

# ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: EL MODELO PONDERATIVO DE ALEXY Y ATIENZA EN LA PRAXIS JURÍDICA ECUATORIANA

*Legal Argumentation: the ponderative model of Alexy  
and Atienza in ecuadorian legal practice*

DOI: <https://doi.org/10.69633/hg7e3m02>

Recibido: 21/06/2025 Aceptado: 19/08/2025

\* Diana Karolina Zumba Romero

<https://orcid.org/0009-0000-7461-2972>

Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Central  
dianazumba1387@hotmail.com

\*Abogada de los  
Juzgados y Tribunales  
de la República por la  
UTMACH-Ecuador.  
Especialista y Magister  
en Derecho Penal por  
la Universidad Andina  
Simón Bolívar-Sede  
Nacional Ecuador.  
Magister en Derecho  
Constitucional por la  
Universidad Andina  
Simón Bolívar  
- Sede Nacional  
Ecuador. Magister en  
Derecho Mención en  
Argumentación Jurídica  
y Litigación Oral por la  
Pontificia Universidad  
Católica del Ecuador.  
Doctoranda de Derecho  
Constitucional de la  
Universidad Andina  
Simón Bolívar-Sede  
Central. Asesora Jurídica  
en la Ex Coordinación  
Zonal 7 MAGAP-El Oro.  
Analista en Participación,  
Rendición de Cuentas y  
Control Social Provincial  
en el CPCCS-El Oro.  
Actualmente funcionaria  
judicial en la Fiscalía de  
El Oro-Ecuador.

## RESUMEN

Este trabajo versa sobre una temática de amplio interés jurídico internacional y de Latinoamérica en particular; región en la que la argumentación y fundamentación jurídica en el ámbito constitucional adquirió especial relevancia desde el llamado constitucionalismo latinoamericano. El objeto de estudio de esta investigación está determinado en los modelos de argumentación jurídica aplicables a la realidad del Ecuador, Estado constitucional de derechos y justicia, que exige a las resoluciones judiciales estar debidamente motivadas; es decir, contener argumentos que respalden las decisiones que se asuman, de manera que los modelos o estructuras argumentativas permitan la construcción de argumentos sólidos sobre una tesis o teoría del caso.

De acuerdo con la revisión de literatura especializada, se abordan los modelos argumentativos y ponderativos de Robert Alexy (*test de proporcionalidad*) y Manuel Atienza (*derrotabilidad*), como esquemas de última ratio, adaptables a la resolución de “casos complejos” en Ecuador.

Esto invita a quienes están vinculados al ámbito jurídico: abogados litigantes, fiscales o jueces a revisar estos elementos a momento de presentar o considerar una defensa técnica nominal, eficiente y eficaz. En consecuencia, ensayar o hacer ejercicios de argumentación jurídica, a través de los modelos propuestos.

**Palabras clave:** *argumentación jurídica, modelos argumentativos, reglas, principios, subsunción, ponderación, derrotabilidad.*

## ABSTRACT

This work deals with a topic of broad international legal interest and particularly in Latin America; a region where legal argumentation and reasoning in the constitutional field have gained special relevance since the so-called Latin American constitutionalism. The object of study of this research is determined by the models of legal argumentation applicable to the reality of Ecuador, a constitutional state of rights and justice, which requires judicial decisions to be duly motivated; that is, to contain arguments that support the decisions made, so that the argumentative models or structures allow the construction of solid arguments on a thesis or case theory.

According to the review of specialized literature, the argumentative and evaluative models of Robert Alexy (proportionality test) and Manuel Atienza (defeasibility) are addressed as last-resort schemes, adaptable to the resolution of “complex cases” in Ecuador.

This invites those involved in the legal field—litigating lawyers, prosecutors, or judges—to consider these elements when presenting or evaluating a nominal, efficient, and effective technical defense. Consequently, it encourages practicing or conducting exercises in legal argumentation through the proposed models.

**Keywords:** *legal argumentation, argumentative models, rules, principles, subsumption, weighing, defeasibility*

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, en el campo del derecho, la capacidad más elevada que debe tener un abogado es su capacidad argumentativa, que sin duda marcará la diferencia en el mundo profesional de la oferta de servicios jurídicos, alta competitivo. De tal modo que, clara señal entre el éxito o fracaso de quienes se dedican a la práctica jurídica, es la argumentación de sus postulados. Entonces, la argumentación tiene una preponderante importancia en la vida diaria porque es aplicada en los diversos ámbitos que incluye el derecho.

La teoría de la argumentación jurídica, adquiere valor en Ecuador, a partir del contenido de la Constitución de Montecristi (2008), enmarcado en la doctrina del neoconstitucionalismo latinoamericano. De modo que figuras de esta corriente como “Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell y Susana Pozzolo manifiestan el acierto del cambio del positivismo al constitucionalismo que ha enfrentado nuestro país” (Andrade; 2020; p. 50), corrientes que se contraponen entre sí porque se refieren a realidades distintas, desde su concepción fundamental, del derecho.

El neoconstitucionalismo ecuatoriano corresponde a un modelo constitucional que otorga un papel central a los derechos humanos, la justicia social y la participación ciudadana, además de que fortalece el control constitucional y la figura del juez constitucional. Este nuevo modelo se sustenta en estos valores y principios estructurales, que en el positivismo legal no se tomaron en cuenta, debido a la aplicación de la ley por encima de la Constitución. Y, en consecuencia, se constituye en el “motivo para transformar la práctica del derecho en el sistema de justicia ecuatoriano, porque no es suficiente el ejercicio tradicional del derecho para las exigencias del sistema

constitucional actual” (Escudero; 2009; p. 95) se requiere de verdaderos intérpretes y argumentadores que traduzcan la justicia del ideal a la praxis diaria.

En este contexto, se abre camino a un cambio de paradigma que no excluye del todo el formalismo lógico porque la “teoría estándar de la argumentación jurídica reconoce que el razonamiento jurídico tiene un componente lógico-deductivo ineliminable” (Lozada y Ricaurte; 2015; p. 35). Por ello, toda argumentación jurídica siempre podrá elaborar un *silogismo o inferencia silogística* que la represente y, si resulta insuficiente, estará acompañada de *buenas razones*, encaminadas a *convencer y persuadir* para sostener la tesis presentada. Estos elementos, en su orden respectivo, constituyen las tres dimensiones de la argumentación jurídica: *la formal, la material, y, la pragmática* (Atienza; 2013; p. 176). Este contexto transforma el modelo argumentativo puramente legalista a “boca de la ley”, aplicado por los jueces y al que se habían adaptado los profesionales del derecho, a otro esquema que recrea, en el pensamiento jurídico, valores y principios constitucionales. Antes de ponderar, es preciso subsumir para arribar a la solución de un problema jurídico complejo.

En esta antesala del escenario argumentativo, cobra vital importancia el rol de los jueces en la motivación de las decisiones judiciales, constituyéndose en una exigencia dentro del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia en el que “los individuos no se conforman con una apelación, sino que exigen razones” (Ricaurte; 2022; p. 33) y el juez está obligado a argumentar o expresar los motivos por los que considera que su decisión es la correcta. Esta dinámica argumentativo jurisdiccional “fortalece los vínculos de legitimidad democrática” (López; 2017; p. 69) en el país, evitando fallos contrarios al derecho.

Estos cambios estructurales que trajo el constitucionalismo, redefinieron el sistema de administración de justicia en el Ecuador, estableciendo nuevos estándares para el cumplimiento de la actividad jurisdiccional, lo que fue complejizando la labor del juez en la aplicación del derecho. El juez pasa a tener un rol más activo y de trascendencia que en el anterior Estado positivista. Además, aparece una clara diferenciación entre casos fáciles y difíciles que pone en jaque mate a la actividad judicial. Se establece un modelo formalista que reposa en los silogismos jurídicos con base en la subsunción para la resolución de los casos fáciles; mientras, este modelo, que estructura otros métodos de argumentación jurídica. Por ejemplo, la ponderación de Alexy y Atienza para la resolución de casos difíciles.

La mayoría de casos de la casuística judicial no presentará problemas al juez que avoque su conocimiento, se resolverán fácilmente siempre que el caso en específico se subsuma en una regla general. Pero habrá casos en los que la regla no bastará porque diversos valores y principios, comúnmente, entran en conflicto; circunstancia que requiere el auxilio de otros métodos para analizar la importancia relativa de cada valor o principio en el contexto propio del caso concreto para, desde ese análisis tomar una decisión. No por ello la subsunción será dejada de lado, contrariamente todo paso previo a la ponderación consiste en aceptar la existencia de dos principios en pugna.

Como regla general, todos los jueces del Ecuador deben motivar sus resoluciones judiciales, lo que exige de una justificación o buenas razones que permitan construir premisas fácticas y normativas que deberán estar presentes en la motivación de las

sentencias, conforme lo contempla la Constitución del Ecuador (art. 76, numeral 7, literal 1). El esquema argumentativo por excelencia para los denominados casos fáciles es la subsunción como “una apuesta a la actividad racional del legislador y una concepción mecanicista de la decisión judicial” (López; 2015; p. 54) aplicable cuando intervienen normas cerradas, concretas y específicas (reglas). Pero este sistema argumentativo resulta insuficiente en la jurisdicción constitucional, ya que los jueces constitucionales, para practicar un análisis argumentativo, se apoyan en la ponderación porque procuran la solución de problemas relacionados con normas abiertas, generales y abstractas (principios).

Pero, *¿qué criterio debería adoptar el juez para catalogar técnicamente a un determinado caso, puesto a su conocimiento, como fácil o difícil?*, sumándose a este problema principal, otros subproblemas a solucionar. Podemos citar como ejemplos: *¿qué esquemas de argumentación jurídica se deben emplear en los casos fáciles, a diferencia de los difíciles y por qué?*; y, *¿de estos, qué esquemas argumentativos escapan al límite de las normas y abren espacios de liberalidad en los jueces, con riesgos de arbitrariedad en el fallo judicial?*, es ineludible resolver estos problemas jurídicos debido a que el formalismo educó al juez de tal modo que, el único camino a seguir exigía la resolución de todos los casos sin distinción alguna como fáciles (Vásquez; 2020; p. 41), con la consecuente aplicación de una regla mediante la subsunción. Dicho a grosso modo, se mutilaba la estructura en el pensamiento argumentativo del juez, no se generaba debate alguno, de acuerdo con la regla contenida en la ley.

Las respuestas a las dudas de cómo diferenciar entre un caso fácil o difícil y la aplicabilidad del silogismo o la ponderación,

parece que podemos encontrarlas en la Constitución, la jurisprudencia o la doctrina. La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) marca un aporte teórico importante: el eje temático de la ponderación y consecuente *test* de proporcionalidad como método viable para la resolución de casos difíciles ha evolucionado, brindando herramientas para que los jueces confieran una respuesta correcta al problema planteado, disminuyendo la posibilidad de error judicial dada la necesidad de que se motive con base en razones suficientes. En este marco, cabe la interrogante: *¿cómo debe resolver el juez común, que no se mueve en sede constitucional, cuando se le presentan normas contrarias a la Constitución?*, ante esta realidad fáctica en el texto constitucional se establece:

“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...” (CE, 2008, art. 428).

De lo que se puede colegir que la Constitución, de 1998, desarrollaba de una manera más clara, el control difuso de constitucionalidad del poder de los jueces de instancia, para inaplicar los preceptos contrarios a la Constitución; sin embargo, esto no significa que el control difuso de constitucionalidad se haya eliminado de la Constitución de 2008, sino que coexiste con el control concentrado de constitucionalidad. Los jueces de garantías jurisdiccionales ejercen control difuso, aplican la ponderación de principios como método de resolución de conflictos; mientras que los jueces ordinarios que consideren una regla inconstitucional, como no pueden realizar una

simple inferencia silogística, deben elevar a consulta de constitucionalidad la norma que genere duda si esta viola los derechos constitucionales, de modo que la CCE ejerza el control, concentrado, con la aplicación de la ponderación como metodología aceptada por su eficiencia para resolver este tipo de conflictos.

Por ello, es indispensable realizar una aproximación conceptual a la ponderación desde las teorías de Alexy y Atienza (2005) y determinar sus coincidencias, diferencias o complementariedades, dado que es el método acogido en la actividad jurisdiccional en Ecuador para dar respuesta a los casos difíciles. Si bien, ambos teóricos utilizan la ponderación como una herramienta para resolver conflictos entre principios tienen un enfoque y justificación diferente. Alexy (2001) presenta a la norma como una herramienta basada en la fórmula del peso para determinar qué principio debe prevalecer en una situación en particular; mientras que Atienza enfatiza en la necesidad de ponderar en los casos difíciles que no tienen reglas claras para la toma de decisiones.

Desde la perspectiva de Alexy, como ejercicios de argumentación jurídica, la ponderación, a través del test de proporcionalidad resuelve: 1. la tensión de los derechos de libertad de honor vs. la libertad de expresión en el contexto del holocausto de la II Guerra Mundial; o, 2. la pugna entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad vs. la integridad personal, en el caso de la abogada que fue impedida de ingresar a una cárcel en Ecuador porque estaba vestida con una falda corta.

Desde la visión de ponderación de Atienza (2013), en su teoría de la derrotabilidad de las normas, se entiende en sus variantes:

1. Laguna normativa con el análisis ponderativo de la ausencia de norma para concertar matrimonio entre personas del mismo sexo; y, 2. Laguna axiológica, esquema ponderativo analizado a la luz de la no penalización del aborto únicamente de las mujeres dementes. Lo que de manera objetiva demostrará que en la línea jurisprudencial del Ecuador adoptó la ponderación como mecanismo de resolución de los casos difíciles.

## MÉTODOS

En el presente artículo científico se aplicó una investigación de corte jurídico con carácter teórico-dogmático, compuesta de dos etapas:

**a) Fase descriptiva** que permitió identificar el problema interpretativo. Determinar la naturaleza de la indeterminación en el marco de normas en lo semántico, lo lógico y lo sistemático, lo que permitió catalogar técnicamente un caso como “difícil”, con el fin de vencer el principio de conservación de la norma y abrir la posibilidad del análisis axiológico, sea bajo el esquema de Alexy (2001) o el de Atienza (2013). Esto tuvo como soporte un análisis histórico, para ilustrar el recorrido de la norma y las diferentes interpretaciones de las que fue objeto en el tiempo. Finalmente, se dio espacio a la doctrina y su consistencia; y,

**b) Fase prescriptiva**, que se caracteriza por la presentación de alternativas interpretativas, aplicando los esquemas analizados y a más de explorar otros esquemas para demostrar que no resultan o son insuficientes, justificando la composición de una matriz axiológica en los análisis argumentativos en casos difíciles. A partir de ello, emergen nuevas opciones teóricas y nuevas formas de ir más allá de la norma positiva o silogismo, por urgencia. Con el fin de encontrar el método argumentativo idóneo e identificado para sostener principios, valores y coherencias con el sistema.

## RESULTADOS

### *La Argumentación Jurídica*

La argumentación es parte de la cotidianidad, a menudo se utilizan razones o argumentos para defender diferentes ideas o puntos de vista en la práctica discursiva. Esta emplea argumentos lógicos, coherentes y demostrables, con el objeto de convencer o persuadir al otro para que opte por la tesis que se le ofrece. De modo que, en términos generales, la argumentación se ha convertido en un arte que tiene su origen en épocas anteriores, cuando las escuelas de filosofía se dedicaban a comprender y afianzarla, teniendo como máximos exponentes a Platón (c. 427-347 a. C.) y Aristóteles (384-322 a. C.).

Por tanto, la argumentación jurídica se ha ido construyendo, complementando y perfeccionando en el tiempo, con base en planteamientos que, en un primer momento, no conciernen de manera exclusiva al ámbito jurídico. Es así como, Stephen Toulmin, Chaïm Perelman y Theodor Viehweg (Suárez y Conde; 2015; p.39) realizan aportes desde el área de la comunicación, la retórica y la solución de problemas de la vida práctica. Estos conceptos se han convertido en trascendentales para la construcción de la teoría de la argumentación jurídica y se remonta a la década de 1950, del siglo pasado.

En 1958 Toulmin, un filósofo, autor y educador británico, desarrolló un modelo de argumentación, aunque ciertamente no era jurista, nos dio unas pistas suficientemente claras e ilustrativas sobre cómo funciona la argumentación. Su modelo es estándar para todas las ciencias que incluyen al derecho. Este modelo incorpora seis elementos interconectados: afirmación, fundamento, justificación, respaldo, calificativo modal y refutación; busca trascender las formas lógicas tradicionales, como el silogismo, para analizar argumentos en contextos

reales (Restrepo; 2021; p. 173). Una ejemplificación sencilla podría ser (Tabla 1):

**Tabla 1**

*Esquema Argumentativo de Toulmin*

*El presidente Daniel Noboa ganó las elecciones en Ecuador en segunda vuelta. (afirmación)*

*La mayoría de la población es anticorreísta; y, (fundamentos o datos) para no permitir que gane Luisa González, quien es una candidata correísta, la gente votó por Noboa (garantía), como pasó en la primera vuelta (respaldo).*

**Nota.** Ejemplificación de elaboración propia, con base en la Teoría de la argumentación (Toulmin; 2003;p.89).

El modelo de Toulmin plantea, como característica principal, el alejamiento de la lógica formal, sirviendo como base en el camino de la edificación de la teoría de la argumentación jurídica que arranca del razonamiento jurídico (Ureta; 2012, p. 40), teniendo esta última, su punto más alto en el neoconstitucionalismo o constitucionalismo latinoamericano, a fines del siglo XX.

La argumentación jurídica, por tanto, requiere de un bagaje de conocimiento, habilidades y destrezas cada vez más amplio, cada vez más sofisticado en la formación de los juristas que se fundamenta sobre tres dimensiones (Atienza; 2013, p. 20). Una argumentación requiere del dominio de los principios de la lógica, desde la construcción de un silogismo en su sentido más elemental (formal), y de corte aristotélico hasta ejercicios de más profundidad como pueden ser las argumentaciones ponderativas, de proporcionalidad e incluso de uso de precedentes nacionales o extranjeros impregnado, además, de buenas razones (material).

Debiendo tomar en cuenta que el objetivo de la argumentación jurídica es el de convencer, es necesario aplicar una metodología que permita persuadir (pragmática), determinar una forma en que la que el intérprete o argumentador puede convencer al público (jueces o espectadores). Por lo tanto, es vital hacer varias consideraciones en la construcción argumentativa sobre una teoría del caso en concreto: qué alcance van a tener los argumentos expuestos, niveles de corroboración argumentativa y fuentes que van a nutrir una argumentación, de manera que sean absolutamente aplicables las nuevas tecnologías en la búsqueda de respaldos legales, jurisprudenciales o axiológicos - doctrinarios para una buena tesis argumentativa.

### ***La Argumentación en el Estado Constitucional***

En el Estado liberal del positivismo el juez era el garante de la ley, de ahí aquel señalamiento de que los jueces eran a “boca de la ley”; mientras que, en el Estado constitucional de derechos, su figura garantiza los derechos fundamentales de las personas que se encuentran contenidos en el texto constitucional (Ávila; 2007). En este ámbito, es superlativo que el juez abandone ese inactivismo caracterizado por la mera aplicación de la ley, recobrando un rol protagónico con una actuación que procure garantizar los principios y valores constitucionales a prima facie.

Actualmente en la argumentación jurídica tienen relevancia quienes ejercen la función jurisdiccional, naturalmente que es inexorable que haya jueces con una buena formación argumentativa, dado que en buena medida la argumentación es lo que le da soporte y fundamento, suponiendo un apoyo importante en su tarea diaria. Esto le otorga legitimidad en el orden formal, derivada de su nombramiento como juzgador, pero esa legitimidad material de la tarea de quienes imparten justicia tiene que ver con el hecho que argumenten bien.

No basta con emitir un fallo otorgando razones, sino que esas razones deben ser “buenas razones” que respalden la decisión (Atienza; 2013). Más en un Estado constitucional de derechos y justicia como el ecuatoriano (CRE; art. 1) donde la motivación de las decisiones judiciales es una exigencia constitucional (CRE; art. 76, numeral 7, literal 1), de modo que el juez debe justificar las razones por las que adoptó determinada decisión (Ricaurte; 2023). El camino del juez es complejo debido a que debe transitar por los siguientes pasos o niveles del pensamiento argumentativo en su labor:

1. Para establecer técnicamente si se trata de un caso fácil o difícil lo hará recurriendo al grado de complejidad del caso (Lozada y Ricaurte; 2015), de modo que cuando se trate de un caso difícil se tornará inútil el mecanismo de interpretación tradicional; 2. Una vez establecido que se trata de un caso fácil se resolverá por subsunción, contrariamente si se trata de un caso complejo se utilizará la ponderación; 3. Por generalidad el juez aplicará la subsunción, encontrará la regla preestablecida por el legislador que encaje al hecho específico, aplicándola al caso en concreto. 4. Los métodos alternativos son de última ratio y en su esquema no excluyen a la subsunción, sino que la utilizan como apoyo previo y como parte del mecanismo para establecer la complejidad del caso en estudio. Y, 4. Los jueces jamás deben permitir que los espacios de liberalidad o apreciaciones subjetivas al realizar la ponderación los conlleve a arbitrariedad judicial.

Para la visión lógico formal del razonamiento jurídico “en el Derecho todos los casos son fáciles. Mientras que para las teorías estándar de la argumentación jurídica (como las de Alexy, MacCormick, Atienza, Aarnio, etc.), además de casos fáciles, en el Derecho hay casos difíciles” (Lozada y Ricaurte; 2015).

En esto punto de reflexión judicial, es preciso cuestionarse: ¿cómo el juez puede arribar a una respuesta correcta?; y, ¿que no esté plasmada de la dictadura de sus propias opiniones? porque el proceso cognoscitivo de argumentar tendrá un tinte de la posición teórica del interprete- argumentador (juez), sin embargo, su resolución deberá estar impregnada de objetividad. El resultado de esta objetividad dependerá de las fuentes científicas (ley, doctrina o jurisprudencia) a las que el juez acuda para elaborar sus argumentos o razones que respalden su decisión.

Retomando la dinámica de legitimación democrática centrada en motivación de las sentencias, ésta no exige “una respuesta correcta, sino la mejor justificable posible, esto es una solución, una respuesta que pueda ser aceptada por la comunidad” (Atienza; 2009). Aunque para cada caso de la realidad social que presente relevancia jurídica no existe una sola respuesta correcta, si se debe tener una respuesta final, lo que obedece a la certeza fundada en el principio de seguridad jurídica (CRE; art. 82) propia del Estado constitucional. Empero en este contexto, el juez debe buscar y articular la mejor respuesta posible para que sea aceptada en el imaginario social.

### ***Modelos argumentativos***

Un modelo argumentativo es una herramienta práctica que sirve para diseñar un esquema de ordenamiento de los argumentos, relacionarlos entre sí, analizarlos y estructurar la teoría del caso, traducida a un texto o discurso jurídico compuesto por proposiciones fácticas (afirmaciones de hecho) que deberán tener un respaldo jurídico (afirmaciones de derecho), para que el juez las considere válidas. (Taruffo; 2012, p. 45).

Existen teorías de la argumentación precursoras y de estándar. Las primeras procuran divorciarse de la lógica formal en su modelo del razonamiento jurídico. Al contrario, las segundas aceptan que la lógica formal es una arista importante de la dimensión argumentativa (Atienza; 2013, p. 30). Esto implica que el silogismo jurídico participa en las argumentaciones jurídicas, tanto en los casos fáciles como en los difíciles. Sobre la argumentación jurídica, encontraremos varios modelos argumentativos, entre ellos, la subsunción y la ponderación que se complementan en los procesos argumentativos.

### ***La subsunción***

La subsunción comprende un modelo positivista que acepta las normas promulgadas por el legislador, como un acto racional supremo del que nada cabe cuestionar (López; 2015, p. 55). De modo que en la subsunción, describiría al proceso de administración de justicia como un acto que determina los hechos facticos y posterior a su valoración conviene insertarlos en una norma (regla) que contiene la solución al caso en concreto.

La resolución jurídica, de esta manera, estaría justificada por el solo hecho de que deriva de una norma jurídica preestablecida y válida; es decir, adecuada para el caso en concreto, sometido a inferencia silogística. Por supuesto, la norma deberá ser adaptable a la descripción de la conducta subsumible para el tipo abstracto previsto en esta.

Todo modelo de silogismo está compuesto de una justificación interna que da cuenta de los casos fáciles; cuando en los casos difíciles se precisa de una justificación externa. La justificación interna se refiere a la validez lógica de las inferencias en un razonamiento, asegurando que la conclusión se derive

válidamente de las premisas. Al contrario, la justificación externa se enfoca en la corrección material de las premisas, dicho de otra manera, las premisas normativa y fáctica son correctas si están bien fundamentadas.

La justificación interna es meramente deductiva, se relaciona directamente con el silogismo jurídico que se asienta en las razones operativas que tienen el carácter de las reglas (Lozada y Ricaurte; 2015, p. 44). Por ende, se trata de encajar un hecho fáctico, de un caso individual, en el supuesto hecho de una regla, para establecer la calificación jurídica.

En este modelo del silogismo, la sentencia se constituye en el razonamiento silogísticos hechos son la premisa menor que se subsumen en la norma aplicable funcionan como premisa mayor y dan lugar a la conclusión jurídica; el fallo judicial.

Así, podemos explorar este método, valiéndonos de un caso en concreto; supongamos que al juez penal se le plantea el siguiente problema argumentativo: si, que es el dueño de un pitbull que mordió el rostro de Pedro, es responsable por los daños causados por su animal. La argumentación en la que se apoye el juez podría seguir los siguientes lineamientos:

**Tabla 2**  
*Esquema silogístico*

Premisa mayor:	"El dueño de un animal es responsable de los daños causados por este, aun después que se haya suelto o extraviado" (Código Civil, art. 2226).
Premisa menor:	"El pitbull de Juan mordió a Pedro en el rostro y le causó lesiones" (hecho particular).
Conclusión:	"Juan está obligado a reparar los daños constituidos en el daño emergente y lucro cesante causados a Pedro" (aplicación de la norma al hecho).

*Nota.* Elaboración propia, con base en la Teoría del silogismo jurídico (López; 2015; 5.)

Con base en el ejemplo, observamos que la norma general, sobre reparación de daños causados a terceros, por el dueño de un animal (cuasi delito) es aplicable en este caso. El silogismo jurídico ayuda a justificar la decisión judicial porque muestra de qué manera, la norma puede adecuarse a un hecho concreto.

### ***La ponderación***

La ponderación es un proceso argumentativo que subyace a la subsunción, aplicada en los denominados casos difíciles, sus exponentes Alexy y Atienza (2009) coinciden en que es aplicable cuando dos principios están en franca coalición; sin embargo, el primero, Alexy, desarrolla la teoría del peso para su solución y Atienza se afianza en su determinación de los casos difíciles, herramienta resolutoria aplicable por la derrotabilidad de la norma. Estos modelos argumentativos son los más adecuados en la realidad ecuatoriana, por la dificultad planteada en la resolución de ciertos casos complejos y que hace inútil la aplicación de mecanismos interpretativos tradicionales.

La ponderación es la solución para los principios contradictorios; se nutre de las razones en conflicto. Cuando hay un problema entre principios, es preciso ponderar, pero, no por ello, la subsunción es menospreciada porque el paso previo a la ponderación, es la constatación de la pugna de dos principios. Pero antes de ponderar hay que subsumir, esto quiere decir que es necesario verificar que el campo de aplicación es el de los principios y no el de las reglas.

### ***Modelo Ponderativo de Robert Alexy***

La Teoría de las normas de Robert Alexy (2001), pretende superar las limitaciones del silogismo jurídico y se respalda en

la ponderación. El punto de arranque para el entendimiento de la teoría de la dualidad y convivencia entre reglas y principios en el ordenamiento jurídico, hay que comprender que las reglas son normas que pueden, o no, ser cumplidas. Si una regla es válida, entonces hay que cumplir sus exigencias; estas contienen determinaciones fácticas basadas en supuestos jurídicos. Los principios, en cambio, son normas o mandatos de optimización porque ordenan que algo sea realizado, en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Cuando derechos o principios entran en conflicto, la discrepancia se resuelve mediante la ponderación, considerando como inicio, la igualdad de las normas en conflicto, cuya diferencia debe solucionarse mediante ponderación de los intereses contrapuestos, a fin de establecer cuál de los principios que tienen el mismo rango abstracto precede al otro, en el caso ya descrito. Para esto se aplica el test de proporcionalidad que, explicado por Alexy (2001), reposa en el principio de proporcionalidad, compuesto, a su vez, por tres subprincipios: a. idoneidad; b. necesidad; y, c. proporcionalidad en sentido estricto (p. 35), Esto se entiende de la siguiente manera: los primeros dos principios se refieren a la optimización relativa de las posibilidades fácticas. Significa entonces que, una norma-principio que limite a otra norma-principio (de considerable importancia) para satisfacerlo (Alexy; 2001) debe ser idónea para obtener el fin esperado, y debe ser necesaria, para que no alcance su finalidad a un costo menor. Mientras que el tercer principio se relaciona con la optimización, en cuanto a las posibilidades normativas de aplicación.

Al igual que el silogismo, la ponderación consta de una estructura compuesta de tres elementos: a. ley de ponderación;

b. fórmula del peso; y, c. cargas de la (Espinoza; 2025; p.71;). Analizados uno a uno, estos elementos, permiten una comprensión integral de la ponderación en sus diversas formas:

**Tabla 3**

*Estructura de ponderación en el Modelo de Alexy*

Categoría	Aristas	
Identificación de los principios en conflicto	A	B
Test de proporcionalidad	Idoneidad Necesidad Proporcionalidad	
Pesaje	A	B
Carga argumentativa	Motivos suficientes	

*Nota.* Elaboración propia, con base en la Teoría de las normas de Alexy (Espinoza; 2025; p. 95).

La ley de ponderación se puede formular en el sentido de que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción o realización del otro” (Alexy). Lo que se relaciona directamente con la ponderación en sentido estricto. De esta ley se colige la necesidad de: 1) determinar el grado de afectación o intervención del principio que ha sido afectado. 2) establecer cuán importante es satisfacer al principio afectante; y, 3) valorar si el grado de satisfacción del principio afectante realmente justifica la afectación del principio afectado (2001, p.27).

La fórmula del peso de Alexy se basa en una proposición matemática que determina el grado de afectación de un derecho o principio, en una escala de tres grados: leve, medio

y grave. La ponderación dependerá del peso de los principios en conflicto.

### ***La Carga Argumentativa***

Esta carga se entiende como el resultado en que los principios en pugna mantienen un empate de valores, tras la aplicación de la fórmula y se obtiene un peso idéntico. Es necesaria una argumentación razonable, a favor del respeto de un principio sobre el otro.

Podemos citar un hecho acontecido en España. Este enseña que para realizar un análisis ponderativo e posible considerar precedentes jurisprudenciales extranjeros: Robert Alexy (2001) es la guía para ponderar principios del texto constitucional español en conflicto: la libertad y el honor (art. 18.1) vs. el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1), analizado por el reportaje: *Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle* (El Tiempo, julio 1985). Este texto fue realizado con base en las declaraciones de León Degrelle, quien, hacia conocer su postura respecto de la actuación nazi con los judíos, durante la II Guerra Mundial. En sus declaraciones, Degrelle sostuvo que alemanes nazis no habrían ejecutado el exterminio en contra de los judíos belgas.

Con motivo de esta publicación, Violeta Friedman (7 de noviembre de 1985), presenta una demanda, en el Juzgado de Primera Instancia, para la protección civil del derecho al honor en contra del periodista que realizó el reportaje Juan Girón, el director de la Revista Julián Lago y León Degrelle. La pretensión de la accionante se basaba en que las alegaciones afectaban su derecho al honor --ya que era la única sobreviviente de su familia, exterminada en el campo de concentración de Auschwitz-- porque el reportaje pretendía cambiar la historia y llamaba mentirosos

a los sobrevivientes de esa guerra. Sin embargo, la demanda fue negada en primera instancia, por falta de legitimación activa. El 9 de febrero de 1988 Friedman presentó un recurso de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de Madrid, instancia que, posteriormente, declaró “sin lugar” la demanda. Después, la sobreviviente presentó un recurso de casación por infracción de la ley ante la Sala Primera del Tribunal Supremo de España. Friedman entregó un recurso de amparo contra la sentencia de casación, alegando que se le habían vulnerado los derechos al honor, tutela judicial efectiva e igualdad y no discriminación. (Tribunal Español; Sentencia 214/1991).

Mientras, Degrelle respondió que sus declaraciones obedecieron al uso de su derecho a la libertad de expresión, considerando que podía declarar sobre lo ocurrido con el pueblo judío. La accionante respondió que la realidad histórica y el material relacionado con la dinámica nazi – judía no ocurrió como aseguró Degrelle, recordó que ella vivió los horres perpetrados contra los judíos cuando era una niña y perdió a su familia.

Para entender este argumentativo, es preciso comprender que esta situación muestra una coalición de principios: el derecho a la libertad al honor vs. el derecho a la libertad de expresión. Después, es necesario comprender el alcance de cada una de estas normas, especialmente el derecho a la libertad de expresión, contenido en la Constitución Española (CE). Se colige que no se trata de un derecho absoluto sino relativo, cuyo límite es la afectación en la esfera del derecho al honor. Si bien este último tiene un carácter inminentemente personal, y en las aseveraciones de Degrelle no se menciona a la señora Friedman, esto no significa que la publicación no haya vulnerado el derecho al honor de la demandante.

La accionante es una sobreviviente del holocausto nazi, por tanto, es una víctima del hecho. Narrar una historia distinta a la ocurrida en realidad, considerando que los judíos no fueron víctimas de los nazis y que todo lo dicho con anterioridad era exagerado, provocó que la accionante fuera desacreditada y esto afectó su honor. En el caso citado, existe una evidente tensión entre el derecho a la libertad de expresión de Degrelle frente al derecho al honor de Friedman, por lo que el método operable para la resolución del problema planteado, la mejor herramienta es la ponderación.

Es evidente que ambos derechos no pueden entrar en vigencia a la vez, uno tendrá que sobreponerse sobre el otro. Se debe poner en una balanza el derecho a la libertad de expresión vs. el derecho al honor. Así, en el ejercicio ponderativo se busca determinar:

a) **Juicio de idoneidad:** ¿La restricción a la libertad de expresión de Degrelle, considerando que sus palabras excedían en demasía ese derecho es idónea para proteger el derecho al honor y la dignidad de Friedman? Sí, porque determinar que sus afirmaciones constituirían expresiones de odio que negaban el exterminio nazi, afectaban la memoria de las víctimas y la dignidad de Friedman, evitando la normalización del discurso de odio, con la excusa de libertad de expresión e información de la comunidad.

b) **Juicio de necesidad** ¿Existen medidas menos gravosas que permitan salvar el derecho al honor de Friedman, sin limitar la libertad de expresión? Pues no. Para el Tribunal Constitucional no bastaba con el reproche social o una réplica en medios: dado el carácter ofensivo y degradante hacia las víctimas del holocausto, era forzoso que un fallo judicial reconociera el

daño y definiera límites. En este orden de ideas, la intervención judicial se constituyó en un medio menos lesivo y necesario.

c) ***Juicio de proporcionalidad en sentido estricto*** ¿El sacrificio del derecho a la libertad de expresión de Degrelle es mayor que el beneficio que obtiene Friedman en la protección de su honor y de la dignidad de las víctimas? No, porque el Tribunal Constitucional definió que el beneficio, la protección del honor, memoria y dignidad de las víctimas del Holocausto y sus descendientes. Evidentemente, la determinación superó con claridad la supuesta pérdida de la libertad de expresión de Degrelle, más cuando su discurso era de odio. En suma, el límite impuesto era proporcional y justificado.

En la ponderación entre los derechos en conflicto se aplicó el principio de proporcionalidad, considerando circunstancias fácticas como: el contenido de la información, gravedad de la lesión y la titularidad de quien alegaba una transgresión. En este caso, se trataba de una información que no obedecía a la realidad, la lesión fue grave ya que incitó al menosprecio de una persona perteneciente a un grupo étnico (judío), titular del derecho al honor.

Debido a este choque de derechos, uno debe ceder frente al otro; la ponderación declarararía la vulneración del derecho al honor de la señora Friedman y las víctimas del holocausto.

En un hecho ecuatoriano, en el que también fue posible aplicar el modelo argumentativo de ponderación, respecto de los estereotipos que promueven la discriminación, por razones de género, a las mujeres. (CCE; Sentencia 751-15-EP/21):

El 2 de febrero del 2015, la abogada Tania Vázquez acudió al Centro de rehabilitación social Turi (CRS-Turi), para brindar asesoría jurídica a una cliente detenida en el centro, pero no pudo ingresar, ya que los guías penitenciarios argumentaron que, por protocolo, no podía entrar a este espacio con un vestido corto porque ponía en peligro su integridad y la de las personas privadas de la libertad (ppls).

No existe una normativa o principio que sustente la determinación por el CRS- Turi. Por eso es necesario aplicar el test de proporcionalidad de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales (art. 3), con el objeto de establecer una ponderación de los derechos en conflicto: 1. El derecho a la integridad y seguridad de la abogada y ppls vs. 2. Los derechos y libertades de la abogada. Estableciéndose:

1. Respecto si la medida persigue un fin constitucionalmente válido, se verifica que la medida busca proteger la integridad de las mujeres que ingresan al CRS-Turi y de las ppls, por tanto, la medida persigue un fin válido.

2. En cuanto a la idoneidad de la medida se determina que restringir el ingreso al CRS- Turi a las mujeres por el uso de un vestido corto, no se relacione con la protección de la integridad de la accionante y las ppls, a diferencia de un zapato de plataforma que si podría configurar peligro si dentro del mismo, que podría servir para guardar sustancias como droga u objetos cortopunzantes, se entiende que no se trata de una medida idónea para alcanzar el propósito, constitucionalmente válido.

3. Respecto a si existe una medida menos gravosa que logre el mismo objetivo. Sin duda, existen estas medidas menos

gravosas que garanticen la seguridad de la abogada y no era necesario impedir que ingresara al Centro de rehabilitación.

4. Finalmente, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, habría que buscar un justo equilibrio entre la prohibición (derecho a la integridad de la accionante) y restricción (derecho a la igualdad y la no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, derecho a presentar quejas y derecho a acceder a bienes y servicios públicos de calidad). La medida restrictiva no resultó equilibrada, la supuesta protección de la integridad física de la abogada no justificó la decisión de los encargados del CRS – Turi.

### **Modelo Ponderativo de Manuel Atienza**

El modelo argumentativo de Manuel Atienza, está constituido por las dimensiones formal, material y pragmática (2013). Este sostiene que la clave para la argumentación de los fallos judiciales, se encuentra en las normas (dimensión formal) y en las buenas razones (dimensión material) de un caso específico, lo que supone darle prioridad a esta segunda dimensión en la composición del pensamiento argumentativo. Con la dialéctica y retórica (dimensión pragmática) se busca que el juzgador quede convencido de sus determinaciones. Estas tres dimensiones son fundamentales en este modelo argumentativo, necesario para comprender el Derecho derecho en una sociedad que responde a valores y principios constitucionales.

Cuando el juez conoce casos difíciles porque no pueden ser resueltos, mediante la normativa existente, solo queda recurrir a la ponderación. Atienza (2013) considera la ponderación cuando las reglas del sistema no proveen una respuesta adecuada y es necesario recurrir a principios o valores axiológicos.

En este modelo ponderativo, es indispensable distinguir entre dos tipos de lagunas en el nivel de las reglas (Espinosa; 2025): a. Las normativas: cuando no hay una regla o pauta específica de conducta que regule el caso; y, b. Las axiológicas: cuando la regla existe, pero establece una solución axiológicamente inadecuada.

**Tabla 4**  
*Estructura de ponderación en el Modelo de Atienza*

Categoría	Aristas	
a. Determinación de regla aplicable al caso	Existe	No existe
b. Derrotabilidad de normas	Laguna axiológica	Laguna normativa
c. Identificación de principios fuerza		
d. Construcción de argumentos		

*Nota.* Elaboración propia, con base en la Teoría de la derrotabilidad de Atienza (2013, p.20).

El modelo ponderativo aplicado en la penalización del aborto, tiene ciertas exclusiones. Si un juez conoce un caso en el que una mujer haya sido víctima de violación sexual y, consecuentemente, abortó, este sería un caso difícil que no podría ser resuelto por el silogismo jurídico.

Este hecho recae en la categoría de laguna axiológica porque, si bien el aborto no es penalizado, siempre que se cumpla la excepcionalidad: “...Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental...” (COIP, art. 150 numeral 2), la regulación existe, pero está reglada de forma inadecuada, porque el legislador no tuvo en cuenta que tanto la mujer con discapacidad mental como la víctima de violación se encuentran en situaciones de vulnerabilidad e imposibilidad de brindar el consentimiento,

perpetrándose en su contra un acto sexual forzado, aquello debió ser observado por el asambleísta de lo contrario se ha transgredido el principio de igualdad y no discriminación.

Se supone que el legislador no tuvo en cuenta la distinción en cuestión (ausencia de consentimiento en el embarazo, como resultado de una violación sexual), por ello no la ha previsto, de haberla considerado, hubiera dado una solución a la criminalización del aborto en estas circunstancias, evitándose así la generación otros subproblemas derivados como los relacionados con la salubridad pública.

El supuesto está reglado, pero falta una norma satisfactoria o justa. Por lo que, para resolver este problema, es necesario cambiar la calificación normativa de este tipo penal, lo que supone: crear una nueva norma que excluya de la esfera penal también a las mujeres violadas que no tengan discapacidad mental, variando así el estatus deóntico o moral del tipo penal que deja de estar regulado por la norma.

La CCE resolvió este problema, mediante el ejercicio ponderativo aplicando el test de igualdad y no discriminación, declarando la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental. (CCE; Sentencia No. 34-19-IN/21).

De acuerdo al modelo argumentativo de Atienza, la regla que presenta laguna axiológica, se verá derrotada, dependiendo del enfoque o fuerza que le dé el argumentador o interprete a los principios como el derecho la integridad física, psíquica, moral y sexual (art. 66 numeral 3); al libre desarrollo de la personalidad art. (66 numeral 5); y, a la igualdad y no discriminación (art. 66 numeral 4; 11 numeral 2) que declinan su resistencia. Dado los resultados la nueva regla o precedente constitucional no es definitiva, sino que puede volver a ponderarse. Es así como la

jurisprudencia en nuestro país ira evolucionando, las líneas jurisprudenciales en este tema no siempre han sido las mismas, por efecto de la ponderación y derrotabilidad de reglas y principios se pueden construir nuevas teorías y por ende nuevas reglas o precedentes jurisprudenciales.

Para el modelo ponderativo de la laguna normativa nos serviremos del caso matrimonio igualitario o con personas del mismo sexo. El problema argumentativo esbozado al juez en el caso en concreto tiene que ver con la ausencia de una normativa que habilite el matrimonio entre personas del mismo sexo en Ecuador.

Efraín Enrique Soria Alba y Ricardo Javier Benalcázar Tello, el 13 de abril del 2018 solicitan la celebración e inscripción de su matrimonio en el Registro Civil, identificación y Cedulación; lo que les fue negando aquello el 07 de mayo del 2018, con base en el argumento que la legislación ecuatoriana permite el matrimonio entre hombre y mujer.

La Corte Constitucional aprobó el matrimonio igualitario, con sustento en el método de interpretación sistemático evolutivo. Este método de interpretación constitucional, garantiza la aplicación de los derechos contenidos en el texto constitucional en su integralidad porque permite evaluar los derechos en forma armónica y conjunta mas no aislada. Toma como referente los principios internacionales en derechos humanos, referentes a la identidad y género contenidos en la Opinión Consultiva OC24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad (CCE; Sentencia No. 11-18-CN). Fue necesario que nuestra Corte Constitucional apruebe el matrimonio igualitario, ya que el legislador al igual que en el caso del aborto no tenido iniciativa legislativa (la Asamblea debió adecuar los derechos contenidos en la CRE al sistema jurídico nacional).

## DISCUSIÓN

### *Teorías alternativas a la subsunción y ponderación para la construcción argumentativa: sus actores y roles en su dinámica productiva:*

Para entender el papel que juegan los diversos actores en el escenario de la teoría de la argumentación jurídica, es menester recurrir a F. Ost y V. Der Kerchove, ambos autores apuestan por “esbozar una teoría del derecho que pueda rebasar los puntos de conflicto entre las teorías positivistas e iusnaturalistas, mediante la construcción de una teoría interdisciplinaria del derecho”( 2001, p. 3) que vaya más allá del formalismo o la subsunción, que no se agote en el enunciado normativo, que no solo describa el hecho ajustándolo a la norma, sino que logre explicar o interpretar la realidad que están pasando los sujetos de derecho desde una crítica axiológica en nombre de un discurso alternativo.

Dentro de esta teoría se ven inmersos diversos actores jurídicos (ciudadanos que aceptan o no la normativa), jueces, doctrinarios e inclusive distintos profesionales que desde la ciencia (diferentes saberes) pueden aportar a la resolución de un conflicto social con relevancia que se interponga de la realidad a la judicialización. En este contexto, existe una interacción entre los sujetos mencionados, que los doctrinarios invocados, metafóricamente los ubican en un escenario teatral, cumpliendo diferentes roles o funciones:

a.- Los sujetos del derecho, entendidos como partes procesales, representan la posición de actores que aceptan o no la regla o norma a interpretar y aportan con los datos (derechos vulnerados, determinación fecha de transgresión, pretensión entre otros). Éstos, en el discurso argumentativo no deben estar maquillados o tendientes a favorecer su tesis, sino que

por lealtad procesal se debe presentar una realidad material tendiente a conseguir a la realidad histórica de los hechos.

b.- El juez ocupa la figura de director, es quien debe interpretar la norma, es el intermediario entre el autor de esta (legislador) y los actores en la obra teatral. Es quien interpreta los datos que le han sido entregados de primera mano por los sujetos procesales. No obstante, su rol de intérprete es protagonista porque es indispensable para alcanzar una resolución lo más justa y apegada a derecho, respecto del conflicto que se le ha presentado. Su rol en la escena jurídica es determinante y ubica al juez entre los actores en el amplio sentido de la palabra.

El juez a diferencia de los otros actores (ciudadanos: parte y contraparte) no puede asumir la norma de una manera amplia, sino que, en esa resolución del conflicto, en el ejercicio jurídico debe aplicar la ley y está obligado a motivar, explicar sus razones que le conllevan a determinada decisión. En este proceso el juez anota los aspectos externos: hechos, normas, otros saberes, que internaliza a fin de poder asumir la decisión probablemente más correcta desde el punto de vista de su autoridad, a través de ejercicios de subsunción o ponderación con juicios de valoración axiológica.

c.- Los doctrinarios y los profesionales que conocen de otros saberes de la ciencia, se convierten en el apoyo o respaldo auxiliar que necesita el juez para interpretar la realidad presentando por los actores jurídicos porque no basta la norma en el escenario jurídico. El juez para construir un puente entre los hechos y la norma, cuestionando la manera tradicional de concebir el derecho (interpretación dominante de la regla) y apostar por una visión más completa y enriquecida (que por lo general encierra la ponderación), precisamente se auxilia

de la doctrina de manera bipartita: asumida por un lado como un ámbito del saber (carácter científico) y ámbito de acción (fuente complementaria).

La doctrina si bien no entra en escena de manera directa colabora con los actores (sujetos de derecho y jueces), ejerciendo el papel de “apuntador: colabora con los actores y está listo para intervenir en caso de que uno de ellos falle, pero se sitúa al margen de la escena” (François y Van Der Kerchove, 2001, p. 15). Este auxilio que realiza en la escena teatral propuesta, lo hace desde su parte teórica (dogmática) y práctica (doctrina en sentido estricto).

De manera que, si ejemplificamos y se pone a vista del juez el problema social del aborto en caso de violación, el doctrinario desde la dogmática auxiliará a los actores. Permitiendo definir conceptualizaciones del fenómeno (aborto), así como sistematizar u organizar en un orden lógico los datos (motivación para abortar, día del aborto, derechos en tensión, norma aplicable), aportados por los sujetos de derecho. Asimismo, permite reorganizar en orden cronológico la evolución del problema en el tiempo (como han ido cambiando los conceptos o teorías al respecto) colaborando en la resolución del problema y por ende contribuyendo a la creación de derecho.

En este orden, cuando el doctrinario evidencia su preferencia por determinada tesis o teoría en el caso concreto planteado: bien sea por una tesis liberal a favor del aborto o de lo contrario se acoja una tesis conservadora en contra del aborto, salta al escenario la aplicación de la doctrina propiamente dicha. Esto permite al juez definir una teoría: En base a la resolución de la siguiente pregunta: ¿Se debe aplicar o no la regla del COIP (art. 150, numeral 2) siendo esta contraria al derecho a la igualdad

y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental? (CCE; Sentencia No. 34-19-IN/21).

Se pasa del análisis descriptivo externo (datos aportados por los sujetos de derechos, otros saberes o disciplinas como la medicina y psicología, dogmática) a la internalización de esos datos, donde la doctrina sirve de auxiliar exponiendo tesis contrarias: la pro-vida o pro-derechos de las mujeres víctimas de violación, sobre una de las cuales debe tomar partida el juzgador. En este espacio podría haberse dado una de dos situaciones: a.- La calificación interna o aceptación de la regla determinado por el silogismo jurídico; o, b.- La calificación científica que apunta a tomar distanciamiento de la regla (teoría establecida), en este apartado estaríamos hablando de un ejercicio ponderativo en que el juez constitucional (de la CCE) genera derecho con el precedente jurisprudencial.

La CCE declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, constante en el art. 150 num. 2 del Código Orgánico Integral Penal, por considerarla contraria a los derechos a la integridad —física, psíquica, moral y sexual—, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación, así como derechos conexos. Este caso lo resolvió mediante método de ponderación y proporcionalidad.

Posterior la jurisprudencia sin duda, también servirá de auxilio en los procesos de argumentación jurídica, el mejor expositor a este respecto es el catedrático colombiano Diego López Medina, que sostiene que la creación de argumentos se puede realizar, a través del estudio dinámico de precedentes, consistente en la elaboración de líneas jurisprudenciales,

donde el intérprete o investigador (sea abogado litigante, fiscal o juez) debe identificar los principales fallos. Aquellas sentencias consideradas “hito” o más importantes y agruparlas en torno a la problemática que se pretende abordar (escenario constitucional relevante): ejemplos de ello son ejes temáticos importantes como el aborto en caso de violación o el derecho al buen nombre y honor.

De estos escenarios constitucionales debe existir jurisprudencia evolutiva de la CCE con diferentes teorías y, por ende, no todas las sentencias destacarán. Es preciso, diferenciar las sentencias importantes (pequeña fracción del universo de sentencias de la CCE) que servirán de fundamento para sostener la tesis planteada. De modo que se realiza un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionen entre sí.

Una línea jurisprudencial es una idea muy abstracta, por lo que es recomendable graficarla; solo así esta podrá presentarse como una pregunta o problema jurídico bien definido, abriendo espacio a una estrategia para la conexión a posibles respuestas para la interrogante planteada, reconociendo la existencia de un patrón de desarrollo decisional con patrones de permanencia en el tiempo o posibles cambios y la apuesta a teorías actuales con posibles redefiniciones de la línea jurisprudencial.

## Conclusiones

Actualmente, el dogma formalista que los jueces son “a boca de la ley” no tiene más hacedero jurídico en el Estado constitucional de derechos y justicia del Ecuador. El ejercicio jurisdiccional de los jueces no puede limitarse a la aceptación irrefutable de la voluntad racional del legislador.

El ordenamiento jurídico, pese a corresponder a un sistema completo, coherente y cerrado, puede presentar ambigüedades, no siempre existe una regla aplicable a todos los supuestos de un hecho. En este escenario, las técnicas de argumentación clásica, como la subsunción, si bien pueden aportar no son suficientes, por lo que los jueces para resolver sus casos complejos recurren a métodos alternativos de argumentación jurídica.

En Ecuador se utiliza la subsunción para la resolución de casos fáciles y la ponderación en los casos difíciles. Los modelos argumentativos ponderativos de Alexey (test de proporcionalidad) y Atienza (derrotabilidad de las normas) son los modelos alternativos de última ratio, que no excluyen a la subsunción y son los más adecuados a la realidad ecuatoriana para la resolución de casos difíciles. Esto se ve demostrado con la aplicación del método ponderativo en la resolución de problemas de índole argumentativo dentro de líneas jurisprudenciales de la CCE.

Casos difíciles:1. El aborto en caso de violación que plantea la sentencia No. 34-19-IN/21; y, 2. El matrimonio igualitario demostrable en la sentencia No. 11-18-CN, se constituyen en escenarios constitucionales, resueltos mediante el test de proporcionalidad de Alexey; sin embargo el problema jurídico

planteado en la primera sentencia también puede resolverse mediante el modelo ponderativo de derrotabilidad de normas de Atienza, en su versión de laguna axiológica y, en la segunda sentencia con la aplicación de la versión ponderativa de laguna normativa.

Existen métodos alternativos distintos a la ponderación como el estudio dinámico de precedentes que sirven como métodos auxiliares que permiten ordenar de manera sistemática las sentencias más importantes de una misma línea jurisprudencia, con el objeto de determinar su evolución, tesis y contra tesis. Lo que servirá de apoyo para la elaboración de argumentos jurídico-sólidos.

El juez puede preferir la teoría multidisciplinaria del derecho que le servirá para ir más allá de la esfera jurídica. No siempre se estará conforme con la regla aprobada por una ley, pueden existir lagunas estructurales, axiológicas o normas que atenten contra derechos constitucionales, en cuyo casos no será aplicable la normativa tradicional, sino la ponderación que se nutrirá de los datos aportados por los diversos actores del derecho, incluyendo a los doctrinarios u otros saberes que permitirán una estructuración axiológica desde donde se resolverá un caso en concreto que el silogismo, por sí solo, es incapaz de resolver.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Andrade Quevedo, K. (2020). *La constitucionalización del derecho administrativo: Del principio de legalidad formal al principio de legalidad material*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador.
- Atienza Rodríguez, M. (2005). *Las Razones del Derecho Teoría de la Argumentación Jurídica. Primera Edición*. Universidad de México. México.
- Atienza Rodríguez, M. (2009). *Sobre la única respuesta correcta*. *Revista Jurídicas*. Alicante-España. <https://revistasojs.ucaldas.edu.co/index.php/juridicas/article/view/5581>
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de argumentación*. Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2007). *¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)*. *Revista Foro* No. 8. Quito-Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1434>
- Escudero Soliz, J. (2009). *Los nuevos saberes en el constitucionalismo ecuatoriano*. *Revista de Derecho Foro*, No. 12. Quito-Ecuador. <https://revistas.uasb.edu.ec>
- Espinosa Cueva, C. (2025). *Parámetros técnicos para la aplicación de la ponderación en casos difíciles: El caso ecuatoriano*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/10317>
- François, O., & Van der Kerchove, M. (2001). *Teoría crítica del derecho*. Primera edición en castellano. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá-Colombia.
- Ricaurte Herrera, C. (2022). *Argumentación y prueba en casos de femicidio*. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (45), 251–275. <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.09>

- Ricaurte Herrera, C. (2022). Derecho a la motivación: Análisis a partir de la sentencia 1158-17-EP/21 de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista Cálamo*, (18), 31–44. <https://doi.org/10.61243/calamo.18.39>
- Ricaurte Herrera, C. (2023). La prueba a la luz de la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (46), 367–383. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.46.21>
- Taruffo, M. (2012). *Teoría de la prueba*. Ara Editores E.I.R.I.
- Ureta Guerra, J. (2012). *Técnicas de argumentación jurídica para la litigación oral y escrita*. Ediciones Legales.
- López Hidalgo, S. (2015). Ponderación versus subsunción jurídica: ¿La crisis de la certeza del derecho? *Revista Foro* No. 54. Quito-Ecuador. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/447/442>
- López Hidalgo, S. (2017). Motivación y elección de jueces en la Corte Constitucional ecuatoriana como fuente de legitimidad democrática. *Revista Cálamo*, (8), 69–79. <https://doi.org/10.61243/calamo.8.235>
- López Medina, D. (2009). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Universidad de Los Andes. <https://es.slideshare.net/slideshow/el-derecho-de-los-jueces-diego-lpez-medinapdf/253781256#8>
- Lozada, A., & Ricaurte, C. (2015). *Manual de argumentación constitucional: Propuesta de un método*. CEDEC.
- Mejía Restrepo, A. (2021) *El esquema argumentativo de Toulmin como herramienta de control de racionalidad de las decisiones judiciales*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* No. 134. Medellín-Colombia. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v51n134/0120-3886-rfdcp-51-134-151.pdf>
- Suárez Romero, M. y Conde, Gaxiola N. (2015). *Argumentación jurídica, Seminario de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4057>

Toulmin, S. (2003). *Los usos de la argumentación*. Traducción de María Morrás y Victoria Pineda. Ediciones Península. Primera Edición. Barcelona-España. <https://medhc16.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/06/toulmin-stephen-los-usos-de-la-argumentacion3b3n.pdf>

Vásquez Llerena, M. (2020). *Argumentación de las sentencias de tribunales de garantías penales en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7431/1/T3228-MDPE-V%c3%a1squez-Argumentacion.pdf>

### **Normas y documentos legales consultados:**

Código Civil (Ecuador). (2005).

Constitución de la República (Ecuador). (2008).

Corte Constitucional (Ecuador). Sentencia No. 1118CN.

Corte Constitucional (Ecuador). Sentencia No. 3419IN/21.

Corte Constitucional (Ecuador). Sentencia No. 75115EP/21.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Ecuador). (2009).