



UNIVERSIDAD DE OTAVALO

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO
CONSTITUCIONAL**

**ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

**TRABAJO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTOR: EDISON ARTURO CISNEROS PERALTA

TUTOR: PHD, DR. JOSÉ LUIS TERÁN SUAREZ

OTAVALO, JULIO 2021

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **EDISON ARTURO CISNEROS PERALTA**, declaro que este trabajo es de mi total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normativa institucional vigente.

EDISON ARTURO CISNEROS PERALTA
C.C. 170847374-7



MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Trabajo de Titulación

ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

El autor de este Trabajo de Titulación declara que es de su total autoría y que no ha sido previamente presentado para grado alguno o calificación profesional.

La Universidad de Otavalo puede hacer uso de los derechos correspondientes, según lo establecido por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos y por la normativa vigente.

Otavalo, julio 2021

Estudiante

Edison Arturo Cisneros Peralta

C.C. 170847374-7

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el proyecto de investigación titulado “**ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**”, bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirar al título de Magister en Derecho Constitucional, del estudiante **EDISON ARTURO CISNEROS PERALTA**, y cumple con las condiciones requeridas por la normativa vigente en la Universidad de Otavalo, aprobada al efecto.

PhD. José Luis Terán Suárez
C.C. 1001335445
Tutor de contenidos

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Certifico que el proyecto de investigación titulado “**ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**”, bajo mi dirección y supervisión, constituye el trabajo de titulación para aspirar al título de Magister en Derecho Constitucional, del estudiante **EDISON ARTURO CISNEROS PERALTA**, y cumple con las condiciones requeridas por la normativa vigente en la Universidad de Otavalo, aprobada al efecto.

PhD. Ana Julia Romero González
CC. 1759462763
Tutora de Metodología

DEDICATORIA

A mi esposa, a mis hijos, mi nieto, mi familia, por apoyarme siempre en todas las etapas de mi vida, y hoy nuevamente en esta etapa de maestría, por ser ustedes mi motivo de inspiración y logros y la alegría de mi vida.

AGRADECIMIENTO

A todos y cada uno de los docentes que compartieron sus invaluable conocimientos en el trayecto de esta maestría.

A la Universidad de Otavalo y a todo su personal administrativo.

Un agradecimiento especial, a los distinguidísimos, PhD. José Luis Terán Suárez, y PhD. Ana Julia Romero, por haberme dirigido de la mejor manera en el presente trabajo de investigación, compartiendo desinteresadamente sus destrezas, conocimientos y su valioso tiempo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA.....	I
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	I
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR.....	2
DEDICATORIA	1
AGRADECIMIENTO	1
ÍNDICE DE CONTENIDOS	2
ABSTRACT.....	1
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	5
1. LA PROBLEMÁTICA.....	5
1.1. CONTEXTO DEL ESTUDIO.....	5
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	7
2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL	7
2.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	7
3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	8
3.1. OBJETIVO GENERAL.....	8
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	8
CAPÍTULO II.- MARCO TEORICO	10
2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	10
2.1. TEÓRICA.	10
2.2. PRÁCTICA.	10
3. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN	10
4. REFERENTES TEÓRICOS.....	11
4.1. CAMINO AL ESTADO CONTITUCIONAL	13
4.2. VALORES	15
4.3. PRINCIPIOS.....	16
4.4. REGLAS.....	17
4.5. DIFERENCIAS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS	18

4.6. SUBSUNCIÓN	20
4.7. PROPORCIONALIDAD	21
4.8. CASOS DIFÍCILES Y CASOS FÁCILES	23
4.9. COLISIÓN DE PRINCIPIOS	24
4.10. INTERPRETACIÓN.....	26
4.11. PONDERACIÓN.....	28
4.11.1. ANTECEDENTES DE LA PONDERACIÓN Y CONCEPTO	28
4.12. ESTRUCTURA DE LA PONDERACION.....	32
4.12.1.- LEY DE LA PONDERACION	32
4.12.1.1.- Peso abstracto	34
4.12.1.2. La seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas	36
4.12.2. FÓRMULA DEL PESO	37
4.12.3. LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACION	40
4.13. LIMITES DE LA PONDERACION	40
4.13.1. LIMITES EN CUANTO AL GRADO DE AFECTACIÓN Y SATISFACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS.....	41
4.13.2. LIMITES EN CUANTO A LA GRADUACION DE AFECTACION DE PRINCIPIOS EN EL PESO ABSTRACTO	43
4.13.3. LOS LÍMITES AL INTENTAR ESTABLECER LA CERTEZA DE LAS PREMISAS EMPÍRICAS RELATIVAS A LA AFECTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS	44
4.13.4. LOS LÍMITES DE LA RACIONALIDAD EN LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACION.....	44
4.14. ANÁLISIS DE SENTENCIAS.....	45
4.14.1. SENTENCIA NO. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN.....	45
4.14.2. SENTENCIA N.º 067-12-SEP-CC CASO N. 1116-10-EP.....	49
4.14.3. SENTENCIA NO. 10-18-CN/19.....	54
4.15. CRITICAS AL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN.....	62
4.16. CRITICAS A LAS SENTENCIAS ANALIZADAS	67
5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.....	75
5.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	75

5.2. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL	76
5.3. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR	76
6.- SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS	78
CAPÍTULO III.- MARCO METODOLÓGICO	81
3.- ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN	81
4.- TIPO DE INVESTIGACIÓN	81
5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN ...	82
6. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.	83
CAPÍTULO IV.- ANALISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	85
CONCLUSIONES	87
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	90

RESUMEN

En el mundo del derecho, los derechos no son absolutos, en caso de colisión un derecho puede ceder frente a otro de acuerdo a las circunstancias del caso concreto; esto conllevó a realizar la investigación que tuvo como objetivo analizar la ponderación como método de interpretación constitucional en las sentencias N° 002-09-SAN –CC, Caso 0005-08-AN, N° 067-12-SEP-CC, Caso 1116-10-EP, N° 10-18-CN/19, emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador. Fundamentado en un enfoque cualitativo, un estudio documental con diseño descriptivo, se emplearon técnicas de revisión bibliográfica y de análisis de contenido para recopilar, razonar y comprender, en forma crítica, los postulados teóricos y jurisprudenciales. Se concluyó que la ponderación es el método idóneo de interpretación en situaciones de confrontación de derechos fundamentales. Sin embargo, este método también podría ser utilizado en casos en los cuales no deba aplicarse por una parte y por otra, se podrá aplicar obedeciendo a posiciones particulares e ideológicas del intérprete, por lo que se recomienda profundizar en el estudio de la ponderación, para evitar un uso inadecuado y que se presenten posibles arbitrariedades en los diferentes procesos.

Palabras clave: Ponderación, Subsunción, Principios, Reglas, Colisión de Derechos.

ABSTRACT

In the world of law, rights are not absolute. In the event of a collision, a right can yield to another according to the circumstances of the specific case; This led to the investigation that aimed to analyze the weighting as a method of constitutional interpretation in judgments No. 002-09-SAN –CC, Case 0005-08-AN, No. 067-12-SEP-CC, Case 1116 -10-EP, N ° 10-18-CN / 19, issued by the Constitutional Court of Ecuador. Based on a qualitative approach, a documentary study with a descriptive design, bibliographic review and content analysis techniques were used to collect, reason and critically understand the theoretical and jurisprudential postulates. It was concluded that the weighting is the ideal method of interpretation in situations of confrontation of fundamental rights. However, this method could also be used in cases in which it should not be applied on the one hand and on the other, it can be applied obeying the particular and ideological positions of the interpreter, so it is recommended to deepen the study of weighting, to avoid improper use and possible arbitrariness in the different processes.

Keywords: Weighting, Subsumption, Principles, Rules, Collision of Rights.

INTRODUCCIÓN

Es de aceptación general que, después de la Segunda Guerra Mundial, las naciones tuvieron grandes cambios en cuanto al valor de la democracia, las estructuras de las instituciones y de los ordenamientos jurídicos; ya en las constituciones aparecen plasmados no solo reglas sino también derechos fundamentales, principios y métodos o técnicas de interpretación.

Con la entrada en vigencia de la Constitución del 2008, el Estado ecuatoriano, pasa a ser un estado constitucional de derechos y justicia; las disposiciones constitucionales son de directa aplicación y no se puede alegar falta de norma para justificar violación de derechos o para dejar de reconocerlos. Los principios y los derechos son reconocidos en la Constitución y se consideran de igual jerarquía y, al ser así, de alguna manera, se deben resolver los conflictos en caso de colisión, en este sentido, la constitución da la potestad a los operadores de justicia para que interpreten los derechos y principios y solventen de acuerdo con las diferentes formas de interpretación.

En función a esto, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, vigente en Ecuador desde el año 2009, es un cuerpo legal que regula la jurisdicción constitucional con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos, cumpliendo su fin. Es así como, en el artículo 3, establece los diferentes métodos y reglas de interpretación, en los cuales se encuentra la ponderación, objeto de estudio de esta investigación.

Ahora bien, una de las principales características de la Constitución de la República es el establecimiento de una serie de garantías jurisdiccionales, la constitucionalización de los derechos, y la consolidación del papel del operador de justicia. Con base en esto, la Corte Constitucional del Ecuador, como órgano supremo de control constitucional, ha aplicado en los últimos años el método de interpretación constitucional de la ponderación para solucionar casos en los que ha considerado existe colisión de derechos. Varias de sus resoluciones han sido objeto

de aprobaciones, críticas, discusiones, incluso el mismo voto salvado en una de sus sentencias se opone a la aplicación del método de ponderación, tal es el caso de la sentencia N° 10-18-CN/19.

A manera de ilustración se tiene que las sentencias No. 002-09-SAN –CC CASO-0005-088-AN; sentencia N.° 067-12-SEP-CC CASO N.° 1116-10-EP; sentencia No. 10-18-CN/19, por su contenido han tenido gran impacto en la sociedad, por lo que se considera necesario investigar si el método de la ponderación ha sido aplicado conforme lo que aconseja la jurisprudencia y la doctrina o si, en caso contrario, no debió ser aplicado.

En el estudio se abordan diversos temas e instituciones jurídicas desde la teoría del derecho constitucional y el mismo se encuentra estructurado de la siguiente forma. En el primer capítulo, se trata del conocimiento del problema, se expone la delimitación de la investigación y se plantean los objetivos generales y específicos. En el segundo capítulo, se topa la justificación de la investigación desde la teoría, a partir de los diferentes y encontrados criterios sobre este método y desde la práctica a partir de la aplicación del método por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, indicando su aporte al derecho constitucional.

También se hace énfasis en los conceptos estructurales de la investigación, de igual forma se abordan investigaciones realizadas anteriormente sobre el tema y se desarrollan los referentes teóricos, entre los que se encuentran, las conceptualizaciones de valores, principios, reglas; distinción entre reglas y principios; diferencia entre el método subsuntivo y la ponderación. De igual forma, se explica que los principios tienen una dimensión de peso o importancia de acuerdo al caso concreto, y las reglas se aplican o no se aplican; se analiza, a su vez, la estructura de la ponderación y sus elementos, la manera cómo se puede llegar a determinar la afectación y satisfacción de los derechos y principios, el peso abstracto de los derechos, la seguridad de las premisas, la fórmula del peso de Alexy y las cargas de la argumentación, así como se topa el tema de los límites de la ponderación. Se analizan las sentencias escogidas para este trabajo en las cuales se aplicó el método ponderativo, SENTENCIA No. 002-09-SAN –CC CASO

0005-08-AN, SENTENCIA N.º 067-12-SEP-CC CASO N.º 1116-10-EP,
SENTENCIA No. 10-18-CN/19.

Para finalizar el capítulo se presentan algunas de las críticas más importantes a este método y se hace relación a como se aplicó el método en las sentencias analizadas y se aborda el marco legal jurisprudencial, en el cual se analiza la Constitución del Ecuador, la LOGJCC.

En los últimos dos capítulos, tercero y cuarto, respectivamente, se presentan el marco metodológico, el análisis y discusión de resultados obtenidos en la investigación. Finalmente se muestran las correspondientes conclusiones que pretendan dar una idea fidedigna sobre la aplicación del método de ponderación en el caso de las sentencias analizadas.

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

CAPÍTULO I

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1. LA PROBLEMÁTICA

1.1. CONTEXTO DEL ESTUDIO

El método de interpretación constitucional de la ponderación está contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Ecuatoriana, vigente desde el año 2009, en adelante LOGJCC, en el artículo 3 numeral 3, dispone:

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional. Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 3 ponderación.- se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Art.3).

Este método ha sido aplicado en varias sentencias por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, de tal manera que el contexto del estudio es el análisis de la estructura de la ponderación de Alexy y determinar cómo ha sido aplicado este método por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana en los casos escogidos para este estudio.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para dar sentido a las normas y garantizar los derechos, se establecen diferentes métodos de interpretación constitucional, entre ellos el de la ponderación, que debe ser aplicado cuando existe colisión especialmente de derechos o

principios, quedando en manos del juez, la responsabilidad de decidir la prevalencia entre uno y otro derecho, así, Díaz (2018), afirma:

Después de la segunda guerra mundial, el estado de derecho constitucional generó un cambio de escenario sustancial en la resolución de conflictos, se rompe con el paradigma positivista y se retoma la concepción iusnaturalista (en su vertiente racionalista) del derecho, que lo concibe unido a los principios morales. Este salto implica que el juzgador puede usar estas normas para la resolución de conflictos, especialmente aquellos denominados casos difíciles. (p. 71)

Por su parte, García Amado (2015), manifiesta que:

El método de ponderación no siempre está sometido al resultado de una apreciación objetiva si no muchas veces a las preferencias legítimas y argumentadas del que tiene la última palabra.... si el método de ponderación está sometido a preferencias, aunque argumentadas y motivadas de quien resuelve el caso, no sería difícil que al aplicar el método de ponderación se esté poniendo en riesgo la seguridad. (p. 50).

Aludiendo un poco a la relevancia teórica se tiene que, uno de los mayores referentes del método de ponderación es Robert Alexy; para quien el método de la ponderación es un método idóneo y necesario, sin embargo también existen corrientes y críticos en cuanto a la aplicación del método de ponderación, quienes consideran que con este método, en el último de los casos puede ser resuelto conforme a apreciaciones subjetivas y formaciones ideológicas y/o políticas, entre otras.

El problema radica en que el método de la ponderación, puede aplicarse en casos que ameriten así como en casos que no ameriten, o que las resoluciones que se tomen luego de aplicar dicho método, correspondan a argumentaciones racionales y objetivas y en otros casos a argumentaciones subjetivas y personalistas de quien resuelve el caso, siendo quien resuelve el caso, el que en último momento, decida cuándo pondera, qué principios enfrenta, siendo esto un problema no superado.

En este orden de ideas, se tiene que, la Corte Constitucional del Ecuador, ha aplicado en varias decisiones el método en cuestión, entre las que se encuentran las sentencias: No. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN, N.º 067-12-SEP-CC

CASO N.º 1116-10-EP, No. 10-18-CN/19, por lo que en este contexto, el problema radicará en identificar cuándo se debe aplicar el método de ponderación y si se debió utilizarlo en el caso de las sentencias antes referidas.

1.3. PLANTEAMIENTO DE LA PREGUNTA DE LA INVESTIGACIÓN

¿En qué casos debe aplicarse la ponderación como método de interpretación constitucional?

2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La investigación se enmarca en la línea general de la Maestría en Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado, que corresponde al análisis sobre principios y valores constitucionales, su contenido y la manera en que se reflejan en determinada rama o cuerpo normativo, teniendo en cuenta que estos deben ser fundamentos de las leyes. Se puede estudiar también cuestiones de ponderación de principios y emprender estudios jurisprudenciales al respecto.

En virtud de esto, se analiza la Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y demás normas pertinentes, doctrina, jurisprudencia nacional e internacional en las que se haya tratado y/o aplicado el método de la ponderación.

2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL

El período de tiempo para la presente investigación es a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el registro oficial no. 544, 9 de marzo de 2009, y expedición de las decisiones: SENTENCIA No. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN, SENTENCIA N.º 067-12-SEP-CC CASO N.º 1116-10-EP, SENTENCIA No. 10-18-CN/19.

2.3. DELIMITACIÓN ESPACIAL

El estudio se realiza en la Corte Constitucional del Ecuador, a partir del análisis de las decisiones: SENTENCIA No. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN,

SENTENCIA N.º 067-12-SEP-CC CASO N.º 1116-10-EP, SENTENCIA No. 10-18-CN/19, y en correspondencia con las normas y jurisprudencia nacional; sin embargo, también se podrá hacer referencia a la doctrina nacional e internacional.

3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la ponderación como método de interpretación constitucional en las sentencias No. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN, N.º 067-12-SEP-CC CASO N.º 1116-10-EP, No. 10-18-CN/19, emitidas por parte de la Corte Constitucional del Ecuador.

3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Caracterizar la ponderación a partir de la visión del estado constitucional de derechos y justicia.

Describir la estructura del método de la ponderación a partir de la jurisprudencia, doctrina internacional y nacional.

Establecer la aplicación del método de la ponderación en las sentencias No. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN, N.º 067-12-SEP-CC CASO N.º 1116-10-EP, No. 10-18-CN/19.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. TEÓRICA.

La investigación se apoya en textos doctrinarios, jurisprudencia, que permiten identificar los elementos de la ponderación, fortalecer la comprensión y aplicación de este método, ya que hay corrientes que identifican a la ponderación como un método útil y necesario y otras corrientes y criterios que consideran que la ponderación es simple retórica.

En un estado constitucional de derechos se ve la necesidad que el juzgador en casos concretos, aplique el método de ponderación como la forma de resolver colisión de derechos o principios, los cuales no podrían ser resueltos con las reglas generales del derecho. Entonces es importante hacer un análisis para encontrar las fortalezas y debilidades de este método.

2.2. PRÁCTICA.

El método de la ponderación es parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por tanto, es necesario entender los alcances y límites que los operadores de justicia deben observar para su aplicación. El estudio del punto de vista práctico sirve para profundizar en los elementos necesarios para lograr una justa y correcta aplicación de esta interpretación, tomando en cuenta que el método es aplicado por la Corte Constitucional del Ecuador.

3. CONCEPTOS ESTRUCTURALES DE LA INVESTIGACIÓN

En el estudio del presente tema, se analizan conceptos básicos y de gran importancia para entender el desarrollo teórico del tema, tales como: Estado constitucional de derecho, valores, principios, reglas, subsunción, pues son elementos necesarios para llegar a un proceso de ponderación, tomando en cuenta que la ponderación se aplica en conflictos de derechos y principios, y los principios

están revertidos de valores, a su vez los valores son características de un estado constitucional de derechos. Así, por ejemplo, para Robert Alexy, el filósofo del derecho más influyente defensor de la ponderación, concebir los derechos fundamentales como principios significa:

Entenderlos como «mandatos de optimización» y, por esa misma razón, como aplicables exclusivamente por medio de un juicio de ponderación. Entendidos de esa manera, los principios son normas que a diferencia de las reglas— no determinan exactamente lo que debe hacerse sino que ordenan «que algo sea realizado en la mayor medida posible, según las posibilidades jurídicas y fácticas existentes». (Velazco, 2016, p. 307).

Entonces es claro que de acuerdo a Alexy la ponderación se aplica exclusivamente al conflicto de derechos fundamentales que son concebidos como principios, y los principios se diferencian de las reglas, pues los principios al no ordenar que algo se haga de determinada forma, son abiertos y ambiguos, y a estos se los debe entender como mandatos de optimización, es decir que persiguen que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible.

4. REFERENTES TEÓRICOS

El fundamento teórico de la investigación se encuentra constatado en investigaciones realizadas con anterioridad y en las teorías que permiten explicar el estudio.

En el campo internacional se encuentra el trabajo realizado por López (2017), en su tesis denominada: El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. Uno de sus objetivos fue, entender a la ponderación como un instrumento sofisticado de la argumentación jurídica para concretar el significado de los derechos fundamentales por los jueces que resuelven a diario casos. Se empleó el método analítico utilizando precedentes judiciales. El resultado de la investigación fue determinar que:

La discrecionalidad judicial no debe ser entendida como un sinónimo de arbitrariedad, sino como una posibilidad de realización plena del contenido axiológico de las constituciones del siglo XXI. Trabajo que sirve para esta investigación, ya que se podrá utilizar para explicar el rol del juzgador frente al método de la ponderación. (p. 257).

Por su parte, Martínez (2004), en su tesis doctoral, titulada: Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa, analizó en forma conceptual el método de interpretación constitucional de la ponderación desde concepciones enfrentadas. La metodología usada fue, “el modelo de análisis lógico de sistemas normativos que permite encontrar ciertas características.” (p. 26). La investigación arrojó como resultado, que para resolver casos complejos, se necesita del método de la ponderación. Antecedente que sirve para el desarrollo del presente trabajo, pues se trata de explicar en qué casos debe aplicarse el método de la ponderación.

Otra investigación fue la realizada por Guerrero (2019), en su tesis titulada: La ponderación como método de interpretación idóneo para la protección de derechos constitucionales. Uno de sus objetivos fue identificar y analizar los métodos interpretativos, a partir de un estudio de casos prácticos en que los juzgadores hayan decidido con el método de la ponderación. Uno de los resultados fue que las variables de la ponderación, no son aplicables a todos los casos sino cuando hay contraposición de derechos y principios constitucionales. Esta investigación aporta elementos teóricos para fundamentar el estudio in comento.

Como antecedente también se cuenta con el trabajo investigativo, elaborado por Bernal (2015), en su tesis titulada: Ponderación de derechos en la aplicación de subsidiaridad en materia de niñez y adolescencia. En este, el autor analizó los criterios esgrimidos en las resoluciones de los jueces de la ciudad de Cuenca con respecto a la ponderación, a través de una investigación de campo. El resultado arrojó que “no fue necesario la aplicación de dicho método, en razón de los acuerdos voluntarios de los sujetos procesales” (p.4). Este trabajo contribuye con elementos para determinar y responder la interrogante de estudio.

4.1. CAMINO AL ESTADO CONTITUCIONAL

De una manera breve y resumida, es necesario recordar que para llegar a un estado constitucional de derechos, en el cual se reconocen los principios como parte del ordenamiento jurídico, fue necesario superar otro tipo de estados, como el estado absoluto y el estado legal de derecho.

En el estado absoluto, el poder se encontraba concentrado en una sola persona, generalmente el monarca o el rey, quien se encargaba de la administración, de la creación de normas; las personas no tenían derechos a lo sumo privilegios, se gobernaba con discrecionalidad y arbitrariedad.

La monarquía concentraba todo el poder. Lo que ahora conocemos como la administración del estado, la justicia y el parlamento como poderes autónomos e independientes en aquella época no existía. La administración de justicia, por ejemplo, como cuenta Foucault en su *Vigilar y castigar*, se ejercía a través de la compra de títulos que emanaban de los monarcas. (Ávila, 2008, p. 23).

Luego de superar el estado totalitario o absoluto, le sobreviene el estado legal de derecho, en el que predomina la ley. La ley determina la estructura del estado, los procedimientos para designar autoridades, el poder se divide en ejecutivo, legislativo y judicial. El poder ejecutivo se encarga de administrar el estado, el legislativo de crear las normas y el judicial de aplicar y hacer cumplir las normas, es decir, el poder ya no se concentraba en una sola mano, sino en el parlamento que normalmente se encontraba formado por los burgueses y la aristocracia, predominaba el principio de legalidad, se consideraba al juez únicamente boca de la ley. Las constituciones no eran rígidas y podían ser reformadas por los parlamentos.

La gran teoría de Rousseau será la racionalización del concepto de soberanía del estado. La soberanía radica en el pueblo y no en una clase social ni en dios. La soberanía se va a expresar por medio de la voluntad general del pueblo, que se manifestará en la deliberación de las personas dotadas de cierta capacidad. Las personas consideradas capaces para determinar la voluntad general serán las ciudadanas. Éstas tendrán legitimidad para crear leyes, someter a la autoridad administrativa y determinar el resultado de los conflictos sometidos a los jueces. (Ávila, 2008, p. 23).

Los catálogos de derechos que surgen a finales del siglo XVIII (la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Bill of rights de la Constitución estadounidense de 1787) son los dos documentos señeros en esa

etapa), se van expandiendo en las décadas sucesivas. La última estación dentro de esa historia fantástica es la que se produce en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en la que se expiden textos constitucionales con amplios mandatos sustantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales. (Carbonell, 2008, p. 9).

De lo dicho se tiene que en el Estado Constitucional, la constitución pasa a ser la fuente primaria de derecho; la ley debe estar acorde a la constitución y ésta determina los procedimientos para designar autoridades. La constitución contiene derechos, su protección pasa a ser el fin primero del estado, el juez deja de ser boca de la ley y los derechos de las personas son los límites del poder.

El modelo constitucional democrático es una evolución del modelo liberal. Los avances del modelo liberal son parte integral del modelo constitucional democrático. Pero éste avanza sustancialmente en algunos aspectos: la libertad y los derechos se entienden de forma integral, se agregan otros principios: la dignidad, la igualdad sin discriminación, la solidaridad y la democracia sustancial. (Ávila, 2008, p. 36).

El concepto de Estado social y democrático de derecho comenzó a utilizarse en la segunda posguerra. Su primera consagración constitucional se dio en la Ley Fundamental de Bonn, la primera que consideró —en sus artículos 20 y 28— el concepto de Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, también ha sido consagrado recientemente por las Constituciones de Colombia (artículo 1.o), Ecuador (artículo 1.o), Paraguay (artículo 1.o), España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2) y Venezuela (artículo 2). (Rojas y Sotomayor, 2011, p. 83).

El constitucionalismo democrático ha logrado fundir en la Constitución dos escuelas antes irreconciliables: el iusnaturalismo y el positivismo, en una especie de eclecticismo teórico. Una norma que establece un derecho humano en la Constitución es una norma positiva. Pero, por el enunciado harto general y ambiguo, requiere de interpretación moral. Por ejemplo, la dignidad y la prohibición de trato degradante. La consecuencia de esta constatación es que el legislador o constituyente creará una norma que para ser aplicada deberá ser interpretada. La interpretación desarrollará el contenido del principio y se convertirá, para casos análogos, en precedente general y obligatorio; o sea, las sentencias de la corte constitucional son fuente del derecho. (Ávila, 2008, p. 40).

El Estado constitucional está en plena transformación. Se trata de un cambio que involucra diversos niveles y cuya profundidad es muy variable de país a país, pero que se proyecta por igual en distintas latitudes. Una de las manifestaciones más conocidas de la evolución reciente del Estado constitucional tiene que ver con los planteamientos teóricos, es decir, con los discursos que nos sirven para la comprensión de lo que significan la Constitución, los derechos fundamentales, las normas de principio, la interpretación con base en la proporcionalidad, el razonamiento ponderado, etcétera. (Carbonell, 2008, p. 9).

El estado constitucional ecuatoriano, superando al estado legal, ha reconocido expresamente que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, está formado también por principios, los enumera, sin que necesariamente signifique que sean los únicos reconocidos, ya que los principios pueden ser explícitos e implícitos. Así mismo dispone expresamente en su artículo 11, numeral 6 que: “los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

4.2. VALORES

En razón de la ambigüedad del lenguaje, existen diferentes conceptos de valores, sin embargo para efectos del estudio del tema de la ponderación, trataremos de conceptualizar los significados que varios tratadistas de derecho dan al término valor, especialmente en cuanto al contenido deontológico y no al sentido antropológico.

El concepto de “valor” no es inédito en la ciencia del derecho. Ha habido diferentes posiciones teóricas basadas en un punto de vista axiológico sobre el orden jurídico, aunque este se ha formulado muy rudimentariamente, y no se enfocó al ámbito constitucional por haber sido anterior al auge de esta materia en la segunda mitad del siglo XX europeo. Lo “nuevo” es la especial relevancia que los “valores” han adquirido en la argumentación jurídica mediante su caracterización como “principios”, y la intensa fuerza normativa que ahora se les reconoce; algo a lo que contribuyó la relevancia otorgada a la Constitución, y el tenerla por “sede” de los valores del ordenamiento. (Sánchez, 2015, p. 638).

Refiere el mismo autor que:

El “uso constitucional” de este concepto es de origen germano, y procede sucesivamente de la doctrina y la jurisprudencia. Durante la República de Weimar, Rudolf Smend sostuvo que “los derechos fundamentales proclaman un determinado sistema cultural, un sistema de valores, que debe constituir el sentido de la vida estatal. (p. 639).

Al respecto de los valores, Sánchez (2015) manifiesta que:

Coincido así con Alexy en que los “valores” y los “principios” pertenecen a planos con diferentes “conceptos básicos (Grundbegriff)”: los primeros a uno “antropológico” que se apoya en la idea del “bien (Gut)” en tanto aluden a la “positividad” y “negatividad” de los valores, y los segundos a uno “deontológico” que responde a categorías normativas (obligación, prohibición, permisión y exigencia); pero en realidad, ambos planos no son tan diferentes, porque el “principal” deriva de manera indispensable del “axiológico”. El juicio

de valor efectivamente no es una norma de conducta, sino que de él se desprende un “principio” abstracto y amplísimo que sí tiene esa naturaleza, y el cual ordena realizar el objeto cuya valía reconoce. Este mandato general será “punto de partida y fundamento” de otras normas específicas, que finalmente constituirán un determinado sistema de conducta. Así, puede afirmarse que no existe norma alguna de conducta que no se inspire en un “principio”, y por tanto en un “valor”. (p. 644).

Resumiendo lo que expresa Monzon (2017):

Los valores son el todo y los principios son parte de ese todo, representan los ideales de la comunidad, no se agotan en la función normativa, se fundamenta en el acuerdo social, identifican el sistema y lo diferencia con los anteriores, son guía para la interpretación del ordenamiento, son conceptos abiertos que ocupan un lugar primordial en la constitución, se constituyen en puntos centrales de los razonamiento de los tribunales constitucionales, son la razón de la legitimidad de la justicia y del ordenamiento jurídico y los valores constitucionales.(p. 86).

De lo dicho se puede establecer que los valores son las máximas cualidades morales que trascienden al mundo del derecho, el fundamento de los valores es la moral y su función es servir de fundamento para establecer las finalidades del estado, los valores dotan de fuerza a la interpretación, los valores se ven reflejados en los derechos humanos, derechos humanos que generalmente se ven plasmados en las constituciones, en otras palabras los valores están traducidos en derechos humanos y plasmados en la normativa.

4.3. PRINCIPIOS

En el Estado constitucional, la ley deja de ser la norma suprema y cede frente a la constitución, los estados constitucionales aparecen con nuevos rasgos, como el de la supremacía constitucional, más ponderación, mayor presencia y activismo judicial, presencia y reconocimiento de valores, principios, fines o derechos humanos.

El tema de los principios ha tomado un impulso inusitado en los últimos años, fruto de dilemas políticos y de desarrollos epistémicos que confluyeron justo en el período de crisis de las democracias occidentales durante la primera mitad del siglo XX. (Bernal Pulido, 2005, p.30).

Para los principialistas al estilo de Alexy, un sistema jurídico se compone de reglas, que son mandatos taxativos que o se cumplen o no se cumplen, y principios, que son mandatos de optimización que ordenan que algo se haga (o no se haga) en la mayor medida posible, teniendo en cuenta que la medida de

lo posible viene marcada en cada tiempo y ocasión por las posibilidades fácticas y por la colisión con otras normas. (García Amado, 2016, p. 14).

Se debe señalar que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, porque se encuentran en la esfera del deber ser, los dos pueden ser construidos recurriendo a formulaciones que mandan, prohíben y permiten, es decir, el género es la norma y las reglas como los principios son sus especies, o como lo señala Alexy: La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas (Benavides y Escudero, 2013, p. 87).

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser Interpretada y recreada, no da soluciones determinante sino que da parámetros de comprensión; ambigua porque, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho como tampoco determina obligaciones o soluciones. Las soluciones que pueden desprenderse de un caso son múltiples y solo pueden ser determinadas en el caso en concreto. (Ávila, 2008, p. 63).

Entonces a los principios se los puede definir como aquellas normas, que no están compuestos por supuestos de hecho y consecuencias jurídicas determinadas, son de textura abierta pues los derechos se ejercen de forma abierta, por ejemplo el derecho a la libertad, el derecho a la vida. Son normas con estructura de mandatos de optimización que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, señalando aquellas directrices que van a permitir la adopción de las mejores decisiones con fundamento en el valor contenido en el principio.

4.4. REGLAS

Son normas que sólo pueden o no ser cumplidas; por cuanto, contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. (Alexy, 1993, p. 87).

Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas.” (Alexy, 1988, p. 143).

De lo cual se puede decir que la regla es un tipo de norma jurídica que regula el comportamiento, en las reglas con claridad se evidencia el supuesto de hecho que regula esa norma, y con claridad se desprende la consecuencia jurídica definitiva, porque las reglas determinan que es lo que debe hacerse exactamente.

4.5. DIFERENCIAS ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

La discusión teórica acerca de los principios jurídicos parte fundamentalmente de la obra de Ronald Dworkin. Dos notas caracterizan a los principios y a las reglas: 1. La dimensión del «peso» de los principios y 2. La aplicabilidad «todo o nada» de las reglas. (Fernández, 2017, p. 358).

Para Alexy, tanto las reglas como los principios son normas, porque tanto unas como otros son expresiones de deber ser, es decir, ambos “pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición”. En esto, pues, se parecen, en ser normas; en cambio, en lo que se distinguen es en que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”; mientras que las reglas “son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. (Berumen, 2014, p. 533).

Usualmente el conflicto entre reglas se realiza con los conocidos criterios de *lex superior*, *lex posterior* y *lex especial*, entre otros. Además esta solución de invalidez o excepción es definitiva, en el sentido de que todos los posibles conflictos son o deben ser resueltos de la misma manera. En cambio, en los casos de conflictos entre principios, estos son válidos y no resulta posible establecer una cláusula (general) de excepción.... (Fernández, 2015, p. 64).

Cuando en un mismo caso se puede aplicar dos reglas y estas son evidentemente contradictorias, pues por ejemplo la una permite y la otra prohíbe, se da un caso de conflicto entre reglas y se soluciona declarando inválida una de las dos reglas, en el caso de los principios no sucede lo mismo, cuando hay colisión de principios estos no se eliminan, si no que uno cede frente al otro por las características del caso en concreto o por el peso de un principio sobre el otro. (Pinto, 2012, p. 194).

Ahora bien, Alexy (1988), explica la diferencia entre reglas y principios con un ejemplo de conflicto de reglas y otro de conflicto de principios.

En la primera decisión se trata de un conflicto entre una norma jurídica del Estado federal (Bund) y una norma de un land. La norma jurídica del land prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto “«El Derecho federal prevalece sobre el Derecho del land»”. Mientras que declara nula la norma jurídica del land. Este es un caso clásico de un conflicto de reglas. De manera enteramente distinta procede el tribunal en una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque de apoplejía y un infarto. Las normas en colisión son, por un lado, la norma del Art. 2, ap. 2, párr. 1 de la Ley Fundamental, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física, y, por otro lado, el principio del Estado de Derecho, en cuanto que impone al Estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del Derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado habría

que calificarla sencillamente de prohibida. Si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral simplemente como obligatorio o, cuando menos, permitido, El tribunal habría, por tanto, podido resolver. Si hubiera hecho esto habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una contradicción y, por ello, como un conflicto de reglas. El proceder del tribunal sin embargo es de un tipo enteramente distinto. No habla de una contradicción entre ambas normas, sino de una tensión, y subraya que ninguna de ellas goza «simplemente de primacía frente a la otra», lo que sería el caso si una de las normas, como en el conflicto de reglas, hubiese sido declarada inválida. El caso ha de ser resuelto más bien a través de una ponderación, con lo cual todo depende de si «el interés del inculpado contrario a la celebración, en el caso concreto pesa de un modo claro esencialmente más que los intereses a cuya protección debe servir la medida estatal». Este es un caso prototípico de colisión de principios. El factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se le declara inválido. (p. 142-143).

Por su parte, Fernández (2015), explica con un ejemplo de enunciados de forma cerrada.

Las condiciones de aplicación que establecen la prohibición de discriminar salarial entre hombres y mujeres se encuentra cerrada: «el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo igual el mismo salario, tanto por el salario base como por los complementos salariales, sin discriminación alguna por razón de sexo». En conclusión, el principio de igualdad está estructurado respecto a la aplicación del modelo de conducta prescrito como una regla y no como un mandato de optimización. (p. 66).

A partir de lo anotado es claro que el ordenamiento jurídico está conformado por principios y reglas. En definitiva, las reglas al ser enunciados normativos de carácter definitivo tienen que ser cumplidos o no, se resuelven a través de los procedimientos de la subsunción, esto es, adecuando los presupuestos fácticos a los preceptos abstractos e hipotéticos establecidos en la norma; mientras que la aplicación de los principios, mandatos de optimización son cumplidos gradualmente, se la realiza en base a la técnica de la ponderación.

Los principios vendrían a ser un estado de cosas ideales que no indican curso de acción específico o concreto a seguir, por ejemplo el derecho a la libertad de expresión, en este ejemplo no hay un único modo de cumplir ese derecho, en cambio en las reglas hay un único modo de cumplirlo, por ejemplo el que mata a otro tendrá una pena X, la única manera de cumplirlo es no matando.

4.6. SUBSUNCIÓN

La subsunción es un método tradicional de aplicación de las normas desde el derecho positivo, y defendido por los positivistas, ha sido utilizado en la aplicación de las normas conocidas con el nombre de reglas, aunque para varios autores como veremos más adelante consideran que la subsunción también se aplica en la ponderación.

“la subsunción es una regla que puede expresarse mediante un esquema deductivo llamado “justificación interna”; el cual se construye con la ayuda de las lógicas proposicional, de predicados y deóntica” (Lozada, 2016, p.244).

Con respecto al tema de la subsunción, Cuathin y Mendoza, (2019) manifiestan:

La aplicación del derecho suele concebirse como una actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de demostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se le conoce con el nombre de subsunción. (p.169).

Es el método de operar el Derecho más utilizado tanto para plantear un caso como para resolverlo, en donde la norma o normas establecen las hipótesis jurídicas y las consecuencias jurídicas. En este método se utiliza lo que se llama el silogismo jurídico en donde la premisa mayor es la norma que establece la hipótesis y la consecuencia jurídica. La premisa menor está formada por los hechos probados que se ajustan a la hipótesis jurídica y la conclusión es la determinación de la procedencia de las consecuencias jurídicas. (Martínez S. , 2014, p.70).

En consecuencia, parecería más prudente tomar la ponderación con posiciones intermedias, y recordar que en el fondo, cuando se emplea como herramienta, tal como lo afirma Moreso, se emplea un ejercicio de SUBSUNCIÓN-PONDERACIÓN SUBSUNCIÓN, dado que, en primer momento, se subsume para saber en cuales principios cabe los circunstancias fácticas, luego, se emplea la herramienta ponderativa, y por último, teniendo en cuenta la reformulación o formulación exacta de acuerdo al todo del ordenamiento jurídico, se subsume para saber la respuesta concreta del caso; en caso contrario, nada tan peligroso para aquel que es quien recibe la aplicación normativa, que arriesgarse a la ideología o el querer de aquel que lo juzga con parámetros que van más allá de aquello que se menciona. (Fuentes, 2012, p. 17).

Suele decirse que la ponderación es el método alternativo a la subsunción: las reglas serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje del supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, en

cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución es construida a partir de razones en pugna. Ello es cierto, pero no creo que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro. A mi juicio, operan en fases distintas de la aplicación del Derecho; es verdad que, si no existe un problema de principios, el juez se limita a subsumir el caso en el supuesto o condición de aplicación descrito por la Ley, sin que se requiera ponderación alguna. Pero cuando existe un problema de principios y es preciso ponderar, no por ello queda arrinconada la subsunción; al contrario, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos principios en pugna. (Prieto, 2001, p. 216).

Por tanto, las críticas que sostienen que el proceso ponderativo representa una renuncia al proceso de subsunción carecen de fundamento. Al contrario, la ponderación presupone necesariamente a la subsunción. Ella se inicia con las dos subsunciones iniciales que permiten identificar los derechos fundamentales o bienes colectivos que están en conflicto en el caso concreto; y desemboca en una, que vendría a ser la subsunción en función del derecho fundamental que se ha identificado como el que goza de prioridad en el caso concreto luego de haber aplicado la ponderación. (Portocarrero, 2017, p. 219).

De lo anotado anteriormente podemos decir que es preciso identificar si el caso se presenta como conflicto entre reglas o como conflicto entre principios, para que la solución se dé, aplicando la subsunción o la ponderación. Los autores señalados, en definitiva lo que explican es que antes de ponderar también se utiliza el método de la subsunción, esto precisamente cuando se tiene que identificar los principios o derechos en conflicto y luego de la ponderación cuando se identifica al derecho o principio vencedor, por lo tanto no es que la ponderación desplaza a la subsunción si no que se complementan. Así las cosas, la ponderación no excluye a la subsunción y la subsunción está presente en la ponderación.

4.7. PROPORCIONALIDAD

Con respecto al método de interpretación de la proporcionalidad la (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2020), dispone:

Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. (Art. 3.2)

Para Ávila la proporcionalidad es “un principio a través del cual se Legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos” “el principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos.” (Ávila, 2008, p.334). Entonces al decir que es un principio por el cual se legitima la intervención del Estado, deja ver que la proporcionalidad no se la aplica en la colisión entre principios individuales, si no que se lo aplica en colisión entre principios individuales con bienes colectivos, siempre para garantizar los derechos, frente a los excesos del estado o sus organismos.

En este sentido, el ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad es más restringido en relación a la ponderación, debido a que su presupuesto “no es la concurrencia de cualquier tipo de principios (como en la ponderación), sino específicamente la contradicción entre un derecho individual y un bien colectivo. (Ávila, 2008, p. 334).

La Corte Constitucional del Ecuador en (Sentencia 11-18-CN/19, 2019), manifiesta que “el fin constitucionalmente valido puede ser legal, extra legal y constitucional”. Extra legal, es decir que el fin no se encuentra en la ley si no fuera de ella, fin legal que el fin se encuentra en la ley y que no necesariamente por ser legal es constitucional, y constitucional, que el fin tenga relación con el reconocimiento de los derechos.

El primer elemento del método de la proporcionalidad es el fin constitucionalmente valido, que debe tener relación con el reconocimiento, desarrollo o garantía del ejercicio de los derechos, el segundo elemento la idoneidad, implica que la medida tomada sea adecuada para cumplir el fin constitucionalmente valido, el tercer elemento la necesidad, significa que la medida escogida tiene que ser entre todas las posibles a tomar la menos gravosa, y el último elemento, la proporcionalidad propiamente dicha busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional. (Sentencia 11-18-CN/19, 2019)

En otras palabras, el fin constitucionalmente valido es determinar si la norma infra constitucional sobre la cual se sospecha restringe un derecho, persigue un fin reconocido en la constitución, si se verifica dicho fin, es decir que tiene un objetivo

compatible con la constitución, se continua con el ejercicio de proporcionalidad, caso contrario ya no superaría el test por inconstitucional.

En el caso que supere el fin constitucionalmente válido se pasa al siguiente elemento que es la Idoneidad, en este paso se busca la racionalidad de la medida, o sea la racionalidad entre el medio y el fin, el medio seria la norma restrictiva o norma infra constitucional y el fin previsto, entonces la idoneidad tiene que ver con la racionalidad de la medida, el examen de idoneidad excluye los medios que no sean adecuados para la finalidad que se pretende alcanzar, si supera este elemento continua con el ejercicio de proporcionalidad, caso contrario no lo supera por no ser idónea.

Si supera el elemento de la idoneidad continuamos con el elemento de la necesidad, este elemento exige que el legislador haya escogido los medios menos gravosos de entre todos los posibles para conseguir el fin, no basta que la medida se racional si no que tiene que ser la más racional, siempre se preferirá las medidas alterativas menos gravosas. El examen de necesidad excluye aquellas medidas que restrinjan un derecho en mayor medida que la necesaria para obtener el resultado que la medida que se trate pretenda producir. Si se verifica que existen otras alternativas menos gravosas no pasa el test y la medida es inconstitucional y no supera el test.

En caso que supere el test de necesidad, tenemos el último elemento que es la proporcionalidad propiamente dicha o en sentido estricto, que nos dice que el fin constitucionalmente valido tiene que demostrar un beneficio mayor que los sacrificios que opera sobre el derecho afectado. Los beneficios deben ser mayores a los costos. Este principio ya concierne a la ponderación.

Entonces el principio de proporcionalidad sirve para verificar la constitucionalidad de una regla frente a una eventual contradicción con un principio, es decir una regla que aparentemente este limitando un derecho, restringiendo un principio, se aplica la proporcionalidad para ver si esa regla persigue un fin constitucionalmente protegido, es idónea, necesaria y es proporcional en sentido estricto.

4.8. CASOS DIFÍCILES Y CASOS FÁCILES

La complementariedad entre la argumentación jurídica principialista y los tres enfoques de la argumentación se representa bastante bien con la distinción conocida de casos fáciles y casos difíciles. En los primeros, si bien se utiliza por excelencia la justificación interna o deductiva, la concepción material y dialéctica no deja de estar presente; sin embargo, tratándose de casos difíciles, ya sea por razones normativas o de hecho, no basta con la justificación interna, sino que hay que añadir la justificación externa; esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o fáctica, razones que no pueden tener un carácter sólo formal. (Romero, 2017, p. 121).

Una respuesta cauta diría que un caso tiene tal connotación cuando no existe una regla jurídica aplicable a una causa. Una respuesta menos cauta precisaría que se está ante un caso difícil cuando se presenta una tensión entre diversos principios que exigen simultánea aplicación. (Romero, 2017, p. 44).

Los primeros son aquellos en los que el ordenamiento jurídico provee una respuesta clara que soluciona el caso y no corresponde sino una aplicación pura y simple del Derecho mediante la aplicación de un silogismo jurídico, mientras que los casos difíciles se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho positivo, pues la solución al tema en debate no está determinada claramente por los estándares jurídicos existentes, razón por la cual en estos últimos cobra importancia la labor interpretativa. (Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo, 2012, p.43).

Entonces la distinción entre casos difíciles o fáciles no es tan simple, es compleja, no es clara, únicamente se podría saber que se está frente a un caso difícil el momento que se plantee el caso, planteado el caso, un caso difícil sería aquel en el cual a primera vista no es obvio un resultado, no depende de una premisa mayor de una premisa menor y una conclusión, sería un caso difícil cuando cabe más de una respuesta, no basta la justificación interna es necesario la justificación externa, es decir es necesario aplicar los criterios de racionalidad práctica, la justificación externa es la manera como se construye las premisas.

En los casos fáciles la norma a aplicar es clara, es decir lo que se conoce como "premisa mayor", y esta claro el hecho fáctico "premisa menor", únicamente se necesita de una justificación interna, que no es otra cosa que el silogismo judicial, el silogismo tiene validez cuando está correctamente construido, es decir hay relación entre la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión.

4.9. COLISIÓN DE PRINCIPIOS

“Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso”. (Bernal Pulido, 2003, p. 226).

Entonces la colisión de principios y de acuerdo a la teoría de Alexis, se da cuando en el ejercicio de un derecho se puede afectar otro derecho, es decir cuando el contenido de un derecho fundamental entra en conflicto real en su contenido constitucional, frente a este conflicto no cabe dar prevalencia a priori a un derecho, sino solo después de aplicar la ponderación, método que indicará cual derecho prevalecerá en la circunstancia concreta. Como por ejemplo el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la comunicación frente al derecho al honor, que son los ejemplos más utilizados por la doctrina, o puede ser la colisión entre el principio que protege el derecho a la vida y a la salud frente al principio que protege la libertad de culto.

Al colisionar estos derechos no se puede dar prevalencia a alguno de esos derechos a priori o prima facie, puesto que los principios y derechos tienen la misma jerarquía, por lo que en ese conflicto corresponde aplicar la ponderación, para determinar los grados de afectación y satisfacción de los principios en conflicto.

Frente a la colisión de principios y derechos fundamentales, encontramos la teoría no conflictivista, que manifiesta que no es posible que los derechos fundamentales puedan ser sacrificados y no cumplidos, que no parece fácil aceptar que el sacrificio y la contradicción de un derecho fundamental sea posible desde que está ordenado al interprete interpretar la constitución como una unidad, ¿si la constitución se interpreta como una unidad cómo es posible concluir dos mandatos constitucionales contrarios entre sí?, ¿cómo es posible que el conflicto se resuelva prefiriendo un derecho sacrificando otro?, ¿no se estaría sacrificando la constitución a la hora que se proponga sacrificar un derecho fundamental.?

La teoría no conflictivista propone solucionar los problemas jurídicos ius fundamentales, no entendiendo a los derechos fundamentales como mandatos de optimización que necesariamente propone un choque entre derechos fundamentales, y del cual resulta uno que prevalece y otro que se sacrifica, si no

entendiendo a los derechos fundamentales como bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le supone a la persona grados de realización, ¿si los derechos fundamentales son bienes humanos debidos, significará que su contenido constitucional es dependiente de ese bien humano debido, el derecho no da derecho a cualquier cosa, sino que da derecho a toda posición jurídica, a toda norma que pueda ser justificada desde el bien humano debido. El contenido del derecho fundamental que es un bien humano debido, no puede estar en contradicción con el contenido de otro derecho humano fundamental, la solución pasa por la correcta delimitación del contenido del derecho constitucionalmente garantizado y que es invocado en un caso concreto.

4.10. INTERPRETACIÓN

La constitución de la República del Ecuador en su artículo 427 dispone:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda se interpretará en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De la lectura del artículo en referencia, la constitución establece que las normas deben ser interpretadas primero por su tenor literal, es decir de acuerdo al significado de los conceptos, a su significado gramatical, pero no en forma aislada sino en su integralidad, aplicando el método sistemático, es decir buscando la armonización de las demás normas constitucionales, buscando su complementariedad.

Luego solo en caso de duda, la constitución dispone que las normas se interpreten en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos, es decir que luego de aplicar los métodos literal y sistemático, si genera duda en cuanto a cómo debe ser interpretada la norma, si aparece más de una opción interpretativa y no se está seguro de cual aplicar, solo en ese momento se pasa a interpretar en el sentido pro homine, por el contrario, si existe claridad al aplicar el método literal y sistemático, no es necesario aplicar el método pro homine.

Entonces en caso de duda, se aplica el principio pro homine, pero de la mano está el interpretar de acuerdo a la voluntad del constituyente, o método teleológico,

que es buscar la finalidad que tuvo el constituyente para crear esa norma, y finalmente se considerarán los principios generales de interpretación constitucional.

En resumen en la interpretación constitucional, en primer lugar se debe buscar el significado de la norma, pero de manera sistemática, es decir considerando las demás normas constitucionales y no de manera aislada, luego solo en caso de duda se aplica el principio prohomine, sin dejar de tomar en cuenta la finalidad por la cual la norma fue creada, para finalmente aplicar los principios generales de interpretación constitucional, los cuales están contenidos en el artículo 3 de la LOGJCC.

De lo dicho podemos concluir que el principio prohomine no puede ser aplicado de manera directa sin haber utilizado el método literal y sistemático, porque significaría vaciar de contenido el artículo 424 de la Constitución.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 3 contiene los métodos de interpretación constitucional dentro de los cuales expresamente señala a la ponderación.

Artículo 3.3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2020).

En el presente estudio nos referiremos especialmente al método de interpretación de la ponderación.

No se puede ponderar sin interpretar. Dado que en la formulación de los principios aparecen expresiones de significado abierto o impreciso, su utilización requiere, naturalmente, una labor de interpretación; aún más si se acepta una concepción de la ponderación como la de Alexy, en la que no cabe duda que expresiones como "peso abstracto" o "afectación grave", necesitan también ser interpretadas. La ponderación, luego, es un esquema que envuelve diversos momentos interpretativos, de la misma forma que la argumentación constitucional parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación bien por la realización de una ponderación, o bien por la aceptación de una ponderación efectuada anteriormente. (Baquerizo, 2010, p. 50).

El profesor español Amado, explica que el Derecho es analizado en la doctrina jurídica por tres teorías de la interpretación: lingüística, intencionalista y axiológica.

Lingüística.- defiende la postura de que los enunciados lingüísticos de alguna manera coinciden con sus significados; el descubrimiento del sentido semántico de los enunciados jurídicos, que en definitiva, no se distinguen de los demás enunciados utilizados en el lenguaje común y por esta razón, la tesis lingüística presenta problemas de indeterminación que van en doble vía: la ambigüedad y la vaguedad.

Intencionalista.- Tienen que ser interpretadas a la luz de la voluntad de los creadores de la ley, de los legitimados para dictar las normas jurídicas, quienes utilizan los documentos jurídicos únicamente como el medio para encontrar la intención que persigue aquellas normas.

Axiológica.- En donde los documentos jurídicos se interpretan sobre el fundamento de un sistema de valores. En esta concepción el intérprete, a diferencia de lo que ocurre en las anteriores, no incurre en subjetividades, sino que más bien adecúa su labor al contenido de las normas jurídicas en un sentido valorativo objetivo que busca la verdadera razón de ésta (la norma). García Amado, (2004, P. 35).

Entonces el interpretar las normas implica determinar el sentido y alcance de las normas, en otras palabras dar contenido a la disposición jurídica, de acuerdo a la constitución del Ecuador a quien corresponde interpretar las normas constitucionales es la Corte Constitucional, por lo que en un estado constitucional no podría haber constitución sin interpretación constitucional.

4.11. PONDERACIÓN

4.11.1. ANTECEDENTES DE LA PONDERACIÓN Y CONCEPTO

“Para algunos teóricos, el juicio de ponderación tuvo su origen a partir de que Ronald Dworkin, en una crítica al positivismo jurídico, pusiera de manifiesto que el material jurídico no sólo está compuesto por reglas, sino también por principios.” (Martinez, 2014, p. 74).

A partir de este antecedente, el concepto de ponderación partió de la existencia de una diferencia entre dos tipos de normas jurídicas: por un lado, las reglas, con una estructura de aplicación, denominada, “de todo o nada” o binaria, y, por otro, los principios, que no están dotados de una estructura condicional hipotética, sino, por el contrario, que se presentan como mandatos de optimización. (Fuentes, 2012, p. 9).

La voz “ponderación”, como ocurre con muchas palabras del lenguaje usual, es ambigua, es decir, dicha voz es empleada por distintos hablantes, en distintos contextos, para referirse a distintas cosas. Ponderar puede ser entendido en algunos contextos como la acción de sopesar intereses o relaciones costo-beneficio, mientras que en otros contextos se la entiende como una estructura de interpretación de normas con carácter de principio. Es esta última acepción la que será abordada en el presente artículo. La ponderación se define como una estructura metodológica empleada para justificar una relación de prioridad condicionada entre normas con carácter de principio, esto es, normas cuyo mandato de deber ser es factible de ser cumplido en grados. (Portocarrero, 2017, p. 210)

A partir de la aprobación de la Constitución del 2008, el Ecuador es concebido como un estado constitucional de derechos y justicia, en el que toda autoridad y toda norma están sometidas a la constitución, los derechos se garantizan a través de las garantías y principios constitucionales. En el Ecuador el método de interpretación constitucional de la ponderación aparece con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este método ha sido usado por la Corte Constitucional del Ecuador.

Como se dijo en el capítulo de las reglas y los principios, en el Estado constitucional, la ley deja de ser la norma suprema y cede frente a la constitución, los estados constitucionales aparecen con nuevos rasgos, como el de la supremacía constitucional, ponderación, mayor presencia y activismo judicial, presencia y reconocimiento de valores, principios, fines o derechos humanos.

En ese contexto, es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado de forma relevante. Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través del drittwirkung), el principio pro personas, etcétera. (Carbonell, 2008, p. 11-12).

La modificación de la visualización del papel del juez dentro del marco de los Estados Constitucionales, implicó, sin lugar a dudas, una modificación a las labores y funciones de los operadores jurisdiccionales que se alejaban, de cierta

forma, a la idea de convalidados de piedra respecto a la posibilidad de crear, argumentar e interpretar el derecho. Una visión mucho más terrenal construida ante sucesos históricos como por ejemplo el propio régimen nazi, distaba de la idea y restricción judicial para interpretar y crear el derecho. De este modo, el papel del operador jurisdiccional, en los casos concretos, se extendía a la mera visión de aplicador mecánico de los textos normativos para generarles un compromiso de mantener la estabilidad del sistema mediante la tarea de dar efectividad a las normas constitucionales, incluso cuando no están expresamente desarrolladas legislativamente, e incluyendo entre ellas, de manera especial, los derechos humanos. En consecuencia, la labor jurisdiccional se constituía en un contrapeso y una de garantía ante las posibles omisiones legislativas, en algunos casos, y/o a las omisiones de la administración, en otros momentos, para que éstas no impidan el aprovechamiento de los derechos ciudadanos. (Fuentes, 2012, p. 8).

Según, Bernal Pulido (2003), citando a Alexy, manifiesta que:

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (p. 225).

Así las cosas, la ponderación de principios (Alexy, 1993) se podría entender como aquella técnica jurídica a través de la cual se opta por la aplicación de un principio en vez de otro, cuando se observe alguna tensión entre estos, de tal modo que, para determinar cuál de los dos principios prevalece en el caso concreto, se debe acudir a la ponderación. (Uricoechea, 2017, p. 76).

Otro concepto de ponderación lo podemos encontrar en Rojas quien considera

Que la ponderación, hace referencia a la acción de sopesar dos magnitudes, a fin de obtener un resultado de equilibrio entre ellas. Se ha resaltado por ello, en lo que a la ponderación de derechos se refiere, que ponderar equivale a tomar una balanza con dos platos, situar los derechos en un lado y sus posibles límites en el otro, y a continuación añadir y quitar de uno y otro plato hasta que alcancen un equilibrio aceptable. (Rojas, 2012, p. 335-336).

Para aquellos que están en favor, el método de la ponderación es necesario e imprescindible, en razón de que el método tradicional de la subsunción no basta para resolver conflictos entre derechos y principios ya que gozan de igual jerarquía. Pero para García Amado, uno de los críticos de la aplicación del método de la ponderación, sobre el concepto de ponderación manifiesta que es un término con alto contenido metafórico característico del lenguaje, indica que ponderar o bien es pesar o bien es sopesar, manifiesta que los objetos materiales se pueden pesar,

pero que en el campo normativo las normas no se pesan se valoran. (García Amado, 2016).

Creo que los desacuerdos cuando en teoría del derecho (en el sentido más amplio de la expresión) debatimos sobre ponderación se deben, a fin de cuentas, a diferencias fuertes en la concepción del derecho que manejamos. Pero si los debates han de tener sentido y ser útiles, aunque sea para captar bien esa fuente de las discrepancias, debemos tratar de ponernos de acuerdo en el concepto de ponderación, en lo que ponderar significa, en el tipo de operación a la que con tal termino aludimos. (García Amado, 2016, p. 2)

Ferrajoli, prefiere normas claras y rigurosos para evitar decisiones creativas de los jueces, indica que “El riesgo de protagonismo judicial excesivo podría de todas maneras evitarse, según Ferrajoli, recurriendo a formulaciones más rigurosas, claras, precisas, de los textos constitucionales, que eviten decisiones muy creativas por parte de la jurisprudencia. (Pino, 2011, p. 216)

De los conceptos dados por los teóricos del derecho que se ha transcrito en esta parte del estudio, podemos decir que la ponderación es un método de interpretación de derechos y principios que entran en conflicto, el papel de la ponderación sería medir o sopesar cada uno de los principios en conflicto, permitiendo optimizar la eficacia de los principios, con el fin de obtener el mejor resultado, es decir busca determinar en un caso en concreto que principio o que derecho pesa más que el otro, en otras palabras con la ponderación se valora cuán importante es lo que se protege y cuán importante es lo que se afecta, obviamente tomando en cuenta las posibilidades jurídicas y reales del caso, esas posibilidades jurídicas son los principios en colisión, y las posibilidades reales no son otra cosa más que los enunciados de hecho o enunciados fácticos de cada caso.

A pesar de haber criterios divididos en cuanto al método señalado, no es menos cierto que este método de interpretación constitucional es aplicado en el Ecuador, por lo que podemos deducir que la ponderación es una herramienta desarrollada por la teoría general del derecho, empleado para resolver conflictos de derechos y principios fundamentales, con el cual se logra decidir cuál es el principio que prevalece, de acuerdo a las circunstancias especiales del caso en concreto, sin que su resultado implique que el principio vencido sea expulsado del ordenamiento jurídico.

4.12. ESTRUCTURA DE LA PONDERACION

Acerca de esta temática, cabe iniciar con lo afirmado por Bernal Pulido (2003), quien señala que:

De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que conforman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. (p. 227).

4.12.1.- LEY DE LA PONDERACION

Citando a Alexy, Bernal Pulido (2003) manifiesta que: “Según la ley de la ponderación, “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” (p. 227).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Kimel Vs Argentina sobre la ponderación se ha pronunciado: “Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer negatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra. (Caso Kimel VS. Argentina, 2008, p. 21).

Lo dicho por la Corte Interamericana es claro y coincidente con la teoría de Alexy, en el sentido de que la ley de la ponderación puede dividirse en tres pasos.

1.- En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. 2.- Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. 3.- Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. (Alexy, 2008).

Ahora bien, como explica el profesor de la Universidad Externado de Colombia y discípulo de Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, los dos primeros pasos son análogos, pues en ambos casos la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción –del primer principio– y de importancia en la satisfacción –del segundo principio. Es por ello que ambos fenómenos son

referidos genéricamente como la «determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto. (Baquerizo, 2010, p. 41).

La aplicación de dicha ley exige un despliegue de razonamientos por parte del juzgador en los cuales en primer lugar se debe definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los dos principios, la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario y la definición final en la que se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica o no la afectación del otro. (Charria, 2013, p. 99).

Sin embargo, cabe preguntarse, ¿cómo se arriba a esta determinación de grado? Para ALEXY, tal cometido se puede lograr mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades, en donde el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser «leve», «medio» o «intenso». (Baquerizo, 2010, p. 41).

Como es obvio, estos grados de afectación son relativos al contexto establecido por el caso concreto. De ello resulta lo siguiente: las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde –si entiendo bien la propuesta de Alexy– el legislador goza de discreción para afectar uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas. (Moreso, 2008, p. 72).

Según dicha escala, la afectación en un principio se obtiene a partir de la valoración de cuán grave se vería afectado dicho principio de no concedérsele prioridad ante el principio que se le contrapone en el caso concreto, es decir, si la afectación en este principio fuese simplemente admitida sin mayor consideración. Del mismo modo, la importancia de satisfacción de un principio se obtiene a partir de la valoración de cuán importante es en el caso concreto cumplir con lo prescrito por dicho principio, es decir, cuán grave sería para este principio el no cumplir con su mandato de deber ser. (Portocarrero, 2017, p. 214).

Con el fin de comprender el grado de afectación y de importancia, Alexy establece varias escalas triádicas: por un lado, las calificaciones de «leve, medio e intenso» para la posible afectación de los principios y su peso abstracto y las de «no evidentemente falsas, plausibles y seguras» en lo referente a la seguridad de las afirmaciones empíricas. De igual modo, considera que, como instrumento heurístico, tales escalas pueden ser representadas aritméticamente como 1, 2, 4. Esta formulación, advierte Alexy, no hay que tomarla al pie de la letra, sino más bien como una analogía «instructiva» (Fernández, 2017, p. 365).

Sin embargo, Moco-roa (2017), citando a Bernal Pulido (2005) con respecto a otorgar valores numéricos en el método de la ponderación expresa: “la ponderación no fija un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos.” (p. 78).

Para explicar que la intensidad de los principios pueden determinarse a través de una escala de intensidades, se lo hace a través del ejemplo del riesgo que correría la vida y la salud de una niña, que se originaría por la renuencia de sus padres evangélicos por no llevarla al hospital para que se le realice la transfusión de sangre, esta intensidad podría catalogarse como intensa, pues existe el peligro inminente de su fallecimiento, y en contrario estaría el Derecho Fundamental a la libertad de cultos de los padres, sin embargo este se lo podría graduar sólo como media o leve. (Bernal Pulido, 2003).

Sin embargo, como se verá más adelante, este ejemplo puede cambiar drásticamente si se toma en cuenta las variables para asignar los pesos en el caso en concreto así como la seguridad de las apreciaciones empíricas.

De los conceptos y definiciones transcritas, en otras palabras la ley de la ponderación busca determinar que tanto se afecta un derecho al proteger otro derecho, por lo tanto busca valorar que tan importante es lo que se está protegiendo frente a cuán importante es aquello que se está afectando. Para llegar a determinar estos grados de afectación se aplican otras variables como las del peso abstracto de los principios y la seguridad de las premisas.

4.12.1.1.- Peso abstracto

Hay que tomar en consideración que el peso abstracto dependerá del contenido del ordenamiento jurídico, por ejemplo en el caso de la legislación ecuatoriana, los principios tienen igual jerarquía, pero puede darse el caso que legislaciones reconozcan a ciertos principios como de mayor jerarquía o al menos en abstracto, como por ejemplo el caso de la vida sobre la libertad de expresión, es decir en casos que no se analiza un hecho concreto.

Un conflicto “en abstracto” se produce, cada vez que dos normas conceden dos consecuencias jurídicas incompatibles a dos clases de supuestos de hechos—o si se quiere, ofrecen dos soluciones incompatibles para dos casos de controversias—que se sobreponen (en todo o en parte) desde el punto de vista conceptual. Un conflicto de este tipo puede ser identificado por vía de interpretación textual “en abstracto”, es decir, haciendo abstracción de cualquier supuesto de hecho concreto, sobre cualquier controversia particular. (Guastini, 2007, p. 632).

En otros términos, el conflicto en abstracto que se identifica puede prescindir de una ‘especificación’ y de una referencia a un hecho jurídico concreto: el conflicto nace no a consecuencia de la aplicación de la norma a un caso concreto, sino a nivel ‘teórico’ ya que los dos hechos jurídicos tienen relaciones conceptuales

(una conceptualmente incluida en la otra). Sea, por ejemplo, el de una primera norma que prohíbe el consumo de sustancias estupefacientes y una segunda norma que consiente el consumo de marihuana. El conflicto in concreto, se realiza en el caso de que en la fase de aplicación del derecho a un caso concreto, nos demos cuenta que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles (y entonces ofrecen dos soluciones incompatibles) para el mismo caso concreto. En unos (y frecuentes) casos, no hay un vínculo conceptual entre los dos hechos jurídicos: el caso concreto a decidir se encuentra bajo el dominio de dos clases de hechos jurídicos que establecen consecuencias jurídicas incompatibles. Tales conflictos emergen sí y sólo sí cuando hay en discusión un caso particular a decidir, por lo tanto solo a nivel 'aplicativo' (y no 'teórico') del derecho. (Serpe, 2010, p. 48).

El llamado «peso abstracto de los principios relevantes», que presupone admitir (para quienes sostienen su existencia) que a pesar de que los principios en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho de donde son extraídos—por ejemplo los derechos constitucionales—, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de valores predominante en una sociedad. Por ejemplo, para algunos autores el derecho a la vida siempre tendrá mayor peso abstracto que otros derechos fundamentales, pues parten de la consideración de que para ejercer cualesquiera de aquellos es necesario vivir. La jurisprudencia constitucional parecería también haber dado cuenta de ciertos escalonamientos abstractos en materia de derechos, aunque ello no signifique nada definitivo, según nuestra opinión. (Baquerizo, 2010, p. 42).

Con relación al peso abstracto de los principios corresponde al juzgador tomar una posición con respecto a los principios en conflicto, sin embargo este peso abstracto pierde su razón en los casos en que los principios en colisión son de la misma naturaleza, o en aquellos casos en que los derechos y principios son de igual jerarquía.

Con respecto al peso abstracto de los principios, la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado de la siguiente manera:

La segunda variable es el llamado peso abstracto de los principios relevantes. Que presupone una jerarquización de derechos, no obstante el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución de la República, señala expresamente, (...) El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía. Por consiguiente, la variable de peso abstracto no es aplicable en el caso ecuatoriano, y debe ser suprimida de la fórmula del peso. (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009, p. 31).

Cabe destacar que en nuestro país todos los derechos han sido catalogados como derechos constitucionales, gozando de una igualdad jerárquica y

superando atavismos de diferenciación de los derechos; por tanto, en nuestra realidad constitucional no existe una categorización de derechos fundamentales o fundamentalísimos, sino más bien todos los derechos gozan de igual jerarquía y deben ser tratados en aquel sentido por parte de los intérpretes, siendo esta una característica propia del constitucionalismo ecuatoriano. (Sentencia 067-12-SEP-CC, 2012, p. 30).

4.12.1.2. La seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas

Variable concerniente al grado en que la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación. (Alexy, 2008, p. 56).

Podemos decir que la variable <S> es la que indica el nivel de certeza o conocimiento empírico real de los argumentos para el discurso racional. De dicho discurso depende la intervención que haga el legislador, a la hora de crear reglas, o el juez, a la hora de ponderar, y que sumada a la fórmula del peso ofrece un argumento más para lograr la ley de la ponderación como método de aplicación de principios. (Hernández y Roncacio, 2017, p. 100).

Con respecto a la seguridad de las apreciaciones empíricas, Bernal Pulido (2003), manifiesta:

Ella se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, que versan sobre la afectación que la medida examinada en el caso concreto –por ejemplo, permitir que los padres evangélicos decidan si llevan o no a la hija al hospital– proyecta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio. Así, por ejemplo, la afectación del derecho a la salud y a la vida de la hija de los evangélicos deberá considerarse como intensa, si existe certeza de que morirá de no ser ingresada en el hospital. Esta afectación, en cambio, será de menor intensidad, si los médicos no pueden identificar el problema que la aqueja, o no pueden establecer cuáles serían las consecuencias en caso de que no recibiera un tratamiento médico. (p. 229).

De esta manera la seguridad de las apreciaciones empíricas dependerá de la certeza de los hechos del caso en concreto y de como esos hechos sean valorados por el intérprete, pues de acuerdo a los hechos podría cambiar la seguridad de las apreciaciones empíricas, en el ejemplo de los padres evangélicos, sería que a pesar de que ingrese al hospital la niña y pese recibir la transfusión, no tenga mayores probabilidades de vida.

4.12.2. FÓRMULA DEL PESO

Para iniciar el estudio sobre la fórmula del peso, es necesario partir indicando que de acuerdo a Alexy, según Bernal Pulido (2003), la fórmula del peso es la respuesta a la pregunta de:

¿Cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? (p. 229).

Pues bien, la respuesta a la interrogante que se dejó consignada en el acápite anterior, la hallamos en la «fórmula del peso», una fórmula matemática elaborada por Alexy que pretende justificar, mediante la asignación de un determinado valor numérico a las variables, los resultados de la prevalencia de un principio sobre otro. (Baquerizo, 2010, p. 43).

Se tiene entonces que, tanto la “no satisfacción” y la “afectación o intervención”, conforman un doble concepto objeto de valoración a través del segundo elemento estructural constituido por la fórmula del peso: esta fórmula establece que el peso concreto de un principio en relación a otro, frente a determinado caso específico, proviene del cociente entre los productos del peso abstracto de cada principio y “la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia”, lo cual determina si la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Lo anterior, a través de la atribución metafórica de un valor numérico a dichas variables por medio de la llamada escala triádica, que dividirá el peso concreto en leve, medio o intenso, y las apreciaciones empíricas en seguro, plausible y evidentemente falso. (Charria, 2013, p. 99).

La fórmula del peso no es otra cosa que la expresión de la ley de ponderación en forma de un cociente matemático. En la fórmula del peso se pondrán en relación los valores determinados en base a la escala triádica de grados leve, medio y grave. El resultado que sea obtenido a partir de este cociente será el peso concreto de los principios en conflicto dentro de los límites del caso concreto. (Portocarrero, 2017, p. 215).

De esta manera, la fórmula propuesta por Alexy es la siguiente:

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

Aquí, $(GP_{i, jC})$ representa el peso del principio o derecho a despejar. (GP_{i}) frente al otro (jC) . Donde $(IP_{iC}, GP_{iA}$ y $SP_{iC})$ son el grado de afectación, peso abstracto del principio o derecho y nivel de certeza del principio o derecho sobre el que recae la incógnita. Igualmente, las notaciones $(WP_{jC}, GP_{jA}$ y $SP_{jC})$, representan

los mismos criterios del otro principio o derecho frente al que se evalúa la aplicación del primero. (Uricoechea, 2017).

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, el producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. De este modo, por ejemplo, el peso del derecho a la vida y la salud de la hija de los evangélicos podría establecerse de la siguiente manera, bajo el presupuesto de que la afectación de estos derechos se catalogue como intensa ($IP_iC = 4$), al igual que su peso abstracto (se trata de la vida) ($GP_iA = 4$) y la certeza de las premisas (existe un riesgo inminente de muerte) ($SP_iC = 1$). Paralelamente, la satisfacción de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres puede catalogarse como media ($WP_jC = 2$), su peso abstracto como medio (la religión no es de vida o muerte, podría argumentarse) ($GP_jA = 2$) y la seguridad de las premisas sobre su afectación como intensa (pues es seguro que ordenarles llevar a la hija al hospital supone una restricción de la libertad de cultos) ($SP_jC = 1$). (Bernal Pulido, 2003, p. 230)

En el ejemplo, entonces, la aplicación de la fórmula del peso al derecho a la vida y a la salud de la niña arrojaría los siguientes resultados:

$$GP_{i,j}C = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

De forma correlativa, el peso de la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres sería el siguiente:

$$GP_{j,i}C = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

De lo cual se llega a establecer que la satisfacción de “la libertad de cultos y del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres no justifica la intervención en los derechos a la vida y la salud de la niña.” (Bernal Pulido, 2003, p. 230)

En todo caso, pueden presentarse tres escenarios distintos: (i) cuando la intervención en P_i es más intensa que aquella en P_j , por lo que P_i tendrá precedencia a P_j , (ii) cuando sea la situación contraria, en la que P_j , preceda a P_i , y (iii), por último, las valoraciones de la intervención de P_i y de P_j sean iguales, y en consecuencia ninguna preceda a la otra, al producirse un empate. Con estos resultados concluye lo que se ha denominado “ley de la ponderación”, que responde en gran parte al estudio normativo de la ponderación. (Fuentes, 2012).

Sin embargo, el mismo Bernal Pulido, en la obra Racionalidad de la Ponderación, manifiesta que si bien es cierto “no puede menospreciarse a la fórmula de peso, primero corresponde fijarse un criterio sobre el caso en concreto, cosa que no puede hacerlo por si sola la fórmula del peso, y estaría sujeta entonces a las apreciaciones del operador de justicia”. (Bernal Pulido, 2006).

Para Uricoechea (2017), Atienza es un defensor de la ponderación pues considera que los jueces no aplican solo reglas si no principios en los casos que las reglas no solucionan casos, sin embargo, manifiesta que Atienza se distancia de Alexy en cuanto a la fórmula del peso, en razón de que:

Según Atienza, la fórmula del peso de Alexy puede llegar a tener efectos contraproducentes en su interpretación por la utilización de términos matemáticos de tal manera que Atienza propone una estructura mucho más sencilla al ponderar, cuya estructura básica se explica en los siguientes términos: en la situación concreta S, los principios P1 y P2, tienen un margen abierto de aplicación, del cual se observa una aparente contradicción entre los mismos, la cual se denominará tensión. Así las cosas, en la estructura argumentativa, entra a jugar otro elemento, como lo son las circunstancias del caso, de tal forma que dadas las circunstancias se puede establecer que prevalezca la aplicación de un principio sobre otro, más o menos, así: P1 dadas las circunstancias en la situación concreta S prevalece sobre P2. (Uricoechea, 2017, p. 79).

Entonces la fórmula del peso de Robert Alexy, es parte de la estructura de la ponderación, que viene a ser una fórmula matemática, una escala numérica a la cual se adapta valores para llegar a determinar cuál es el resultado que nos indica que derecho proteger. La fórmula del peso sirve como referencia en la determinación de los grados de afectación y de satisfacción de los principios y de la seguridad de las premisas empíricas a través de una representación matemática, sin embargo la representación matemática, no es una camisa de fuerza que obliga a dar un valor numérico a los grados de afectación de los principios y a la seguridad de las premisas para llegar a determinar qué derecho o principio prevalece sobre otro, es decir puede estar sujeta a argumentaciones de acuerdo a las circunstancias que rodean a cada caso concreto, tal y como lo sostiene Atienza.

Para llegar a determinar el grado de afectación o satisfacción de los principios, Alexy, propone aplicar la escala tríadica que mide las intensidades de la afectación

o satisfacción en leve, moderado y grave, con el fin también de determinar la importancia de la afectación de uno de los derechos.

4.12.3. LAS CARGAS DE LA ARGUMENTACION

Se constituye en el tercer elemento de la estructura de la ponderación, de acuerdo a los tratadistas, ésta se da cuando el resultado después de aplicar la fórmula del peso resulta en un empate, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos, en este caso el intérprete tendrá que argumentar porque después de un empate un derecho se sobrepone al otro.

Las cargas argumentativas: están referidas en el caso de que la fórmula de peso nos dé un empate para los dos principios, y son las que deberá llevar a cabo el operador jurídico para resolver el dilema, y exponer porque escoge uno y no otro. (Fuentes, 2012, p. 13).

Baquerizo (2010), refiriéndose a la Teoría de los derechos fundamentales de Alexy, manifiesta que Alexy se explaya en argumentos que fundamentan una carga a favor de la libertad y la igualdad jurídica. Es decir, Alexy ha manifestado que, si hay principios opuestos a la libertad e igualdad jurídica que no tengan un mayor peso sino un peso igual, deberían prevalecer la igualdad y libertad jurídica, ya que los otros serían desproporcionados y deberían ser declarados inconstitucionales.

No hay dudas de que en ciertas parcelas del ordenamiento jurídico se encuentra entronizado el principio «in dubio pro libertate», acorde al cual ningún otro principio contrario puede imponerse sobre éste sin antes invocar razones más fuertes. En palabras sencillas “los empates deben favorecer a la libertad y a la igualdad jurídica”. Consecuentemente, si la intervención en la esfera de estos derechos encuentra respaldo en principios que no tienen un mayor peso (o un mismo peso) que aquellos, la medida resultaría desproporcionada. (p. 45).

Sin embargo, Bernal Pulido (2003), manifiesta que Alexy en el epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales, escrito 15 años después “se inclina a favor de una carga de argumentación diferente, en la cual sostiene que en los casos de empate, la decisión que se enjuicia aparece como “no desproporcionada” y, por tanto, debe ser declarada constitucional.” (p. 231).

4.13. LIMITES DE LA PONDERACION

Conviene señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los factores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación, y que conforman la fórmula del peso, es decir: el grado de afectación de los principios en el caso concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación. (Bernal Pulido, 2003, p. 232)

Es de vital importancia destacar que la operación argumentativa efectuada, a través de la estructura de la ponderación, comprende una doble discrecionalidad, en tanto que instituye un valor jerárquico a los principios en conflicto y cambia su valor relativo de acuerdo al caso concreto. Al interior de la misma, se encuentran tres problemas a resolver en cuanto a la estructura, la racionalidad y la legitimidad. De su legitimidad, depende su racionalidad y cuanto más racional, se torna más legítima; todo lo anterior, seguido de una estructura fundamental para su racionalidad. Siendo innegables los márgenes de discrecionalidad y subjetividad que comporta el juicio de ponderación, puede concluirse que el establecimiento de la jerarquía axiológica móvil descansa -de manera insalvable- en un juicio de valor:" (Charria, 2013, p. 99).

De las citas transcritas se puede determinar que los límites de la ponderación se dan al momento de determinar el grado de afectación y satisfacción de los principios; al momento de determinar su peso abstracto así como al intentar establecer la certeza de las premisas empíricas relativas a la afectación de principios, ya que al determinar estas variables está sujeta a la discrecionalidad, pues se basa en juicios de valores.

4.13.1. LIMITES EN CUANTO AL GRADO DE AFECTACIÓN Y SATISFACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Con respecto a los límites de la ponderación que se presentan al determinar el grado de afectación y satisfacción de los principios que se enfrentan en el proceso ponderativo, la doctrina señala:

En la teoría de los derechos fundamentales, Alexy argumenta que es posible hacer juicios racionales sobre el grado de afectación de los principios en los casos en concreto y que existen casos fáciles para la graduación de las afectaciones, pone como ejemplo cuando una revista satírica a llamado "tullido" a un parapléjico, explicando que claramente se daría una ofensa grave al derecho al honor, y que por otro lado afectaría únicamente de manera leve a la satisfacción del derecho a la información. (Bernal Pulido, 2003).

En el ejemplo del evangélico que no quiere llevar al hospital a su hija para una transfusión de sangre, el peso del principio puede variar dependiendo de la formación del interprete, pues para un religioso la libertad religiosa podría tener más peso, ya que puede argumentar que es más importante el cumplimiento de

sus reglas religiosas que por aquello le prometen una vida eterna y no una vida en pecado en la cual le depare la condena eterna. (Bernal Pulido, 2003).

Entonces en el caso de la libertad de religión, no estaría muy claro sobre qué punto de vista debe hacerse la graduación, si desde el punto de vista del derecho a la vida o sobre el punto de vista del derecho de libertad religiosa, y de todas maneras el caso debe ser resuelto y quien lo resuelva será el operador de justicia, que necesariamente adoptara una postura.

Así las cosas, este aspecto de la ponderación depararía al juez un margen de acción, en el que éste puede hacer valer su ideología política para encaminarse, en términos de Duncan Kennedy, a “la-sentencia-a-la-que-quiere-llegar”; “Además de lo anterior, también la ponderación depara un margen de acción al intérprete, cuando existen dudas sobre si un caso es fácil o difícil en cuanto a la graduación de la afectación de los principios” (Bernal Pulido, 2003, p. 234).

En este orden de ideas, es preciso explicar que cuando el juez se encuentra frente a un caso en el cual las posibilidades jurídicas se encuentran limitadas, por la aplicación de normas que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, debe este realizar un juicio de ponderación que “si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse, cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones (Charria, 2013, p. 97).

En este sentido, el gran problema del que en nuestra opinión adolece la teoría es que, más allá de las consideraciones generales acerca de la argumentación jurídica, no aporta criterios relativos a la determinación (o determinación correcta) de los grados de importancia de satisfacción y afectación de los principios (esto es, carece de criterios para establecer cuándo debe aplicarse una magnitud ‘l’, ‘m’ o ‘g’), que es precisamente lo que desde nuestro punto de vista tiene la mayor importancia a la hora de analizar la justificación del resultado de la ponderación. (Martínez, 2004, p. 273-274).

Aunque es cierto que, desde el punto de vista sociológico, probablemente existan casos claros en los que exista prácticamente unanimidad acerca de la decisión correcta, ello no sirve para poder hacer frente a la objeción del escéptico que afirme que la atribución de una cierta magnitud y no otra al grado de satisfacción o afectación de los elementos en conflicto es la simple expresión de preferencias personales discrecionales e injustificadas, y que no cabe hablar de valoraciones correctas e incorrectas, por lo que si un intérprete califica una magnitud como ‘l’ y otro como ‘m’, en realidad no puede decirse que uno de ellos (o ambos) hayan emitido un juicio incorrecto o injustificado. (Martínez, 2004, p. 274).

Entonces, sin desconocer que sea posible aplicar criterios racionales, el problema radica que para llegar a determinar los grados de no afectación y de satisfacción de los principios en conflicto, puede también no estar basado en criterios objetivos, es decir bajo que parámetros darle un grado de afectación o magnitud de leve, cuando de moderada o cuando de grave, dejando al juzgador o al interprete ese margen de acción que de una u otra manera tendrá que ver con su formación ideológica por lo menos.

En este contexto vale considerar que para determinar los grados de afectación y de satisfacción de los principios en pugna, bien pueden presentarse casos fáciles, también se presentan casos complicados o difíciles, en los cuales las premisas para determinar los grados de afectación y satisfacción son inciertas, poniendo como ejemplo la libertad religiosa, que no sería susceptible de determinar su peso en abstracto, y por lo tanto su valor o su peso va depender de la interpretación subjetiva del interprete.

4.13.2. LIMITES EN CUANTO A LA GRADUACION DE AFECTACION DE PRINCIPIOS EN EL PESO ABSTRACTO

El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia. La dificultad para determinar la graduación de afectación o satisfacción de los principios en los casos abstractos operan cuando en la colisión confluyen derechos o principios distintos, de mayor o menor peso... (Bernal Pulido, 2003, p. 235).

Correlativamente, también puede otorgarse un peso abstracto menor a los principios que colisionan con los derechos fundamentales y que no aparecen en la Constitución, sino que han sido establecidos por el Legislador dentro de su margen para la determinación de fines y están respaldados en última instancia por el principio democrático. A pesar de todo lo anterior, es necesario reconocer que la fijación del peso abstracto también tiene ciertos límites de racionalidad, que asimismo deparan un espacio a la subjetividad del intérprete" (Bernal Pulido, 2003, p. 235).

Si bien es cierto el peso abstracto también se debe basar en reglas racionales, también tiene ese espacio para la subjetividad del juez, pues dependerá de igual manera de la formación del interprete para darle un valor determinado, pues será

diferente el peso que de un juez creyente que el que de un juez ateo, o el de un juez liberal que el de un juez conservador, lo que indudablemente se transforma en un límite de la ponderación al momento de otorgar una de las magnitudes de la escala tríadica al peso abstracto.

4.13.3. LOS LÍMITES AL INTENTAR ESTABLECER LA CERTEZA DE LAS PREMISAS EMPÍRICAS RELATIVAS A LA AFECTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS

“Desde el punto de vista empírico, la afectación de un principio depende de la mayor o menor eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración de la intervención que en él implique la medida enjuiciada en la ponderación” (Bernal Pulido, 2003, p. 236).

En primer lugar, En este punto las posibilidades de racionalidad están limitadas, en primer lugar, en razón de la dificultad para establecer la certeza de las premisas empíricas desde todas esas perspectivas, esto a su vez, porque los conocimientos empíricos del intérprete también son limitados. Segundo lugar.- las limitaciones surgen de la complejidad que resulta al combinar las variables. ¿Cómo debe catalogarse, por ejemplo, la certeza de una premisa empírica cuya eficacia puede establecerse de forma plausible ($\frac{1}{2}$), su rapidez de manera no evidentemente falsa ($\frac{1}{4}$), su probabilidad segura (1), su alcance plausible ($\frac{1}{2}$) y su duración segura (1)? Y, correlativamente, ¿será mayor esa certeza si a las mismas variables se les atribuyen los mismos valores de seguridad pero en un orden distinto: eficacia ($\frac{1}{4}$), rapidez (1), probabilidad ($\frac{1}{2}$), alcance (1) y duración ($\frac{1}{2}$)? En fin ¿cuál de estas variables es más determinante de la certeza, en definitiva? (Bernal Pulido, 2003, p. 236-237).

Entonces los límites en cuanto a establecer la certeza de las premisas empíricas relativas a la afectación de los principios se puede dar en razón de la limitación de conocimientos del interprete y en determinar la rapidez, eficacia, certeza de esas premisas y la variedad de probabilidades de combinar las variables.

4.13.4. LOS LÍMITES DE LA RACIONALIDAD EN LAS CARGAS DE LA

ARGUMENTACION

Como antes observamos, la contradicción entre las cargas de argumentación in dubio pro libertate e in dubio pro legislatore también constituye un límite a la racionalidad de la ponderación, que depara al intérprete un margen de subjetividad. La aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez. Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operará siempre con el in dubio pro legislatore y, de este modo, concederá al Parlamento

la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos. Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del in dubio pro libertate y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquél en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica. (Bernal Pulido, 2003, p. 237).

Refiriéndose a Atienza, Uricoechea (2017), manifiesta que:

Para el iusfilósofo, efectivamente la ponderación es un procedimiento racional, pues a pesar de que posee una gran dosis de discrecionalidad; tiene una evidente pretensión de objetividad, incluso se puede llegar a afirmar tranquilamente que este método, al menos deontológicamente, es objetivo; sin embargo, en la práctica no es infalible y, por esa gran dosis de discrecionalidad que ya se mencionó, es posible caer en la arbitrariedad. (p. 81-82).

Entonces con respecto a los límites de la ponderación se puede acotar que, si bien es cierto es incuestionable que la ponderación es utilizada frecuentemente por los máximos Tribunales Constitucionales, parte de la doctrina utilizada en esta investigación e incluso el mismo Bernal Pulido, discípulo de Alexy, sostiene que la ponderación tiene sus límites y que indudablemente da lugar a la subjetividad.

4.14. ANÁLISIS DE SENTENCIAS

Bajo la tesis del método ponderativo de Robert Alexy, hoy por hoy es frecuente que en las más altas Cortes, o en las Cortes y Tribunales Constitucionales se aplique el método de la ponderación, que como se analiza en este trabajo, para aplicar dicho método de interpretación es necesaria la colisión de derechos o de principios constitucionales.

La Corte Constitucional del Ecuador, ha aplicado en varios casos el método de interpretación constitucional de la ponderación, por lo tanto se han seleccionado tres sentencias dictadas por esta alta Corte, sobre las cuales se analizará la forma en la que dicho método fue aplicado en las sentencias seleccionadas, con el fin de demostrar si se cumple o no los parámetros para aplicar el método o si se cumplen los presupuestos en los cuales se basan otros tratadistas para sustentar sus críticas.

4.14.1. SENTENCIA NO. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN

A partir de la vigencia de la Constitución de la República del Ecuador (2008), y a fin de que no quede en acefalía la justicia constitucional, se estatuyó transitoriamente como su nombre lo indica, la Corte Constitucional para el Periodo de Transición. Fue este alto Tribunal, el primero que en el Ecuador resolvió un caso aplicando el método de interpretación Constitucional de la Ponderación, caso signado con el número SENTENCIA No. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN.

Esta acción llegó a su conocimiento a través de una acción de incumplimiento, en este estudio no entramos a analizar la constitucionalidad o no de la norma, más bien nos limitamos a tratar de determinar si se debió o no aplicar el método de interpretación constitucional de la ponderación.

Para resumir el caso, dicha acción de incumplimiento es propuesta por ciudadanos con discapacidad, en contra del Procurador General del Estado y de la entonces Corporación Aduanera Ecuatoriana. En dicha acción los accionantes alegaban que se había incumplido el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades que expresamente contenía la exención tributaria para la importación de vehículos ortopédicos y no ortopédicos destinados al traslado de personas con discapacidad, el modelo o la antigüedad de dichos vehículos no podía ser de más de tres años anteriores a la fecha de la autorización de importación. El señor Procurador había considerado que esta norma es contraria a la Ley Orgánica de Aduanas, Ley de Tránsito y Transportes Terrestre, Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, así como al medio ambiente y los derechos de los consumidores; impidiendo así se haga efectivo la importación de dichos vehículos. Este incumplimiento, a decir de los accionantes, vulneraba los derechos de las personas con discapacidad.

Se alegaba en dicha acción entre otros el incumplimiento al artículo 13 de la Ley de la Procuraduría General del Estado y de las Resoluciones 0770-07-RA y 335-99-TC del Tribunal Constitucional del Ecuador, pues este alto Tribunal con anterioridad habría dispuesto que el Consejo Nacional de Discapacidades emita las autorizaciones para la importación de vehículos a favor de los accionantes.

La Corte, en primer lugar concluye que la Procuraduría General del Estado al emitir el dictamen antes indicado lo habría hecho cumpliendo la constitución y la

Ley, y eximio de responsabilidad en la acción de incumplimiento a la Procuraduría, sin embargo no eximió de esa responsabilidad a la Corporación Aduanera Ecuatoriana, argumentado que existían dictámenes vinculantes por parte del Procurador General del Estado y Resoluciones del Tribunal Constitucional que facultaban la importación de dichos vehículos. La Corte no se limitó a declarar el incumplimiento por parte de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, si no que como lo expresa en su sentencia, en base a artículo 436, numeral 3 de la Constitución de la República, entró a analizar la constitucionalidad del dictamen No. 01421; del Procurador General del Estado. Establece textualmente la Corte que:

Es decir, el señor Procurador, mediante una interpretación jerárquica, restringió el ejercicio de derechos inherentes a los grupos vulnerables, hoy de atención prioritaria, reconocidos en los artículos 11 numeral 2, y 47 numeral 4 de la Constitución de la República, y desarrollados en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades. (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009, p. 28).

En este sentido, en el caso analizado, la Corte confronta: Los derechos a las exenciones en el régimen tributario respecto a automóviles ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación, a favor de la población discapacitada VS Los derechos del medio ambiente y los derechos del consumidor. Para lo cual se formula la pregunta:

¿Es justificable la restricción del derecho a exenciones en el régimen tributario respecto a automóviles ortopédicos y no ortopédicos de hasta tres años de fabricación, a favor de la población discapacitada, en beneficio del ejercicio de derechos al medio ambiente y del consumidor? (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009).

Planteada la interrogante la Corte se propone definir el grado de la no satisfacción o de afectación del Derecho a la exención tributaria a favor de la población discapacitada; en un segundo paso, definir la importancia de la satisfacción del Derecho del medio ambiente y del Consumidor, y posteriormente definir si la importancia de la satisfacción de un derecho justifica la afectación o la no satisfacción del otro, y lo hace bajo la siguiente fórmula:

DI = Derecho a exención tributaria a favor de la población discapacitada (Art. 47. 4: y 11.3 de la Constitución, desarrollados en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades)

PaDI= Peso abstracto del Derecho No. 1 (no aplicable en el caso ecuatoriano, en virtud del artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República)

AfD1)= (afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre el Derecho No. 1)

D2 - Derechos del medio ambiente y del Consumidor

PaD2 = Peso abstracto del Derecho No.2 (no aplicable en el caso ecuatoriano, en virtud del artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República)

AfD1)2 = Afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los derecho No.2. (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009, p.31).

Dando los valores de la escala tríadica de la fórmula del peso propuesta por Alexy, la Corte consideró que:

El grado de restricción o afectación del derecho a la exoneración tributaria, en los términos del artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre de Discapacidades, bajo las razones expuestas previamente, (en la argumentación de fondo relacionada a la jerarquía de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos y la ponderación de derechos), resulta ser intensa; por tanto se le atribuye el valor de 4. (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009).

En relación a las variables relacionadas a la seguridad de las premisas fácticas, es claro que la restricción de un derecho de esta naturaleza, privará a la población discapacitada de autonomía, su movilización se verá comprometida y, sin duda, afectará directamente a su nivel de vida. Por ello, se le atribuye el valor de 1. Paralelamente, la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano y de los consumidores puede catalogarse como media (2), toda vez que, la importación de automóviles de hasta tres años de fabricación no atenta de manera exorbitante al medio ambiente, y tampoco es la causa principal y directa de contaminación. Por su parte, un automóvil de tres años de fabricación reviste un alto grado de probabilidad de que brindará las seguridades necesarias para el usuario (no estamos hablando de automóviles de 7, 8 o 10 años de fabricación). (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009, p. 32).

Finalmente, con respecto a la seguridad de las premisas

Sobre su afectación, resulta ser plausible (1/2), el medio ambiente nunca estará libre de contaminación; no obstante, como se mencionó, la importación de vehículos en beneficio de la población discapacitada, bajo las condiciones y características que prevé la ley, no resulta ser el hecho principal generador de contaminación. (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009, p. 32).

Con estos valores la fórmula del peso en la sentencia analizada fue:

$$\frac{4 (DI) \times 1 (AfDI)}{2 (D2) \times 1/2 (AfD2)} = \frac{4}{1}$$

De forma correlativa, el peso del derecho a un medio ambiente sano y al consumidor será el siguiente:

$$\frac{2 (D2) \times 1/2, (AfD2)}{4 (DI) \times 1 (AfDI)} = \frac{1}{4} = 0.25$$

(Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009, p. 32-33).

En esta sentencia se apega a la estructura de la ponderación propuesto por Alexy, ya que para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, se han tomado en cuenta los elementos que conforman la estructura de la ponderación, esto es la ley de la ponderación, la fórmula del peso, no hace referencia a las cargas de la argumentación, pues como se explicó en el capítulo de la estructura de la ponderación, subcapítulo de las cargas de la argumentación, estas cargas argumentativas de acuerdo a Alexy, operan cuando hay un empate entre los principios en conflicto, lo cual no sucedió en este caso.

Acoge la representación matemática de la fórmula del peso de Alexy, otorga valor matemático a los grados de no satisfacción y también a los grados de satisfacción de los principios en conflicto, otorga la representación matemática a la seguridad de las premisas empíricas, de igual manera se pronuncia expresamente indicando la imposibilidad de analizar el peso abstracto de los principios, tomando como fundamento la constitución del Ecuador en su artículo 11 numeral 6. Es decir es una sentencia en la cual se aplica la estructura de la ponderación propuesta por Alexy.

4.14.2. SENTENCIA N.º 067-12-SEP-CC CASO N. 1116-10-EP

Antecedentes.

El accionante Segundo Ángel Pandi Toalombo, es una persona discapacitada, que ha sido condenada a pagar pensión alimenticia de veinte y tres dólares con quince centavos, cantidad que ha venido pagando por más de 10 años, al momento de presentar la acción extraordinaria de protección, sufría de una discapacidad física del ochenta por ciento, por su condición física y por prescripción médica no podía realizar esfuerzo físico, se encontraba sin trabajo y se le hacía casi imposible

pagar dicha pensión, por lo cual solicitó al juez de la causa la supresión definitiva de esta obligación alimenticia, sin embargo su petición fue rechazada.

La Corte Provincial de Imbabura conoció el recurso de apelación, sin embargo rechazó su recurso, considerando el interés superior del niño, establecido tanto en la Constitución de la República como en los Convenios Internacionales y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

En virtud de aquella negativa el accionante presentó una Acción Extraordinaria de Protección en contra de la Resolución de la Corte Provincial de Imbabura, acción de protección que llegó a conocimiento de la Corte Constitucional Para el Período de Transición, el accionante indica en su acción:

Que el derecho constitucional supuestamente vulnerado es el derecho de libertad, contemplado en el artículo 66, numeral 21, literal d) de la Constitución de la República que dispone: "ninguna persona está obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley". Que la violación al derecho constitucional ha ocurrido a lo largo de todo el proceso desde su inicio, toda vez que nadie puede ser condenado a cumplir una obligación civil o social imposible como en su caso, al tratarse de una persona discapacitada en un porcentaje de más del 80%, ante lo cual no puede valerse por sí mismo, por lo que depende de otras personas, sin poder trabajar, siendo su enfermedad irreversible y degenerativa; sin embargo, se lo ha condenado a pagar pensión de alimentos que no puede pagar por su enfermedad y por prescripción médica, al no poder hacer ningún esfuerzo físico, ante lo cual, esta obligación "lo mantiene en constante peligro de ir a parar en la cárcel hasta que pueda pagar el último centavo (Sentencia 067-12-SEP-CC, 2012, p. 2-3).

La Corte Constitucional para el periodo de transición encontró las siguientes interrogantes: ¿en qué medida la obligación de pagar pensiones alimenticias a una persona discapacitada atenta su derecho a la dignidad?; el principio de interés superior del menor ¿puede ir en contra del derecho a la dignidad y vida de su progenitor?; en el caso concreto, la obligación de pagar pensiones alimenticias a una persona con un alto grado de discapacidad física ¿puede atentar su derecho a la libertad ambulatoria?; ¿en qué medida el no pago de pensiones alimenticias por parte de su padre discapacitado atenta el derecho a la vida de la menor de edad?; ¿existen otros mecanismos que aseguren el ejercicio de los derechos de la menor?; y finalmente ¿existe una condición de doble vulnerabilidad de la persona discapacitada en el caso sub judice? (Sentencia 067-12-SEP-CC, 2012, p. 30).

El problema jurídico que se planteó la Corte fue si: "En la presente causa, la obligación de pagar una pensión alimenticia a favor de una menor ¿puede ir en

detrimento de los derechos a la dignidad y la libertad de una persona discapacitada y con una enfermedad degenerativa”? (Sentencia 067-12-SEP-CC, 2012, p. 8).

Los derechos en conflicto identificados fueron:

El derecho a la vida de la menor a través de la dotación de pensiones alimenticias, frente al derecho a la dignidad de las personas discapacitadas, y la disyuntiva que como consecuencia de lo uno podría atentarse a la libertad ambulatoria de una persona con discapacidad física. (Sentencia 067-12-SEP-CC, 2012, p. 27).

Para iniciar el análisis de la ponderación en la presente sentencia, hay que partir indicando que la protección constitucional especial, tanto para las personas con discapacidad como para los menores de edad como grupos de atención prioritaria, está reconocida en el artículo 35 de la Constitución que dispone:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial atención a las personas en situación de doble vulnerabilidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Con respecto a los derechos que reconoce la constitución a los menores de edad, están estipulados en los artículos 44 y 45 de la Constitución que dispone:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) .

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y

cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Con respecto a las personas con discapacidad sus derechos y medidas que aseguren el cumplimiento de esos derechos están reconocidos en los artículos 47 y 48 de la constitución derechos que de acuerdo a la norma constitucional deben ser incorporados también a través de políticas públicas, siendo obligación del estado garantizar estos derechos.

Las circunstancias del caso en concreto con respecto al accionante y de acuerdo a las pruebas obtenidas en el proceso son: el accionante es una persona con discapacidad del 80%, su lugar de vivienda es modesta sin que el accionante tenga condiciones de movilidad y necesita del auxilio de sus familiares, por asunto de su incapacidad no puede realizar actividades físicas, sin embargo para subsistir comercializa "cds" de música cristiana en los buses, lo cual y considerando su discapacidad es un riesgo para su vida, adolece de enfermedad catastrófica paraparecia espástica, enfermedad que agrava su salud y necesita continuar con su tratamiento; la doble vulnerabilidad se da por ser una persona con discapacidad y una enfermedad degenerativa.

Las circunstancias del caso en concreto en cuanto a la menor y de acuerdo a las pruebas recabadas por la Corte, son: que el derecho a la vida de la menor no se encuentra comprometido, que la obligación de alimentar a la menor es una obligación solidaria que deben asumir la familia de la menor y el Estado ecuatoriano lo cual se lo ha venido haciendo; la madre de la menor realiza actividades comerciales de venta de legumbres en el mercado Amazonas de la ciudad de Ibarra, lo cual le permite obtener los medios de subsistencia para ella y la menor, es decir se encuentra en una mejor situación socio económica en relación al padre de la menor, la menor recibe ayuda de la Fundación Childfund Internacional, con respecto al mejoramiento de sus condiciones de vida, la menor se encuentra

estudiando en uno de los colegios de la ciudad de Ibarra, con lo cual se garantiza su derecho a la educación.

Cabe destacar que la Corte determina que el grado de no satisfacción o afectación de los derechos del alimentantes es intensa, sin necesidad de recurrir a la representación numérica conforme la fórmula del peso propuesta por Alexy, recordemos que en la fórmula del peso de Alexy la afectación intensa corresponde a un valor de 4. Con respecto a la satisfacción de los derechos de la menor, no se menciona si es intensa, media o leve, asumiendo que no hay afectación de acuerdo a los argumentos expresados que concluyeron que el derecho de alimentos y a la educación de la menor se encontraba tutelado por la familia el estado y la fundación.

Con respecto a la seguridad de las premisas o apreciaciones empíricas que tienen que ver con los derechos del alimentante, la Corte no se pronuncia expresamente, sin embargo considera que la seguridad de las premisas sobre la afectación del derecho de la menor es plausible, de igual forma sin necesidad de recurrir a la representación numérica conforme la fórmula del peso propuesta por Alexy, recordemos que en la fórmula del peso de Alexy la seguridad de las premisas plausible equivale a 2^{-1} , es decir, $\frac{1}{2}$.

Con respecto a la variable del peso abstracto que forma parte de la ley de la ponderación de Alexy, la Corte Constitucional ha sido clara en determinar que los derechos en conflicto, por estar contenidos en la norma constitucional que les asigna igual jerarquía a los principios y derechos constitucionales, la Corte no asigna ningún valor conforme la escala tríadica propuesta por Alexy.

La ponderación en este caso, si bien es cierto se hace mención al uso de la escala tríadica, (leve, mediana, intensa) se la aplica sin otorgar valores matemáticos a los grados de no satisfacción o afectación o de un principio, no se otorgaron valores matemáticos a la importancia de satisfacción del principio en contrario, ni se establecieron valores matemáticos a la seguridad de las premisas, (seguro, plausible y no evidentemente falso) ni se aplica la fórmula del peso de Alexy, en cuanto a su representación numérica, más bien se ponderó a través de ejercicios argumentativos de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto.

4.14.3. SENTENCIA NO. 10-18-CN/19

Para iniciar el análisis de esta sentencia, se requiere aclarar que se procurará no esgrimir argumentos en favor o en contra del matrimonio de personas del mismo sexo, pues ese no es el objetivo del estudio, sino más bien determinar si en el caso que llegó a través de una consulta de norma, la Corte debió o no aplicar el método de la ponderación.

En razón de que la sentencia no fue aprobada por unanimidad, en lo posterior, para referirnos a la sentencia en cuanto ponderó y declaró la inconstitucionalidad de las normas del Código Civil y Ley de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, se lo hará refiriéndose como “el voto de mayoría”, y para referirnos al “voto salvado” se lo hará con la misma expresión.

Antecedentes

Los señores Rubén Darío Salazar Gómez y Carlos Daniel Verdesoto Rodríguez, presentaron una acción de protección en contra de la Dirección General de Registro Civil Identificación y Cedulación, pues se habrían negado a celebrar el matrimonio, entre los accionantes por ser personas del mismo sexo.

La Unidad Judicial Civil del Distrito Metropolitano de Quito, decidió consultar a la Corte Constitucional, respecto de la constitucionalidad de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, normas en las que el Registro Civil se amparó para no celebrar dicho matrimonio, las normas legales ante referidas disponían:

(Código Civil) “Art. 81.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.”

(Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles). Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.

Luego del análisis correspondiente, la Corte declaró la inconstitucionalidad de los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de

Gestión de la Identidad y Datos Civiles: en ambas disposiciones legales, la expresión “un hombre y una mujer” y, en la primera, el término “procrear”.

De acuerdo a la declaratoria de inconstitucionalidad antes referida las normas de los cuerpos legales quedaría: (Código Civil) Artículo 81- Matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente.” Y en la (Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles) Art. 52.- Autoridad ante quien se celebra e inscribe el matrimonio. El matrimonio es la unión entre dos personas y se celebra e inscribe ante la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Fuera del territorio ecuatoriano, se celebra e inscribe ante el agente diplomático o consular, si al menos uno de los contrayentes es ecuatoriano.

De acuerdo a lo manifestado por el voto de mayoría, en el considerando 98 numeral 2, esta sentencia tiene efecto erga omnes, en la cual exhorta a la Asamblea Nacional revisar integralmente la legislación sobre el matrimonio a fin de que incluya como cónyuges a las parejas del mismo sexo, con idéntico trato al otorgado a las de diferente sexo.

Para llegar a declarar la inconstitucionalidad de los fragmentos ya referidos, el voto de mayoría ha aplicado el método de interpretación constitucional de la ponderación. En el análisis ponderativo, el voto de mayoría se plantea los siguientes parámetros:

Manifiesta el voto de mayoría que según las disposiciones cuestionadas o normas legales contienen que

“14 las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio.” Que su constitucionalidad o inconstitucionalidad dependerá de si la Constitución reconoce (también) a las parejas del mismo sexo el derecho fundamental al matrimonio, el que debe ser entendido como el derecho a que el legislador democrático instituya (esto es, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, otorgándoles — con dicha institucionalización— el poder jurídico de casarse.

“15 Si tal derecho fundamental existiera, el legislador estaría obligado a instituir (esto es, hacer posible y regular) el matrimonio entre personas del mismo sexo. En cambio, si no hubiera tal derecho, el legislador podría estar en una de dos situaciones: o bien, podría estar prohibido de instituirlo, o bien, podría estarle simplemente permitido hacerlo.”

“16 Si el legislador estuviera prohibido de instituirlo, la norma cuestionada obviamente no sería inconstitucional. Como tampoco lo sería si al legislador le estuviera simplemente permitido hacerlo; aunque, en este supuesto, tampoco sería inconstitucional una norma contraria a la cuestionada.

“17 De ahí que los problemas jurídicos específicos (en adelante, “problemas jurídicos”) que esta Corte debe resolver son los siguientes: (1) ¿la Constitución obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?; y, si se respondiera afirmativamente a esto, (2) ¿cuál debe ser la decisión de la Corte al respecto?

“18 La solución del problema jurídico (1) va a depender, a su vez, de la respuesta a dos subproblemas jurídicos, a saber: (1.1) ¿la Constitución prohíbe al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?; y, si se respondiera negativamente a este, (1.2) ¿la Constitución permite al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? De manera que la respuesta al problema jurídico (1) —alusivo a si hay obligación— será afirmativa solamente si se responde negativamente a los dos indicados subproblemas jurídicos —que versan sobre si hay prohibición o permisión, respectivamente—.

“C. Problema jurídico (1): ¿La Constitución obliga al legislador democrático a instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo? (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 4,5).

Para analizar este tema manifiesta que la constitución tiene dos dimensiones una formal y otra sustantiva, que la sustantiva está conformada de ese tejido axiológico compuesto de valores principios y reglas que le subyacen y le trascienden.

C Subproblema jurídico (1.1) ¿la Constitución prohíbe al legislador democrático instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo?; Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia (Argumentos en contra: los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad) (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p.5).

Para resolver esta interrogante el voto de mayoría considera en los considerandos 25 al 32 que para los literalistas, el artículo 67 inciso segundo de la Constitución, las parejas del mismo sexo no tienen derecho al matrimonio y para el argumento intencionalista, la intención del constituyente de manera deliberada fue privar el matrimonio a personas del mismo sexo.

A partir de aquello el voto de mayoría, critica al argumento literalista de débil, indicando que el significado del artículo 67 inciso segundo no es unívoco, ya que como no dice “solamente” la unión entre un hombre y una mujer, podrá considerarse que dicho artículo no prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

De igual manera crítica al argumento intencionalista, manifestando que no es claro en identificar de qué se habla cuando se alude a la intención del constituyente y manifiesta que por el hecho de que varios asambleístas constituyentes y ciudadanos hayan aprobado el texto del señalado inciso segundo no se sigue lógicamente que todos ellos hayan tenido la intención de prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo; por ejemplo, algunos lo habrán hecho asumiendo una interpretación del texto que no implique tal prohibición, y otros ni siquiera se lo habrán planteado. (Sentencia 10-18-CN/19, 2019).

El voto de mayoría, En los párrafos 31 al 33 indica que no es posible realizar únicamente la interpretación literal, e intencionalista, que la constitución en el artículo 437 (427) no solamente contiene la interpretación literal si no otros modos de interpretación, los cuales están desarrollados en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entre ellos la ponderación, y en el párrafo 33, considera que se debe identificar los principios y ponderarlos.

En el apartado 34, el voto de mayoría, ya encuentra el principio a colisionar y manifiesta “el principio de la deferencia del constituyente y el valor de la democracia. Vs. Principios de autonomía de la persona, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, valor de la laicidad, buen vivir, el derecho a la igualdad formal, material.

Para llegar a ponderar y concluir como concluyo, el voto de mayoría, en el apartado 35, se plantea la siguiente interrogante “¿cuáles son aquellos principios, fines o valores a cuya realización apuntaría la prohibición de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo, supuestamente impuesta al legislador (intencionalmente y por escrito)?” (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 9).

Frente a esta interrogante y para fundamentar su juicio ponderativo, el voto de mayoría, en los apartados 36 al 45, cuestiona los argumentos que han emitido los asambleístas, sectores religiosos y otros participantes en el proceso constituyente, que dio lugar a la constitución del 2008 y específicamente con referencia al matrimonio entre personas del mismo sexo, y manifiesta, que estos argumentos son equivocados ya que se ha fundamentado en fines tales como, la esterilidad reproductiva, significado etimológico de matrimonio, que la finalidad del matrimonio es fomentar el crecimiento y evitar el decrecimiento demográfico, inadecuación de las uniones homosexuales al molde del matrimonio tradicional, la homosexualidad como desorden psiquiátrico, la homosexualidad como desorden moral, que todas estas argumentaciones están en contra del principio de autonomía de la persona, el valor de la laicidad, el buen vivir.

Ya en el apartado 46 y basado en las opiniones que se han dado para aprobar la norma Constitucional, el voto de mayoría manifiesta que los argumentos literalista e intencionalista débilmente apoyan la interpretación de que el legislador está constitucionalmente prohibido de instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Frente a estos argumentos que el voto de mayoría los llama equivocados presenta los argumentos que están en contra de la prohibición al matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo, entre estos, la protección a la familia es un derecho fundamental; que el derecho al matrimonio se apoya en el derecho a la familia; que el derecho al matrimonio se cimenta en el libre desarrollo a la personalidad; la libertad de conciencia y la intimidad.

Al enfrentar estos derechos con las posiciones que el voto de mayoría llama posiciones literalista e intencionalista determina en los considerandos 53 y 54 Conclusión Intermedia:

Estos dos derechos operan, clara y fuertemente, en contra de la hipótesis de que la Constitución prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo; y, en esa medida, estarían en el platillo de la balanza opuesto al que aloja (como se dijo en el párr. 34 supra) al principio de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, los que se ven debilitados en el caso concreto, porque, según se concluyó {supra párr. 46), los argumentos literalista e intencionalista sustentan, también débilmente, que el inciso segundo del

artículo 67 de la Constitución establece la indicada prohibición. (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 17).

Este desequilibrio de razones, como se ve, es por demás notorio en el caso concreto: la afectación que podría causarse a los principios de la deferencia al constituyente y al valor de la democracia, si se rechazara la señalada hipótesis de la prohibición, sería claramente menor al quebrantamiento de los derechos a la protección de las familias y al libre desarrollo de la personalidad (y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de conciencia), si dicha hipótesis fuese admitida, ya que esta excluiría la posibilidad de que la institucionalización del tipo de matrimonio en cuestión. (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 17).

“Respuesta al subproblema jurídico 1.- la Constitución no prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.” (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 17).

Subproblema jurídico (1.2): ¿La Constitución permite al legislador democrático posibilitar el matrimonio entre personas del mismo sexo? Argumentos a favor: el literalista y el intencionalista. La deferencia al constituyente y la democracia. Argumentos indirectos a favor: la deferencia al legislador y la democracia deliberativa. Argumentos adicionales en contra: la igualdad formal y la igualdad material (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 17).

Para responder esta interrogante de igual manera el voto de mayoría determina que queda por establecer si el peso del principio de la deferencia al constituyente y el valor de la democracia es suficiente para concluir que la Constitución ha dejado a la discrecionalidad del legislador el instituir o no el tipo de matrimonio mencionado (como parte de su libertad de configuración de los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad).

Nuevamente el Voto de Mayoría manifiesta que a favor de esta tesis están “la deferencia al legislador y la democracia deliberativa.”

En el párrafo 65 manifiesta que si se aplica el principio de proporcionalidad no pasaría no superaría la primera fase pues prohibir el matrimonio de parejas del mismo sexo no persigue un fin constitucionalmente válido.

Confronta la deferencia al legislador y la democracia deliberativa con la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad, al derecho a la igualdad formal, los derechos a la protección a la familia y al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad material, indicando entre otras razones que el no acceso al matrimonio de personas del mismo sexo tiene efectos degradantes y estigmatizantes, que sufren de discriminación, violencia física y psicológica exclusión económica etc. etc.

Conclusión intermedia. Los principios puestos en la balanza ponderativa fueron:

72.1. Por un lado, el principio de deferencia al constituyente conjuntamente con el valor de la democracia en sus formas representativa y deliberativa (y, de manera indirecta, el principio de deferencia al legislador común).

72.2. Y, por otro, los derechos a la protección a la familia, al libre desarrollo de la personalidad (y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de conciencia), a la igualdad formal y a la igualdad material.

73. El sacrificio de cualquiera de los dos extremos implica una afectación grave a núcleos centrales del tejido axiológico en que la Constitución consiste. Se trata de dirimir, en el caso concreto, la tensión entre democracia y derechos fundamentales, propia del Estado constitucional. (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 22).

El voto de mayoría luego de su análisis respectivo consideró que:

74.1. Por un lado, la gravedad de una eventual afectación al extremo de la democracia tiene una intensidad baja porque, como se observó en su oportunidad, no es nítido el significado de la intención y del texto del constituyente y, segundo, porque la supuesta exclusión de las personas homosexuales de la institución matrimonial no apuntaría a realizar ningún principio, fin o valor constitucional.

74.2. Mientras que, por otro lado, la gravedad de la violación de los derechos fundamentales concernidos en este caso tiene una intensidad alta si se considera, sobre todo, que la violencia física y psicológica, así como la exclusión socioeconómica, que padecen las personas homosexuales más vulnerables afecta su dignidad de una forma intolerable, y que la institucionalización del matrimonio entre esas personas eliminaría al menos una de las causas de su marginación. (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 23).

Luego de realizar el análisis sobre el bloque de convencionalidad el voto de mayoría concluye:

90. Luego, es indudable que el legislador ecuatoriano no está simplemente permitido de instituir el tipo de matrimonio en cuestión. Lo que responde al subproblema jurídico (ii).

C.c. Conclusión final y respuesta al problema jurídico (1)

91. Por lo que se acaba de exponer, esta Corte concluye que nuestra Constitución reconoce el derecho de las parejas del mismo sexo a que el legislador instituya (esto es, haga posible y regule) para ellas el matrimonio, otorgándoles —con dicha institucionalización— el poder jurídico de casarse. Consiguientemente, el legislador está obligado a hacerlo. 92. Concluir lo contrario, no solo que sería palmariamente injusto, sino que provocaría la responsabilidad internacional de la República del Ecuador ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues, como lo ha señalado la Corte IDH... (Sentencia 10-18-CN/19, 2019, p. 27).

Tal cual se lo había manifestado en el capítulo de la subsunción, el voto de mayoría aplica la subsunción para identificar los principios en colisión, identificándolos como el principio de deferencia al constituyente que a su vez se apoya en el valor de la democracia que son los principios que a decir del voto de mayoría defienden los argumentos literalista e intencionalista, y los principios de autonomía de la persona, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, valor de la laicidad, buen vivir, el derecho a la igualdad formal, material, protección a la familia, y, conexamente con estos, a la intimidad personal y familiar y a la libertad de conciencia.

Con esto se ratifica la posición de aquellos doctrinarios como Martínez y Fuentes, quienes manifiestan que la ponderación no excluye a la subsunción si no que se complementan, es decir la subsunción se aplica al momento de definir los principios en colisión y al momento de identificar el derecho fundamental que se ha identificado como el que goza de prioridad.

El voto de mayoría de la sentencia analizada ha aplicado el primer elemento de la estructura de la ponderación, esto es determinar que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción de un principio, mayor debe ser el grado de satisfacción del otro, determinando que la afectación al principio de la deferencia al constituyente es menor en relación a la afectación de los principios y derechos que protegen a las personas del mismo sexo que desean contraer matrimonio.

Con respecto al segundo elemento, es claro que el voto de mayoría no aplica la fórmula del peso que plantea Alexy, especialmente en lo que tiene que ver con la representación de la fórmula del peso a través de la atribución metafórica de un valor numérico a las variables de la llamada escala tríadica “leve, medio o intenso”, y tampoco se refiere a las apreciaciones empíricas en los grados de “seguro, plausible y evidentemente falso”. A pesar de no dar representación matemática a estas variables, utiliza las expresiones de la escala tríadica propuesta por Alexy, al manifestar que la gravedad de una eventual afectación al extremo de la democracia tiene una “intensidad baja...” mientras que la gravedad de la violación de los derechos fundamentales concernidos en este caso tiene una “intensidad alta”. Lo que demuestra que la representación matemática de la fórmula del peso propuesta por Alexy no es una camisa de fuerza.

Con respecto al tercer elemento sobre las cargas de la argumentación, se evidencia que no fue necesario referirse a este elemento en razón de que el mismo opera solo en caso de un empate, lo cual se había analizado en el capítulo sobre las cargas de la argumentación.

4.15. CRITICAS AL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN

Si bien es cierto Alexy, ha contestado a los críticos, que la ponderación, es un método racional para resolver colisiones de principios, para sus críticos, este es un discurso para esconder las ideologías y las creencias que rodean al operador jurisdiccional cuando toma una decisión. También se ha criticado a la ponderación en cuanto su estructura, a la fórmula del peso que plantea, y al hecho de que no existe una norma clara que permita al juzgador dar un valor específico a los principios en conflicto ni a la seguridad de sus premisas, a continuación transcribiremos varias de esas críticas, que coinciden especialmente con el margen de discrecionalidad del interprete al momento de ponderar.

Una de las objeciones más importantes señala que se trata de una simple fórmula retórica que constituye una técnica de poder con una estructura jurídica imprecisa, puesto que no existen criterios jurídicos suficientes para garantizar su objetividad, de manera tal que sirvan de mecanismo de control de las providencias que ponderan principios (Leisner-Stammler). Se dice que se trata de una estructura meramente formal en la que las apreciaciones subjetivas del juez son la balanza con la que se pondera. (Charria, 2013, p. 106).

La asignación de los valores a las variables se hace de manera considerablemente discrecional, ya que no es algo enteramente determinado, sino que depende del momento y las circunstancias en las que se elija aquel principio que tenga más peso que otro, y que no se consideran que los derechos humanos tienen un núcleo duro o esencial y ciertos elementos secundarios dúctiles, que podrían ser adecuados en caso de confrontación. (Martinez, 2014, p. 76).

Los críticos de este método consideran que es un método no objetivo, sino argumentativo, que depende las argumentaciones que se de en cada caso concreto; Contiene una pretensión de objetividad, ya que, cada paso o mejor en cada etapa de aplicación de este método, toma un papel crucial el justificar cada premisa, por lo cual se trata de un procedimiento evidentemente argumentativo. No es un método infalible, pues el amplio margen de discrecionalidad, permite que la interpretación de los principios pueda ser distorsionada por el operador

jurídico; inclusive el operador jurídico al aplicar el método no está exento de caer en falacias de la argumentación. (Uricoechea, 2017, p. 89).

Es por tanto evidente que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional de parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional la mutación de valores comparativos de los dos principios a la luz de una nueva controversia a resolver. (Guastini, 2007, p. 637).

Para el ex presidente de la Corte Constitucional colombiana, Jaime Araújo Rentería “La interpretación por medio de valores o principios representa dos grandes inconvenientes: 1) que los valores que no están previamente definidos son siempre subjetivos y 2) que, como no existe una jerarquía de principios sino una escala móvil, (...) no existe nunca certeza jurídica ni regla general, lo que crea inseguridad, porque nunca se sabe cómo fallará el juez y, lo que es más importante, el derecho se convierte en un catálogo de casos. (Charria, 2013, p. 107).

Pero además, según Guastini la atribución de significado al texto es el resultado de una decisión del intérprete, y no el descubrimiento de un significado preexistente. Por ello las interpretaciones (y con ellos las normas) son el resultado de actos de voluntad, y como tales no susceptibles de verdad o falsedad. No existen interpretaciones verdaderas o falsas, sino tantas interpretaciones como decisiones de los intérpretes, que gozan de una amplia discrecionalidad en su actividad interpretativa. (Martínez, 2004, p. 170).

Otro de los principales tratadistas escépticos y críticos con el método de la ponderación es García Amado, para este autor ponderar no es sopesar si no valorar, cuestiona la honestidad en términos de racionalidad, ya que es el ponderador el que escogerá la balanza, sopesa sus razones y estas pesarán más que otras razones, así expresa:

Si en verdad principios y valores jurídicos pesaran, poco habría que argumentar; y si mucho hay que argumentar es porque quien dice que pondera en realidad no pesa, sino que valora personalmente con mayor o menor razonabilidad. Lo que no es honesto, en términos de racionalidad argumentativa, es que el ponderador se señale a sí mismo como quien indica una balanza objetiva y en perfecto funcionamiento; o que pretenda que sus razones son más que razones suyas, que son datos objetivos y demostrativos. (García Amado, 2016, p. 5).

Esta crítica de García Amado tiene relación con lo manifestado por Bernal Pulido, quien recordemos, considera que la ponderación depara un margen de acción al intérprete, y que en la asignación de rangos de peso no deja de ser fundamental la influencia de la ideología del intérprete.

Asimismo, Pino (2011), manifiesta que, si bien Ferrajoli ha sido considerado normalmente uno de los más reconocidos representantes del neoconstitucionalismo, también tiene su propia postura con respecto a la ponderación así manifiesta:

Ahora bien, Ferrajoli hace referencia a dos ulteriores elementos para caracterizar la ponderación: en primer lugar, el mayor grado de discrecionalidad que la ponderación comporta respecto a las otras técnicas, determinado por la necesidad de establecer, con un juicio subjetivo de valor por parte del juez, el «peso» de las normas que son objeto de ponderación. (p. 219).

Sosteniendo este tipo de críticas García Amado señala que, cuando los tribunales dicen que ponderan, en realidad continúan aplicando el método de subsunción tradicional, pero variándolo en la parte argumentativa, que la realizan con menos rigor; pues se deja de lado lo que verdaderamente guía la decisión: las razones y las valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas. Dicho autor sostiene que la ponderación no tiene autonomía, “pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso. (Alfaro, 2017, p. 100).

Rodríguez de Santiago y Velasco Caballero condensaron algunas de las críticas más frecuentes al método de la ponderación, resumiendo que: “se trata de un método que puede conducir a la decisión no conforme a argumentos, sino según un personal sentimiento de justicia”. En suma, -indican los autores- se le ha achacado que esto degenera en un sistema de justicia de caso concreto, con pocas posibilidades de generalización de soluciones y, por ende, productor de inseguridad jurídica. (Alfaro, 2017, p. 100).

Para Matthias Jestaedt, una de las principales objeciones a la ponderación es que promete una medida de exactitud en la aplicación, que realmente luego no es capaz de cumplir. Esto lo argumenta específicamente en lo que respecta a los pesos con los que trabaja el método, en razón -señala el autor- de que no aclara el método cómo deben ser determinados los mismos de forma práctica en la realidad. (Alfaro, 2017, p. 100).

Lo que debe quedar claro es que los jueces y los órganos de aplicación del Derecho, pese a poder (y tener que) resolver los problemas de coherencia normativa en relación con los fines y valores incorporados en los sistemas jurídicos, no están autorizados para rechazar o recomponer arbitrariamente los compromisos de razones de primer orden subyacentes en las reglas. (Baquerizo, 2010, p. 225).

Para concluir el tema de las críticas, es recomendable transcribir lo que manifiesta García Amado, a los defensores de la ponderación.

A los teóricos de la ponderación y defensores más estrictos del método ponderativo- subsuntivo debería corresponder la crítica de tan común mal uso, pues, si no se depuran esas tergiversaciones, acabará convirtiéndose la

ponderación en el más lamentable pretexto para un casuismo vacío y totalmente ajeno a las más mínimas exigencias de racionalidad argumentativa en la decisión judicial. (Yasnó, 2016, p. 9).

Por su parte, Atienza (2010), no está de acuerdo con la presentación de Alexy en cuanto a la fórmula del peso que es parte de la estructura de la ponderación, manifiesta:

Yo diría que sus errores han sido, fundamentalmente, de carácter retórico. Lo que él llama la "fórmula del peso", con sus asignaciones de valores numéricos, multiplicaciones, cocientes, etc. no es más que un uso metafórico del lenguaje matemático, que no aporta nada en términos de rigor, pero que puede contribuir a la confusión, en cuanto ha llevado a pensar a muchos (aunque no sea esto exactamente lo que piense Alexy) que la clave de la argumentación en esos casos radica en la fórmula en sí, y no (como parecería obvio que tendría que ser) en la atribución de los valores respectivos: por qué aceptar, por ejemplo, que la afectación a tal principio es leve, moderada o intensa y que, en consecuencia, se le debe atribuir el valor 1, 2 ó 4, etc. (p. 50).

Frente a las críticas sobre la ponderación que realizarán según Alexy, Habermas o Schlink, cuando afirman que:

A la ponderación, "le hacen falta criterios racionales", se lleva a cabo "de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado cuando dicen que "en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva [...se hace valer] sólo la subjetividad del juez" y que "las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto [...] en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo." Alexy cita ejemplos resueltos en El Tribunal Constitucional Federal, y más precisamente sobre el caso del Titanic, en el que se presenta colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. (Alexy, 2008).

Con este ejemplo Alexy pretende explicar que las escalas de intensidad funcionan en la ponderación no sólo en los casos en los que se trata de actividades económicas, pues en esos casos a decir de Alexy, es fácil aplicar escalas, las escalas de intensidad funcionan cuando se enfrentan derechos y principios inmateriales, y que en los derechos fundamentales que se interpretan como principios hay límites dentro del estructura de la ponderación; por otro lado explica, que es posible hacer juicios racionales sobre la intensidad de afectación a los principios. Manifiesta Alexy que es poco probable o al menos hay que dudar que el Tribunal Constitucional haya realizado dichas estimaciones de manera irreflexiva ya que los argumentos son los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones. (Alexy, 2008).

En general las críticas al método de la ponderación van dirigidas a afirmar que con la aplicación de este método los derechos pueden disolverse, de tal manera que no se puede saber con certeza si los derechos están garantizados, sino solo

hasta que intervengan los tribunales, siendo estos los que definan el ámbito de los derechos y ya no la constitución. Si los principios y derechos pueden ceder ante otros principios, entonces el principio de la dignidad humana también podría ceder ante otro principio dentro del proceso ponderativo, el núcleo duro de los derechos o su contenido esencial estaría en peligro, pues lo que es sujeto de ponderación es susceptible de ceder. Para clarificar lo dicho, García Amado, pone como ejemplo el de la tortura, indicando que si colisiona el derecho de un individuo a no ser torturado a pesar de que es el único que sabe dónde está colocada una bomba que al detonar se perderían quizás decenas o cientos de vidas, si colisiona con otros principios o derechos a los cuales se les asigne razones morales de mayor fuerza, que sería salvar la vida de esas cientos de personas, el principio de no ser torturado, podría ceder en razón de que el beneficio del otro principio sea mayor.

4.16. CRITICAS A LAS SENTENCIAS ANALIZADAS

4.16.1. Sentencia NO. 002-09-SAN –CC CASO 0005-08-AN

En el caso de la sentencia en referencia, sin embargo, de que se haya aplicado la estructura de la ponderación de Alexy, no significa que en el caso analizado haya sido necesario aplicar el método de la ponderación. Recordemos que antes de aplicar el método de la ponderación, la Corte manifestó su preocupación, frente al dictamen del Procurador General del Estado indicando que ha “hecho uso de técnicas de interpretación exegéticas” y ha llegado a la conclusión:

Que la importación de vehículos de hasta tres años de fabricación tenga repercusiones graves con respecto al medio ambiente cuando, en la práctica, el parque automotor del país está compuesto por una gran cantidad de automóviles de los mismos años de fabricación e incluso mayores a los que la ley contempla.” Manifiesta que la medida tomada por el Procurador es desde todo punto de vista desproporcionado, irrazonable, inconstitucional y atentatorio al principio del Estado Constitucional de derechos, consagrado en el artículo 1 de la Constitución de la República. (Sentencia 002-09-SAN-CC, 2009, p. 27).

Lo que quiere decir que sin necesidad de aplicar el método de la ponderación ya se detectó que la medida o el dictamen del Procurador General del Estado era, desproporcionada, irrazonable, inconstitucional y atentatoria al principio del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por lo que para llegar a esa conclusión no era necesario ponderar.

Con respecto a esta sentencia, Baquerizo (2010), manifiesta:

Lo que pasó por alto la Corte Constitucional (a mi modo de ver, conscientemente) es la evidente falta de aptitud del dictamen del Procurador para preservar unos derechos colectivos que no podían verse afectados por la sola importación de un número discretísimo de vehículos ortopédicos de hasta tres años de antigüedad (en comparación con el volumen del parque automotriz existente, que además tiene una antigüedad que supera con creces esos tres años). No es que haya escapado al conocimiento de la Corte esta circunstancia (que de hecho se la menciona en el texto de la sentencia); es que simplemente no se la quiso tomar como determinante para la resolución. ¿Cuál era la necesidad de ponderar en este caso, si ya estaba comprobada la falta de idoneidad de la medida y, en consecuencia, la demostración de un conflicto aparente y no real entre derechos? (p. 237).

Como se analizó en el tema de la proporcionalidad, antes de llegar a la ponderación, primeramente la Corte debió determinar qué tipo de principios estaban en colisión, al determinar que no había colisión entre cualquier tipo de principios, si no de bienes colectivos como lo es el derecho al medio ambiente sano

y los derechos de defensa del consumidor, vs el principio que protege el derecho a la exoneración tributaria de los accionantes, entonces tratándose de bienes colectivos y de derechos individuales, correspondía seguir los pasos contenidos en la proporcionalidad, esto es analizar si el dictamen del procurador perseguía in fin constitucionalmente válido, si el dictamen era idóneo y necesario y luego se superaba todos esos elementos, recién se podía entrar a ponderar.

Recordemos lo que manifiesta Ávila, con respecto al ámbito de aplicación del método de la proporcionalidad y la ponderación:

El ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad es más restringido en relación a la ponderación, debido a que su presupuesto “no es la concurrencia de cualquier tipo de principios (como en la ponderación), sino específicamente la contradicción entre un derecho individual y un bien colectivo.” (Ávila, 2008, p. 334).

Fácilmente se podía llegar a determinar que si bien la medida cuestionada pudiera tener un fin constitucionalmente válido, esto es la protección del medio ambiente, la medida de prohibir la importación de los vehículos para personas con discapacidad, no era idónea ni necesaria de tal manera que sin superar esos elementos de la proporcionalidad, no era necesario entrar a ponderar. Por lo tanto se considera que este es un caso en el cual no ameritaba aplicar el método de la ponderación.

4.16.2. Sentencia N.º 067-12-SEP-CC CASO N. 1116-10-EP

En el caso analizado es evidente la colisión de principios y derechos de personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria, principios que evidentemente juegan en sentido contrario, por una parte, protegen derechos de las personas que con discapacidad, doble vulnerabilidad por su discapacidad y enfermedad degenerativa, su dignidad y libertad ambulatoria, (artículos 47 y 48 de la Constitución) y por otra parte, los derechos y el interior superior de una menor de edad (artículos 44 y 45 de la Constitución). Los principios en colisión del caso en concreto, tienen la característica de ser amplios, abiertos, es decir no se encuentra que ordenen que algo sea realizado de un modo determinado, si no que por su carácter de mandatos de optimización, exigen que sean cumplidos en la mayor medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades jurídicas y reales existentes, en este caso las posibilidades jurídicas son los derechos en colisión, derecho de la menor a recibir alimentos y derecho del padre a tener una vida digna y que no se

ponga en riesgo su libertad ambulatoria, las posibilidades reales existentes, es decir los hechos facticos vendrían a ser las circunstancias en las cuales se desenvuelve tanto la menor y el alimentante.

En el caso de la sentencia analizada, evidentemente son relevantes dos normas constitucionales, que prima facie ofrecen soluciones diferentes, pues las disposiciones que amparan el interés superior del niño ofrecerá una solución en favor de éste, y las normas constitucionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad ofrece una solución en favor de este último, de tal manera que se evidencia que la ponderación es el método idóneo para resolver este conflicto, y se da una solución sopesando de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto, sin que se elimine el derecho o principio vencido.

En definitiva, el derecho a la dignidad de la persona con discapacidad, su derecho a la libertad ambulatoria, tuvo más peso que el derecho a los alimentos y al principio superior de la menor, por las circunstancias del caso en concreto, es decir por la discapacidad, enfermedad degenerativa, riesgo que corría su vida al salir a vender “cds”, frente a un derecho de alimentos que estaba siendo atendido, por la familia, el estado y la fundación.

4.16.3. SENTENCIA NO. 10-18-CN/19

Esta sentencia a criterio muy particular, trae a la memoria, por qué se critica tanto al método de la ponderación, cuando se dice que este método no es objetivo; que es una fórmula retórica; que la asignación a las variables se las hace de manera discrecional; que el derecho se vuelve un catálogo de casos; que escoger los principios en conflicto y asignarles un valor es una decisión del intérprete ya que no ha sido previamente establecida por el constituyente. Es decir, en otras palabras, para el intérprete (usualmente el juez constitucional) una de las normas tiene mayor valor que la otra (por una decisión subjetiva, y no porque así venga establecido por el constituyente), y en consecuencia dicta una resolución favoreciendo la solución amparada por la norma de mayor valor; que es el ponderador el que escogerá la balanza, sopesa sus razones y estas pesarán más que otra razones; que la ponderación depara un margen de acción al intérprete, cuando existen dudas sobre si un caso es fácil o difícil y que en los rangos de peso no deja de ser fundamental

la influencia de la ideología del intérprete. Una de las críticas más acentuadas considera que:

Cuando los tribunales dicen que ponderan, en realidad continúan aplicando el método de subsunción tradicional, pero variándolo en la parte argumentativa, que la realizan con menos rigor; pues se deja de lado lo que verdaderamente guía la decisión: las razones y las valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas; su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso, que se trata de un método que puede conducir a la decisión no conforme a argumentos, sino según un personal sentimiento de justicia. (García Amado y Atienza, 2018).

El artículo 427 de la constitución del Ecuador dispone: Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (Constitución 2008 pág. 191) (El resaltado no corresponde al texto).

Obviamente y no está en discusión que es a la Corte Constitucional a la que corresponde de manera privativa y obligatoria interpretar las normas con el fin de que el ordenamiento jurídico este acorde a la constitución. Como ya se había indicado en el capítulo de la interpretación, la interpretación constitucional, en primer lugar se debe interpretar al tenor literal, buscar el significado de la norma, pero no de manera aislada si no en su integralidad, es decir considerando las demás normas constitucionales, de una manera sistemática lógica, tomando en cuenta que las normas de un ordenamiento jurídico forman parte de un todo, y para dotar de sentido a las normas no se puede pasar por alto las demás normas del ordenamiento jurídico, con esto se evita que los contenidos de una norma sean contradictorios con otras normas de un mismo cuerpo legal o del ordenamiento jurídico, en definitiva se busca la armonización de las normas.

Luego, solo en caso de duda, después de haber aplicado los métodos literal sistemático, se aplica el principio prohomine, es decir la interpretación que más favorezca la vigencia de los derechos, sin dejar de tomar en cuenta la voluntad del constituyente o método teleológico, para finalmente aplicar los principios generales de interpretación constitucional, los cuales están contenidos en el artículo 3 de la LOGJCC.

Respetar el orden de los métodos de interpretación constitucional del artículo 427 no es por simple capricho, sino para evitar la discrecionalidad y arbitrariedad de los intérpretes, pues decir lo contrario significaría que el intérprete utilice a su arbitrio el método que crea conveniente o el que a su criterio considere debe aplicar. De lo dicho podemos concluir que el principio prohomine no puede ser aplicado de manera directa sin haber superado el método literal y sistemático, porque significaría vaciar de contenido el artículo 424 de la Constitución.

Ya en el caso que nos ocupa, para llegar a la conclusión que llegó el voto de mayoría, se podría decir que se basó principalmente en cuestionar la validez de los argumentos literalista e intencionalista, calificándolos de débiles, consideró que el significado del artículo 67 inciso segundo no es unívoco ya que como no dice “solamente” la unión entre un hombre y una mujer, podría decirse que dicho artículo no prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Corresponde apartarse de esta posición del voto de mayoría, pues por el hecho de que en dicho artículo no diga “hombre y mujer mayor de edad”, se considere que la norma no excluye al matrimonio entre niños, o entre niños y adultos, y que esa no fue la intención del constituyente, que no todos hayan tenido la intención de prohibir el matrimonio entre niños, o de niños con adultos. Entonces el argumento usado en este acápite no resulta ser valedero para criticar el argumento literalista.

Así mismo el voto de mayoría pasa por alto el método de interpretación literal, sistemático, que más respeta la voluntad del constituyente, pues el mismo artículo 67 inciso segundo, reconoce al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, también en su primer inciso reconoce a los diversos tipos de familia, en el siguiente artículo 68 dispone: “La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial.” Bajo esa lectura la Constitución expresamente prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo y esa fue la voluntad del constituyente, pues caso contrario en el artículo 67 inciso segundo, hubiera usado la misma expresión del artículo 68, “dos personas”.

El voto de mayoría critica al argumento intencionalista, por que manifiesta no es claro en identificar de qué se habla cuando se alude a la intención del constituyente y manifiesta que por el hecho de que varios asambleístas constituyentes y

ciudadanos hayan aprobado el texto del señalado inciso segundo no se sigue lógicamente “que todos ellos hayan tenido la intención de prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo; por ejemplo, algunos lo habrán hecho asumiendo una interpretación del texto que no implique tal prohibición, y otros ni siquiera se lo habrán planteado”.

El voto de mayoría cuestiona y pretende desacreditar los criterios esgrimidos en los procesos de aprobación de las normas constitucionales, sin tomar en cuenta que más allá de la validez de las opiniones que se hayan esgrimido en la asamblea constituyente, la constitución fue aprobada por mayoría, por el poder originario y en referéndum, desconocer la validez de lo estipulado en una constitución aprobada por el pueblo, a pretexto de que las opiniones que se vertieron en los diferentes debates no eran correctas, es una cuestión de suma gravedad, que vulnera la voluntad del constituyente, la supremacía constitucional, la seguridad jurídica y hasta la rigidez constitucional.

Utilizando los argumentos que expresa el voto de mayoría, sobre la no validez de las opiniones dadas para aprobar la norma del artículo 67 inciso segundo de la Constitución, en algún momento una Corte, con mayoría de otra identidad ideológica, también podría decir que los argumentos dados para aprobar las normas A, B, C, D, E, etc., de la constitución, no fueron válidos y presentar una serie de argumentaciones, hacer una interpretación y cambiar por completo su sentido, ante lo cual ninguna norma de la constitución dirá lo que dice si no lo que quiera que diga el juez constitucional promoviendo la inseguridad jurídica.

El voto de mayoría, para llegar a su conclusión consideró que las opiniones que se han vertido para aprobar la norma constitucional son equivocados, y supongamos que sea cierto, que esos argumentos hoy por hoy, no guardasen coherencia con el momento económico, social político y cultural actual, y las ideas que se hayan dado cuando se aprobó una constitución hubieran quedado caducas, el voto de mayoría, debe recordar que existen los caminos constitucionales para reformar la norma suprema y no se puede optar por el camino ideológico y el abuso de los métodos de interpretación para reformar una norma, pues este tipo de decisiones pone en peligro la institucionalidad de un estado constitucional de

derechos y justicia al que toda autoridad pública incluida la Corte Constitucional debe someterse.

Luego de ponderar concluye que el constituyente no prohibió el matrimonio entre personas del mismo sexo, entonces cabe la pregunta ¿porque se hace referencia a las opiniones que se habría dado para aprobar el texto constitucional como se lo aprobó?, es decir negando el matrimonio de personas del mismo sexo, lo cual evidencia que es un tema que se discutió en Asamblea Constituyente, y se hayan vertido opiniones a favor o en contra, la norma es clara, y como norma suprema debe ser respetada por toda persona y por toda autoridad pública y privada, tanto en las disposiciones con las que se concuerde como en aquellas que se discrepe, ese es el resultado de una auténtica democracia, cuestionar al constituyente por sus opiniones, es desconocer la verdadera esencia de la democracia, y sin democracia no se podría hablar de un estado constitucional de derechos y justicia.

En el presente caso es claro que se puede interpretar la norma aplicando los métodos literal sistemático, buscando armonizar las normas que sean pertinentes, y más precisamente el total contenido de los artículo 67, 68, 69 y 70, que trata de la familia, el matrimonio, la unión de hecho, la adopción y las políticas para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, sin embargo en la ponderación que aplica el voto de mayoría ni siquiera hace referencia a estas disposiciones constitucionales.

Con respecto a la aplicación del método de ponderación por parte de los jueces, se considera que las reglas excluyen la deliberación de parte del juez, debe limitarse aplicarla, a obedecer la regla en razón de su fuente u origen y que su fuente es razón perentoria suficiente para cumplirla. Ruiz (2012).

De las definiciones de principios indicados en el capítulo de los principios y las reglas como de la definición que da Ávila a los principios, se puede colegir con facilidad que los principios se caracterizan por su ambigüedad y amplitud y por tener la característica especial de ser mandatos de optimización, ahora en el caso de las normas constitucionales y legales artículo 67 inciso segundo de la constitución, artículo 81 del Código Civil y artículo 52 de la Ley de Datos Civiles, no se encuentra que sus contenidos sean ambiguos o abiertos, más bien su contenido es concreto, es preciso y expreso, por lo que más bien se determina que es una regla, y como

regla corresponde subsumir y no ponderar, pues es una regla con contenido cerrado, determinado de cumplimiento definitivo.

Recordemos que la colisión de principios se da cuando “en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan prima facie dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.” (Bernal Pulido, 2003, p. 226). En el caso de la sentencia analizada, la norma infraconstitucional no presentaba dos normas incompatibles, sino más bien normas idénticas con igual contenido gramatical y semántico, de tal manera que se evidencia que la ponderación no es el método de interpretación idóneo utilizado en el caso en referencia.

El ordenar o disponer que el matrimonio es “la unión entre un hombre y una mujer” corresponde a una regla que no admite interpretación en contrario, premisa mayor (disposición constitucional, el matrimonio es entre un hombre y una mujer), premisa menor, (los hechos, un hombre y una mujer desean contraer matrimonio), es decir de la norma expuesta se desprende que las condiciones de aplicación establecen el matrimonio entre un hombre y una mujer se encuentra cerrada: “el matrimonio es entre hombre y mujer”. En conclusión, la norma está estructurada respecto a la aplicación del modelo de conducta prescrito como una regla y no como un mandato de optimización.

La disposición constitucional exige para el matrimonio el requisito que sea entre un hombre y una mujer, y ese requisito no puede ser tomado como restricción al contenido de los derechos de las personas del mismo sexo, porque es un requisito no solo legal si no constitucional, está expresamente determinado en la regla del artículo 67 inciso segundo de la constitución.

Con respecto al matrimonio igualitario, se ha podido encontrar un video, en el cual uno de los conocidos constitucionalistas y defensores del método de la ponderación, Atienza, da su opinión sobre la interpretación del matrimonio igualitario en la Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador y manifiesta:

Que es un caso muy difícil pero no por razones conceptuales sino por implicaciones políticas, personales etc., que un juez constitucional, no debe desdibujar el carácter autoritativo del derecho, caso contrario se pone en peligro la existencia y el funcionamiento del sistema jurídico y sus valores sustantivos,

manifiesta que un juez constitucional debe respetar la constitución por más que considere que la constitución es injustificable desde un punto de vista moral, pero como juez no puede dejar de observar la constitución, y que el juez constitucional no puede decir que la constitución significa lo que el magistrado decide lo que significa. (Higa, 2020).

Si bien es cierto no se pronuncia expresamente con respecto al método de la ponderación, hace ver que cuando el significado de una norma es claro, se debe interpretar en ese sentido, y que los jueces pese a que consideren injusta una norma constitucional no están autorizados para dar otro sentido a la norma.

Cabe expresar que la Corte Constitucional, no es poder constituyente si no poder constituido, por lo tanto al interpretar la constitución a pretexto de cuestionar los argumentos que se han utilizado en el tratamiento de la aprobación del texto constitucional, no puede modificar el texto de la constitución, hacerlo significa atribuirse las atribuciones del poder constituyente y el efecto que causa es su propia deslegitimación.

5. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

El marco legal en que se basa este estudio es la Constitución de la República del Ecuador (2008), como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009), que es la ley que contiene los métodos de interpretación constitucional entre otros el de la ponderación, sin dejar de tomar en cuenta jurisprudencia que se refiera al tema en análisis.

5.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, es la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, lo que implica que todas las normas de nuestro ordenamiento jurídico deben estar acordes con los derechos y garantías establecidas en su texto. Siendo una constitución garantista de derechos determina que el ejercicio de los derechos se rige a través de principios y enuncia de manera expresa las características de los derechos y de los principios: “el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 6 todos los principios y los derechos

son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, numeral 6).

Como lo indica la norma suprema, los derechos constitucionales son de igual jerarquía, es decir que ningún derecho esta sobre otro derecho, sin embargo, en más de un caso esos derechos pueden entrar en conflicto entre sí, por lo que se necesita de los métodos de interpretación constitucional para resolver esos conflictos, y uno de esos métodos es el de la ponderación.

5.2. LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Este texto legal promulgado según registro oficial suplemento 52 de 22-oct-2009, fue creada con el objetivo de promover el fortalecimiento de la justicia constitucional, para que todas las practicas jurídicas, políticas y sociales se ajusten material y formalmente a las exigencias del texto constitucional, para asegurar que las normas sean susceptibles de control constitucional, y que los asuntos se resuelvan desde una perspectiva constitucional.

En este contexto, y con relación al tema de estudio, esta ley, en su artículo 3, numeral 3 dispone:

Art. 3. Métodos y reglas de interpretación constitucional. 3. Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 2. ponderación.- se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

5.3. CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Sobre la ponderación, la Corte Constitucional para el periodo de transición, en sentencia no. 067-12-SEP-CC, ha manifestado:

Los derechos constitucionales generalmente se expresan a través de principios, los mismos que pueden llegar a colisionar; frente a aquello se debe acudir a nuevos métodos de interpretación del constitucionalismo contemporáneo, y en la especie al método de interpretación denominado ponderación. (Sentencia 067-12-SEP-CC, 2012, pág. 18).

El marco legal utilizado en este estudio es coherente y concordante, en razón de que la constitución de la República del Ecuador, ampara y protege los derechos a través de principios, derechos y principios los cuales como se analizó a lo largo del tema, son aplicados a través del método de la ponderación, método que esta contenido expresamente en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y ese método además ha sido aplicado por la Corte Constitucional.

6.- SISTEMA DE RELACIONES TEÓRICAS

La matriz de relaciones teóricas se elabora a partir de los objetivos específicos de la investigación y se construyeron las categorías y subcategorías de análisis que sirvieron de fundamento al marco teórico.

Tabla 1. Matriz de categorización

Tema	Problema de investigación	interrogante de investigación	objetivo general	objetivos específicos	categorías	subcategorías
Análisis crítico de la ponderación como método de interpretación constitucional	Aplicación del método de la ponderación en algunas sentencias de la Corte Constitucional	¿En qué casos debe aplicarse la ponderación como método de interpretación constitucional?	Analizar críticamente la ponderación como método de interpretación constitucional en las sentencias N. 002-09-SAN-CC, CASO 0005-08-AN, N. 067-12-SEP-CC CASO N. 1116-10-EP. N. 10-18-CN/19.	a) Caracterizar la ponderación a partir de la visión del Estado Constitucional de Derechos.	El Estado Constitucional de Derechos. Principios Reglas Subsunción Vs Ponderación	Características del Estado Constitucional de Derecho Valores, principios y reglas. Diferencias entre principios y reglas. Aplicación
				b) Describir la estructura del método de la ponderación a partir de la jurisprudencia, doctrina internacional y nacional	Estructura de la ponderación Límites de la ponderación	Ley de la Ponderación Fórmula del peso. Peso Carga de la Argumentación Críticas a la ponderación

				c) Establecer la aplicación del método de la ponderación en las sentencias N. 002-09-SAN-CC, CASO 0005-08-AN, N. 067-12-SEP-CC CASO N. 1116-10-EP. N. 10-18-CN/19.	Sentencias N. 002-09-SAN-CC, CASO 0005-08-AN, N. 067-12-SEP-CC CASO N. 1116-10-EP. N. 10-18-CN/19.	Sentencias N. 002-09-SAN-CC, CASO 0005-08-AN, N. 067-12-SEP-CC CASO N. 1116-10-EP. N. 10-18-CN/19.

Elaboración propia (2020)

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.- ENFOQUE DE LA INVESTIGACIÓN

Al basarse la investigación en revisión de normas, doctrina, jurisprudencia, bibliografías y trabajos investigativos, el enfoque de la presente investigación fue cualitativo, ya que se recolecto información para describir el tema de estudio.

Según Hernández, Fernández y Baptista (2014), “el enfoque cualitativo utiliza la recolección de datos sin mención numérica para describir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación”. (p. 7). Lo caracterizan así:

El enfoque cualitativo se selecciona cuando se busca comprender la perspectiva de los participantes (individuos o grupos pequeños de personas a los que se investigará) acerca de los fenómenos que los rodean, profundizar en sus experiencias, perspectivas, opiniones y significados, es decir, la forma en que los participantes perciben subjetivamente su realidad. También es recomendable seleccionar el enfoque cualitativo cuando el tema del estudio ha sido poco explorado, o no se ha hecho investigación al respecto en algún grupo social específico. El proceso cualitativo inicia con la idea de investigación. (p. 364).

El método de investigación empleado fue el analítico crítico, pues se descompusieron las partes de los contenidos teóricos y jurisprudenciales para luego realizar la interpretación y comprensión de ellos; lo que coincide con lo afirmado por Lopera, Ramírez, Zuluaga y Ortiz (2010): “El método analítico es un camino para llegar a un resultado mediante la descomposición de un fenómeno en sus elementos constitutivos.” (p. 17).

4.- TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación fue documental con diseño descriptivo, ya que se utilizó el contenido de la constitución, la LOGJCC, doctrina, jurisprudencia, como fuentes originarias que permiten describir el método de interpretación de la ponderación.

Iniciamos la presentación de las estrategias de recolección de información con la correspondiente al análisis documental, pues frecuentemente, éste constituye el punto de entrada al dominio o ámbito de investigación que se busca abordar e, incluso, es la fuente que origina en muchas ocasiones el propio tema o problema de investigación. (Sandoval, 2002, p. 137).

Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren, esto es, su objetivo no es indicar como se relacionan estas. (Hernández et al., 2014, p. 92).

5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Una de las técnicas empleadas fue la revisión documental, definida como la que identifica investigaciones anteriores, y, que implica el análisis de la normativa ecuatoriana, jurisprudencia, doctrina, trabajos investigativos sobre la aplicación del método de ponderación.

La revisión documental permite identificar las investigaciones elaboradas con anterioridad, las autorías y sus discusiones; delinear el objeto de estudio; construir premisas de partida; consolidar autores para elaborar una base teórica; hacer relaciones entre trabajos; rastrear preguntas y objetivos de investigación; observar las estéticas de los procedimientos (metodologías de abordaje); establecer semejanzas y diferencias entre los trabajos y las ideas del investigador; categorizar experiencias; distinguir los elementos más abordados con sus esquemas observacionales; y precisar ámbitos no explorados. (Valencia, 2012, p. 2-3).

Se realizó un matriz de categoría que permita diseñar el proceso investigativo.

La matriz metodológica se ha convertido en una estrategia metodológica valiosa que permite al investigador diseñar de forma general el proceso investigativo que va a emprender. Garantiza que cada uno de los elementos o la información que usará para la investigación, se correlacionen entre sí, es decir, que haya congruencia horizontal y vertical entre los elementos medulares de la investigación cualitativa. (García y Arce, 2012, p. 1)

De igual forma se utilizó la técnica de análisis de contenido que según Andréu (2001), “se basa en la lectura (textual o visual) como instrumento de recogida de información, lectura que a diferencia de la lectura común debe realizarse siguiendo el método científico, es decir, debe ser, sistemática, objetiva, replicable, y válida” (p. 2.)

6. PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.

En el procedimiento de esta investigación, se sirvió de la normativa ecuatoriana doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, para este efecto se identificó como se llegó al estado constitucional de derechos, se analizó lo referente a los valores principios y reglas a los métodos de subsunción proporcionalidad, ponderación, analizando los antecedentes y concepto de la ponderación. Metodológicamente se analizó cada uno de los elementos teóricos de estos temas. Se utilizó el análisis de contenido para extraer e interpretar la información y se elaboró una matriz de análisis para identificarlos y correlacionarlos con la teoría.

De igual manera se describió la estructura de la ponderación, consistente en la ley de ponderación, fórmula del peso y las cargas de la argumentación, para lo cual se revisó amplia jurisprudencia, doctrina internacional y nacional; la cual también fue interpretada.

Por último, el tercer objetivo fue, analizar varias sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador en los que se aplicó el método de la ponderación a fin de establecer como se aplicó el método de la ponderación en estas resoluciones, realizando un análisis crítico de su aplicación. Esto se realizó mediante el análisis del caso concreto, en relación a lo que dispone la norma, jurisprudencia y la doctrina, cotejando los elementos, identificando similitudes y diferencias para lograr validar las construcciones teóricas.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Del análisis teórico realizado, se presentan los resultados y su análisis, a partir de los objetivos específicos planteados.

4.1. CON RESPETO AL PRIMER OBJETIVO ESPECÍFICO.- CARACTERIZAR LA PONDERACIÓN A PARTIR DE LA VISIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA.

Se verificó que al haber superado los tipos de estado absoluto y legalista, se da paso al estado constitucional, que son características del estado constitucional los valores y los principios. Se dijo que la ponderación es la forma de aplicación de los principios, por lo tanto la ponderación es también característica del estado constitucional de derechos. Imposible pensar que en los estados absoluto y legalista, se aplique la ponderación como método para resolver conflictos de principios que tienen características de mandatos de optimización.

En el caso del Ecuador, a partir de la vigencia de la Constitución del 2008 y de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se consolida como un Estado constitucional de derechos y justicia. La Corte Constitucional creada a partir de la Constitución del 2008, ha aplicado el método de la ponderación en varios fallos, ha considerado que en el Ecuador los principios tienen igual jerarquía, y en caso de conflicto entre estos, es necesario aplicar dicho método.

La Corte Constitucional en su sentencia 002-09-SAN-CC, manifestó que El constitucionalismo tradicional era, sobre todo, una ideología. Una teoría meramente normativa, mientras que el constitucionalismo actual se ha convertido en una teoría del Derecho opuesta al positivismo jurídico como método. Aquél contenido material del constitucionalismo, encuentra reflejo en principios (mandatos de optimización) y valores, los mismos que generan un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. (pág.29).

Dicho esto se ha cumplido el objetivo de caracterizar a la ponderación a partir del estado constitucional de derechos y justicia.

4.2. CON RESPECTO AL SEGUNDO OBJETIVO ESPECÍFICO.- DESCRIBIR LA ESTRUCTURA DEL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA, DOCTRINA INTERNACIONAL Y NACIONAL.

Cumpliendo el segundo objetivo, se desprende que la estructura de la ponderación propuesta por Alexy, tiene básicamente tres elementos: La Ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación, que otras de las variables en la ley de la ponderación son el peso abstracto y la seguridad de las premisas. Sin embargo, esa estructura también ha sido observada por varios filósofos del derecho especialmente en cuanto a la fórmula del peso, pues algunos consideran que la fórmula del peso lleva a confusiones, mientras que los críticos más radicales observan a la ponderación, pues consideran da demasiado espacio a la subjetividad de quien interpreta.

4.3. CON RESPECTO AL TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO.- ESTABLECER LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DE LA PONDERACIÓN EN LAS SENTENCIAS NO. 002-09-SAN-CC CASO 0005-08-AN. NO 067-12-SEP-CC CASO NO. 1116-10-EP. NO. 10-18-CN/19.

Se llegó a establecer que el método de la ponderación es aplicado por la Corte Constitucional del Ecuador, en las sentencias analizadas, se argumenta o se dan razones para determinar los grados de afectación de los derechos, la importancia de la satisfacción del derecho contrario. Cada sentencia con sus argumentos ha justificado la certeza de sus premisas, que corresponde a los elementos de la ley de la ponderación.

Luego del análisis de las sentencias examinadas, se ha llegado al resultado que para ponderar no es necesario aplicar la fórmula del peso establecida por Alexy, ya que a través de argumentos se pudo dar prevalencia a uno de los derechos en conflicto.

CONCLUSIONES

Del trabajo investigativo realizado con base a la teoría, doctrina, jurisprudencia objetivos trazados y criterio del investigador, se llegó a las siguientes conclusiones:

A partir de la Segunda Guerra Mundial, los estados han ido incorporando en sus ordenamientos jurídicos, textos constitucionales en los cuales se da un amplio reconocimiento a los valores y principios, en estos textos constitucionales, aparecieron otro tipo de métodos de interpretación para resolver conflictos cuando colisionan principios y derechos constitucionales, así en el caso del Ecuador, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha incorporado dentro de los métodos de interpretación a la ponderación.

En el estado constitucional de derecho, el juez constitucional, a través del método de ponderación decide en un caso en concreto que derecho prevalece sobre otro, lo que implica reconocer que no existen derechos absolutos, sin embargo lo que se espera es que las decisiones judiciales no sean arbitrarias y que no se aplique el método en casos que no es necesario o en casos que no se deba ponderar, ya que de su decisión dependerá la confianza en una institución como la Corte Constitucional, y de sus aplicaciones se verá reflejado el respeto a la Constitución.

De acuerdo con la doctrina citada en este trabajo, en el caso de la legislación ecuatoriana, no se pondera los derechos en abstracto, ya que los derechos son de igual jerarquía.

Se ha verificado que para ponderar no siempre es necesario aplicar la fórmula del peso establecida por Alexy, ya que a través de argumentos se puede llegar a asignar los grados de afectación y de satisfacción a los principios en colisión, como en el caso de las sentencias SENTENCIA N.º 067-12-SEP-CC CASO N.º 1116-10-EP. SENTENCIA No. 10-18-CN/19.

De acuerdo con las diferentes corrientes y teóricos de la ponderación, ésta, por una parte podría responder a factores como el intuicionismo del juzgador, a la

discrecionalidad del juez, y por otra parte a una decisión correcta, razonada y argumentada del juzgador.

De lo indicado se puede concluir que en ocasiones es el intérprete el que elige los principios a enfrentar, sin que para ello existan parámetros de decisión, en otras palabras depende de la buena fe del operador jurídico, a la par de que el ponderador se enfrenta con infinidad de principios, que las decisiones pueden tomarse de acuerdo a la formación ideológica del operador de justicia, también queda en manos del operador de justicia atribuir de acuerdo a sus argumentos el peso que le corresponde a cada principio; y por último incluso puede ponderar en caso que no deba ponderar.

Sin embargo de las críticas, no se ha consolidado otro método de interpretación que remplace al de la ponderación, para resolver la colisión de derechos constitucionales, pero estas críticas de todas maneras han fomentado debates que crean escepticismo frente al método, lo que servirá para concientizar en el correcto uso del método y por qué no, para que se presente una nueva herramienta de solución de conflictos constitucionales.

De lo expuesto, se puede colegir que el método de ponderación aplicado en los casos que se debe aplicar conforme lo recomienda la doctrina, es una herramienta indispensable para solución de colisión de derechos, y así mismo es una herramienta que al no ser utilizada conforme lo aconseja la doctrina, se convierte en un riesgo para la seguridad de los derechos, pues a través de éste método se pueden tomar decisiones de acuerdo a la formación ideológica, política y personal del operador de justicia o del interprete.

Entonces la ponderación así como se aplica en casos que debe aplicarse, también se la aplica en casos que no debe aplicarse, por lo tanto puede estar sujeta a apreciaciones subjetivas del interprete, es un tema que merece seguir profundizándose para evitar la discrecionalidad, entonces el tema no es estar en contra ni a favor de la ponderación, si no de saber determinar cuándo y cómo ponderar.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Acevedo, A. (2017). *Concepción Iusfilosófica de JÜRGEN HABERMAS frente al método de la Ponderación de Principios Propuestos por ROBERT ALEXY*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.
- Alba, M. (2018). *DOCSITY*. Recuperado el 28 de Diciembre de 2020, de <https://www.doccity.com/es/noticias/filosofia-2/5-diferencias-entre-reglas-y-principios-para-filosofia-del-derecho/>
- Alexy, R. (1988). *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. Doxa.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*.
- Alexy, R. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alfaro, E. (2017). *El principio de proporcionalidad en la Interpretación de los Derechos Fundamentales: Un Estudio sobre su Aplicación en la Jurisprudencia Constitucional de Costa Rica*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Alteiro, A. (2015). *Una Crítica Democrática al Neoconstitucionalismo y a sus Implicancias Políticas e Institucionales*. Getafe: Universidad Calos III de Madrid.
- Andréu, J. (2001). *Las Técnicas de Análisis de Contenido: Una revisión Actualizada*.
- Atienza, M. (2010). *A Vueltas con la Ponderación*. Anales De La Cátedra.
- Atienza, M. (2016). *Interpretación Constitucional*. Bogota: Universidad Libre.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (1991). *Sobre Principios y Reglas*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 10.
- Ávila, R. (2008). *El Principio de Legalidad vs el Principio de Proporcionalidad*.
- Ávila, R. (2008). *Los Pricipios de Aplicacion de los derechos*. Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

- Ávila, R. (2008). *Retos de una Nueva Institucionalidad Estatal para la Protección de los Derechos Humanos*. Quito: Programa Andino de Derechos Humanos PADH.
- Baquerizo, J. (2010). *Colisión de Principios y Juicio de Ponderación* (https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/219a240_unamirada.pdf ed.). Guayaquil: Facultad de jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Baquerizo, J. (2010). *Una Mirada Crítica sobre la Ponderación de Principios en la Experiencia Ecuatoriana*. Guayaquil: Revista Jurídica. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Benavides, J., & Escudero, J. (2013). *Un Repaso a la Teoría General de los Derechos fundamentales*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Bernal Pulido, C. (2003). *Estructura y Límites de la Ponderación*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Bernal Pulido, C. (2005). *La jerarquía entre principios generales del Derecho: La historicidad y la culturalidad del principio de justicia*. Barranquilla: Revista de Derecho.
- Bernal Pulido, C. (2006). *La Racionalidad de la Ponderación*. Revista española de derecho constitucional Vol. 26 Núm.
- Bernal Pulido, C. (2015). *La Racionalidad de la Ponderación*. Universidad nacional Autónoma de México.
- Bernal Pulido, C. (2015). *Ponderación de Derechos en la Aplicación de Subsidiaridad en Materia de Niñez y Adolescencia*. Quito: Creative Commons.
- Berumen, A. (2014). *Ponderación de Principios y Tópica jurídica*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Carbonell, M. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

- Carbonell, M. (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Ministerio de Derechos Justicia y Derechos Humanos.
- Caso Kimel VS. Argentina. (2008). Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Charria, J. (2013). *La Ponderación Como Metodo Para Resolver Conflictos y Derechos Laborales de Seguridad Social. El Caso Colombiano*. Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.
- Código Civil. (2019). Asamblea Nacional. Quito, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Constituyente. Quito, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Coripuna, J. (2015). *Razonamiento Constitucional: Criticas al Nuevo Constitucionalismo desde la Argumentación Judicial*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Corte Constitucional. (2019). Sentencia 11-18-CN/19. Quito, Ecuador: Corte Constitucional.
- Corte ConstitucionalL. (2012). SENTENCIA N.º 067-12-SEP-CC. Quito, Ecuador.
- Cuathin, A., & Mendoza, E. (2019). *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico y del Mundo de la Vida Social: el caso Italiano y Colombiano*. Colombia.
- Díaz, B. (2018). *Análisis de la Ponderación desde la perspectiva de un Caso*. Portoviejo, Ecuador: San Gregorio.
- Durango, G. (2010). *El concepto de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana: de la acción comunicativa a facticidad y validez*. Barranquilla: Revista de Derecho.
- Fernández, J. (2015). *Principialismo, Garantismo, Reglas y Derrotabilidad en el control constitucional de las leyes penales*. (N. 8. Revista Nuevo Foro Penal Vol. 11, Ed.) Medellín: Universidad EAFIT.
- Fernández, J. (2017). *La Ponderación: Análisis de la situación del Debate en España*. Madrid: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 40.

- Fuentes, E. (2012). *Introducción a los Elementos de la Ponderación y sus Limitantes*. Athenas.
- García , S., & Arce, R. (2012). *La Matriz Metodologica y el Uso de Recursos Tecnológicos para el Diseño de Propuestas de Investigación Cualitativa*. Recuperado el 2020, de <https://es.slideshare.net/randalarba/matrz-metodologica>
- García Amado, J. (2014). *Ponderación y Subsunción: Métodos intercambiables*. Recuperado el 2020, de <https://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>
- García Amado, J. (2015). *Neoconstitucionalismo, Ponderaciones y Respuestas mas o menos correctas Acotaciones a DdWORKIN Y ALEXI*. Castillo, España: Universidad de leon.
- García Amado, J. (2016). *¿Que es Ponderar sobre otras Implicaciones*. León: Revista Iberoamericana de Argumentación.
- García Amado, J. (2016). *Conflictos de Derechos: Qué son y cómo se resuelven*. León.
- García Amado, J., & Atienza, M. (2018). *Un Debate Sobre la Ponderación*. Sucre: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL - UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.
- García, F. (2002). *Derechos Fundamentales, Derechos Humanos*. Madrid.
- Guastini, R. (1996). *Derecho dúctil, Derecho incierto*. Anuario de Filosofía del Derecho XIII.
- Guastini, R. (2007). *Ponderación: Un Análisis de los Conflictos Entre Principios Constitucionales*. Lima: Estudio de Ricardo Guastini.
- Guerrero, E. (2019). *La Ponderación Como Metodo de Interpretación Idóneo Para la Proteccion de Derechos Constitucionales*. Samborondon: Universidad de Especialidades Espiritu Santo.
- Hernández, C., & Roncacio, C. (2017). *Robert Alexy y la Ponderación en la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Libre.

- Hernández, J. (2013). *El juez Constitucional ante el Juicio de Ponderación*. Universidad de Guanajuato.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, L. (2014). *Metodología de la Investigación*. Mexico: Mc Graw Hill.
- Higa, C. A. (2020). *You Tube*. Recuperado el 2020, de <https://www.youtube.com/watch?v=z1G7Sg3wMw8&t=3s>
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2020). Registro Oficial. Quito, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. (2020). Asamblea Nacional. Quito, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Lopera, G. (2004). *Los Derechos Fundamentales como Mandatos de Optimización*. Medellin: Universidad Eafit.
- Lopera, J., Ramírez, C., Zuluaga, M., & Ortiz, J. (2010). *El Método Analítico como Método Natural*. Colombia: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas.
- López, R. (2017). *Indeterminación y Contenido Esencial de los Derechos Humanos en la Constitución Mexicana*. Mexico: Cuestiones Constitucionales.
- Lopez, S. (2018). *Reflexiones Acerca de la Legitimidad Democrática de la Justicia Constitucional en Ecuador*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Lozada, A. (2016). *El Postpositivismo de la «Optimización»: sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy**. DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Lozada, A. (2016). *El Postpositivismo de la Optimización sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy*. España.
- Martínez, D. (2004). *Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Martínez, S. (2014). La ponderación en el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. *Instituto de la Judicatura Federal*.

- Martinez, S. (2014). *La Ponderación en el Control Difuso de Constitucionalidad y Convencionalidad*. Mexico: Revista del instituto de la judicatura federal.
- Mocoroa, J. (2017). *La Racionalidad de la Ponderación en la Argumentación Constitucional*. Bogota: Revista Prolegómenos Derechos y Valores.
- Monzon, M. (2017). *Los Valores Constitucionales como Fines Educativos*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Morales, J. (2008). *Democracia Sustancial: Sus Elementos y Conflicto en la Práctica*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Moreso, J. (2008). *El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional*. Quito: Ministerio de justicia y Derechos Humanos.
- Moreso, J. (2016). *Dos Lecturas de Ponderación*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Negri, N. (s.f.). *La Normatividad del Derecho*.
- Pino, G. (2011). *Principios, Ponderación, y la Separación entre Derecho y Moral. Sobre el Neoconstitucionalismo y sus críticos*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Pinto, J. (2012). *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional (Vol. 1)*. (J. M. Pinto, Ed.) Quito: Centro de Estudios y Difucion de Derecho Constitucional.
- Portocarrero, J. (2017). *Ponderación Balancing*. Barcelona, España: Eunomía - Revista en Cultura de la Legalidad.
- Prieto, L. (2001). *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid Núm. 5.
- Rojas, C., & Sotomayor, C. (2011). *Estado Social y Democrático de Derechos*. Chile: Universidad de Chile.
- Rojas, J. (2012). *Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo*. Gaceta Jurídica S.A.

- Romero, J. (2017). *Estudios sobre La Argumentación Jurídica Principalista. Base para la toma de decisiones Judiciales* (Vols. Serie Doctrina Jurídica, núm. 720). Instituto de investigaciones jurídicas.
- Ruiz, R. (2012). *La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC.
- Sanchez, R. (2015). *Valores Constitucionales*. Mexico: UNAM.
- Sandoval, C. (2002). *Investigación Cualitativa*. Bogotá: Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES.
- Sentencia 002-09-SAN-CC. (2009). Corte Constitucional del Ecuador. CASO 0005-08-AN. Quito, Ecuador.
- Sentencia 067-12-SEP-CC. (2012). Caso 1116-10-EP. Quito, Ecuador: Corte Coonstitucional del Ecuador.
- Sentencia 10-18-CN/19. (2019). Caso 10-18-CN. Quito, Ecuador: Corte Constitucional.
- Sentencia 10-18-CN/19. (2019). Voto Salvado. Quito, Ecuador: Corte Constirucional.
- Serpe, A. (2010). *Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio*. Maracaibo: Utopía y Praxis Latinoamericana.
- Uricoechea, F. (2017). *La Ponderación a Debate: Un Análisis Práctico desde la Sentencia T-1023 DE 2010*. Boyaca: Global IURE.
- Valencia, V. (2012). *Revisión Documental en el Proceso de Investigación*. Bogotá: Univirtual.
- Velazco, M. (2016). *Conflicto entre Derechos y Ponderación*. Doxa.
- Yasnó, A. (2016). *La ponderación de Robert Alexy como Método Interpretativo Irracional e Inexistente*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia.