrumentos: (i) la Constitución reconoce que la actividad de los jueces está sometida al imperio de la ley, "lo que constituye no solo una garantía de autonomía e imparcialidad, sino también de igualdad en tanto el punto de partida y llegada de toda la actuación judicial es la aplicación de la ley"; (ii) la ley establece un conjunto de pautas orientadoras para resolver los diferentes problemas que se suscitan al interpretar y aplicar las normas jurídicas; (iii) la Constitución ha previsto órganos judiciales que tienen entre sus competencias "la unificación de jurisprudencia como forma de precisar con autoridad y vocación de generalidad el significado y alcance de las diferentes áreas del ordenamiento jurídico"; (iv) la jurisprudencia constitucional ha incorporado un grupo de doctrinas que, como la cosa juzgada y el deber de respeto del*

90. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

precedente judicial, "*tienen entre sus propósitos garantizar la estabilidad de las decisiones y reglas judiciales fijadas con anterioridad*" La predictibilidad produce certeza potencial en el administrado y seguridad normativa en los aplicadores del Derecho. Es un símbolo de igualdad y elemento clave de justicia formal. *Habrá seguridad jurídica objetiva cuando efectivamente se aplique en forma correcta la normativa pertinente en el caso concreto*. La predictibilidad puede y debe ser derrotada cuando las fórmulas de solución previstas en las disposiciones jurídicas pertinentes contrarían normas, principios o valores de rango superior; cuando son contrarias a las características del Estado de Derecho; cuando conducen al absurdo, según los principios y/o los valores y/o los contextos aplicables; entre otras situaciones.

En cualquier caso, lo de fondo para la sociedad es lograr la respuesta correcta en términos de justicia en cada caso. Por eso las reglas solas y los principios solos pueden no ser razones definitivas para la solución del caso concreto. Son medios para lograrla. La combinación de ambos da mejores resultados que la estelarización individual. La construcción de una apropiada argumentación jurídica utilizando correctamente los elementos pertinentes al caso regularmente constituirá razón definitiva para la solución de un problema jurídico, y por ende para el caso específico. En su momento la creación de las reglas –elemento relevante de la argumentación– también pasa por un proceso de argumentación jurídica más o menos complejo. Si las reglas están estructuradas en una Ley entonces es forzoso un periodo previo de argumentación jurídica *legislativa* que arranca con la pertinente exposición de motivos. Argumentación que, como se sabe, dista de las características propias de la argumentación judicial, por su carácter impersonal, abstracto, genérico, etc. Si bien en ambas ocupan un papel importante los principios y los valores, en la argumentación legislativa hace su presencia una moral in abstracto basada en la moral social; en la judicial, esa moral se concreta y puede diferir de la abstracta en función de las apreciaciones del juez, en las cuales a su vez pueden influir diversos factores, incluso de tipo vivencial personal.

Sobre el factor vivencial es útil referir el pensamiento de Richard A. Posner[91] contenido en su obra "CÓMO DECIDEN LOS JUECES":

"La experiencia, como la formación, puede inculcar valores que influyen en el comportamiento judicial. La experiencia profesional previa a la carrera judicial puede haber llevado a un juez a estar convencido de que los sindicatos son negativos para la mayoría de trabajadores, para los consumidores y para el conjunto de la economía o, al contrario, que una fracción significativa de ejecutivos son codiciosos, mentirosos y cortos de miras. Experiencias así vividas pueden convertirse en (o pueden haberse conformado a partir de) una ideología general contraria a los sindicatos o a las empresas, que influirá en el voto que emita el juez en aquellos casos en los que el tribunal no alcance la unanimidad y que estén relacionados con sindicatos que han sido acusados de prácticas laborales injustas o con ejecutivos de empresas que han sido acusados de estafa. Y recordamos que las características personales y la experiencia profesional pueden estar entrelazadas..."

Respecto del fértil campo de la seguridad jurídica Atienza hace una interesante distinción:[92] *orden, certeza y seguridad en sentido estricto.*

"El nivel del orden significa que el Derecho debe lograr un mínimo de previsibilidad, de saber a qué atenerse. De no ser así, esto es, si en general las normas no se aplicaran de forma regular a los supuestos que ellas mismas regulan, entonces ni siquiera tendría sentido decir que existe un sistema normativo...el Derecho se distingue de otras formas de ordenación de la conducta porque alcanza –en especial el Derecho moderno– un alto grado de previsibilidad que cabe llamar *certeza* jurídica... Por *seguridad jurídica en sentido estricto* habría que entender la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, seguros, los otros valores, esto es, la igualdad y la libertad." En el concepto de orden del profesor Atienza se destaca un elemento medular: la aplicación regular de *las normas* a los supuestos que ellas prevén. Lo cual significa, como no puede ser de

91. Autor citado con anterioridad en este trabajo.

92. Páginas 181 y 182 del libro citado.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

otra manera, que tienen, las normas, un papel estelar en la vida del Derecho y de la sociedad. Y por lo mismo, no pueden ni deben ser "basureadas" por los principios. Pueden ser efectivamente derrotadas en casos concretos. Pero no lo son *por el solo hecho* de enfrentarse a principios.

Ahora bien, a pesar de la predictibilidad indicada, la aplicación administrativa y judicial de las normas puede tener diversas situaciones. Entre ellas las siguientes:

1.- Se aplica la norma correcta con una fundamentación errada.

2.- Se aplica la norma equivocada en una conclusión errada, pero con una fundamentación correcta.

3.- Se aplica la norma equivocada en conclusión correcta, con una fundamentación correcta.

4.- Se aplica la norma correcta en conclusión equivocada, con fundamentación errada.

5.- Se aplica la norma incorrecta en conclusión correcta, con fundamentación equivocada.

6.- Se aplica la norma correcta en conclusión equivocada, con fundamentación dudosa o ambigua.

7.- Se aplica una norma notablemente ambigua en una conclusión correcta, con fundamentación correcta.

Las situaciones referidas tienen sentido si, como dice Rafael Hernández Marín,[93] "es fácil probar que, en cualquier caso, no sólo la decisión, sino también su corrección, es independiente de la justificación de la decisión. La explicación de por qué ello es así es muy simple: el que una entidad (por

93. En su obra "LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES". Marcial Pons. Madrid. 2008. Páginas 146 y 234.

ejemplo, una decisión) tenga una determinada característica (la corrección, en nuestro ejemplo actual) no depende de que se intente mostrar que dicha entidad tiene esa característica (no depende de que se intente mostrar que la decisión es correcta)."

"... La independencia conceptual entre la corrección material de una decisión y su justificación tiene como consecuencia: *a*) por un lado, que es posible que un juez cumpla la obligación jurisdiccional, pero incumpla la obligación de motivar (la corrección material de su decisión); y, *b*) por otro lado, que también es posible que un juez cumpla la obligación de motivar (la corrección material de su decisión) pero no la obligación jurisdiccional."

El mismo autor Hernández Marín, en una posición, en parte, en extremo legalista, destaca[94] que "... el incumplimiento de la obligación jurisdiccional atenta por sí solo contra muchas cosas a las que los ciudadanos tenemos gran aprecio, entre ellas, las tres siguientes:

a) La legalidad y la seguridad jurídica. El juez que dicta una decisión que dice algo distinto de lo que el derecho dice crea o consolida una situación social contraria a lo que la ley exige. Ello quiebra la confianza que el ciudadano tenía depositada en la ley y genera inseguridad jurídica para casos futuros.

b) La separación de poderes. El juez que dicta una decisión que no dice el derecho, y sabe que ello es así, supone frecuentemente, aunque equivocadamente, que el derecho le autoriza a decidir en qué casos decir o aplicar el derecho y en cuáles no..."

En la sentencia SU072/18[95] la Corte Constitucional de Colombia destacó que "Tanto las normas como las decisiones judiciales con las cuales se interpretan y aplican deben ofrecer garantías de certeza y uniformidad, pues solo de esta manera es posible predicar que el ciudadano va a ser tratado conforme al principio de igualdad".

94. Página 235 de la obra citada.

95. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU072-18.htm

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Esta sentencia colombiana cita otra de la misma Corte Constitucional, la C-836 de 2001, que determinó, entre otros, lo siguiente: "(...), ***en un Estado contemporáneo, establecido como social de derecho, en el cual la labor de creación del derecho es compartida, la estabilidad de la ley en el territorio del Estado y en el tiempo no son garantías jurídicas suficientes. En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico. Sólo así se puede asegurar*** la vigencia de un orden justo (C.P. art. 2º).

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. (...)

La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. (...)

El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado (...) como administrador de justicia. (...) Esta confianza no se garantiza con la sola publicidad del texto de la ley, ni se agota en la simple adscripción nominal del principio de legalidad. Comprende además la protección a las expectativas legítimas de las personas de que la interpretación y aplicación de la ley por parte de los jueces va a ser razonable, consistente y uniforme". (Resaltado fuera de texto original)."

IV. PALABRAS FINALES

Esperamos que este recorrido conceptual haya contribuido al entendimiento de la aplicación del Derecho y sus complejidades.

V. BIBLIOGRAFÍA

"El CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS". Miguel Hernández Terán. Cevallos editora jurídica. Quito-Ecuador. 2016.

"APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO". Luis Prieto Sanchís. Editorial Trotta. Sexta edición. Madrid-España. 2011.

"CUESTIONES PROBATORIAS". Marina Gascón Abellán. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2012.
"LOS HECHOS EN EL DERECHO". Marina Gascón Abellán. Marcial Pons. Tercera Edición. Madrid-España. 2010.

"TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES". Robert Alexy. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2012.

"EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO". Robert Alexy. Marcial Pons. Madrid. 2008.

"LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES". Rafael Hernández Marín. Marcial Pons. Madrid. 2008.

"LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA". Robert Alexy. Editorial Comares. Segunda Edición Ampliada. Granada, España. 2010.

"EL IMPERIO DE LA LEY UNA VISIÓN ACTUAL". Francisco Laporta. Editorial Trotta. Madrid. 2007.

"EL ESTADO COMO LEGISLADOR DAÑOSO Y SU RESPONSABILIDAD REPARADORA". Miguel Hernández Terán. MURILLO EDITORES. 2017.

Guayaquil-Ecuador. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

"EL GOBIERNO DE LAS NORMAS". Giovanni Battista Ratti. Marcial Pons. Madrid. 2013.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

"UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS". Ronald Dworkin. Siglo veintiuno editores. Buenos Aires. 2012.

"LA LEY Y SU JUSTICIA". Gustavo Zagrebelsky. Editorial Trotta. 2014.

Madrid. "LOS DERECHOS EN SERIO". Ronald Dworkin. Editorial Ariel Derecho. Barcelona. España. 2002.

"EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS". Luis Prieto Sanchís. Editorial Trotta. Madrid. 2013.

"EL SENTIDO DEL DERECHO". Manuel Atienza. Ariel Derecho. Barcelona. España. 2003.

"LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES". Rafael Hernández Marín. Marcial Pons. Madrid. 2008.

SEGUNDA PARTE - IMPERIO DE LA LEY Y NEOCONSTITUCIONALISMO

I. INTRODUCCIÓN Y GENERALIDADES

Es un hecho cierto que la convivencia humana necesita de un marco armonioso para desenvolverse sin mayores tropiezos. Que tal convivencia supone una serie de relacionamientos de los más variados tipos, cada uno de los cuales debe encausarse por los caminos predeterminados por las respectivas normas, concebidas y diseñadas para el éxito de esas vinculaciones y el logro de sus pertinentes resultados.

Esas normas no están desprovistas de cualificación. Constituyen efectivamente el canal que viabiliza la consecución de los propósitos de fondo de la actividad que se regula, y por lo mismo deben ser muy coherentes con esas finalidades, así como recíprocamente entre ellas. En la medida en que esos propósitos se reencausan o cambian será necesario el ajuste de tales reglas. Lo de fondo es la conquista de lo que legítimamente se busca. Hay, pues, una relación de causalidad entre normas y resultados;

bien entendido que ellas no son garantía para el logro de éstos. En todo caso esas reglas deben tener ciertas peculiaridades: ser razonables, equilibradas, proporcionales en relación con los fines que se proponen, consecuentes con la materia que se regula, justas, morales, respetuosas de los derechos, etc.

Es posible que las variaciones no provengan de la decisión de los pertinentes legisladores, sino del esfuerzo de los jueces que procuran la evolución de las normas en orden a su adaptación a las circunstancias sociales, a las cambiantes realidades, a los valores de la sociedad, a las nuevas concepciones que surgen como consecuencia de la dinámica de la interacción social.

Es lógico y evidente que las reglas que han de servir para normar la convivencia social deben estar dotadas de imperium, esto es, del poder de ser efectivamente exigibles bajo pena de sanción o de agudos efectos jurídicos. Esta particularidad torna necesario que tales cánones deban ser correctos, equilibrados, desprovistos de injusticia, coherentes con los pertinentes principios que gobiernan la respectiva materia regulada. Tales reglas deben ser lo más precisas en sus descripciones, en las hipótesis normadas, en la definición de sus correspondientes consecuencias, en la estructuración y alcance de los derechos que reconocen o instituyen, como también en la determinación de los bienes jurídicos a que se refieren tales derechos.

En definitiva, las prescripciones contenidas en las reglas deben ser claras en lo que ordenan, prohíben o permiten. Téngase en cuenta además que las normas son legítimas no sólo por su contenido sino también por su origen. Éste último aspecto no quita que una norma ilegítima por provenir de una Dictadura no pueda ser virtuosa desde el punto de vista de su contenido y constituir un importante factor de protección de los pertinentes bienes jurídicos.

Las normas, como queda visto, tienen estándares básicos que los respectivos órganos con potestad normativa deben inevitablemente respetar. Uno de ellos es

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

el principio de jerarquía, en función del cual las normas de menor nivel deben respetar el contenido de las de mayor grado, so pena de ineficacia jurídica. Así, las reglas secundarias que regulen los servicios públicos en el Ecuador deben respetar los principios constitucionales de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad establecidos en el artículo 314 párrafo segundo de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

Un ejemplo de inconsecuencia respecto del principio de jerarquía normativa lo constituye, en el Ecuador, el artículo 10 párrafo primero de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 481 del 6 de mayo de 2019, que consagra lo siguiente:

"Art. 10.- Inmunidad.- La Defensora o Defensor del Pueblo tendrá fuero de Corte Nacional de Justicia y gozará de inmunidad durante el ejercicio de sus funciones; *no será civil ni penalmente responsable por las opiniones que emita, ni por las decisiones o actos que realice en el ejercicio de sus funciones*".[96]

Esta disposición es incoherente con el mandato del artículo 233 párrafo primero de la Constitución de la República, que consagra que:

"Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos."

Ahora bien, dentro de las diversas categorías normativas la ley ocupa un lugar de relevancia por diversas razones: a) por su origen democrático, pues proviene de un Congreso o Asamblea Nacional. Es decir, se entiende que es emanada del mismo pueblo que eligió a sus representantes en la Asamblea o Congreso, y por lo mismo es incuestionable la soberanía que

96. Las cursivas son nuestras.

la rodea; b) por su estructura, pues tiene la virtud de prever situaciones, de anticipar descriptivamente su ocurrencia, de estructurar hipótesis que cuando suceden en la práctica producen los efectos positivos o negativos que la propia ley determina; c) por la certeza que brinda a los destinatarios de ella, pues saben con anticipación lo que ha de ocurrir respecto de ellos si se adecuan a lo que la ley determina, si sus conductas se encasillan en las hipótesis que ella describe; d) por su indeterminación respecto de uno o varios específicos sujetos de Derecho, ya que la ley en sí misma es abstracta, aun cuando esté referida a sectores o subsectores (esto es una regla) pues contiene descripciones y prescripciones que no se refieren de forma directa a ningún titular de derecho.

Es en su aplicación donde la abstracción se convierte en realidad tangible, en concreción en relación con uno o determinados sujetos. La concreción necesita regularmente de un intermediario: el operador jurídico encargado de ejecutarla, de cuyas actuaciones las Constituciones suelen dejar sentada su plena posibilidad de impugnación. Así, en el caso del Ecuador el artículo 173 de la Ley suprema indica que "Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial."; e) por su carácter justo, ponderado, equitativo. En efecto, se entiende que la ley es tal porque contiene soluciones meditadas, respuestas cuya existencia obedece a un análisis previo en el cual se han ponderado alternativas de respuesta, se han meditado sus alcances y conveniencia, su coherencia o contradicción con los principios que la inspiran; es en definitiva un *producto final*, un resultado que ha pasado por un proceso de formación reglado y democrático en el cual, además, ha existido, dadas las nuevas realidades constitucionales, la posibilidad de participación social a través de los mecanismos preestablecidos por las Leyes supremas de los respectivos países.

Es, pues, la ley una respuesta democrática a las demandas de la sociedad sobre determinadas situaciones reales o potenciales, relaciones, problemas por surgir o conflictos ya producidos, etc. Ello sin perjuicio de las llamadas leyes interpretativas, que se limitan a declarar el sentido o alcance de alguna o algunas leyes o normas anteriores del propio legislador.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Nosotros ya hemos opinado que la justicia es componente necesario de las leyes y de la seguridad jurídica. En efecto, a la sociedad le interesan las respuestas correctas, justas, equitativas contenidas en las leyes, no los preceptos desproporcionados, irrealizables, carentes de equidad, que conduzcan al absurdo, a la desigualdad, a la quiebra de la dignidad humana. Nos importan las leyes atinadas, no las temerarias. La seguridad jurídica que busca y que interesa a la sociedad es aquella referida a las normas virtuosas, no a las irreflexivas. Nos importa el cumplimiento, la certeza respecto de los cánones que gozan de los atributos que hemos señalado. Siempre hemos puntualizado el carácter cualitativo de la seguridad jurídica, la cual se basa, como regla, en la virtuosidad de las leyes o normas materia de específica aplicación por parte del operador jurídico.

En el caso del Ecuador la Constitución reconoce un elemento cualitativo a la seguridad jurídica: *la claridad*, que puede ser entendida en un sentido gramatical como también conceptual; es decir, de claridad de lenguaje, que lleva al correcto entendimiento, y de claridad de conceptos, que abona a la buena condición de las normas de Derecho. El artículo 82 de la Ley suprema indicada determina:

"**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes." Amén de lo anterior se destaca en la disposición reproducida la exigencia de que las normas jurídicas sean APLICADAS por las autoridades competentes. Por contrario sensu, sin dicha aplicación no hay seguridad jurídica. Además, entiéndase que tal ejecución debe ser correcta, de no ser así tampoco existirá seguridad jurídica. Y la aplicación correcta exige como condición necesaria la certera interpretación de la ley o norma de Derecho, aspecto éste que por su profundidad amerita el desarrollo de otro trabajo jurídico.[97]

97. En este mismo libro consta un trabajo de nuestra autoría sobre LA APLICACIÓN DEL DERECHO.

II. LA LEY COMO PARTE DEL SISTEMA JURÍDICO

Entendemos por ley a *la construcción jurídica de origen político, más o menos descriptiva, pero regularmente prescriptiva que prevé la ocurrencia de situaciones, acontecimientos o eventos, y sus consecuencias, ante lo cual toma la posición de mandar, prohibir o permitir determinadas conductas con el propósito de salvaguardar derechos o situaciones jurídicas o proyectos de tales derechos o situaciones, en beneficio de los destinatarios explícitos o implícitos de la norma.*

La ley constituye un símbolo democrático en la medida en que es el producto estrella expedido por los representantes del pueblo. Pero tal categoría normativa no es un nivel regulador aislado. Es sólo un partícipe de una estructura mayor, compleja y calificada: el ordenamiento jurídico de la República. Es decir, de lo que nosotros hemos conceptualizado como "*la estructura jurídica vinculante, organizada jerárquicamente, de contenido sustancialmente coherente, sometida a la supremacía constitucional, a los valores democráticos; a principios rectores, a la moral y a la prevalencia de los derechos humanos, fundamentalmente, que regula la vida del Estado y limita su accionar, y que reconoce, instituye, delimita –y por excepción limita en razón del interés general– los derechos y garantías de las personas y de quienes a ellas se asimilan, en orden a la realización de la justicia, la seguridad y la paz individual y colectiva, y que en función de asegurar el cumplimiento efectivo de tales derechos y garantías castiga el quebrantamiento de los mismos.*[98]

Es, pues, la ley parte de ese engranaje mayor denominado ordenamiento jurídico, el cual, como se sabe, tiene carácter sistémico, y por lo mismo, ostenta como propiedad esencial la armonía de las diversas partes que lo componen o estructuran. No es, pues, el ordenamiento sólo una suma de normas y de categorías normativas; la armonía es un elemento necesario y de notable cualificación, particularmente de

las normas de menor rango respecto de las de mayor nivel, en todo caso

98. Concepto contenido en nuestro libro: "EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS". Cevallos Editora Jurídica. Quito- Ecuador. 2016. Páginas 33 y 34.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

siempre lideradas por la Constitución como normativa suprema, o por los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dependiendo de las definiciones que realicen las normas constitucionales del respectivo país.

Conectado con lo antes señalado podemos citar el siguiente extracto de la Corte Constitucional del Ecuador: en la sentencia No. 341-17-SEP-CC, CASO No. 0047-16-EP, publicada en la Gaceta Constitucional No. 27 de octubre 27 de 2017, el tribunal referido destacando la importancia de la seguridad jurídica y los límites de la ley determinó, entre otros, lo siguiente:

"Por otro lado, se advierte también que los requisitos establecidos en el numeral 3.2.2 del Instructivo de los Servicios de Cedulación y Registro Civil rebasan los presupuestos establecidos legalmente, tanto en el artículo 85 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación vigente a la época de presentarse la solicitud de cambio de apellidos por parte de la accionante, como la norma actualmente vigente contenida en el artículo 79 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles.

Lo anterior, al establecerse la limitación de los medios probatorios para la comprobación de la posesión notoria e ininterrumpida de los apellidos pretendidos por el usuario únicamente a documentos públicos, y aún más, al restringir la procedencia de tales documentos a aquellos que fueren expedidos por la institución, la Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación inobservó el presupuesto legal contenido en la ley, mismo que comprende una norma previa, clara, pública y expedida por el órgano competente, en la que no se limita, condiciona o restringe la admisión del trámite administrativo de cambio de apellidos a la presentación de pruebas contenidas en documentos públicos expedidos por el Registro Civil, Identificación y Cedulación.

(...) se establecieron –por el contrario–, requisitos altamente restrictivos, de imposible configuración para el usuario y distintos de aquellos considerados en el artículo 85 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación para el mismo trámite administrativo de

cambio de apellidos, esta Corte Constitucional determina la vulneración al derecho a la seguridad jurídica por parte de la entidad administrativa, tanto más si el incumplimiento de aquellos requisitos irrealizables por parte de la accionante sirvió como alegación principal para negar el cambio de apellidos solicitado por ella (...)"

Ahora bien, el Derecho como ciencia y el sistema jurídico como instrumento regulador de la vida en sociedad apuntan siempre a lograr la realización de los derechos y de los bienes jurídicos que aquéllos tutelan. Las diversas partes que componen el ordenamiento deben evolucionar en su contenido en orden a lograr tal propósito. Así, deben, cada vez más, ser las normas lo más sencillas posibles; deben procurar remover las dificultades normativas y prácticas que afectan la materialización de los derechos; deben enriquecer *racionalmente* el contenido de éstos, incluso diversificando sus fuentes.[99] Decimos *racionalmente* porque las exageraciones atentan contra el propio derecho, pues le dan un ingrediente quimérico o incumplible. Lo que afirmamos lo planteamos con total objetividad. Miramos a la ciencia jurídica en su universalidad y al sistema jurídico como conjunto orientado al propósito de la realización de los derechos, y derivadamente de la justicia material.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS

Dentro del rango de las normas que regulan la convivencia social la Constitución de la República ocupa la posición más relevante, pues tiene el carácter de suprema. Ésta categoría es su símbolo. Pero no cualquier símbolo, ya que tiene gran significación e impacto: toda disposición y todo acto que la contradiga carece de eficacia jurídica. Entiéndase de valor jurídico, y por ende de contenido útil para el Derecho. Por esa dependencia de la legislación secundaria respecto de la Ley suprema se dice que ésta le da *unidad* al sistema jurídico de un

99. Un buen ejemplo de una norma constitucional orientada a ampliar el contenido de los derechos es el establecido en el artículo 11 numeral 8 de la Ley suprema ecuatoriana, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008. "**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas..."

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

país. Y por la misma razón tal normativa debe ser *controlada*, entrando así al escenario jurídico el llamado *control de constitucionalidad*, que puede ser concentrado o difuso según quien lo ejerza: si lo hace un solo ente será lo primero, y si lo ejecutan distintos jueces será difuso. Y por el mismo poderío jurídico que hemos indicado, *la supremacía constitucional*, es un dogma el que el proceso de cambio o reforma constitucional debe ser complejo, más difícil de llevar a cabo que el de las leyes de la República. Un cambio radical de contenido de una norma o institución constitucional convierte a la legislación secundaria desarrollada a partir de las mismas en jurídicamente ineficaz, esto es sin valor jurídico, sin idoneidad para producir los efectos originalmente previstos para ellas.

La ciencia que estudia a la Constitución, su inseparable supremacía y a todo el fenómeno constitucional es el Derecho Constitucional. Su trascendencia es muy evidente dada la magnitud conceptual de su objeto de estudio. Nosotros conceptualizamos a esta rama del Derecho como "*la disciplina jurídica que, basada en su preeminencia y en el reconocimiento de valores democráticos, políticos y jurídicos, de los derechos del ser humano, y dentro de éstos, prioritariamente, de la libertad individual y colectiva, regula la organización y funcionamiento del Estado delimitando su actuación; así como reconoce y garantiza institucionalmente el respeto efectivo y la aplicación material de derechos subjetivos directa e inmediatamente ejecutables por las autoridades del Estado o reconocidas por éste con eficacia jurídica, y a la vez exigibles por sus titulares sin intermediación de legislación secundaria.*[100]

Y entendemos por derecho o derecho subjetivo *el poder jurídico que tiene el titular del mismo o un tercero legítimamente habilitado para proteger las ventajas, beneficios o situaciones favorables que producen los bienes jurídicos comprendidos en el derecho, manteniendo su idoneidad, esto es, conservando tales ventajas, beneficios o situaciones, o exigiendo su eficacia plena e integral.*[101]

---

100. Concepto contenido en nuestro trabajo "¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?", incluido en la revista "NOVEDADES JURÍDICAS", número 160, de octubre de 2019. Ediciones Legales. Quito-Ecuador. Página 30.

101. Concepto incluido en el mismo trabajo. Página 43.

Dentro de la estructura de la Constitución tienen singular importancia los derechos, las acciones y las instituciones encargadas de velar porque estos elementos se cumplan efectivamente. La parte de la Ley suprema que se ocupa de los derechos, de los grandes principios de la Constitución y de los valores que la inspiran se denomina PARTE DOGMÁTICA. Y la sección que estructura la institucionalidad fundamental del Estado, su organización y competencias se llama PARTE ORGÁNICA. Las dos se necesitan y complementan.

Si bien la Constitución de la República tiene carácter supremo y por ello un gran poderío jurídico, esto no significa que la legislación de un país se agote en ella. La Ley máxima le da unidad al sistema jurídico de un Estado, pero parte de la marcha de éste, parte de la institucionalidad que hace posible la realización de los derechos, ciertas reglas procedimentales para el ejercicio de las acciones que nacen de los derechos, como por ejemplo del derecho a impugnar los actos administrativos en sede administrativa o en sede judicial, entre otros elementos, se instrumentan por medio de leyes. Gracias a la evolución y trascendencia de los derechos éstos han llegado a ser directa e inmediatamente aplicables. En el Ecuador tenemos una norma

de gran contenido en este sentido, el artículo 11 numeral 3 de la Constitución, que consagra:

"Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento."

Los derechos regularmente fueron importantes en épocas de República, y en múltiples casos antes de ella. Así, ya la Constitución del Estado de Quito consagraba en el artículo 20 que:

"El Gobierno del Estado se obliga a todos los habitantes de él, y les asegura que serán inviolables sus derechos, su religión, sus propiedades y su libertad natural , y civil: y en su consecuencia declara que todo vecino y habitante en él, de cualquier Estado, condición, y calidad que sea, puede libre y francamente exponer sus sentimientos, y sus dictámenes por escrito, o de palabra, no siendo en materia de Religión, o contra las buenas costumbres, y levantar sus quejas, y representaciones al Gobierno guardando solo la moderación que es necesaria para la conservación del buen orden."

1El artículo 11 de la Constitución del Estado del Ecuador de 1830 establecía que: "Los derechos de los ecuatorianos son, igualdad ante la ley, y opción igual a elegir y ser elegidos para los destinos públicos teniendo las aptitudes necesarias." Y el artículo 66 determinaba que: "Todo ciudadano puede reclamar respetuosamente sus derechos ante la autoridad pública, representar al Congreso y al Gobierno cuando considere conveniente al bien general…".[102]

El artículo 26 de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967 ordenaba en el artículo 26 que: "Serán nulas las disposiciones legales, administrativas o de cualquier orden que menoscaben el ejercicio de los derechos garantizados por esta Constitución." Al igual que definía en el artículo 28 numeral 15 como un derecho garantizado: "El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las leyes."

102. "CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR". Federico Trabucco. Editorial Universitaria. Universidad Central. Quito-Ecuador, 1975.

La Constitución Política de Colombia anterior a la vigente de 1991 con sus múltiples reformas, esto es, la de 1886 reformada,[103] consagraba en el artículo 16 que: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." Mientras el artículo 31 ordenaba con extrema claridad: "Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita..."

IV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Constitución y las leyes de la República se complementan. Hasta antes de la Constitución Política ecuatoriana publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998 había una gran dependencia de la Ley suprema respecto de las leyes en la medida en que éstas viabilizaban determinantemente la realización de los derechos, desarrollaban los contenidos que hacían posible la ejecución de muchas instituciones de origen constitucional. Ambas categorías normativas se han necesitado recíprocamente. En el sentido indicado vale la pena citar el artículo 23 de la Constitución Política de 1967, que imponía que:

"El Estado reconoce, garantiza y promueve los derechos del hombre, como individuo y como miembro de la familia y demás sociedades que favorezcan el desarrollo de su personalidad. *La ley protegerá la libertad y más derechos de la persona contra los abusos del Poder Público y de los particulares*".[104]

Actualmente se necesitan menos por la primacía de los derechos y por la materialización de los principios de aplicación directa de la Constitución y de los derechos constitucionales, fundamentalmente. La Constitución y la ley forman un bloque objetivo que se conoce como *principio de la*

103. "CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA", compilada por Jorge Ortega Torres. Décima quinta edición, actualizada. Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia. 1985.

104. Las cursivas son nuestras.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

legalidad, una especie de ecuación jurídica normativa. La relevancia de este principio consiste en su aptitud para predeterminar la capacidad jurídica de actuación válida que tienen el Estado, sus instituciones, los órganos que los componen, sus operadores jurídicos en general.

Lo positivo de la antes referida relación necesaria entre la Constitución y la ley era que ésta describía situaciones y elementos que la Ley suprema no alcanzaba a detallar en razón de su carácter *fundamental*, y que racionalizaban la aplicación de la Constitución y de los derechos. La aplicación directa de la Constitución y de los derechos constitucionales si bien constituyen una conquista fantástica dejan un margen importante de discrecionalidad a los jueces, e incluso a los operadores jurídicos en general *respecto de cómo se aplican*.

Ambas, Constitución y leyes, son también el límite a la libertad de los ciudadanos en cuanto al desempeño de su conducta. Así, la referida Constitución de Colombia decía en el artículo 20: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas."

Por la publicidad de las leyes y de la Constitución los ciudadanos y administrados en general pueden acceder plenamente a conocer su contenido, y por ende a determinar hasta dónde puede llegar la actuación lícita de las entidades, órganos y operadores públicos. Y por lo mismo en qué momento comienza la arbitrariedad, la sin razón jurídica estatal, con las consiguientes consecuencias institucionales y personales desde el punto de vista de la responsabilidad. A la señalada previsión normativa se le atribuye un carácter garantista.

Nosotros entendemos por principio de legalidad *al precepto que en función del desarrollo de su contenido describe, delimita y limita el poder y alcance jurídicos que tienen el Estado, su institucionalidad, los órganos y operadores jurídicos que los componen para actuar legítimamente en sus relaciones con los administrados y entre ellos entre sí.*[105]

105. Concepto contenido en el referido estudio "¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEO-CONSTITUCIONALISMO?"

Por la importancia del rol institucional del principio de legalidad ya la Constitución ecuatoriana de 1830 ordenaba en el artículo 69[106] que

"Todo funcionario prestará juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes, y de cumplir los deberes de su ministerio. No se admitirá juramento con modificaciones. **La persona que no jurase libremente la Constitución, no será reputada como miembro de esta sociedad**."[107]

El artículo 3 de la citada Constitución de 1967 establecía que "Todo órgano del Poder Público es responsable, y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en las normas legales."

El principio de legalidad es trascendente en el Estado de Derecho, pues éste se caracteriza por ser previsivo de las actuaciones que puede válidamente cumplir la institucionalidad pública; y su exigibilidad y cumplimiento efectivo constituyen elementos de paz social. Este principio en su aplicación, en el ámbito de la ley, no es un valor absoluto, pues puede ser derrotado por normas de rango superior y/o por argumentaciones jurídicas sólidas. Los conflictos sobre derechos pueden ser múltiples y las argumentaciones sobre los mismos, variadas. Al operador jurídico en su ámbito de competencia le toca indefectiblemente resolver esos problemas.

Como orientación sobre este tema mencionamos que una posición argumentativa valiosa sobre conflictos de derechos es la expuesta por Luis Fernando Castilla Córdova en su trabajo "¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES?".[108] El autor hace énfasis en el *contenido de los derechos fundamentales*. Revisemos su opinión:

"Todos los derechos significan y protegen algo, es decir, todos los derechos tienen un contenido jurídico. Es este contenido jurídico al que se debe

106. "CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR". Federico Trabucco. Universidad Central –Editorial Universitaria– Quito-Ecuador, 1975.

107. Las negrillas son nuestras.

108. Tomado de https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/ article/view/5726/7511.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

apelar cuando se trate de resolver las concretas controversias,

antes que acudir a criterios de jerarquización abstracta o concreta. Si un derecho fundamental cuenta con un contenido jurídico y ese contenido no puede ser contradictorio con el contenido jurídico de los demás derechos fundamentales por las razones que ya se explicaron antes, entonces cuando se esté frente a un caso concreto, lo que se ha de examinar es si la conducta o acto que se enjuicia con la finalidad de otorgarle o negarle protección constitucional, cae dentro o fuera del contenido jurídico del derecho que se invoca como fundamento del acto o conducta.

Por ejemplo, imagínese que el caso consiste en que un medio periodístico ha publicado una información referida a una persona determinada, y ésta afirma que el contenido de la información lesiona su derecho al honor. El caso no puede plantearse como un conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor y, consecuentemente, no deben buscarse criterios que hagan prevalecer un derecho sobre el otro. En realidad simplemente se trata de establecer si la publicación de la concreta información cae dentro o fuera del contenido constitucional de la libertad de información con el propósito de darle o no cobertura constitucional. Si se trata de una publicación que cae dentro del contenido protegido por la libertad de información, no significa que la libertad de información ha prevalecido sobre el derecho al honor, sino simplemente que la concreta información es protegida por el contenido constitucional de la libertad de información.

Se trata de establecer si una acción es protegida por el contenido de un derecho fundamental, es decir, se trata de la definición del contenido jurídico de los derechos fundamentales. Esto quiere decir que se debe definir en cada caso y en función de las concretas circunstancias, quién ha ejercitado su derecho según su alcance jurídicamente protegido y quién no, pues no es posible que ambos derechos se hayan ejercitado de un modo constitucionalmente correcto, y ambos ejercicios sean al mismo tiempo contrapuestos o incompatibles entre sí."

V. LOS PRINCIPIOS Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Como se sabe, el ordenamiento jurídico está constituido por una serie de elementos, todos de importancia. Reglas, principios, valores hacen que el mismo, como estándar, tenga la capacidad para solucionar los problemas de la convivencia social por complejas que sean las relaciones o los conflictos surgidos en función de ella. En términos de Derecho Civil si faltan reglas se aplica la analogía o los principios del Derecho universal, según el caso. Lo importante es que el juez no se quede sin herramientas jurídicas –ni invoque excusas– para enfrentar y dar solución al caso concreto. Así como la Constitución y las leyes se complementan, también lo hacen las reglas con los principios y viceversa. Las primeras son consecuencia de éstos últimos. "Se deben" a los principios en la medida en que éstos justifican su contenido. Cada uno, los principios y las reglas, tienen sus ventajas y sus dificultades, por ello tiene mucha importancia para el Derecho que trabajen de forma armónica. Las reglas pueden no dar razones concluyentes para decidir, pero tampoco los principios.

Éstos se caracterizan, entre otros, por su indeterminación, por su falta de capacidad descriptiva, por la ausencia de contenido cierto; mientras que las reglas son esencialmente descriptivas, tienen un contenido determinado y cierto. Con las reglas usted sabe bien a dónde va. Los principios lo pueden llevar muy cerca o muy lejos según el alcance que les dé su intérprete. ¿Sabe Ud en qué consiste el principio de proporcionalidad penal? Tiene una noción clara, pero su contenido preciso no lo conoce. Cómo se desarrolla éste, su alcance dependerá del legislador en cada caso concreto de ley penal. El principio se "materializa", se "objetiva" en la ley como sinónimo de regla. Lo que no significa ni remotamente que no sea trascendente para el Derecho. Éste necesita de los principios. Son la materia prima del producto final llamado ley. Si ésta los recoge mal habrá que acudir al verdadero sentido de los mismos para solucionar el caso concreto.

Tanto los principios como las reglas son instrumentos básicos del Derecho y del sistema jurídico. Están al servicio de la justicia, de la tutela judicial efectiva, de la respuesta correcta, por más que en los casos difíciles sea

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

complejo encontrarla. Son senderos de un mismo proyecto. Son útiles para los mandatos propios del Derecho. Bien entendido que, como dice Luis Pietro Sanchís,[109] "el *contenido prescriptivo* de muchas normas a veces es idéntico en todos los ámbitos de normatividad; así, el Derecho prohíbe matar, pero también lo hace la religión o la moral; algunas religiones prohíben la bigamia o imponen el deber de asistir a ciertos oficios o actos rituales, pero también lo hace o puede hacerlo el Derecho; son las reglas de la etiqueta las que regulan en general la forma de vestir, pero eventualmente también puede hacerlo el Derecho."

Por supuesto, hay quienes son más adeptos a las reglas y quienes son más alineados a los principios. Eso no es problema. Las dificultades se dan cuando se postula una pugna casi natural entre tales elementos. Para nosotros es como enfrentar a dos miembros de una misma familia, y específicamente a dos hermanos. Siendo ambos instrumentos del Derecho y del sistema jurídico ese enfrentamiento nos parece realmente carente de razón.

En la clásica obra "CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO"[110] de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández se contienen algunos conceptos relevantes respecto de los principios generales del Derecho. En efecto, se afirma:

1.- "Tanto en el transcurso histórico como hoy mismo, digan lo que quieran las Constituciones, al lado de las fuentes formalizadas como tales o estatalizadas, juegan un papel otras fuentes que no están publicadas en las *Gacetas* o Boletines Oficiales, la costumbre, la jurisprudencia y, de manera especial, los principios generales del derecho. De hecho, hoy nuestra Constitución admite que, precisamente en lo que atañe a la Administración, no todo el Derecho se encierra en las Leyes."[111]

---

109. En su obra "Apuntes de teoría del Derecho". Editorial Trotta. COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS. Serie Derecho. Sexta Edición. Madrid. 2011. Páginas 13 y 14.

110. CIVITAS EDICIONES, S. L. Décima edición. Madrid. 2000.

111. Página 69

2.- "Los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituyen como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles."[112]

3.- "*Son estos principios los que sostienen y animan un ordenamiento, los que evitan su agotamiento en un simple juego autónomo de simples conexiones formales, los que explican, justifican y miden cada una de las reglas preceptivas finales y les prestan todo su sentido, a través de su inserción en el conjunto ordinamental. Tienen a la vez los principios generales así entendidos una capacidad heurística (para resolver los problemas interpretativos de las Leyes y de los simples actos, en vista de una solución), inventiva (para organizar o descubrir combinaciones nuevas), organizativa, para ordenar los actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica; son ellos los que prestan a ésta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución incesantes*".[113]

4.- "Si en todos los campos del Derecho el papel de los principios generales es cardinal, ... ello es especialmente cierto en el ámbito del Derecho Administrativo. Por la peculiaridad de su sistema de normas escritas, al que ya nos hemos referido, sólo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma. innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas, además, a un proceso de cambio incesante y continuo."[114]

5.- "Todavía más: si la Administración, sujeto de las relaciones jurídico-administrativas, tiene calidad para producir por sí misma normas jurídicas, no será excepcional que en estas normas se sobrevaloren los intereses propios de la Administración como sujeto, o se reflejen en alguna medida, como ya hemos notado, las disfuncionalidades burocráticas que en la Administración inevitablemente alienta. Frente a los riesgos propios de una normación

112. Página 83.

113. Página 84. Las cursivas son nuestras.

114. Misma página.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

burocrática, con sus tendencias negativas, sólo un sistema de principios generales del Derecho resueltamente aplicados por los jueces puede restablecer los necesarios contenidos de la justicia, que tantas veces es valorada como un simple obstáculo por los administradores."[115]

Es lógico y coherente que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación apuntalen la materialidad del propósito de la realización de los derechos, y derivadamente de la justicia material, lo cual no significa por supuesto que no haya dificultades en el camino. Lo que no debe ocurrir es que cada una se muestre proclive a un favoritismo a ultranza respecto de un componente del sistema jurídico en perjuicio de otro elemento del mismo, sin que, por supuesto, ello desconozca la existencia y efectos de la jerarquía normativa como ingrediente necesario del ordenamiento jurídico. Nos referimos específicamente a los principios y a las reglas. Nos parece sumamente criticable la constante *hostilidad* de que ha sido víctima la ley por mejorar el estatus o condición de los *principios* dentro del sistema jurídico y/o por revelarlos como salvadores de todos los problemas que pueden vivir el Derecho o las autoridades que deben aplicar el sistema jurídico. Este fenómeno se ha vivido en el Ecuador particularmente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para el periodo de transición y por la primera Corte de la misma materia.

A lo largo de esta *provocada* crisis de la ley, generada, insistimos, por el sobredimensionamiento del neoconstitucionalismo particularmente a nivel jurisprudencial, aquí como en otros Estados, hemos sostenido que a la ley no hay que minusvalorarla, pero tampoco darle más trascendencia de la que realmente tiene y merece como parte del sistema jurídico. Siempre hemos afirmado que la ley es una consecuencia, no una causa; que sus razones son los pertinentes principios y valores a los cuales se debe; que no debe traicionarlos; que habrá casos en los cuales la ley deba ceder ante la elocuencia de los principios, ante su carácter rector e inspirador. Es decir, hemos reconocido, como no puede ser de otra manera, la valía de los principios y su potencialidad para derrotar a las leyes como sinónimo de reglas.

115. Página 86 del mismo Curso de Derecho Administrativo.

En nuestro trabajo "ORDENAMIENTO JURÍDICO Y CONTROL JURÍDICO"[116] destacamos, entre otros, lo siguiente:

"El ordenamiento jurídico es un todo que se estructura con principios, valores y reglas. Éstas son expresión o concreción de aquéllos. No deben divorciarse de los mismos, pues equivale a desvincularse de su causa verdadera. Es una verdad jurídica que, al menos como enunciado general, las reglas son consecuencia de principios. Justo por la solidez de este nexo es que es criticable la cultura doctrinaria de enfrentarlos, y peor aún de sentar el estándar de que el principio por el sólo hecho de serlo, pesa más que la regla, y por ende la desplaza. El pecado es mayor cuando proviene de la administración de justicia en los niveles más elevados. No es, pues, conceptualmente correcto buscar dicha pugna. Más aún, como hemos sostenido siempre, en rigor, es difícil una contienda entre un concepto indeterminado como el principio con otro determinado, como la regla. El principio es una idea a desarrollar que tiene noción, la regla es una noción desarrollada en forma estructurada. El principio no tiene contenido cierto; la regla se caracteriza por tener estructura descriptiva, elementos constitutivos, consecuencia; de ahí nace su certidumbre. El principio carece de estos elementos.

Si bien el ordenamiento jurídico comprende tanto a los principios como a las reglas, mayoritariamente está dotado de éstas; tanto así que ordenamiento jurídico y regla jurídica son considerados usualmente sinónimos. Situación que no existe en la relación entre ordenamiento y principio."

El problema de quienes se han mostrado in extremis devotos de los principios en perjuicio de las leyes o reglas de Derecho, es su tremenda exageración. En múltiples sentencias de la primera Corte Constitucional ecuatoriana se ha transmitido el mensaje de que los principios POR EL SOLO HECHO DE SER TALES derrotan a las reglas. Con esta actitud se ha caído en el absurdo de constituir conflicto entre diversos elementos del sistema jurídico olvidando que siempre hay que apuntalar la armonía entre

116. Publicado en el número 122 de la revista "NOVEDADES JURÍCAS". Agosto de 2016. Quito-Ecuador. Páginas 34 y 35.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

ellos, y que sólo cuando luego del pertinente ejercicio intelectual no hay salida, habrá que elegir al ganador basado en los pertinentes criterios.

Pues bien, el neoconstitucionalismo plantea la primacía de los principios por sobre las reglas. Una especie de superioridad natural. ¿En qué momento surgió esa primacía? No se sabe. Manuel Atienza dice que el neoconstitucionalismo es una arbitrariedad de la "Escuela de Génova". Para ubicar los alcances de esta corriente vamos a citar el pensamiento de uno de sus más importantes estudiosos, la doctora Susana Pozzolo. Esta autora en su trabajo "NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO", contenido en la obra "Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos"[117] destaca, entre otros:

"El término neoconstitucionalismo ha sido acuñado para denominar un cierto modo *anti*-iuspositivista de aproximarse al derecho: una aproximación que no parece ni iusnaturalista ni *post*-positivista; que se caracteriza mediante oposiciones paradigmáticas al positivismo jurídico: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, Constitución vs legislación, Judicial vs Legislativo. La oposición entre principios y reglas, constantemente rebatida en la literatura neoconstitucionalista, sí ha servido para subrayar la distancia con el positivismo jurídico, al mismo tiempo que ha permitido la apertura de una mesa analítica de discusión que ha contenido las tendencias metafísicas de las primeras elaboraciones y suscitado interesantes reflexiones sobre el razonamiento jurídico. Como es sabido, mientras las reglas se caracterizan por construirse sobre datos formales y, por tanto, tienen un *pedigree* que les permite un control de validez, los principios derivan su validez de la *importancia*, de la *razonabilidad*, de *vehicular valores* y otras características similares. El Derecho del Estado constitucional se distancia del legalista justamente por la presencia de los principios. Se trata de una mutación "genética", que parte del Estado de Derecho decimonónico y llega hasta el Estado constitucional de Derecho."

117. Palestra Editores. Primera Edición. Lima 2011. Páginas 16 y 17.

También subraya Pozzolo:

1.- "La Constitución no es simplemente un nivel más en la pirámide. Está pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación. Su contenido literal pierde fuerza vinculante para el intérprete en favor de una aproximación moral."[118]

2.- "Las relaciones entre órganos del sistema jurídico, entre niveles normativos y entre las funciones del poder cambian progresivamente y el constitucionalismo de las reglas se transforma en el de los derechos. Se abre un diálogo entre Constitución y legislador: se ha convertido en un programa."[119]

3.- "El modelo neoconstitucionalista, por tanto, funda su peculiaridad sobre todo a partir de la oposición entre principios y reglas, desarrollando una teoría de la interpretación específica para los principios."[120]

El reconocido autor, Miguel Carbonell, dice que "El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial".[121] Decimos nosotros: *una explosión conceptual de los principios en manos de los jueces, particularmente de los constitucionales.* Con ocasión de la afirmación de Carbonell vale la pena referir que Susana Pozzolo anota que "En la institución de la corte constitucional está la garantía de los derechos."[122]

Estas citas doctrinarias nos permiten entender parte de las exageraciones jurisprudenciales fundadas en la trillada primacía de los principios, o lo que es lo mismo, en el neoconstitucionalismo.

La corriente tantas veces referida viene a ser algo así como una interpretación jurídica preconcebida o prejuiciada a favor de los principios y en contra de las

---

118. Página 18.

119. Páginas 31 y 32.

120. Página 34.

121. En su obra "neoconstitucionalismo y derechos fundamentales". Cevallos editora jurídica. 2010. Quito-Ecuador. Página 26.

122. Página 31 de la obra citada.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

reglas. Ronald Dworkin en su obra "EL IMPERIO DE LA JUSTICIA"[123] plantea que "El derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir qué es el derecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el derecho. Las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial." Si efectivamente el Derecho es un concepto interpretativo, en épocas de neoconstitucionalismo es claro que constituye una interpretación con premisas y resultados ya preestablecidos: los principios vencen a las reglas en una batalla fratricida y sin razón verdadera determinante. El neoconstitucionalismo no es una corriente cualquiera. Su contenido clásico, la referida lucha fratricida, ha sido secundado de forma impresionante por diversas Cortes Constitucionales. La Corte ecuatoriana ha sido muy clara y ha generado abundante jurisprudencia en tal sentido. Mencionaremos algunos casos que reflejan la hostilidad hacia las reglas y algunos sobredimensionamientos:

1.- La sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 0038-08-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 637 de julio 20 de 2009, plantea[124] que "La legitimidad de una Corte Constitucional depende fuertemente de la capacidad de argumentar su interpretación de la Constitución y apelar mediante tal interpretación a las opciones y valores ciudadanos, como bien lo dice Robert Alexy: los jueces constitucionales ejercen una "representación argumentativa".

2.- La misma sentencia afirma[125] que "... no se puede sacrificar la justicia por el hecho de que las resoluciones hayan sido emitidas con anterioridad a la promulgación de la vigente constitución, teniendo presente que el mayor deber del Estado es el respeto y tutela de los derechos, de suerte que, lo argumentado por los señores jueces, en sentido contrario, carece de fundamento constitucional." (Con esta argumentación a favor del no sacrificio de la justicia la Corte Constitucional para el periodo de transición pretende justificar la aplicación retroactiva de la vigente Constitución).

---

123. Gedisa editorial. Editorial Gedisa S.A. Segunda edición. Barcelona. 2012. Páginas 287 y 288.

124. Página 15.

125. Página 23.

3.- En la sentencia No. 201-12-SEP-CC, caso No. 0643-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 756 del 30 de julio de 2012, la Corte Constitucional para el periodo de transición sostiene que: "En el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, los valores y los principios desempeñan un rol trascendental, y se imponen a las reglas, en la consolidación de la administración de justicia constitucional. La aplicación de los principios es esencial cuando la realidad exige una reacción y que se asuma posición ante esta, de conformidad con ellos. "Los principios, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor".[126]

4.- En la sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015, la Corte Constitucional (ya no la de transición) hace algunas importantes afirmaciones:

4.1.- "Cabe recalcar que dentro del Estado constitucional de derechos y justicia, los valores y los principios encuentran supremacía respecto de las reglas, en tanto, tienen como finalidad otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos, de acuerdo con las realidades, porque no solo se defiende el estatus personal de sus titulares, sino que se erigen en criterios hermenéuticos preferentes en la aplicación del derecho".[127] Nos permitimos destacar que *es completamente falso que los principios tienen como finalidad otorgar mayor eficacia a la protección de los derechos en relación con las reglas. Semejante afirmación es completamente carente de razón dadas las importantes diferencias que ya brevemente hemos destacado entre principios y reglas.*

4.2.- "El constitucionalismo moderno imprime vigentes cambios de paradigmas para la consecución de la justicia, es decir, se requiere de

126. Esta cita entre comillas obedece a una obra de Gustavo Zagrebelski: "El Derecho Dúctil", según la Corte.

127. Páginas 206 y 207.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

los jueces esfuerzos y razonamientos jurídicos eficaces mediante la aplicación de valores y principios constitucionales, concebidos como criterios axiológicos y superiores a las reglas, que permitan acceder a una administración de justicia efectiva…".[128]

4.3.- "La justicia constitucional propende la superación de los principios de la legalidad por los de juridicidad o constitucionalidad, imponiéndose el respeto y garantía de los derechos de las personas y de la naturaleza, Así, el cambio del paradigma de la mera legalidad por el constitucionalismo, establece la ruptura del modelo positivista clásico por el modelo garantista de los derechos en el que se establecen las radicales diferencias de representación de validez y vigencia de las leyes, entre legitimidad sustancial y legitimidad formal para la consecución de la justicia…".[129] En el mismo suplemento del Registro Oficial No. 504 de mayo 20 de 2015 en el que se publicó la sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, muy contundente respecto de los principios y los valores, se publicó otra sentencia, la número 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, en la que se afirma:[130]

"La seguridad jurídica, consiguientemente, proscribe la arbitrariedad **en función del relevante papel que se concede a la ley,**[131] principio de jerarquía normativa como mecanismo de defensa que asegura un trato igual de todos los ciudadanos ante la misma, frente a los posibles abusos de los órganos del Estado. Solamente así se garantiza como fin último que los derechos constitucionales se tutelen adecuadamente al. circunscribir los límites de las actuaciones de las autoridades públicas que determina la Constitución de la República."[132]

Por otro lado, a pesar de que la Corte nos habló de la superación del principio de legalidad, en la sentencia No. 334-15-SEP-CC, caso No. 1830-11-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 654 de

128. Página 207.
129. Página 207
130. Página 125 del Registro Oficial.
131. Las negrillas son nuestras.
132. Página 125.

diciembre 22 de 2015, categóricamente afirma lo siguiente: "Al respecto, es preciso señalar que una de las formas de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y por ende, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes es el principio de legalidad, así lo sostuvo la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en la sentencia No. 015-10-SEP-CC al manifestar que: "Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales…".[133]

En este mismo sentido hay varias sentencias:

1.- La contenida en la Gaceta Constitucional No. 30 de enero 25 de 2018, signada con el número 004-18-SEP-CC, caso No. 0664-14-EP.[134] En ella se sostiene, entre otros:

"Por lo que el derecho a la seguridad jurídica reconocido en la norma constitucional tiene como finalidad otorgar a la sociedad confianza mediante el conocimiento que sus derechos y obligaciones, así como el sometimiento de los órganos del poder público a normas jurídicas prestablecidas, de conocimiento público, y las cuales se aplican por autoridad competente. En último término, la seguridad jurídica implica la proscripción de la arbitrariedad." 2.- La sentencia No. 162-15-SEP-CC, caso No. 0789-10-EP, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 526 de junio 19 de 2015, que señala entre sus afirmaciones:

2.1.- "De ello se colige que la seguridad jurídica constituye un derecho y una garantía que permite que el contenido, tanto del texto constitucional cuanto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sean observadas y aplicadas en todas sus actuaciones por operadores jurídicos y por autoridades públicas investidas de competencia para ello generando de esta forma, en las personas, la certeza respecto al goce de sus derechos constitucionales."

133. Página 293.

134. Puede verse en el portal de la Corte Constitucional del Ecuador.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

2.2.- "En relación a este derecho constitucional, la Corte Constitucional ha señalado que: "El derecho a la seguridad jurídica es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente, debiendo además sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano".

3.- La sentencia No. 025-16-SEP-CC, caso No. 1816-11-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 593 de septiembre 23 de 2015: "Al respecto, es preciso señalar que una de las formas de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y por ende tutelar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes es el principio de legalidad, así lo sostuvo la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en la sentencia No. 015-10-SEP-CC al manifestar que: "(...) Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones como: el principio de la legalidad, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (...)"

"El citado principio se encuentra establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que prescribe: "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)".

"En aplicación del mismo, esta Corte debe identificar en el presente problema jurídico, si el derecho a la seguridad jurídica se transgredió por las autoridades jurisdiccionales, al resolver las controversias sometidas a su conocimiento, siendo su obligación la de observar la normativa vigente aplicable al caso concreto."

4.- La sentencia No. 192-14-SEP-CC, caso No. 2015-11-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 390 de diciembre 5 de 2014:

"En suma, esta Corte Constitucional constata que los jueces de la Tercera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, al emitir su sentencia, dentro de la acción de protección No. 920-2010, no observaron las disposiciones contenidas en los artículos 82 y 88 de la Constitución, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En tal virtud, es claro que la inobservancia de expresas disposiciones constitucionales y legales, no garantizan el derecho a la seguridad jurídica en la medida en que genera una situación de incertidumbre para las y los ciudadanos, inclusive de desconfianza en el sistema de justicia."

5.- La sentencia No. 129-14-SEP-CC, caso No. 2232-13-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 352 de octubre 13 de 2014: "De esta forma, corresponde a todas las autoridades competentes tutelar el cumplimiento del derecho a la seguridad jurídica, mediante la observancia de la norma constitucional y las disposiciones infraconstitucionales vigentes, con el objeto de que las personas tengan certeza sobre las soluciones que el ordenamiento jurídico otorgará a determinada situación."

6.- Sentencia No. 0016-13-SEP-CC, caso No. 1000-12-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 9 de junio 6 de 2013: "El juez que conoce de garantías jurisdiccionales de los derechos debe adecuar sus actuaciones a las normas constitucionales, legales y jurisprudenciales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano; por tanto, los filtros regulatorios para determinar su competencia se circunscriben a la vulneración de derechos constitucionales, mas no a problemas que se deriven de antinomias infraconstitucionales..."

F) UN PAR DE EQUÍVOCOS NEOCONSTITUCIONALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL[135]

1.- Un buen ejemplo de exageración respecto del papel de los principios lo encontramos en la sentencia No. 141-18-SEP-CC, CASO No. 0635-11-EP del

135. Nuestra crítica es conceptual. De ninguna manera ofensiva. No estamos dentro de los que condenan con carácter general las actuaciones de la última Corte Constitucional. Con frecuencia se la critica exageradamente.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

18 de abril de 2018[136] (el famoso caso laboral-constitucional de la empresa CERVECERÍA NACIONAL), en la cual la Corte Constitucional del Ecuador plantea que hay que aplicar las normas más favorables al trabajador "más allá de los periodos de vigencia - validez de tales disposiciones. De modo que, bien procede en las causas laborales la aplicación retroacti-

va de la ley, cuando ello se encuentre debidamente justificado, a la luz de los principios constitucionales citados." (Se refiere a los principios in dubio pro operario y favorabilidad). Esta afirmación, amigo lector, es la antítesis de la seguridad jurídica, pues la imperativa elección a favor de la norma más conveniente al trabajador, así como la forzosa aplicación de la disposición más favorable al trabajador en caso de duda *exigen como condición necesaria que las respectivas disposiciones* FORMEN PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. La aplicación de normas derogadas so pretexto de cualquier razón, invocación o teoría viola el derecho a la seguridad jurídica, ya que tales disposiciones no forman parte del sistema jurídico y sobre ellas no puede ni debe haber certeza en cuanto a su aplicación. Obviamente tampoco pueden ser objeto de "elección" para resolver un caso concreto, sea laboral, constitucional o de cualquier materia.

Para eliminar cualquier posibilidad de duda interpretativa copiaremos los párrafos pertinentes de la indicada sentencia:

"En este sentido, es importante tener presente que la sustanciación y resolución de las causas laborales tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional, se rigen por distintos principios constitucionales, entre estos, *in dubio pro operario* –antes analizado– y favorabilidad, reconocidos en el artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República, entendidos como, la obligación que tienen las autoridades de aplicar las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales que más favorezcan a los trabajadores.

Tal como lo ha señalado esta magistratura en sentencia No. 127-15-SEP-CC,

136. Puede verse en el portal de la Constitucional del Ecuador. https://portal. corteconstitucional. gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=141-18-SEP-CC.

caso No. 1812-12-EP, toda autoridad al momento de resolver un conflicto laboral, en función de los principios constitucionales antes mencionados, debe tener en cuenta el principio de aplicación más favorable a los derechos, esto es, optar por la situación más favorable en relación con el trabajador, por cuanto, la base fundamental de las actividades judiciales y administrativas constituye el respecto de los derechos y garantías de los justiciables. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha precisado que uno de los principios protectores del derecho laboral es el *indubio pro operario*,[137] en razón del cual, se entiende que en caso de la existencia de dos normas aplicables a una misma cuestión, el juez o la autoridad administrativa deberá escoger la más beneficiosa para el trabajador.

Lo dicho, implica entonces, la obligación de toda autoridad administrativa o jurisdiccional, al momento de resolver un conflicto laboral, de aplicar las disposiciones de orden infra constitucional que tutelen de mejor manera los derechos de la parte débil de la relación laboral, es decir, los trabajadores; esto, más allá de los períodos de vigencia - validez de tales disposiciones. De modo que, bien procede en las causas laborales la aplicación retroactiva de la ley, cuando ello se encuentre debidamente justificado, a la luz de los principios constitucionales citados."[138]

El mensaje es claro, elocuente y radicalmente equivocado: los principios tienen el poder jurídico suficiente para hacer revivir artificialmente las normas derogadas si es que son más favorables al trabajador o si han generado "duda" en cuanto a su aplicación en relación con una disposición vigente. Esto realmente puede dar lugar a muchos absurdos. Es posible, pues, "enfrentar" una norma vigente con una derogada, y ganará ésta si es más favorable que la que tiene vida jurídica efectiva, no fingida o asimilada. Igualmente podría haber "contradicción" entre una disposición que es parte del sistema jurídico y que tiene un sentido, con otra norma derogada que tiene un sentido diferente, y vencerá aquella que tiene la noción más favorable al trabajador. El supuesto que estableció la Corte Constitucional es claramente ficto: no puede existir realmente enfrentamiento entre

137. En el texto de la sentencia dice "*indubio por operario*", en un evidente error.

138. Las cursivas son nuestras.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

una norma que es parte del sistema jurídico con otra que no lo es por estar derogada. Para efectos de beneficiar al trabajador –fin noble– la Corte habilita la *resurrección* de la norma derogada para aplicarla al caso concreto, luego de lo cual regresa al cementerio. ¿Cuándo tendrá lugar esa "justificación" amparada en los principios indicados? pues cuando así lo considere procedente la autoridad administrativa o judicial en el caso concreto que deba decidir. ¡Vaya situación!

Lo determinado por el más alto órgano de administración de justicia constitucional es sencillamente caótico y una invitación a la arbitrariedad administrativa y judicial. El gran mensaje que queda es: los principios referidos (*indubio pro operario* y de favorabilidad) son idóneos para crear ficciones, convirtiendo, para la resolución del caso concreto, en vigentes normas que ya no forman parte del ordenamiento jurídico por estar derogadas; y, por lo mismo, pueden crear antinomias o conflictos normativos imposibles de ocurrir, pues para que hayan estas desavenencias es *condición necesaria* que las dos normas en choque estén vigentes, no que sólo una sea parte del sistema jurídico y otra no.

Esto no es Derecho Constitucional, tampoco Constitución material; no puede considerarse expresión de una corriente jurídica; es sencillamente una ficción, un atropello al Derecho y al ordenamiento jurídico de la República. Una violación del derecho a la seguridad jurídica, el cual presupone la existencia real de normas de Derecho, no la vida ficta de las mismas. El famoso artículo 82 de la Ley suprema ecuatoriana conceptualiza que:

"El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."

La determinación de la Corte implica el rompimiento de la garantía del ordenamiento jurídico,[139] pues aplicar una norma derogada aunque el

139. El artículo 3 numeral 4 de la Constitución del Ecuador establece entre los deberes primordiales del Estado, la garantía del ordenamiento jurídico. "**Art. 3.-** Son deberes primordiales del Estado: (...)

propósito sea muy noble es vulnerar el principio de que las autoridades deben hacer cumplir tal ordenamiento, obligación que es consecuencia jurídica del vínculo inescindible con el sistema jurídico. Es por ésta relación irreemplazable que, entre otros, el Estado garantiza el ordenamiento jurídico, que puede hacer realidad el derecho constitucional a la seguridad jurídica, que responde por los daños causados por su actuación, y que las autoridades no están exentas de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones. Por el vínculo necesario con la Constitución en el caso de Colombia su Ley suprema puede afirmar en el artículo 2[140] entre los fines esenciales del Estado: *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.* En Chile el artículo 6 de su Ley supremae[141] stablece que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República..."

En el caso ecuatoriano la universalidad del vínculo entre ciudadanos, autoridades e instituciones está establecida en el artículo 426 párrafo primero de la Ley máxima, el cual ordena que "Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución." La conexión con ésta genera la relación necesaria con el ordenamiento jurídico de la República, pues la garantía del ordenamiento jurídico está consagrada en el artículo 3 numeral 4 de la Constitución del Ecuador.

El gran profesor Eduardo García de Enterría expone"[142] respecto del vínculo de las normas con las autoridades: "Como ha dicho KAEGI, "lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la "fuerza vinculante bilateral de la norma"(IHERING), esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en contraposición a toda

4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico."

140. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20 politica%20 de%20Colombia.pdf.

141. Tomado de https://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/ senado/2012-01-16/093048.html.

142. En su obra "LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CIVITAS. THOMSON REUTERS. Cuarta edición. 2006. NAVARRA. Página 55.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

forma de Estado de privilegios de viejo cuño. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico."

La afirmación de la Corte Constitucional ecuatoriana equivale a crear una relación necesaria de las autoridades con la legislación derogada en caso de que ésta sea más favorable al trabajador, y en caso de "duda" respecto de la aplicación de una disposición vigente en relación con una derogada (Parece una broma, pues no hay ni puede haber duda sobre la aplicación de una disposición vigente en relación con una derogada, ya que ésta por no existir jurídicamente no puede ser considerada dentro del abanico de normas de posible ejecución).

En el artículo "TEORÍA DEL DERECHO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO", de Nicole Velasco Cano y Jairo Vladimir Llano[143] se destaca que "El neoconstitucionalismo pretende explicar el fenómeno de la Constitución como eje del Estado constitucional y democrático de Derecho, que se expresa por medio de los textos constitucionales incorporados recientemente por parte de los Estados contemporáneos. *Esta corriente, propia del Derecho Constitucional, pretende considerar a la Constitución como texto de principios, derechos, valores y normas superiores que rigen la actuación del Estado con res-*

pecto a los ciudadanos."[144] La irrealidad normativa objeto de nuestros comentarios no es neoconstitucionalismo; no es tendencia jurídica. Es barbaridad. Tampoco es Derecho Constitucional.

Debemos señalar que no somos defensores a ultranza de la ley. Los defectos e imperfecciones de ésta deben ser corregidos racionalmente por la jurisprudencia determinando el verdadero sentido de la norma, asignando un contenido, descartando otro, atribuyendo un efecto, negando una consecuencia, etc, utilizando para ello, entre otros, la rectoría de los principios, la jerarquía del ordenamiento jurídico. Rechazamos el anclaje

143. Tomado de https://www.researchgate.net/publication/307663024 Página 61.

144. Las cursivas son nuestras.

del positivismo jurídico extremo hacia los textos normativos, aquel que considera que la ley es la fuente de solución de todos los problemas de la sociedad; aquel que olvida las razones subyacentes de ella; aquel que estima que si la solución al específico problema no está determinado en el texto legal, el caso no tiene remedio, ignorando los principios que inspiran justamente a esa misma ley, los de mayor jerarquía, los principios constitucionales, los tratados internacionales, etc.

Ahora bien, es importante destacar que es imposible que en un Estado de Derecho no haya un grado forzoso, inevitable de positivismo jurídico, pues el principio de legalidad[145] es el origen de la competencia de las autoridades administrativas y judiciales, y a su vez el límite de su poder jurídico de actuación. La legalidad es un principio universal en el mundo jurídico latino. Recordemos que el artículo 226 de la Constitución de este Estado constitucional de derechos y justicia determina elocuentemente:

"Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."

En Chile el artículo 7 de su Ley máxima[146] consagra que:

"Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale." El principio de legalidad hace relevante a las leyes como vías de

145. Por muchos llamado actualmente de "juridicidad", en razón de procurar extender las fuentes de la competencia más allá de la Constitución y las leyes de la República.

146. Tomado de https://www.senado.cl/constitucion-politica-capitulo-i-bases-de-la-institucionalidad/ senado/2012-01-16/093048.html

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

regulación, precisión, aclaración, ampliación de contenido, confirmación, limitación de los derechos, según el caso. Por su vinculación directa con los derechos no es procedente la *hostilidad* en contra de ellas. Las leyes han sido más o menos trascendentes en función de los contextos en que se han desarrollado y aplicado. Así, valía más en épocas de legicentrismo, y disminuyó su impacto en épocas del constitucionalismo; *pero su papel no ha desaparecido, un grado de dependencia respecto de ellas se ha reducido efectivamente. Pero de ahí a considerar que la ley es pasado, que es cuestión de otros tiempos, que en el Estado constitucional ya casi no sirve por su inferior rango frente a la "superioridad" de los principios, hay una gran distancia. Las leyes, en grandes líneas, siguen siendo las reguladoras más amplias de los derechos, las delimitadoras de los mismos, quienes marcan el sendero de ellos sin perjuicio de la aplicación directa de la Constitución; las limitadoras clásicas de las actuaciones del poder público, y por ende el* **PARE** *que detiene las arbitrariedades de la administración pública y de la Función Judicial. Por su*

legitimidad política, entre otros factores, son más proclives que otras normativas a lograr eficacia social.

Por estas razones y otras ha sido y es injusto e irracional el sistemático ataque a que han sido y son sometidas por los cultores a ultranza del neoconstitucionalismo y por ciertos filósofos del Derecho sin ninguna práctica o visión profesional, ambos extremadamente críticos de quienes defienden la trascendencia de las leyes, sin llegar a venerarlas, sin sobrevalorarlas, sin maximizarlas respecto de los principios y del sentido del Derecho. Quien defiende el rol de las leyes ante ellos son frecuentemente "tachados" como "positivistas", haciendo de ésta calificación un sinónimo de "atraso" y de desubicación jurídica ante la modernidad del Derecho. Los extremos, sin duda, son malos consejeros. Los apasionamientos teóricos exagerados, los enamoramientos sin límites de corrientes jurídicas, también. De lado y lado (neoconstitucionalistas y positivistas) hay exageraciones muy pronunciadas, y por ende errores de peso.

Un ejemplo de exageración positivista podría ser, por la globalidad del

concepto *ordenamiento jurídico*, la disposición general tercera del nóvel *Código de Comercio del Ecuador, publicado en el suplemento del Registro Oficial* No. 497 *del* 29 *de mayo de* 2019, *que dispone:*

"TERCERA.- No se podrá ejecutar en Ecuador ninguna obligación que contradiga el ordenamiento jurídico ecuatoriano, particularmente la normativa que regula los créditos para vivienda." Esto significaría jurídicamente que, por ejemplo, cualquier Acuerdo Ministerial no obstante su ínfima jerarquía dentro del sistema jurídico podría impedir la ejecución de un laudo arbitral extranjero.

2.- La misma sentencia plantea otra "salvajada conceptual": "En razón de lo expuesto, esta magistratura colige que los jueces que conocen las distintas garantías constitucionales, están en la obligación de actuar-resolver en favor de los derechos y principios constitucionales, incluso más allá de cualquier regulación de orden legal; ello, en algunos casos, sumado al amplio margen de actuación con el que cuentan los juzgadores, puede ocasionar actuaciones alejadas de las reglas infra-constitucionales. De ahí que, en principio, las actuaciones de un juez en el contexto de la justicia constitucional –destinadas a garantizar los derechos y normas constitucionales–, en función del método de subsunción y sobre la base de un ejercicio de legalidad, puede generar que las mismas sean calificadas por parte de las autoridades jurisdiccionales como delito de prevaricato. Aquello, implicaría entonces una suerte de sobreponer una figura penal a los fines y objetivos que persigue el Estado constitucional de derechos y justicia y las garantías jurisdiccionales; *ocasionando a su vez, un efecto disuasivo en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, en el sentido que, los jueces constitucionales, ante la posibilidad que sus actuaciones sean calificadas como "fallar o proceder ante ley expresa" –delito de prevaricato–, optarían por actuaciones formales y no garantes de la tutela de los derechos y en consecuencia desconectadas con el diseño constitucional.*

En efecto, la figura del delito de prevaricato, en el sentido de fallar en contra de ley expresa, es propia del Estado legal, en el que la máxima

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

expresión del derecho y la fuente hemónica[147] **es la ley; con lo cual, este tipo penal no se compadece con el sistema de fuentes del Estado constitucional**,[148] en el que se reconoce como manifestaciones jurídicas vinculantes, es decir fuentes del derecho, a la jurisprudencia, políticas públicas, justicia indígena, bloque de constitucionalidad, entre otras fuentes.

(...)

En este contexto, esta Corte Constitucional, sobre la base de las consideraciones jurídicas antes expuestas y en virtud de las atribuciones establecidas en el artículo 436 numerales 3 y 6 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 76 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; *en aras de una correcta tutela de los derechos constitucionales, y, a fin de salvaguardar la autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional*[149] y en unidad de criterio con el precedente Número 003-10-SIC-CC, determina que el delito de prevaricato, tanto en la legislación penal derogada como en la actual legislación, no se aplica en el contexto de la justicia constitucional. Es decir las actuaciones de las juezas y jueces, cuando intervienen en el conocimiento y resolución de garantías constitucionales, no son susceptibles de subsumirse en la conducta típica descrita en la infracción denominada como prevaricato; por tanto, no pueden ser procesados y mucho menos sancionados penalmente por dicho tipo penal."

A continuación, nuestros comentarios:

1.- Es evidentemente falso que los jueces que conocen garantías constitucionales estén algo así como *condenados a la subsunción propia de las descripciones legales* y por ello no queda más que reconocerles jurisprudencialmente *el privilegio de no tener que respetar las leyes de la República*, pues no otra –el irrespeto a las leyes– es la explicación

147. Debería decir "hegemónica", pero en el texto de la sentencia consta "hemónica".

148. Las negrillas son nuestras.

149. Las cursivas son nuestras.

jurídica para excluir la posibilidad de cometer el delito de prevaricato cuando resuelven sobre garantías constitucionales, pues tal delito se configura esencialmente porque estando obligados los jueces a aplicar un mandato expreso de la ley no lo hacen, violentando su obligación de actuar positivamente. Tal obligación surge necesariamente como efecto de su imperativo de respetar las leyes de la República. El respeto genera la consecuencia de deber imponerlas.

El juez que conoce de garantías constitucionales no está obligado a la verificación de la *clásica subsunción cuando aplica la Constitución*, pero igual hace un ejercicio de subsunción. Su papel es el de comprobar si efectivamente se han violado derechos reconocidos en la Constitución, y en función de ello actuar en consecuencia. El juez debe auscultar si la hipótesis de violación del derecho reconocido constitucionalmente planteada por el demandante efectivamente se ha producido, y por lo mismo confirmar si la descripción que da lugar a la *procedencia* de la correspondiente garantía constitucional se ha cumplido; es decir, si la conducta del agente se subsume en la pertinente norma constitucional. Luego, el juez que conoce de las garantías referidas, insistimos, también hace un ejercicio de análisis de subsunción respecto de los hechos frente a la norma jurídica; sólo que es una subsunción diferente, pues la norma objeto de análisis es de rango constitucional y las descripciones propias de este tipo de disposiciones son más breves que las legales.

Aquello de que "los jueces constitucionales, ante la posibilidad que sus actuaciones sean calificadas como "*fallar o proceder ante ley expresa*" –delito de prevaricato–, optarían por actuaciones formales y no garantes de la tutela de los derechos y en consecuencia desconectadas con el diseño constitucional" *¡¡¡es pura especulación!!!*

2.- Con frecuencia las leyes viabilizan el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución no obstante el dogma de su directa e inmediata aplicación según el principio contenido en el párrafo primero

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución del Ecuador.[150] Es decir, la ley puede perfectamente y en forma válida hacer ciertos desarrollos respecto de derechos contenidos en la Constitución. Si llegase a darse el caso de que a título de facilitar el ejercicio de los derechos lo que se hace es entorpecerlos, afectar su contenido esencial, entonces el juez deberá aplicar la Constitución como norma jerárquica superior ante el conflicto surgido con la norma de rango inferior, y superar así la afectación del derecho reconocido constitucionalmente. Pero esta situación debe entenderse lógica y racionalmente que es una excepción, no una regla. No es, pues, este evento infrecuente un sustento determinante para justificar la no necesidad de respetar la ley pertinente por parte de los jueces que conocen garantías constitucionales.

3.- Justificar la exclusión de la posibilidad de cometer el delito de prevaricato en la hipótesis planteada dizque "en aras de una correcta tutela de los derechos constitucionales, y, a fin de salvaguardar la autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional" para nada constituye un razonamiento jurídico de peso, ni siquiera razonablemente creíble, pues no hay ninguna relación de causalidad necesaria entre no aplicar la ley pertinente en un caso concreto de garantía constitucional y la "autonomía, independencia e imparcialidad de la justicia constitucional". Lo uno no lleva a lo otro en forma real ni aparente.

El argumento de la "correcta tutela de los derechos constitucionales" tampoco es útil para sustentar la posición de la Corte, ya que de igual manera no hay relación de causalidad necesaria. En definitiva, la Corte Constitucional plantea quebrar el mandato supremo de *acatar y cumplir la ley* como símbolo de deber y responsabilidad ciudadana. En efecto, el artículo 83 numeral 1 de la Constitución vigente ordena:

"Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los

150. Que dice: "**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte..."

ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente."

Pero no sólo eso. La posición de la Corte supone también romper la básica e irreemplazable regla de que "Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones..." contenida en el artículo 233 párrafo primero de la Ley suprema.

Por lo demás, la varias veces referida exclusión implica una discriminación respecto de los jueces que no conocen de garantías constitucionales, pues la Corte no los trata jurídicamente de igual manera a pesar de que ambos deben resolver conflictos judiciales. Esto en rigor de razonamiento, pues en la práctica sería un despropósito gigantesco universalizar la irresponsabilidad ante la quiebra del deber de aplicar las leyes pertinentes en el caso concreto.

El principio de legalidad y la necesidad de cumplirlo no son un juego. Ya la Constitución publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967 determinaba con elocuencia en el artículo 3 que "Todo órgano del Poder Público es responsable, y no puede ejercer otras atribuciones que las consignadas en las normas legales."

El juego argumentativo que hemos referido obedece a un patrón conceptual: dejar sentada la prevalencia de los principios (no el de legalidad) sobre las reglas.

4.- Aquello de que la figura del delito de prevaricato en el sentido de fallar en contra de ley expresa es propia del **Estado legal,** es, lamentablemente, una afirmación temeraria que supone el desconocimiento de una realidad jurídica incontrastable: la vigencia plena del principio de legalidad, reconocido ya, como hemos revisado, en un sentido menos acabado que el actual, en el artículo 3 de la Constitución de 1967, y confirmado en diversas

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Constituciones ecuatorianas, y por supuesto en la actual. Parecería según la Corte que el principio de legalidad no está vigente en el Estado constitucional de derechos y justicia proclamado en el artículo 1 de la Ley Suprema. Pero no hay tal, el artículo 226 de la Constitución lo describe explícitamente. Y más aún, el Estado ecuatoriano sigue siendo un Estado de Derecho.

El principio de legalidad pudo ser más enfático en el Estado legal de Derecho, pero está plenamente vigente y es imperativamente aplicable y exigible en el Estado constitucional de derechos y justicia; lo que no significa que no haya una sólida primacía de la Constitución. Si analizamos en perspectiva la afirmación de la Corte Constitucional es claro que habría un razonable espacio para considerar que cualquier infracción administrativa o penal fundada en la exigibilidad del cumplimiento de ley expresa ha perdido eficacia jurídica. La razón es obvia: hemos "superado" el Estado legal de derecho. Nos rige el Estado constitucional de derechos y justicia. Además: igual razón, igual disposición. El espacio al que hacemos referencia también alcanzaría a la administración pública, situación realmente delicada, pues la ley es la fuente de la competencia administrativa a la vez que el freno o límite de las actuaciones de las autoridades y servidores de la misma naturaleza.

De un plumazo la Corte Constitucional –lo afirmamos, como siempre, con respeto– en la sentencia referida "mató" la necesidad de respetar la ley expresa, como sinónimo de regla, por parte de los jueces que conocen garantías constitucionales. *La razón de fondo de tan singular proceder es el privilegio de los principios por sobre las reglas, lo cual es muy propio del neoconstitucionalismo.* Para nosotros, lo decimos una vez más, el problema está en la estandarización o generalización de la primacía de los principios sobre las reglas. Aquellos pueden efectivamente derrotar a éstas, pero no por el solo hecho de ser tales.

Este tipo de actitudes jurisprudenciales puede desencadenar respuestas legislativas que minimicen la trascendencia de los principios y maximicen la de las reglas. En Ecuador se publicó en tiempo reciente –en plena pandemia

de coronavirus– una norma legal en el sentido indicado. En efecto, el artículo 4 letra a), en su parte final, de la Ley Orgánica de Alimentación Escolar publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 187 del 21 de abril de 2020 determina con total claridad:

"El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa..."[151] Una cosa es crear argumentativamente Derecho a través de la jurisprudencia, y otra muy distinta, dar rienda suelta a la irracionalidad jurídica. Una interesante sentencia, la C-836/ 01, de la Corte Constitucional de Colombia[152] destaca:

"*Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales...*"

VII. CONCLUSIONES

1.- El Derecho no es una ciencia exacta ni absoluta. Su desenvolvimiento y aplicación dependen de una serie de elementos, técnicos y operativos. Su estructura debe necesariamente recoger elementos de moralidad, pues el ser humano es moral. No obstante, la incorporación de expresiones de moralidad puede restarle objetividad, pero es un precio que hay que pagar, pues desentenderse de esa necesidad puede traer consecuencias peores. ¿Cuántas porciones de moralidad deben tener las normas jurídicas? Difícil respuesta. Radicalizar la moral como componente del Derecho y sus normas es un grave error. El Derecho no es la moral que se canaliza por medio de normas jurídicas. Es regulación que debe tener ingrediente moral. El *deber ser* en función

151. Las cursivas y negrillas son nuestras.

152. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CIJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

de la moralidad y de otros factores como los principios y los valores siempre será un tema difícil.

2.- Aquello de que la Constitución es axiológica, que está llena de valores, da para construir las respuestas más extremas por parte de la respectiva Corte Constitucional, situación bastante delicada, pues cada Corte puede tener –naturalmente– apreciaciones diferentes respecto del deber ser, a su vez por factores *de tipo personal* de sus integrantes.

Richard A. Posner[153] se refiere a la ideología judicial y a los factores personales, entre otros, en los siguientes términos:

"La ideología no es el único recurso al que acceden los jueces cuando han de tomar decisiones en aquellas cuestiones que caen en la zona abierta. Pero tal y como sugiere la literatura actitudinal, es uno de los más importantes, de modo que habremos de reflexionar sobre las fuentes de la ideología judicial, tema fascinante donde los haya, y sin embargo, poco estudiado. Los valores religiosos y morales están entre tales fuentes y son a su vez producto de cómo crecimos, de qué educación recibimos, de cuáles son nuestras principales experiencias vitales, nuestras experiencias laborales, y características personales que pueden, a su vez, traer aparejadas el tipo de experiencias que un individuo trata de tener. Las características personales incluyen la raza, el sexo, la etnia y otros elementos innatos que identifican a la persona, pero también el temperamento, que conforma no solo nuestros valores, sino también predisposiciones tales como la timidez y la audacia, que influyen el modo en que una persona responde ante las circunstancias."

La carga axiológica de las sentencias puede ser, entonces, con frecuencia, reflejo de la axiología constitucional. Tenemos que vivir con ello. Robert Alexy[154] planteó hace mucho tiempo que "mediante la incorporación de la moral por la vía de la pretensión de corrección, el derecho se encuentra

153. En su obra "COMO DECIDEN LOS JUECES". Marcial Pons. Madrid. 2011. Página 112.

154. En su obra "El concepto y la naturaleza del derecho". Marcial Pons. MADRID. 2008. EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A. Página 49.

a sí mismo cargado con los problemas del conocimiento y la justificación moral. Y ésta no es una carga pequeña."

3.- Maximizar la trascendencia de los principios y minimizar la de las reglas, y viceversa, es un grave error. Las posiciones extremas pueden dar lugar a reacciones del mismo tipo.

4.- El principio de legalidad no es incompatible con el Estado constitucional. Por ende, sigue vigente y mantiene su eficacia jurídica. Conserva su rol de ser fuente de competencia administrativa y judicial, así como de freno a la arbitrariedad.

5.- La sociedad y el Derecho necesitan y exigen una jurisprudencia racional, sobria, bien argumentada, libre de apasionamientos intelectuales, particularmente en el campo constitucional. La idealidad del Derecho, así como la funcionalidad de las instituciones jurídicas pueden ser gravemente afectadas si estos elementos no se cumplen. La lucha por el Derecho debe conducirnos a una lid intensa, diáfana y leal por los derechos. Son batallas para las que siempre debemos prepararnos. La victoria depende en parte de nosotros y en parte del legislador y de los operadores jurídicos. Cada uno tiene su derecho y los abogados estamos para batallar por él. La lucha por ese *poder jurídico* es una contienda a favor de la sociedad; por ello y por nosotros mismos debemos conducirla con honor, con firmeza y sin tregua.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE QUITO O PACTO SOLEMNE DE SOCIEDAD Y UNIÓN ENTRE LAS PROVINCIAS QUE FORMAN EL ESTADO DE QUITO. De 15 de febrero de 1812. Trama Ediciones. 2012. ASAMBLEA NACIONAL. REPÚBLICA DEL ECUADOR.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DEL ECUADOR, de 1830, contenida en la obra "CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR" de Federico Trabucco. Universidad Central –Editorial Universitaria– Quito-Ecuador, 1975.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO ECUATORIANO, publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 449 de octubre 20 de 2008.

"CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR". Federico Trabucco. Universidad Central –Editorial Universitaria– Quito-Ecuador, 1975.

LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 481 del 6 de mayo de 2019. CÓDIGO DE COMERCIO del Ecuador, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 497 del 29 de mayo de 2019.

LEY ORGÁNICA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 187 del 21 de abril de 2020.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, compilada por Jorge Ortega Torres. Décima quinta edición, actualizada. Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia. 1985.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Tomado de https:// www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20 de%20 Colombia.pdf.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Tomado de https:// www.senado.cl/constitucion-politica-capituloi- bases-de-la-institucionalidad/ senado/2012-01-16/093048.html.

Sentencia No. 341-17-SEP-CC, caso No. 0047-16-EP, publicada en la Gaceta Constitucional No. 27 de octubre 27 de 2017. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=341-17-SEP-CC.

Sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 0038-08-EP, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 637 de julio 20 de 2009.

Sentencia No. 201-12-SEP-CC, caso No. 0643-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 756 del 30 de julio de 2012.

Sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia No. 334-15-SEP-CC, caso No. 1830-11-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 654 de diciembre 22 de 2015.

Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia No. 004-18-SEP-CC, caso No. 0664-14-EP, contenida en la Gaceta Constitucional No. 30 de enero 25 de 2018. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=004-18-SEP-CC,

Sentencia No. 162-15-SEP-CC, caso No. 0789-10-EP, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 526 de junio 19 de 2015. Sentencia No. 025-16-SEP-CC, caso No. 1816-11-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No 593 de septiembre 23 de 2015.

Sentencia No. 192-14-SEP-CC, caso No. 2015-11-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 390 de diciembre 5 de 2014.

Sentencia No. 129-14-SEP-CC, caso No. 2232-13-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 352 de octubre 13 de 2014.

Sentencia No. 0016-13-SEP-CC, caso No. 1000-12-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 9 de junio 6 de 2013.

Sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, de la Corte Constitucional para el

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 del 2 de diciembre de 2008.

Sentencia No. 141-18-SEP-CC, caso. No. 0635-11-EP, del 18 de abril de 2018, conflicto laboral – constitucional, CERVECERÍA NACIONAL. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria. aspx?numdocumento=141-18-SEP-CC.

Sentencia C-836/01 de la Corte Constitucional de Colombia. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm.

"EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS". Miguel Hernández Terán. Cevallos Editora Jurídica. Quito. Ecuador. 2016. Artículo

"¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?", de autoría de Miguel Hernández Terán, incluido en la revista "NOVEDADES JURÍDICAS", número 160, de octubre de 2019. Ediciones Legales. Quito-Ecuador.

Artícul**o** "¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES?", de autoría de Luis Fernando Castilla Córdova. Tomado de https://revistas.juridicas.unam.mx/index. php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7511.

"CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO". Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Civitas Ediciones, S. L. Décima edición. Madrid. 2000.

Artículo "ORDENAMIENTO JURÍDICO Y CONTROL JURÍDICO". Miguel Hernández Terán. Publicado en el número 122 de la revista "NOVEDADES JURÍCAS". Ediciones Legales. Agosto de 2016. Quito-Ecuador.

"LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL". Eduardo García de Enterría. Civitas. Thomson Reuters. Cuarta edición. 2006. NAVARRA.

Artículo "TEORÍA DEL DERECHO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y MODELO

DE ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO", de Nicole Velasco Cano y Jairo Vladimir Llano. Tomado de https://www.researchgate.net/publication/307663024.

Artículo "NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO", de Susana Pozzolo, contenido en el libro "Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos". Palestra Editores. Lima 2011. Primera Edición.

"EL IMPERIO DE LA JUSTICIA". Ronald Dworkin. Gedisa editorial. Editorial Gedisa S.A. Segunda edición. Barcelona. 2012.

"COMO DECIDEN LOS JUECES". Richard A. Posner. Marcial Pons. Madrid. 2011.

"APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO". Luis Prieto Sanchís. Editorial Trotta. COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS. Serie Derecho. Sexta Edición. Madrid. 2011.

"NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES". Miguel Carbonell. Cevallos editora jurídica. 2010. Quito. Ecuador.

"EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO". Robert Alexy. Marcial Pons. MADRID. 2008. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

IV. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

"El CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS". Miguel Hernández Terán. Cevallos editora jurídica. Quito-Ecuador. 2016.

"APUNTES DE TEORÍA DEL DERECHO". Luis Prieto Sanchís. Editorial Trotta. Sexta edición. Madrid-España. 2011. "CUESTIONES PROBATORIAS". Marina Gascón Abellán. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. 2012.

"LOS HECHOS EN EL DERECHO". Marina Gascón Abellán. Marcial Pons. Tercera Edición. Madrid-España. 2010.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

"TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES". Robert Alexy. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2012.

"EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO". Robert Alexy. Marcial Pons. Madrid. 2008.

"LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE LOS JUECES". Rafael Hernández Marín. Marcial Pons. Madrid. 2008.

"LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA". Robert Alexy. Editorial Comares. Segunda Edición Ampliada. Granada, España. 2010.

"EL IMPERIO DE LA LEY UNA VISIÓN ACTUAL". Francisco Laporta. Editorial Trotta. Madrid. 2007.

"EL ESTADO COMO LEGISLADOR DAÑOSO Y SU RESPONSABILIDAD REPARADORA". Miguel Hernández Terán. MURILLO EDITORES. 2017.

Guayaquil-Ecuador. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

"EL GOBIERNO DE LAS NORMAS". Giovanni Battista Ratti. Marcial Pons. Madrid. 2013.

"UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS". Ronald Dworkin. Siglo veintiuno editores. Buenos Aires. 2012.

"LA LEY Y SU JUSTICIA". Gustavo Zagrebelsky. Editorial Trotta. 2014. Madrid. "LOS DERECHOS EN SERIO". Ronald Dworkin. Editorial Ariel Derecho. Barcelona. España. 2002.

"EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS". Luis Prieto Sanchís. Editorial Trotta. Madrid. 2013. "EL SENTIDO DEL DERECHO". Manuel Atienza. Ariel Derecho. Barcelona. España. 2003.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DE QUITO O PACTO SOLEMNE DE SOCIEDAD Y UNIÓN ENTRE LAS PROVINCIAS QUE FORMAN EL ESTADO DE QUITO. De 15 de febrero de 1812. Trama Ediciones. 2012.

ASAMBLEA NACIONAL. REPÚBLICA DEL ECUADOR. CONSTITUCIÓN DEL ESTADO DEL ECUADOR, de 1830, contenida en la obra "CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR" de Federico Trabucco. Universidad Central –Editorial Universitaria– Quito-Ecuador, 1975.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO ECUATORIANO, publicada en el Registro Oficial No. 133 del 25 de mayo de 1967.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de agosto de 1998.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, publicada en el Registro Oficial No. 449 de octubre 20 de 2008.

"CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR". Federico Trabucco. Universidad Central –Editorial Universitaria– Quito-Ecuador, 1975.

LEY ORGÁNICA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 481 del 6 de mayo de 2019.

CÓDIGO DE COMERCIO del Ecuador, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 497 del 29 de mayo de 2019.

LEY ORGÁNICA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 187 del 21 de abril de 2020.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, compilada por Jorge Ortega Torres. Décima quinta edición, actualizada. Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia. 1985.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Tomado de https:// www.

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20 de%20 Colombia.pdf.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Tomado de https://www.senado.cl/constitucion-politica-capituloi- bases-de-la-institucionalidad/senado/2012-01-16/093048.html.

Sentencia No. 341-17-SEP-CC, caso No. 0047-16-EP, publicada en la Gaceta Constitucional No. 27 de octubre 27 de 2017. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=341-17-SEP-CC.

Sentencia No. 011-09-SEP-CC, caso No. 0038-08-EP, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 637 de julio 20 de 2009.

Sentencia No. 201-12-SEP-CC, caso No. 0643-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 756 del 30 de julio de 2012.

Sentencia No. 090-15-SEP-CC, caso No. 1567-13-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia No. 334-15-SEP-CC, caso No. 1830-11-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 654 de diciembre 22 de 2015.

Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12-EP, de la Corte Constitucional, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 504 del 20 de mayo de 2015.

Sentencia No. 004-18-SEP-CC, caso No. 0664-14-EP, contenida en la Gaceta Constitucional No. 30 de enero 25 de 2018. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=004-18-SEP-CC.

Sentencia No. 162-15-SEP-CC, caso No. 0789-10-EP, publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial No. 526 de junio 19 de 2015.

Sentencia No. 025-16-SEP-CC, caso No. 1816-11-EP, publicada en el suplemento

del Registro Oficial No. 593 de septiembre 23 de 2015. Sentencia No. 192-14-SEP-CC, caso No. 2015-11-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 390 de diciembre 5 de 2014.

Sentencia No. 129-14-SEP-CC, caso No. 2232-13-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 352 de octubre 13 de 2014.

Sentencia No. 0016-13-SEP-CC, caso No. 1000-12-EP, publicada en el segundo suplemento del Registro Oficial No. 9 de junio 6 de 2013.

Sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, de la Corte Constitucional para el periodo de transición, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 479 del 2 de diciembre de 2008.

Sentencia No. 141-18-SEP-CC, caso No. 0635-11-EP, del 18 de abril de 2018, conflicto laboral – constitucional, CERVECERÍA NACIONAL. https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria. aspx?numdocumento=141-18-SEP-CC.

Sentencia C-836/ 01 de la Corte Constitucional de Colombia. Tomado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm.

Artículo "¿RESISTIRÁ LA LEY LA HOSTILIDAD DEL NEOCONSTITUCIONALISMO?", de autoría de Miguel Hernández Terán, incluido en la revista "NOVEDADES JURÍDICAS", número 160, de octubre de 2019. Ediciones Legales. Quito-Ecuador.

Artículo "¿EXISTEN LOS LLAMADOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES?", de autoría de Luis Fernando Castilla Córdova. Tomado de https://revistas.juridicas.unam.mx/index. php/cuestiones-constitucionales/article/view/5726/7511.

"CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO". Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Civitas Ediciones, S. L. Décima edición. Madrid. 2000.

Artículo "ORDENAMIENTO JURÍDICO Y CONTROL JURÍDICO". Miguel Hernández

Aclaración: Los trabajos de doctrina que se publican en el CJJur no representan necesariamente ni comprometen la opinión de la Institución.

Terán. Publicado en el número 122 de la revista "NOVEDADES JURÍCAS". Ediciones Legales. Agosto de 2016. Quito-Ecuador.

"LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL". Eduardo García de Enterría. Civitas. Thomson Reuters. Cuarta edición. 2006. NAVARRA.

Artículo "TEORÍA DEL DERECHO, NEOCONSTITUCIONALISMO Y MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL CONTEXTO COLOMBIANO", de Nicole Velasco Cano y Jairo Vladimir Llano. Tomado de https://www.researchgate.net/publication/307663024.

Artículo "NOTAS AL MARGEN PARA UNA HISTORIA DEL NEOCONSTITUCIONALISMO", de Susana Pozzolo, contenido en el libro "Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos". Palestra Editores. Lima 2011. Primera Edición.

"EL IMPERIO DE LA JUSTICIA". Ronald Dworkin. Gedisa editorial. Editorial Gedisa S.A. Segunda edición. Barcelona. 2012.

"COMO DECIDEN LOS JUECES". Richard A. Posner. Marcial Pons. Madrid. 2011.

"NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES". Miguel Carbonell. Cevallos editora jurídica. 2010. Quito-Ecuador.