

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Doctorado en Derecho

**Parámetros técnicos para la aplicación de la ponderación en casos
difíciles**

El caso ecuatoriano

Carla Verónica Espinosa Cueva

Tutor: Marco Tulio Navas Alvear

Quito, 2025



Cláusula de cesión de derechos de publicación

Yo, Carla Verónica Espinosa Cueva, autora del trabajo intitulado “Parámetros técnicos para la aplicación de la ponderación en casos difíciles: El caso ecuatoriano”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Doctora en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

6 de febrero de 2025

Firma: _____

Resumen

Esta tesis analiza los parámetros técnicos mínimos que deberían tomarse en consideración para la aplicación de la ponderación a los casos difíciles, con el fin de dotar de mayor razonabilidad a las resoluciones. Para lo cual estudia las decisiones expedidas por la Corte Constitucional de Ecuador.

Existen dos formas tradicionales de aplicar el derecho: la subsunción de los derechos y la ponderación de principios constitucionales contradictorios, para resolver un problema jurídico concreto. Con relación a este último, resulta necesario partir de las bases teóricas de discusión, lo que implica conocer el concepto, características y aplicabilidad de la ponderación en el sistema jurídico, su estructura que incluye: ley de ponderación, fórmula de peso y cargas de argumentación, así como las reglas y exigencias del principio de proporcionalidad con sus respectivos subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La ponderación otorga un mayor margen de apreciación judicial que la subsunción, por lo que, los jueces tienen el deber de justificar su razonamiento. Por ello, conviene analizar ciertos criterios metodológicos, a fin de determinar sobre qué bases jurídicas la Corte Constitucional, en el período 2008-2023, aplicó la ponderación a casos difíciles en los que existe un conflicto real y no supuesto de principios.

La pregunta central de la investigación es: ¿Cómo aplicó la Corte Constitucional del Ecuador la ponderación a casos concretos en el periodo 2008-2023?

La metodología es dogmática y empírica, de tipo deductivo-cualitativa, pues parte de conceptos generales sobre ponderación para luego enfocarse al caso ecuatoriano. Luego, se trabaja con criterios conceptuales y análisis empíricos de estudios de casos relevantes.

Los principales hallazgos que arrojó la investigación se centran en las deficiencias técnicas de la ponderación aplicada a casos concretos, por ejemplo: la aplicación de la ponderación se da en casos fáciles en los que bastaba la utilización de otros procedimientos de solución de controversias. Por ello, la investigación plantea una alternativa para evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios.

En conclusión, la revisión de decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador ilustra la necesidad de determinados condicionamientos técnicos para evitar causar

arbitrariedad judicial en la toma de decisiones y conseguir un óptimo de la ponderación en casos difíciles.

Palabras clave: ponderación, principio de proporcionalidad, parámetros técnicos, casos difíciles, razonabilidad.

En memoria de mi querida madre: Rosa de las Mercedes Cueva Cevallos.

A mi amado padre: Roque Guillermo Alberto Espinosa Chávez, por sus
recomendaciones, empuje y apoyo.

A Rafaela y Camila por su infinita paciencia y amor.

A mis hermanos: Santiago, Sofía y Sarah, por impulsarme y darme el coraje para
culminar con éxito este aprendizaje.

A mis sobrinas: Renata y Ana Paula por sus palabras de aliento.

A Enrique por estar a mi lado y comprender mis ausencias.

Agradecimientos

A la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por enseñarme a pensar con sensatez, perspicacia y sensibilidad.

Marco Navas y Jhoel Escudero, por compartir sus conocimientos y acompañarme en la dirección de mi tesis.

A Claudia Storini, coordinadora del Doctorado en Derecho, por su amistad y respaldo, con todo mi afecto.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero Parámetros metodológicos para la aplicación de la ponderación	21
1. Bases de la discusión de la ponderación y proporcionalidad en el actual modelo constitucional	22
2. Teoría de la ponderación.....	25
2.1. Teoría de las normas: reglas y principios.....	26
2.1.1. Conceptualización de las normas jurídicas	26
2.1.2. Norma y sistema jurídico	28
2.1.3. Clasificación de las normas de jurídicas	28
2.1.4. Principios jurídicos y sus clases	32
2.2. Criterios de distinción entre reglas y principios.....	36
2.2.1. Enfoque funcional	37
2.2.2. Enfoque estructural	38
2.3. Interpretación	40
2.3.1. La interpretación de las normas jurídicas.....	41
2.3.2. La interpretación constitucional en contextos heterogéneos.....	50
2.3.3. Caracterización doctrinal de los conflictos constitucionales	57
3. Ponderación y subsunción.....	61
3.1.1. Concepto y características de la ponderación	65
3.1.2. Procedimiento y estructura de la ponderación	70
3.1.3. El principio de proporcionalidad.....	80
4. Criterios metodológicos de evaluación de la ponderación aplicados a casos de estudio	91
4.1.1. Aproximación conceptual de la ponderación.....	93
4.1.2. Desarrollo del procedimiento ponderativo.....	95
4.1.3. Empleo del principio de proporcionalidad.....	96
Capítulo segundo Aplicación de la ponderación y proporcionalidad en casos difíciles resueltos por la Corte Constitucional en el período 2008-2023	101
1. La ponderación y la proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	104
1.1. Crítica a la ponderación desde el ordenamiento jurídico ecuatoriano	106
1.2. Crítica al principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	115

2.	Criterios metodológicos de evaluación de la ponderación por parte de la Corte Constitucional.	120
3.	Evaluación de las exigencias técnicas de la ponderación en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.....	124
3.1.	Marco metodológico para la investigación de los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación.....	124
3.1.1.	Fenómeno.....	126
3.1.2.	Pregunta de estudio.....	127
3.1.3.	Proposiciones.....	128
3.1.4.	Unidades de análisis.....	130
3.1.5.	Lógica que une los datos a las proposiciones.....	134
3.1.6.	Criterios para la interpretación de resultados.....	135
3.2.	Definición de la ponderación a partir de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional.....	137
3.3.	El procedimiento ponderativo en la jurisprudencia ecuatoriana.....	149
3.4.	El empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana.....	168
3.4.1.	Subprincipio de adecuación o idoneidad.....	175
3.4.2.	Subprincipio de necesidad.....	184
3.4.3.	Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	187
4.	Caracterización de los casos difíciles resueltos por la Corte Constitucional.....	190
5.	Evaluación de sentencias.....	196
6.	Déficit de cumplimiento de los parámetros de la ponderación.....	210
7.	Balance y propuesta para la atención de casos.....	217
	Conclusiones finales.....	225
	Bibliografía.....	241
1.	Normativa nacional e internacional.....	264
2.	Jurisprudencia y opiniones consultivas.....	266

Introducción

Esta investigación se centra en identificar parámetros técnicos de aplicación de la ponderación con los que pudiera contar el sistema jurídico. Así, la investigación revisa las sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Ecuador en las cuales aplicó la ponderación, mismas que muestran diversos matices de certeza y error en la aplicación de este método de aplicación del derecho; por lo que, la tesis contribuye al mejoramiento de la resolución de conflictos entre principios constitucionales o casos difíciles.¹

La tarea de sopesar normas constitucionales que pueden hallarse en un potencial conflicto que se decanta en el principio de interpretación constitucional de concordancia práctica.² Así, el juicio de ponderación se utiliza como un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica de los derechos constitucionales en contradicción y determinar el grado de afectación de los derechos frente a un choque de intereses que subyace en cada norma o enunciado normativo y, en consecuencia, se aplique un balanceo a los casos que no parecen explícitamente estar cubiertos por él.

La proporcionalidad, por su parte, sirve como punto de apoyo de la fundamentación de la ponderación cuando existe una colisión de derechos, principios o valores, es decir, cuando la utilización de un derecho, principio o valor envuelve la

¹ Pablo Pérez Tremps, “Los derechos fundamentales: Teoría General”, en *Los Derechos Fundamentales*, coord. Pablo Pérez Tremps (Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III y otros, 2004), 9, quien señala que derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados; Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 13.^a ed. (Madrid: Marcial Pons, 2012), 190, añade que “[l]os derechos fundamentales son, pues, los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de la soberanía popular. No basta, por tanto, que los derechos sean enumerados sin más en la Constitución [...] Para que los derechos se conviertan en derechos fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre todas la demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley”; Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 3.^a ed. (Madrid: Trotta, 2002), 44. En definitiva, si bien la Constitución de la República del Ecuador no contiene la expresión derechos fundamentales, se entiende que por su contenido estos se encuentran en implícitos pues constituyen derechos humanos que se encuentran en el texto constitucional. Por ello, para efectos de etas tesis se utilizará esta denominación.

² Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 14.^a ed. (Madrid: Marcial Pons, 2014), 150.

reducción del campo de empleo del otro.³ Ello tiene relación con la armonización concreta.⁴

En cuanto a la aplicación del derecho a los casos concretos, la ponderación otorga un mayor margen de apreciación judicial que la subsunción, por lo que, los jueces tienen el deber de justificar que, en el caso existe una colisión de principios y que, el principio por el que se decantan resuelve el caso de forma razonable, pues una de las mayores críticas a este método consiste en que los jueces toman decisiones arbitrarias revestidas de ponderación.

En ese marco, esta investigación busca, por una parte, analizar las bases teóricas de la ponderación, esto es, su conceptualización y los supuestos de aplicabilidad en los principios constitucionales, como también la evaluación de las exigencias ponderativas y la caracterización doctrinal de los casos difíciles, a través de estudios de casos que respeten la materialización de los planteamientos dogmáticos y doctrinarios, en la práctica.

Si bien, por lo regular, se señala que la subsunción normativa solo es aplicable a las reglas y que los principios se ponderan entre iguales; no obstante, en la práctica ambos métodos pueden conjugarse en la búsqueda de la solución de casos, pues a veces, los principios también pueden ingresar al campo de la deducción. Lo importante es realizar una caracterización adecuada y didáctica de los casos fáciles y difíciles.

Los casos fáciles, de manera general, son aquellos que parten de premisas — fácticas y normativas— que no plantean mayores inconvenientes y que, por lo tanto, basta la simple subsunción del hecho concreto en la norma jurídica. En cambio, los casos difíciles son aquellos en los que existen conflictos reales de derechos y principios que colisionan entre sí en donde es necesario confrontarlos por medio de la ponderación para lograr una solución.

Con todo, se precisa *a priori* que la identificación de esta dualidad no se da en abstracto, sino al momento de la evaluación de los casos particulares, de la fase de interpretación en abstracto a una en concreto, lo que plantea problemas de equivocidad e indeterminación de las disposiciones.

³ Carla Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la CorteIDH”, *Cálamo Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 7 (2017): 22, file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dossier_2_Carla_Espinosa%20(1).pdf.

⁴ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia T-588/98”, 20 de octubre de 1998, MP Eduardo Cifuentes; “Sentencia SU-225/98”, 20 de mayo de 1998, MP Eduardo Cifuentes.

Siendo así, la ponderación constituye un procedimiento complejo dotado de racionalidad objetiva que busca la conciliación de dos o más principios constitucionales que se contraponen entre sí, en un caso concreto y que cuenta con una estructura mínima que lleva a optimizar su contenido en la resolución del caso, de forma razonable, lo que, en cierta medida, contrarresta la subjetividad con la que se le acusa, en la medida que cuente con ciertos parámetros mínimos.

Ello lleva implícito que el balanceo otorga un mayor margen de apreciación judicial que la subsunción, por lo que, los jueces tienen el deber de justificar su razonamiento. Por ello, esta investigación busca analizar ciertos criterios metodológicos, a fin de determinar sobre qué bases jurídicas la Corte Constitucional ecuatoriana, en el período 2008-2023, aplicó la ponderación en la resolución de casos particulares.

Así el estado de cosas, el problema central de esta investigación es: ¿Cómo aplicó la Corte Constitucional del Ecuador la ponderación a casos concretos en el período 2008-2023?

Todo ello con el fin de identificar parámetros metodológicos con los que puede contar el sistema jurídico para mejorar el empleo de la ponderación, a partir de la revisión de sentencias de la Corte Constitucional en el período 2008-2023, cuyos principales hallazgos arrojan deficiencias técnicas, que van desde su entendimiento conceptual como en la forma de empleo de esta herramienta y del principio de proporcionalidad, en donde incluso, se la llega a aplicar a casos fáciles en los que no se requería su utilización, pues bastaba la utilización de otros mecanismos para la resolución de controversias.

En conclusión, la propuesta de investigación evalúa la necesidad de que la Corte Constitucional cuente con determinados parámetros metodológicos de la ponderación para evitar causar arbitrariedad judicial en la toma de decisiones, debido a su empleo anti técnico o por fuera de dichos criterios, con el fin de alcanzar un óptimo del balanceo en los casos difíciles, para lo cual es necesario conocer sus bases doctrinarias y conceptuales.

Tras lo señalado, el marco metodológico del capítulo uno —correspondiente al marco teórico— se construye a partir de los métodos *jurídico dogmático*, en tanto parte de supuestos que revelan los autores que se citan en la investigación y *jurídico descriptivo* para estudiar los institutos jurídicos de la ponderación, subsunción y proporcionalidad.

Por su parte, el capítulo segundo aplica la *estrategia metodológica cualitativa de estudio de casos* múltiple para abordar el estudio de los parámetros técnicos de la ponderación —aspectos conceptuales y procedimentales del balanceo y del principio de proporcionalidad— en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana de los años 2008-2023, así como en la constatación de la pertinencia de su uso en la caracterización de los casos difíciles en las unidades de análisis (sentencias) que se someten a análisis.

Para determinar la selección de las sentencias de la Corte Constitucional que son parte de la investigación, se toman como parámetros: el temporal (período 2008-2023), y de contenido (fallos en los que se utiliza la ponderación y principio de proporcionalidad en acciones de garantías constitucionales y de control de constitucionalidad). El año 2008 es cuando se aprueba la nueva Constitución y el 2023 es el último año que comprende a esta investigación.

Cada caso es una sentencia y se configura como una unidad de análisis porque es el objeto que materializa el fenómeno de la ponderación en casos difíciles, el que será sometido a examen sobre la base de criterios metodológicos ponderativos que se replican y se condensan con el uso de fichas de análisis jurisprudencial, lo que permite profundizar en la comprensión del balanceo y su uso como herramienta de solución de controversias.

Las proposiciones, de acuerdo con Yin son un dato definido y concreto de las características de cada caso identifica la información pertinente sometida a examinación y, a su vez, limita la colección de los datos y su análisis.⁵ El levantamiento y recolección de la data o información, a partir de cada sentencia (unidad de análisis) que se somete a análisis en los períodos sometidos a examen, se realiza en un instrumento que une los datos a las proposiciones, con el fin encontrar coincidencias de patrones,⁶ cuya regularidad puede derivar en ciertos hallazgos teóricos que permiten inferir si existe o no una correlación entre certeza o arbitrariedad judicial en la toma de decisiones ponderativas.

Los estudios de casos que se presentan en la investigación: seis (6) que abordan el aspecto conceptual y procedimental de la ponderación y diez (10) se refieren al

⁵ Robert Yin, “Case Study Research Design and Methods. Thousand Oaks, CA”, *Journal CJPE* 30, n.º 1 (2014): 1-5, doi: 10.3138/CJPE.BR-240. Señala el autor que sin las proposiciones el investigador podría tentarse a coleccionar *todo*, lo que es imposible hacer.

⁶ Yacuzzi, “El estudio de caso como metodología de investigación”, 23.

principio de proporcionalidad, en el período 2008-2015, sirven, en un primer momento, para demostrar que la Corte Constitucional ecuatoriana inventó su propia comprensión de la ponderación de forma anti técnica.

Pero, además, un posterior análisis demostrativo de cinco (5) casos relevantes, permite evidenciar que la ponderación, como técnica de solución de casos difíciles, puede evitar o causar arbitrariedad judicial, si no se la emplea de forma apropiada, sobre la base de ciertas guías técnicas de los casos en los que exista un conflicto real de principios. Ello permite como propuesta evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios.

El paradigma de la ponderación o balanceo de derechos y la utilización del principio de proporcionalidad —como objetos de estudio— se generalizaron a lo largo del siglo XX en ciertas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Estados Unidos. También, se los aplica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en especial, a partir de 1951,⁷ de donde se extrapola a los textos constitucionales y la jurisprudencia de otros países y demás tribunales y cortes de carácter internacional e incluso de América Latina.

En la actualidad, la Constitución ecuatoriana de 2008, por primera vez, adopta un nuevo modelo de Estado constitucional que se basa en el reconocimiento fuerte de los derechos, principios y valores e introduce una serie de garantías jurisdiccionales con el fin de hacerlas efectivas. Ello, en principio, trae aparejado consecuencias institucionales, tales como el fortalecimiento de los jueces constitucionales y la agudización de la utilización de otros métodos de interpretación y de solución de conflictos más allá de los formales prescriptivos, los que si se los utiliza en el marco de una teoría jurídica coherente y no aleatoria, contribuyen a resolver con profundidad analítica los casos que se someten a consideración de estos altos tribunales, con el fin de que se legitimen por la sociedad.

Así, existe una creciente tendencia de la Corte Constitucional ecuatoriana (2008-2023) por aplicar el principio de proporcionalidad como criterio para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos constitucionales y la

⁷ Alemania Tribunal Constitucional Federal, “Sentencia” BVerfGE 7, 377, Josefine Mutzenbacher.

ponderación como método para la solución de conflictos entre derechos, valores o principios.⁸

Ello, a primera vista, parecería una labor sencilla, pero, en la práctica, aparecen una serie de problemas que denotan la particularidad y complejidad del empleo de esta herramienta. Así, es necesario determinar si la ponderación es una técnica razonable, oportuna y autónoma que conduce a disminuir las comprensiones de las normas o enunciados normativos; o si, por el contrario, como método, no tiene ninguna autonomía y tan solo constituye una modalidad de la subsunción con un atavío distinto que se condiciona a las interpretaciones previas del juzgador que pueden conllevar a un exceso de discrecionalidad y subjetividad que no aportan en mucho a la teoría analítica del derecho.

A partir de su enfoque dogmático y la definición de ciertos criterios técnicos para su aplicación desde la doctrina de la ponderación, se busca identificar si la Corte Constitucional ecuatoriana en el período 2008-2023 respetó dichos parámetros metodológicos en la resolución de casos, con el fin de evitar causar arbitrariedad judicial y conseguir un óptimo de la ponderación en casos difíciles.

En un contexto inicial de formalismo jurídico exacerbado en donde los problemas de la legitimidad de las resoluciones y su seguridad jurídica constituyen el tema de preocupación ciudadana, resulta apremiante un estudio académico serio con herramientas rigurosas sobre la razonabilidad práctica de la ponderación en el debate dogmático y jurisprudencial ecuatoriano.

Por tanto, el *objetivo general* de este estudio es demostrar en qué medida la Corte Constitucional ecuatoriana respeta los parámetros de la ponderación en el período 2008-2023 y cómo evitar la aplicación de este mecanismo en casos fáciles.

Para alcanzar este fin se plantean los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar las principales tesis conceptuales y críticas de la ponderación, así como evaluar, problematizar y complejizar la coherencia discursiva de algunos de sus postulados en el Estado constitucional de derechos y justicia.
2. Identificar, problematizar y proponer nuevas comprensiones sobre la ponderación, el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, en el período 2008-2023.

⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Resolución n.º 1418-2008-RA”, 27 de octubre de 2009, Registro Oficial 21, Suplemento, 27 de noviembre de 2009.

3. Identificar parámetros metodológicos mínimos para garantizar la razonabilidad de la aplicación de la ponderación a casos concretos por parte de la Corte Constitucional.
4. Evaluar, a través de estudio de casos múltiples, el cumplimiento o no de los parámetros metodológicos de la ponderación y establecer una propuesta para evitar la aplicación del balanceo a casos no necesarios.

Para cumplir con estos objetivos, la presente investigación utiliza como métodos de investigación “el interpretativo hermenéutico y hermenéutico lógico”,⁹ ya que es preciso desde la dogmática y la experiencia local vislumbrar, problematizar y entender un aspecto de la realidad de la ponderación como objeto de conocimiento y su coherencia discursiva desde la doctrina.

Desde el ámbito jurídico, se maneja el método de análisis-síntesis con el fin de descomponer el objeto en sus estructuras para caracterizarlas y luego recomponerlo en nuevos parámetros metodológicos con una nueva visión más crítica. A la par, se emplean métodos empíricos de estudio de caso con el objeto de captar aspectos fenoménicos de la ponderación que permitan acumular datos e información sobre esta herramienta a través del análisis e interpretación del contenido.¹⁰

La metodología de esta tesis es bibliográfica y de campo. La técnica que se utiliza para la recolección de datos de los textos y de la realidad a ser investigada es el fichaje que se procesa desde el marco teórico y luego se exponen desde la teoría. Asimismo, las herramientas, a través de las cuales se recopila, sistematiza y analiza la información, son cuantitativas y cualitativas.

Se recalca que, esta investigación expone y discute argumentos sobre las consecuencias potenciales de los diferentes arreglos técnicos, pero no desarrolla un análisis sobre la corrección o no de la jurisprudencia o precedentes constitucionales locales relativos a la ponderación sino, por el contrario, subraya la necesidad de abrir un debate argumentativo de carácter axiológico y pragmático que impulse el entendimiento real de los contenidos de los derechos y garantías. Con todo se insiste en que constituye un trabajo de carácter exclusivamente jurídico.

⁹ Carla Espinosa, “Una mirada interpretativa y constitucional de los derechos sociales: la reducción de las pensiones jubilares”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 35 (Enero-Junio 2021): 106, doi: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.6>.

¹⁰ Carlos Villabella, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, México: UNAM, 2015, 161-176, acceso el 2 de agosto de 2024, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf>.

Las fuentes que sirven de fundamento para este estudio son de varias clases: las primarias corresponden a los textos constitucionales y demás normativa que conforma el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia nacional e internacional. La fuente primaria principal son las sentencias de la Corte Constitucional en el período 2008-2023. Las fuentes secundarias constituyen la doctrina y opiniones de tratadistas y opiniones especializadas sobre teoría de la interpretación y la aplicación (creación) del derecho.

Por tanto, esta investigación se compone de dos partes. La primera, se centra en el debate teórico sobre la ponderación y la proporcionalidad sobre la base del análisis de la teoría normativista, conocida como de demarcación fuerte, la clasificación de las normas y la aplicación de este instrumento en las resoluciones de casos, para culminar con el establecimiento de ciertos criterios técnicos. La segunda, analiza y evalúa, sobre la base del marco teórico que se plantea, la recepción de dichas exigencias dogmáticas, con el fin de establecer, en primer lugar, en qué medida la Corte Constitucional del Ecuador y sus jueces, en el período 2008-2023, respetan los parámetros metodológicos de la ponderación y cuáles son sus conciencias en los casos que se someten a examen, así como también plantear una propuesta final sobre cómo evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios. Por último, se plantean, a manera de conclusiones, algunos aportes concretos en relación al tema de estudio.

Capítulo primero

Parámetros metodológicos para la aplicación de la ponderación

En tanto la ponderación constituye una herramienta compleja para la solución de conflictos difíciles en los que se utiliza el principio de proporcionalidad, es procedente, como objeto de estudio, verificar si se la aplica teniendo en consideración ciertos parámetros técnicos jurídicos mínimos para mejorar la razonabilidad¹¹ de su empleo y, de ser procedente, en establecer criterios para evitar su aplicación anti técnica en los casos sujetos a examen (unidades de análisis), para lo cual de forma precedente, es necesario conocer sus bases teóricas.

Por ello, este capítulo realiza un recorrido sucinto de la teoría de las normas y de los principios, su interpretación, la conceptualización y caracterización del balanceo, para luego centrarse en el estudio dogmático de los parámetros metodológicos mínimos con las que debe contar la Corte para lograr un óptimo de ponderación.

La relevancia constitucional que tiene la labor reconstructiva del *iter* razonable de la decisión invita a establecer ciertos criterios objetivos de control de la labor de las cortes constitucionales que se traducen en ciertas condiciones técnicas de la ponderación, como son: su conceptualización, determinación de la estructura racional y funcionamiento del principio del principio de proporcionalidad, que sirven como punto de partida para el examen y evaluación de los casos —que se presumen difíciles— en el capítulo siguiente.

Todo ello, busca demostrar, en último término, en qué medida la Corte Constitucional del Ecuador respeta los parámetros de la ponderación en los casos sujetos a examen para evitar causar arbitrariedad en la toma de decisiones, así como establecer, ciertos lineamientos para conseguir un óptimo de ponderación en casos difíciles.

En definitiva, el marco teórico-analítico de la ponderación y el establecimiento de ciertos parámetros metodológicos para su aplicación del que parte este capítulo

¹¹ Para efectos de esta investigación, por razonabilidad se entiende lo que la argumentación jurídica denomina *justificación externa*, es decir, aquel criterio que, además de estar relacionado con la corrección formal toma en cuenta, fundamentalmente, los contenidos reales y materiales de las premisas y conclusiones de los argumentos jurídicos y la fuerza persuasiva de los enunciados. Cfr. David Martínez, *Metodología jurídica y argumentación* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 269-77; Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 61-ss.

sirven de base para la evaluación empírica posterior de la producción ponderativa de la Corte Constitucional en el Ecuador en el período 2008-2023, a través de los respectivos estudios de caso.

1. Bases de la discusión de la ponderación y proporcionalidad en el actual modelo constitucional

Adentrarse en el estudio de la ponderación no es un tema sencillo, dado lo mucho que se ha escrito y se sigue escribiendo sobre el tema; a continuación, trataremos de rescatar, ciertos elementos característicos del constitucionalismo en los que se inserta, de manera más potente, ente nueva herramienta de resolución de conflictos.

Existe cierta claridad desde el ámbito del derecho constitucional acerca del origen de la ponderación como un mecanismo de solución de controversias. En efecto, se puede indicar que su aproximación inicial se remonta al Tribunal Constitucional alemán de posguerra, quien utiliza, por primera ocasión, esta herramienta en la resolución de disputas entre derechos constitucionales, frente a las demandas surgidas ante los cambios sociales, aunque también se suele señalar como punto de partida el constitucionalismo norteamericano durante la primera mitad del siglo XX, con el surgimiento de conflictos asociados a la cuestión social.¹²

En razón de ello, se puede señalar que los conceptos ponderación y constitucionalismo se encuentran relacionados entre sí. Ello por cuanto el empleo de la ponderación, como criterio para la solución de controversias entre derechos o principios constitucionales por parte de los jueces, promueve “la adopción de un modelo de Constitución flexible y moldeable” como estándar constitucional que permita la racionalización del derecho¹³ frente a los modelos silogísticos de aplicación mecánica de reglas.

Luego, con el paso al *neoconstitucionalismo(s)*¹⁴ y al nuevo constitucionalismo latinoamericano,¹⁵ como escenarios para el desarrollo de formas constitucionales

¹² Gonzalo Candia, “Ponderación y constitución viviente como expresión del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 107, (2016): 41-74, doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.107.02>.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Cfr. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)* 4.ª ed. (Madrid: Trotta, 2009); Juan Montaña y Patricio Pazmiño, “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coord. Jorge Benavides y Jhoel Escudero (Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013), 38; Juan Montaña y Patricio Pazmiño, “Algunas

propias,¹⁶ se agudiza el empleo de esta herramienta como medio de debate jurídico-constitucional por parte de los juzgadores a casos concretos.

Asimismo, la interpretación constitucional se expande hacia nuevas formas de entendimiento menos normativistas y más dialógicas o dialécticas, dada la estructura compleja del sistema, que opera como una “caja de herramientas”, donde confluyen, además, de los métodos, técnicas y criterios tradicionales de interpretación, las aproximaciones disciplinarias a otros saberes, como acciones creativas interconectadas y contextualizadas.¹⁷

Sin embargo, si bien la Constitución debe imponer su fuerza normativa y debe tener apertura para las distintas interpretaciones y aplicaciones del derecho, como el principio de proporcionalidad y la ponderación, ello no significa hacerlo de una forma incoherente y arbitraria, sino que debe constituir un dispositivo necesario para aplicar los derechos a casos concretos, a fin de que se proceda de acuerdo con sus postulados y constituya un verdadero instrumento de cambio y no un camuflado *iusnaturalismo acrítico*, revirtiendo en sentido opuesto las palabras de Alexy, en los que ni siquiera se aplique la regla de racionalidad para decidir.

Por ello, desde una visión crítica, la ponderación dentro del Estado constitucional, no implica asumir una aproximación absolutamente relativista a las cláusulas constitucionales en contraposición al modelo constitucionalista clásico, sino que, por el contrario, la actividad judicial entraña un margen de discreción razonable en el que los juzgadores pueden utilizar distintos mecanismos de solución de casos y de interpretación del derecho.

Por otra parte, parecería que detrás de la postura ponderación-constitución existiría la idea de la interpretación irrestricta de las disposiciones constitucionales

consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional: aspectos generales*, ed. Juan Montaña, 1: 34 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012); Miguel Carbonell, *La enseñanza del derecho* (México: Porrúa, 2004), 9-16; Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 2003), 114-6.

¹⁵ Roberto Gargarella, “El Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Estudios Sociales*, n.º 48 (2015): 169-72, file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-EINuevoConstitucionalismoLatinoamericano-6198799.pdf.

¹⁶ Cfr. Marco Navas, “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano: Una mirada socio jurídica”, *Revista Culturas Jurídicas* 4, n.º 9 (2017). <https://www.uexternado.edu.co/evento/derecho/claves-metodologicas-la-investigacion-del-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano/>, quien, a su vez, se refiere a autores como Gargarella, Salazar Ugarte, Van Cott, Uprimmy, Viciano y Martíne Dalmau, Médici, Wolkmer entre otros.

¹⁷ Navas, “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 7 quien cita a François Ost y Michel van de Kerchove, “Constructing the complexity of the law: toward a dialectic theory”, en *The Law in Philosophical Perspectives*, ed. Luc Witgens (Dordrecht: Kluwer, 1999), 147-71.

sobre la base de criterios morales o éticos, lo que resulta impreciso, pues existen casos en donde las tensiones relativizan el núcleo duro de los derechos humanos e invocan la necesidad de actualizar la constitución a los pensamientos éticos o morales de cada tiempo. “Ello puede, en la práctica, justificar la infracción de los derechos fundamentales en aras de la protección de intereses cuya justicia no es debidamente apreciada por el juez dentro de los modelos de resolución de casos de naturaleza proporcionalista”.¹⁸

En resumen, el medio clásico que utiliza el sistema jurídico para aplicar el derecho a casos concretos es la subsunción que, por su formulación, solo es aplicable a reglas de derecho. No obstante, en cuanto a los principios, la base de la discusión se centra en la ponderación como un método de aplicación de principios a casos difíciles, lo que implica, aceptar la reparación del derecho y acudir a criterios morales, lo que es rechazado por el derecho formal positivo.

No obstante, la aceptación de la idea de un proceso de constitucionalización requiere adaptaciones en las formas de entender el proceso de resolución de casos, el cual no se puede circunscribir a meras aplicaciones silogísticas de las reglas, sino debería considerar los principios, como valores a optimizar, dentro de un contexto concreto y cuyo parámetro de legitimidad sería siempre su ajuste con los cambios sociales.

Por ello, conforme con el nuevo escenario constitucional la ponderación de derechos y principios contrapuestos constituye un estándar viable para la resolución de casos difíciles que deben ser armonizados a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, el que permite evaluar intereses en disputa a la luz de las circunstancias de cada caso y las necesidades cambiantes de la sociedad.

La conexión entre ponderación y Constitución permite asumir que los derechos representan principios que deben ser optimizados entre sí por el juez al momento de resolver, a través de la aplicación del test de proporcionalidad. Luego, el contenido y extensión del derecho es una cuestión que debe determinar el juzgador constitucional de acuerdo con el caso concreto.

Con todo, esta indeterminación apriorística del contenido del derecho que otorga flexibilidad al juez constitucional para realizar la ponderación a la luz de las

¹⁸ Candia, “Ponderación y constitución viviente”, 70.

circunstancias particulares del caso, no cuenta con un estándar o criterio de medida concreto.

Ello en sí puede constituir un riesgo en un Estado constitucional pues el pluralismo ético se puede traducir en un discurso jurídico ambivalente de los juzgadores quienes pueden interpretar y decidir: 1) entre los límites extremos del *iusnaturalismo* o *iuspositivismo*; 2) sobre la desatención de la moral positiva o una regla jurídica en un sentido regresivo y no en favor de los derechos; 3) justificando valores sobre la base del irrespeto a los derechos o de los intereses de todos por igual; o, 4) aplicando los mismos argumentos a hechos distintos o decidiendo de forma contradictoria e inaceptable con el auditorio racional universal.

Por ello, el balanceo, como toda herramienta de aplicación del derecho, requiere contar con ciertos criterios metodológicos mínimos de permitan a los juzgadores desenvolverse y garantizar un nivel “óptimo de ponderación”, con el fin de evitar crear espacios para potenciales arbitrariedades.

A partir de los resultados que arroje la investigación, se analizarán los nudos críticos, en caso de haberlos y se moldean las medidas para el mejoramiento del empleo del balanceo.

En conclusión, si bien aún no existe una teoría del derecho que aplique y resuelva de forma absoluta el amplio abanico de situaciones y casos presentados en una sociedad, pues ello depende de la diversidad teórico-dogmática y funcional de la comunidad de intérpretes, lo que conlleva a la proliferación de comprensiones e interpretaciones de las normas o enunciados normativos; no obstante, es posible identificar ciertas condiciones técnicas mínimas que podrían incidir en el mejoramiento de la aplicación de la ponderación a casos concretos y evitar su empleo a casos no necesarios.

A continuación, como parte del objeto de estudio, nos adentramos en el análisis del marco teórico de la ponderación y el estudio de la teoría de las normas y su clasificación, para luego reconstruir el procedimiento de solución de conflicto. De esta forma, se intenta establecer las bases dogmáticas de discusión del balanceo como una herramienta de aplicación del derecho razonable.

2. Teoría de la ponderación

La teoría de la ponderación parte de dos fundamentos básicos: la teoría de los principios y la distinción teórica normativa entre reglas y principios. En dicho sentido, el empleo de la herramienta de la ponderación para la resolución de casos concretos presupone el análisis de dichos presupuestos necesarios para la solución de colisión de principios.

De otro lado, desde la perspectiva de la teoría normativista, conocida como de demarcación fuerte, en contraposición con la doctrina lingüística, el planteamiento teórico que subyace a la ponderación es la distinción entre reglas y principios, como una forma de clasificación de las normas por su estructura (cualitativa). Por tanto, a continuación, se analizan estos aspectos.

2.1. Teoría de las normas: reglas y principios

La teoría de las normas es muy controvertida en la actualidad debido, en cierta forma, a las construcciones, características y usos del propio lenguaje como al procedimiento mental hermenéutico para establecer el sentido y alcance de dicha expresión en un contexto determinado; no obstante, el hecho de que un término no sea posible encasillarlo en una sola cláusula definitoria no es razón suficiente para prescindir de su utilización, pues sin duda puede contribuir a delimitar el objeto de estudio.

A continuación, se trata de identificar una concepción de norma que parece ser la más adecuada para el análisis posterior de las exigencias técnicas de la ponderación que se denomina la “concepción semántica de las normas” en donde se incluye su importancia y clasificación y una alternativa conceptual.

2.1.1. Conceptualización de las normas jurídicas

De forma general, los normativistas jurídicos definen a la norma jurídica como: (1) un mandato (*command*) que establece deberes que formula el soberano a los súbditos;¹⁹ (2) una prescripción objetiva que “debe ser” obedecida;²⁰ (3) una definición

¹⁹ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (New York: Burt Franklin, 1970), 5; John Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, dir. Carlos Alarcón (Santiago: Ediciones Alejnik, 2018), 23.

²⁰ Cfr. Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 2.^a ed. (Buenos Aires: Astrea, 2007), 79-87.

propia del sistema jurídico institucionalizado que funciona tanto con reglas primarias de obligación, así como con normas secundarias (reconocimiento, cambio y adjudicación) cuya labor es establecer o conceder potestades y sirven como una pauta de conducta para la apreciación crítica de ciertas acciones;²¹ o, una guía de conducta compuestas por normas válidas que los jueces deben aplicar.²²

Por su parte, Alexy pretende elaborar una teoría de las normas a partir del concepto semántico de norma. Su punto fundamental está en la distinción entre norma y enunciado normativo. La norma sería una proposición que atribuye el significado de un enunciado normativo y puede incluir modalidades deónticas (mandar, prohibir y permitir).²³ Es decir, las normas pueden definirse como aquellas que proporcionan el fundamento veritativo de un enunciado normativo y, por ello, constituyen un concepto primario.

Por su parte, los enunciados normativos²⁴ constituyen proposiciones normativas indicativas —no necesariamente deónticas— para describir o declarar, en especial, derechos y deberes, en las que se debe determinar su valor veritativo con el sistema jurídico,²⁵ los que son estatuidos por una determinada autoridad y se identifican por medio de criterios formales, sin excluir diferenciaciones estructurales y materiales.²⁶ “Así, las normas deben ser distinguidas de su formulación y, además, de los actos de habla en los que se usan los enunciados normativos”. Sin embargo, esta concepción de la norma como contenido normativo no adscribe la noción de validez.²⁷

²¹ *Ibíd.*, 89.

²² Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, 2.^a ed. (Londres: Hutchinson of London, 1990), 13; Herbert Hart, “Commands an authoritative Reasons”, en *Essays on Bentham* (Oxford: Clarendon Press, 1982), 243-68.

²³ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 33-7.

²⁴ Kelsen, en todo caso, señala que “los ‘enunciados proposicionales’ expresan que algo ‘es’ el caso; en cambio, los ‘enunciados normativos’ señalan que algo ‘debe ser’”. Por su parte, Alexy, señala que los enunciados normativos son estatuidos por una determinada autoridad: el constituyente. *Ibíd.*

²⁵ Sobre el cambio de enfoques en las proposiciones normativas —de la “existencia” a la “pertenencia”— cfr. Pablo Navarro, “Enunciados jurídicos y proposiciones normativas”, *Isonomía*, n.º 12 (2000): 121-55,

http://www.scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182000000100121&Ing=es&nrm=iso. Este nuevo enfoque cambia la discusión acerca de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos vigente en el discurso tradicional sobre la obligatoriedad de las normas jurídicas hacia la pertenencia de la norma a un sistema jurídico como único hecho determinante de su valor de verdad. En otras palabras, mientras que, en la concepción tradicional, la fuerza vinculante de las normas ocupa un papel central y la pertenencia un papel secundario, en este nuevo enfoque la pertenencia a un sistema jurídico se convierte en el único dato relevante para determinar el valor de verdad de los enunciados jurídicos.

²⁶ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 55-6.

²⁷ Jan Sieckmann, “Norma Jurídica”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, II, ed. Jorge Fabra y Verónica Rodríguez (México; Instituto de Investigaciones Jurídicas Circuito Maestro Mario de la Cueva – Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 896-7.

2.1.2. Norma y sistema jurídico

Según la concepción semántica la característica de las normas jurídicas es que pertenecen a un sistema jurídico, por lo que, se las vincula con la teoría de la validez — criterios para determinar cuándo una norma es válida—y es un presupuesto de ellas. Así, el concepto de norma jurídica combina el concepto de la norma, en general, con la propiedad de tener validez.²⁸

En definitiva, si bien es cierto que la teoría de la norma de derecho fundamental tiene aspectos críticos que Alexy no alcanza a definir de forma clara; no obstante, constituye el inicio para la determinación de lo que constituye la norma constitucional dentro de un Estado democrático y pluralista, con una heterogeneidad de valores e intereses que deben interpretarse y aplicarse en los casos concretos sometidos a análisis, a través de la ponderación.

En resumen, si bien no existe una significación exclusiva del concepto norma y los debates en torno a ella son infinitos; sin embargo, la importancia de esta definición radica en que constituye un instrumento de descripción, introducción, modificación o clarificación lingüística y una herramienta de análisis conceptual, cuya función práctica consiste en resolver en justicia un problema normativo.²⁹

Por ello, y sobre la base de la concepción semántica de las normas consideramos que la norma jurídica es una estructura compleja en el sistema jurídico, con contenido normativo y que puede expresarse por operadores deónticos de deber, prohibición y permiso, que fija reglas y principios, de manera total, exhaustiva y sistemática, con el fin de regular conductas humanas y que debe observarse como exigencia de justicia y equidad, pues plasman las aspiraciones de la sociedad.

A continuación, se procede a clasificar la norma, conforme con la tesis de demarcación fuerte, por ser la más apropiada al objeto de estudio, sin descuidar que existen matices siempre más o menos puristas.

2.1.3. Clasificación de las normas de jurídicas

²⁸ Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, 43-5.

²⁹ Manuel Atienza, *El sentido del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2012), 50-61.

Clasificar una norma jurídica es un problema de perspectiva puesto que existen múltiples criterios de división. Con todo, su importancia y delimitación —*fuerte y débil*—, en esta investigación, reside en que adquieren valor por razones sistemáticas y de utilidad práctica para establecer el método de aplicación de las normas jurídicas dentro de la parametrización técnico-metodológica de la ponderación.³⁰

Para los *normativistas* el derecho está constituido por normas, aunque entendidas de distinta manera.³¹ Kelsen señala que las normas generales o hipotéticas son las legislativas y las particulares o categóricas son aquellas que el juez crea en la parte dispositiva de las sentencias.³² A su vez, dicho autor clasifica las normas jurídicas en primarias y secundarias. Las normas primarias son las que prescriben una sanción y, las secundarias son derivados lógicos de las primeras que estipulan o describen una conducta que el orden trata de provocar bajo la amenaza de una sanción.³³

Por su parte, Hart clasifica las normas en dos tipos: (a) *reglas primarias*, que imponen una obligación a sus destinatarios; y, (b) *reglas secundarias*, que conceden potestades y sirven como una guía de conducta para la valoración crítica de ciertas acciones y, a su vez, las subclasifica en tres modalidades: (1) *reglas de reconocimiento*, que identifican las normas que forman o no parte de un sistema jurídico; (2) *reglas de cambio*, que especifican la manera en que las normas primarias pueden ser creadas, eliminadas o modificadas; y, (3) *reglas de adjudicación*, que dan competencia a los jueces para “verificar su cumplimiento, así como la respuesta que hay que dar en caso de incumplimiento”.³⁴

Tampoco es posible descartar posturas “iuspositivistas” más moderadas como las de Bobbio³⁵ y Ferrajoli³⁶ quienes incorporan a las normas constitucionales dentro del

³⁰ Se aclara que no se analizan en este punto las corrientes lingüísticas, pragmáticas o empíricas por no estar relacionadas con el tema de investigación a diferencia de la clasificación vigente en la teorías de las normas.

³¹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (Madrid: Trotta, 2011); Herbert Hart, *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió (México: Editora Nacional, 1980), 99 y ss.

³² Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1986), 101.

³³ Nino, Introducción al análisis del derecho, 84-5.

³⁴ Hart, *El Concepto de Derecho*, 116-20.

³⁵ Bobbio habla de un positivismo jurídico excluyente, que considera que el contenido del derecho depende únicamente de hechos sociales, y descarta el funcionamiento de un sistema jurídico fundado en valores morales; y, por otro, un positivismo jurídico incluyente que afirma que toda creación del sistema jurídico incluye razones morales por las cuales muchas personas actúan constantemente, precisando la conexión necesaria entre derecho y moral. Para un análisis más detallado del positivismo cfr. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, 13.ª ed. (México: Fontamara, 2014), 14 y ss.; John Finnes, “La verdad en el positivismo jurídico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003), 199.

debate del normativismo y que resultan aplicables a los juzgadores constitucionales dentro del debate de la ponderación.

En definitiva, las doctrinas positivistas normativistas consideran a las normas, generalmente legislativas, como únicas fuentes legítimas del derecho y a la seguridad jurídica y la certeza, como únicos principios fundamentales de un sistema objetivo esencialmente lógico y axiológicamente neutro. Por su parte, los principios jurídicos tan solo serían, en el mejor de los casos, abstracciones o inducciones a partir del contenido de las normas jurídicas positivas. Con todo, más allá de una adscripción o no a dicha tesis, no podemos desmerecer el aporte fundamental que tienen estos autores dentro del estudio del Derecho.

Por su parte, Dworkin,³⁷ desde una visión valorativa más actual en contraposición a la teoría de Hart, establece una nueva clasificación de las normas por su estructura (reglas y principios) que luego la recoge Alexy³⁸ en un intento reconstructivo de la hermenéutica jurídica. Otros autores³⁹ incluyen los valores como guía interpretativa del contenido fundamental de la Constitución.

La clasificación de Dworkin es controvertible con la teoría de Hart ya que la regla de reconocimiento solo logra identificar a las normas jurídicas por su fuente u origen (*pedigree*) y desconoce que, a los principios se los identifica por su contenido.⁴⁰

³⁶ Este autor propone una visión crítica con respeto a los principios y valores del Derecho, pero desde la óptica de los derechos constitucionalmente positivizados, sin acudir a los valores éticos externos vinculados con la moral, la justicia o la equidad. Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, 3.^a ed. (Madrid: Trotta, 2002), 22.

³⁷ Sobre los principios ver Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, (Barcelona: Ariel, Duckworth, 2002); Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge [Mass]: Harvard University Press, 1986). Para Dworkin cuando se resuelven sobre derechos y obligaciones no es suficiente la existencia de normas, sino de estándares que funcionan como principios y directrices. Con todo, se aclara que la idea de que el derecho incluye principios ya fue abordada por otros autores como Hermann Heller, Josef Esser, Karl Larenz, entre otros. Jan Sieckmann, *Norma Jurídica*, 914.

³⁸ En efecto, la teoría alexiana señala que hay dos teorías básicas de los derechos fundamentales: (1) la estrecha y rigurosa (*eng und strikt*) denominada “teoría de las reglas”; y, (2) la amplia (*weit und umfassend*), llamada “teoría de los principios”. En ningún lado se realizan de forma pura sino representan diferentes tendencias básicas. Cfr. Robert Alexy, “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”, *Ratio Juris* 16, n.º 2 (2003): 131-40, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>.

³⁹ Gregorio Peces Barba, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid: Universidad de Burgos / Dykinson, 1997), 13; Kennedy, *Izquierda y derecho Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. Guillermo Moro (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013), 89; Bidart Campos citado en Médici, *La constitución horizontal*, 110; Iván Vila, *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (Bogotá: Legis, 2007), 230-1; Jaime Vintimilla, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia la luz del Ius Novus ecuatoriano”, *Iuris Dictio* 9, n.º 13 (2010): 54, doi: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v9i13.692/>. Según estos autores, los valores jurídicos, a pesar de tener correlación con los principios, se distinguen de los primeros por tener una connotación axiológica que parten de criterios de lo bueno. “Los principios especifican o concretan valores. Los valores jurídicos sirven de fundamento a los fines que el Derecho tiene la misión de realizar.

⁴⁰ Recuérdese que la crítica de Dworkin a Hart como la entiende MacCormick se reduce a cuatro puntos: (1) Hart no da cuenta del papel de los principios en el proceso de aplicación del derecho. (2) Los

En resumen, podemos concluir que Dworkin señala que el derecho, además de las reglas, como pautas específicas de conducta que deben aplicarse en la forma de una disyuntiva “todo–nada”, tiene principios, es decir, normas con fuerte contenido axiológico que tienen un “peso relativo” en contraste con otros principios relevantes en sentido genérico,⁴¹ de acuerdo con los casos singulares que se presenten.⁴²

Por su parte, Alexy retoma el planteamiento de Dworkin y señala que “las reglas son normas que ordenan algo definitivamente (mandatos definitivos o normas condicionadas)”;⁴³ en cambio, “los principios, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”⁴⁴ (mandatos de optimización). Con ello, el autor intenta subrayar las diferencias cualitativas —no graduales— de estas categorías normativas. Esta diferencia

principios no podrían identificarse a través de la regla de reconocimiento que, en la caracterización de Hart cumple el papel de indicar cuáles son las normas que pertenecen al sistema. (3) La teoría de las normas sociales en que se basa la noción de regla de reconocimiento – y de norma, en general– es insostenible. (4) Hart, caracteriza mal la discrecionalidad judicial, al suponer que, en los casos difíciles, los jueces actúan como cuasilegisladores y ejercen discreción fuerte. Pero lo que a él le interesa, es sobre todo mostrar cuáles son sus diferencias con Dworkin. Para un estudio más pormenorizado Manuel Atienza, *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación Jurídica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), loc. 125-47, <http://www.bibliojuridica.org/>.

⁴¹ Cfr. Dworkin, *Los derechos en serio*, 72-3. Este autor señala que, en general, el principio se lo utiliza de una forma genérica, para referirse a “todo el conjunto de los estándares que no son normas”, los cuales, a su vez, son de dos tipos: (1) las *polícies* o directrices políticas, que proponen objetivos que favorezcan o aseguren una situación de carácter social, económico o político de la sociedad comunidad “(aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos)” y, (2) los principios en sentido estricto, como exigencias de tipo moral, justicia o equidad. En el mismo sentido, cfr. Atienza, *El sentido del derecho*, 74.

⁴² Si bien MacCormick comparte la idea de la presencia de principios en el sistema jurídico; sin embargo, discrepa con la conceptualización de dicho término con la que opera Dworkin y propone concebir a los principios como “normas generales que racionalizan reglas”, sin tener por ello que abandonar el positivismo jurídico. Ello significa que, si bien comparte la existencia de principios en el ordenamiento jurídico, a diferencia de Dworkin acepta la regla de reconocimiento de Hart por razones morales. Para un análisis más detenido cfr. Atienza, *Las razones del derecho*, 126 y 144. Sin embargo, ello plantea un debate que parece que MacCormick no alcanza a resolver con relación a los dilemas de la “ética del legalismo” que exigen hacer justicia (aspecto subjetivo) solo a partir del derecho (aspecto objetivo), algo que, puede tropezar con la legitimidad de la doctrina del *judicial review of legislation* norteamericano y el valor jurídico material de la Constitución.

⁴³ Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2.^a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 349-50, citado en Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la CorteIDH”, 21.

⁴⁴ El concepto mandato lo emplea Alexy en forma más genérica, e incluye también a las “permisiones” y “prohibiciones”. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, 2.^a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 30 y 67-8; Robert Alexy, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2.^a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 350; Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*, ed. Juan Montaña, vol. 3, *La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011), 13-4; Alfonso García Figueroa, *Principios y positivismo jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998) 185.

se identifica, con mayor claridad, cuando se analiza los criterios de distinción entre reglas y principios.⁴⁵

Queda sentada, por tanto, que la subclasificación de demarcación fuerte de las normas jurídicas en reglas y principios que se utiliza en este apartado constituyen el punto de partida para el señalamiento del método de aplicación del derecho, en este caso, la subsunción y la ponderación, siendo este último objeto de nuestro estudio.

Se agrega que, las clasificaciones en el derecho no son recursos naturales aprehendidos de forma dogmática, sino que constituyen guías metodológicas que ayudan al investigador a entender con mayor claridad los fenómenos que busca explicar, más aún en el tema de la ponderación en donde es necesario conocer las categorías normativas “reglas” y “principios” para efectos teóricos y prácticos.

2.1.4. Principios jurídicos y sus clases

Las nociones que se presentan, a continuación, no pretenden ahondar en las diferentes posiciones sobre el concepto principios, sino que busca caracterizar este concepto de forma didáctica, con el fin de centrarnos en lo que constituye el punto central, el conflicto o colisión entre ellos y la jerarquización y validez que se les otorga frente a determinados casos, por medio de la aplicación de la ponderación.

Con todo, se enfatiza que esta perspectiva surge de la observación de las insuficiencias que presenta el ordenamiento jurídico en la aplicación de normas-reglas frente a casos en los que se ponen en juego derechos.

En el ámbito del derecho son diversas las acepciones que se dan al concepto de principio, sea como: (1) norma con un alto grado de generalidad;⁴⁶ (2) norma

⁴⁵ En términos didácticos, se señala que: “en el plano estructural, tanto las reglas como los principios tienen una forma condicional, pues establecen que si se dan determinadas circunstancias, entonces alguien debe, no debe o puede realizar cierta conducta o procurar cierto fin. La diferencia estriba en que las condiciones de aplicación de los principios están dados de forma muy abierta [...] Por el contrario, en las reglas, las condiciones de aplicación son cerradas (las reglas son normas hipotéticas) [...]. Por eso, el ‘debe’ de las reglas pretende ser más concluyente, mientras que el de los principios es solo *prima facie*. Desde otra perspectiva, puede decirse que los principios y las reglas suponen razones para la acción de tipo distinto. Las reglas constituyen razones excluyentes [...]. Por el contrario, los principios suministran razones más débiles (razones no excluyentes) que deben ser sopesadas con otras razones”. Cfr. Atienza, *El sentido del Derecho*, 90-1.

⁴⁶ Se señala que las reglas son normas relativamente especiales mientras que el concepto principio es bastante general. No obstante, lo debemos diferenciar de la universalidad como una característica propia de todas las normas y que alude a todos los individuos de una clase abierta. Cfr. Richard Hare, *Freedom and Reason* (Oxford: Oxford Press University, 1963), 39. La Corte Constitucional ecuatoriana entiende así a los principios al señalar que constituyen “[...] normas generales

programática o directriz que dispone la obligación de perseguir ciertos fines; (3) norma que expresa valores superiores del ordenamiento jurídico y que son el reflejo de una determinada forma de vida; (4) como mandato de optimización, es decir normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas existentes que juegan en sentido contrario;⁴⁷ (5) norma que constituye el espíritu o esencia de la ley; (6) norma redactada en términos muy vagos, pues presenta conceptos jurídicos demasiado dúctiles; (7) norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho o que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable o interpretarla; (8) fuente supletoria en la solución de casos, entre otros.

En resumen, es desconcertante la cantidad de acepciones que giran en torno al término principio. No obstante, para efectos de nuestro trabajo, entendemos a los principios como normas sustantivas que expresan valores —igualdad, justicia, equidad, libertad, entre otros— reales, superiores y plurales en el ordenamiento jurídico, *prima facie*, de carácter vago y general, cuyo contenido depende del contexto temporal y espacial en el que se desenvuelven en la sociedad y que deben interpretarse y aplicarse de forma razonable y legítima en la práctica discursiva del derecho.

Los principios contienen tres funciones específicas: (1) la primera, que se relaciona con la dimensión *explicativa*, es decir, aquella que permite entender una determinada realidad; (2) la segunda, referente a la *justificación y legitimación*, pues permite el entendimiento del derecho como conjunto ordenado y dotado de sentido; y, (3) la tercera, relativa al control del poder pues contienen mandatos u órdenes para que se realicen en “la mayor medida posible”, siempre y cuando existan las posibilidades jurídicas y reales para dicha realización.⁴⁸

A la vez, el hecho de que se asigne a los principios un valor en el ordenamiento jurídico no significa que tengan una jerarquía factual entre principios o frente al resto de normas jurídicas, pues esto provocaría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad. Por el contrario, los principios —como toda norma del derecho— sirven

que cimientan al Estado constitucional, guían y optimizan el ejercicio de los derechos constitucionales y la administración de justicia constitucional [...]”; Ecuador. Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-15-SE-CC”, en *Caso n.º: 1657-12-EP*, 25 de febrero de 2015.

⁴⁷ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 86-7; Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 95.

⁴⁸ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel S.A., 1996), 19-21.

para resolver dilemas ético-jurídicos. La clave está en que la búsqueda de las respuestas se haga frente a las legítimas aspiraciones de la sociedad.

Con todo consideramos que, si bien los principios se los define en abstracto, en la práctica, requieren de una reacción para determinar su significado y alcance en la aplicación en los casos concretos.

La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal, hace que se articulen por medio de herramientas como la ponderación. Sin embargo, más allá de la retórica o capacidad persuasiva de las partes y operadores jurídicos, los principios se efectivizan y cumplen en la medida en que satisfagan su contenido real; caso contrario, se pone en duda la razonabilidad de la aplicación de la ponderación de principios, conforme se analiza posteriormente.

El conjunto de los principios constitucionales debe constituir una suerte de sentido común del derecho. “En los contextos pluralistas es necesario hacer discursivo y persuasivo el procedimiento, a fin de alcanzar el punto de máxima realización de los principios en juego. Esto no significa reducir la determinación del derecho a una retórica, sino que supone que hay que poner en marcha procedimientos leales, transparentes y responsables que permitan confrontar los principios en juego y que hay que seleccionar una clase jurídica capaz de representar principios y no solo intereses o meras técnicas. Estas son las condiciones para el triunfo de la prudencia en el derecho”.⁴⁹

Es decir, en Constituciones pluralistas como las latinoamericanas, para la coexistencia de los principios y valores dentro del ordenamiento jurídico, es necesario despojarlos de su carácter de “absolutos” y “relativizarlos”, con el fin de que se concilien recíprocamente en función de las demandas ético-sociales. No obstante, la pregunta que nos hacemos es si los principios que se disputan en un debate judicial logran engranarse en el sistema de derechos humanos y logran que el poder los obedezca y la sociedad los respete por medio de las resoluciones. La pregunta parece sencilla, sin embargo, lleva implícita una serie de condicionamientos que son, precisamente, algunos de los planteamientos de esta investigación.

⁴⁹ Jürgen Habermas, *Diritto, Política citado en Zagrebelsky, El derecho dúctil*, 123-5; Lilly Yolanda Vega Blanco, “Producción y contradicción del dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez como prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral” (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2016), 72, <http://bdigital.unal.edu.co/54839/7/LillyY.VegaB.2016.pdf>.

Si bien los principios se clasifican en función de varios criterios. No obstante, para efectos de esta propuesta se hace referencia a aquel que distingue los principios en explícitos e implícitos.⁵⁰ “Los primeros son aquellos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del Derecho a partir de disposiciones expresas del ordenamiento jurídico [...]. [y] actúan como medio de colmar lagunas y de permitir un correcto entendimiento de las normas”.⁵¹

No obstante, esta clasificación no resulta tan sencilla. Así, la postura iusnaturalista sostiene que los principios implícitos son derecho natural o expresiones de verdades universales anteriores a la formulación positiva dictadas por la recta razón, y, la positivista, que los define como derivados lógicos del derecho positivo.

En la práctica, esta distinción que compartimos resulta trivial pues, como lo señala Rafael Asís, “los principios implícitos son aquellas reglas o criterios considerados como premisas o consecuencias de disposiciones normativas. Se obtienen, bien por vía inductiva, bien por vía deductiva y [...] su peso o importancia depende del número y relevancia de las normas de las que se obtienen”.⁵²

En definitiva, si bien es difícil agrupar de forma segura todos los elementos que constituyen un principio, no obstante, existe un consenso mínimo de que constituyen normas *prima facie*, de carácter general, con gran carga axiológica que, por lo regular, aparecen en los textos constitucionales y que introducen razones para justificar una argumentación sin definir una decisión específica. Esta situación de desplazamiento demuestra que, en casos concretos, los principios no coexisten, de forma armónica, toda vez que se pueden contradecir entre ellos y la importancia o jerarquía que ostentan debe ceder ante la conveniencia de aplicar otro u otros principios, en un determinado caso.

Para concluir, se comparte el criterio de que “los principios jurídicos, más allá de los [criterios] doctrinales, empiezan a transformarse en herramientas discursivas y argumentativas para encontrar soluciones adecuadas, especialmente donde existe una

⁵⁰ Esta clasificación tiene cierta proximidad con lo que Alexy denomina como normas de derecho fundamental expresadas directamente con enunciados de la Ley Fundamental y las normas adscritas de derecho fundamental. Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 46-62.

⁵¹ Ruiz, “La distinción entre reglas y principios”, 4.

⁵² Cfr. Rafael Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento* (Madrid: Marcial Pons, 1995), 69, citado en Ramón Ruiz, *ibíd.*, 5.

pluralidad de derechos y sujetos que conllevan colisiones”.⁵³ Su propósito es desenredar problemas de antinomias (contradicciones) o de anomias (lagunas) en especial, las axiológicas.⁵⁴

Por ello, surge la interrogante de si los jueces se encuentran preparados para realizar ponderaciones de principios mediante el manejo de herramientas más sofisticadas y complejas como: el precedente jurisprudencial, los *tests* (razonabilidad, racionalidad o igualdad) y la ponderación. La respuesta probablemente pueda surgir del análisis concreto de casos en contextos diversos.

2.2. Criterios de distinción entre reglas y principios

La distinción entre reglas y principios es un tema de la teoría de las normas que destaca por su importancia teórica y práctica dentro de este estudio investigativo, pues se presenta al momento de la interpretación y tiene incidencia directa en la herramienta de la aplicación de las normas jurídicas (subsunción-ponderación) desde el análisis de su estructura.⁵⁵

En los dos supuestos, las normas —sean principios o reglas— involucradas, cuando se las emplea de manera aislada, sin coordinación entre ellas, llevan a respuestas diversas y contradictorias, por lo que, es necesario establecer ciertos criterios diferenciadores generales, sin perjuicio de las distintas salvedades que plantea toda sistematización, pues los principios son tan diversos y tienen tantas categorías que resulta complejo unificarlos u homologarse en una sola clase.

Sobre la base de este tipo de criterios, podemos sostener, al menos, tres tesis: (1) Por una parte, la de aquellos que niegan la distinción entre reglas y principios.⁵⁶ (2) Quienes sostienen que la diferencia esencial es de intensidad o de grado. (3) Por último, la de autores como Dworkin⁵⁷ y Alexy⁵⁸ que señalan que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa.

⁵³ Cfr. Jaime Vintimilla, “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”, *Iuris Dictio* 9, n.º 13 (2010): 52, doi: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v9i13.692/>.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Incluso, la concreción de valores o principios no es un asunto neutro pues depende de las distintas dimensiones y abordajes culturales que se den a cada categoría. Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 21.

⁵⁶ Günther Klaus citado en Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 19-ss.

⁵⁷ Dworkin, *Los derechos en serio*, 25-ss.

⁵⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 66-7.

Para los fines investigativos, “la distinción entre reglas y principios puede ser abordada desde dos perspectivas o enfoques diferentes: el estructural y el funcional”.⁵⁹

Se deja a salvo que estas tan solo podrían constituir guías iniciales para el conocimiento de la ciencia, pero, de ninguna manera, resuelven, de forma clara y precisa, los distintos problemas, que se plantean en la ciencia jurídica, pues tan solo constituyen un soporte general metodológico para la resolución de casos en los que entran en juego los derechos constitucionales y unas no excluyen a las otras, sino que, hasta cierto punto se los puede considerar complementarios.

No obstante, es claro que la interpretación de los principios con frecuencia resulta más complicada que la de las reglas al igual que las técnicas que se utilizan para la resolución de casos.

2.2.1. Enfoque funcional

El enfoque funcional, “se centra en el papel o la función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de sus destinatarios”.⁶⁰ Así, se señala:

si consideramos las normas jurídicas en su dimensión de pautas dirigidas a los órganos jurisdiccionales para resolver las disputas jurídicamente, entonces la distinción entre reglas, principios explícitos y principios implícitos aparece estrechamente asociada a la distinción entre necesidad de obediencia a las autoridades normativas y capacidad de deliberación propia por parte de aquellos.

En este sentido se pueden considerar a las reglas como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. “Razones perentorias” quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones “perentorias”. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente [...] su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias.⁶¹

⁵⁹ Ruiz, “La distinción entre reglas y principios”, 8.

⁶⁰ Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, 11-5; Jorge Carranza, “Ineficacia de la Ley de Servidores Públicos del Estado de Jalisco: Análisis del Nepotismo en los Ayuntamientos de la Zona Sierra de Amula (tesis de maestría, Universidad de Guadalajara, 2021), 64, <https://riudg.udg.mx/handle/20.500.12104/85265>; a la vez, Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (Londres: Hutchinson of London, 1975), 15, defiende la opinión según la que las normas serían razones para la acción.

⁶¹ Ruiz, “La distinción entre reglas y principios”, 8; En igual sentido, se pronuncia Carranza, “Ineficacia de la Ley de Servidores Públicos del Estado de Jalisco”, 64.

Los principios explícitos, en cambio, son razones de acción no perentorias, esto es, no excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional, sino que constituyen meras razones para decidir en un determinado sentido o en otro, a base de la ponderación. Son independientes del contenido, pues forman parte del sistema por su fuente. Por último, “los principios implícitos, por su parte, son razones para la acción ni perentorias ni independientes del contenido; no son perentorias por la misma razón por la que no son principios explícitos, y no son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido”.⁶²

Queda por demás señalar que este enfoque, por lo general, no resulta compatible con las corrientes intencionalistas, en especial, en su variante realista.

2.2.2. Enfoque estructural

El enfoque estructural busca determinar “si los principios tienen la misma estructura condicional y/o si los operadores deónticos que rigen para las reglas son los mismos que de los principios”.⁶³ Por ello, es cada vez más frecuente señalar que la distinción estructural de las normas en reglas y principios “es una de las claves de la hermenéutica jurídica, sobre todo en el ámbito del derecho constitucional”.⁶⁴

En la teoría jurídica se distinguen dos tesis sobre la separación: una fuerte y otra débil. La tesis fuerte de la separación, a la cabeza de Dworkin, sostiene que la diferencia entre reglas y principios no es de grado sino cualitativa (contenido) y que dichas normas constituyen categorías normativas autónomas. La segunda, en cambio, sostiene que ambas categorías son parecidas pues su diferencia es por el grado de generalidad de cada una.⁶⁵

⁶² *Ibíd.*, 8-9. No obstante, los principios explícitos se encuentran analizados sobre la base del resto del contexto de la investigación, pues la enunciación textual es contradictoria; Un texto similar mantiene Carranza, “Ineficacia de la Ley de Servidores Públicos del Estado de Jalisco”, 64-5.

⁶³ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, n.º 10 (1991): 107, citado en Ramón Ruiz Ruiz, “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 119, n.º 20 (2010): 125, file:///C:/Users/usuario/Downloads/193-1428-1-PB.pdf. Recuérdese que las soluciones pluralistas de conflictos al refutar a los monistas señalan que los sistemas de normas, principios o valores, no son sistemas de proposiciones normativas (cognoscitivas), sino sistemas normativos; queda la duda, por tanto, sobre si para ellos vale el mismo principio de no contradicción que vale para los sistemas de proposiciones; cfr. Jorge Rodríguez, *Lógica de los sistemas jurídicos* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002), 101-16.

⁶⁴ Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo”, en *Diccionario de derecho constitucional* (México: Porrúa, 2005), 17-20.

⁶⁵ Ruiz, “La distinción entre reglas y principios”, 9.

Para Dworkin, Atienza y Ruiz Manero “las reglas serían normas cuyas condiciones de aplicación están cerradas [...] significa que el supuesto de hecho de la norma determina con carácter completo aquellas condiciones que deben darse para la aplicación de la misma, de manera que si se dan las condiciones, la norma se aplica y, si no, no se toma en cuenta por no ser relevante para el caso”.⁶⁶ Las reglas, a menos que se introduzca una excepción, son razones definitivas.⁶⁷

“En cambio, los principios serían normas cuyas condiciones de aplicación no totalmente determinadas o cerradas, sino que más bien ofrecen razones *prima facie* a favor de una determinada solución, pero existe la posibilidad de que el caso presente otras circunstancias o propiedades presentes que hagan que finalmente la solución sea distinta (no se aplique ese principio)”.⁶⁸ “Todo esto demostraría que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado”.⁶⁹

No obstante, una de las dificultades de este criterio es que existen reglas que tienen condiciones de aplicación abiertas y que pueden ser derrotadas⁷⁰ así como existen principios cuya consecuencia jurídica no parece estar totalmente indeterminada.⁷¹

Así, por ejemplo, el artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) señala: “La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años”. No obstante, el hecho fáctico de matar a otra persona no es la única propiedad relevante para llegar a una conclusión definitiva, pues existen otras consideraciones externas de contenido que trascienden la regla como la existencia de otras reglas conocidas o hasta entonces desconocidas que originen la derrotabilidad de la norma.

Incluso, se duda, de la aplicación de una regla, a la manera disyuntiva, si no se ajustan a los principios fundamentales del derecho, como acontece en el caso *Riggs v. Palmer* en la cual un tribunal de Nueva York falla en contra de que una persona que había asesinado a su abuelo recibiera la herencia a la que tenía derecho en virtud de las leyes de su país.

⁶⁶ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 141.

⁶⁷ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 82.

⁶⁸ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 141

⁶⁹ Ruiz, “La distinción entre reglas y principios”, 14.

⁷⁰ Juan Carlos Bayón identifica el término “derrotable” con “intercambiable”. Cfr. Juan Carlos Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* n.º 13 (2000): 87-117, <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derrotabilidad-indeterminacin-del-derecho-y-positivismo-jurdico-0/>.

⁷¹ Juan Carlos Bayón, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 362.

Con relación a la tesis débil de separación se establecen los siguientes subcriterios de clasificación: (i) Según el nivel de abstracción, generalidad o vaguedad de la norma se señala que las reglas serían normas más precisas o específicas mientras que, los principios serían más generales e indeterminados. (ii) Según el grado de importancia de la norma, los principios serían normas más importantes, fundamentales y básicas del sistema jurídico con relación a las reglas.⁷²

Prieto Sanchís se muestra partidario de esta tesis al señalar que no existe una diferencia estructural y morfológica entre las reglas y los principios, sino que se tratan de dos tipos de técnicas o estrategias interpretativas que surgen al momento de la aplicación y resolución del caso.

No obstante, pese a que este criterio es más citado, se critican estas distinciones por su poca precisión y efectividad, pues la diferencia sería más gradual que estructural o de categorías entre reglas y principios sin que se explique la forma por la cual se incline por la una u otra.

En suma, “ninguno de los criterios propuestos resulta plenamente satisfactorio, a pesar del o cual [...] la distinción ha sido ampliamente aceptada y de ella se derivan importantes consecuencias respecto del modo de resolver conflictos entre normas cuando éstas son consideradas ‘principios’ ”.⁷³

Para efectos de esta investigación, se propone trabajar con el enfoque estructural que parte de la tesis de la diferencia de las reglas y principios de forma cualitativa ya que, constituye el punto de partida de la parametrización razonable de las resoluciones constitucionales sobre derechos constitucionales lo que, no implica un grado de adscripción total a las tesis que formulan Dworkin y Alexy con relación a esta temática.

Con todo, se aclara que esta posición sirve como punto de partida práctico del objeto de estudio, pero, de ninguna manera constituye una posición teórica visceral de la tesista sin matices, pues en la actualidad, existen posiciones críticas válidas con relación a la viabilidad de esta distinción.

2.3. Interpretación

⁷² Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 140-4.

⁷³ *Ibíd.*, 144.

Una vez que queda analizado el problema de los conflictos entre normas — reglas y principios—, esta sección se centra en el análisis interpretativo previo a la aplicación de la herramienta de solución de conflicto.

Si bien, conforme queda indicado, el proceso de interpretación de las normas (reglas o principios) es distinto a las herramientas de resolución de casos (subsunción y ponderación); no obstante, están directamente interconectadas entre sí, pues todo proceso de solución de controversias lleva envueltos procesos interpretativos.

A partir de este análisis, la próxima sección analiza el concepto y características de la técnica ponderativa, a fin de establecer ciertos criterios metodológicos que resultan aconsejables para uso. y que sirven de base para la evaluación de casos del período 2008-2020.

Con todo, esta interpretación-integración y aplicación del derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe orientarse a conseguir materialmente la eficacia de la Constitución, en especial, de sus principios (optimización de los principios constitucionales).

Con ello, no se asume la posición de “fordismo constitucional”⁷⁴ de resolución de conflictos desde las corrientes europeas que se muestran neutrales en la reproducción del pensamiento único universal con el mismo instrumental técnico mecánico sino que, a partir de este análisis, se busca entender la lógica de aplicación de la ponderación, desde nuestras propias realidades para proponer ciertas fórmulas de viabilización, en nuestras sociedades.⁷⁵

2.3.1. La interpretación de las normas jurídicas

En la teoría jurídica, pese a la complejidad⁷⁶ de esta definición, “interpretar” se suele utilizar con el sentido de establecer o determinar el significado de enunciados normativos, aunque también se pueden interpretar acciones o hechos.

⁷⁴ Cfr. Carlos De Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico* (Madrid: Trotta, 2014), 10 y 76.

⁷⁵ Cfr. Antonio Gramsci, *La política y el estado moderno* (Madrid: Colección Diario Público, 2009). Tanto Gramsci como De Cabo intentan ofrecer una alternativa desde la visión político-cultural — realidad— para los cuestionamientos del derecho alejada a la visión de dominación en las sociedades de capitalismo.

⁷⁶ Nótese que, la definición de interpretar —incluso desde el positivismo— no es un asunto llano pues la corriente formal tiene matices.

La necesidad de interpretar es una operación jurídica básica que responde a la aparición de un problema interpretativo que puede surgir por la imperfección o falta de claridad y univocidad lingüística o semántica del texto, o bien cuando la solución de un caso aparece como dependiente de la elección que se haga entre las alternativas de significado de dos normas o enunciados jurídicos normativos frente a un mismo hecho que resulten antinómicas o contradictorias entre sí.⁷⁷

Si bien la mayoría de autores contemporáneos señalan que la interpretación constitucional es una especie de interpretación jurídica, que mantiene características similares a otros ejercicios de hermenéutica jurídica; no obstante, otro sector de la doctrina al que nos adherimos manifiesta que posee particularidades que le dotan de sustantividad propia y la convierte en una verdadera disciplina autónoma.⁷⁸

Con todo, queda claro que interpretar un texto constitucional o la consecuencia de la norma consiste en extraer previamente su sentido y decidirse por una de las posibles interpretaciones, lo que permite la actuación práctica del ordenamiento constitucional en su integridad, irradiando sus efectos y expandiendo su fuerza normativa.⁷⁹

No obstante, se hacen ciertas puntualizaciones: (1) No existe un sistema de ordenación jerárquica entre los diversos tipos o métodos de interpretación, sino que estos tan solo constituyen herramientas puestas a disposición de cada intérprete según las circunstancias del caso, pero con miras a resguardar y proteger los derechos. (2) La multiplicidad de posibles interpretaciones de una misma norma tampoco implica que todas tengan igual calidad técnica-jurídica o que todas sean conformes a la Constitución

⁷⁷ Cfr. García Amado, *Interpretar, argumentar, decidir*, 35.

⁷⁸ Entre los autores que propugnan la diferenciación entre la hermenéutica jurídica y constitucional están: Robert Alexy, Peter Häberle, Ricardo Guastini, Luis Prieto Sanchís, Manuel Aragón, Miguel Carbonell, Carlos Bernal Pulido, entre otros. Por el contrario, quienes defiende la tesis de la identidad sustancial de este tipo de interpretaciones esta Wroblesky y De Otto. Cfr. Juan Montaña, “La interpretación constitucional variaciones de un tema inconcluso”, en *Apuntes de derecho procesal constitucional: parte especial 2: Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*, ed. Juan Montaña, vol. 3 (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012), 23.

⁷⁹ Incluso Hesse y Pérez Luño sostienen que existe, además, una interpretación “de” y “desde” la Constitución, que, si bien son cuestiones conexas, tienen sus particularidades propias. (1) Por un lado, la interpretación “de” la constitución supone hacerlo de forma directa e inmediata sin confrontarla con otra norma infraconstitucional. (2) Por su parte, la interpretación “desde” la constitución, supone que, como pináculo de la jerarquía jurídica, en la resolución de un problema jurídico es necesario confrontar el texto constitucional con la norma de inferior jerarquía, pues esta expresa el criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico. Así, podemos observar como la Constitución, a través de sus normas-principios, se convierte en una verdadera herramienta invasiva que irradia su fuerza en todo el sistema jurídico. Cfr. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983), 37; Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Madrid: Tecnos, 2005), 274-7.

o la propia norma jurídica.⁸⁰ (3) En la aplicación del derecho, todas las disposiciones normativas son susceptibles de ser interpretadas (enunciados interpretativos). (4) Las diversas interpretaciones dadas por los diferentes intérpretes no tienen el mismo valor o influencia. (5) Es necesario diferenciar la interpretación, en general, de la hermenéutica jurídica, siendo esta última la que se encarga de la interpretación de normas y del estudio de los sistemas y métodos de interpretación en la praxis jurídica. (6) La interpretación constitucional no puede basarse en un perfil referencial único, sino que, dada la complejidad de su objeto, se precisa de un cuerpo de instrumentos que le doten de razón práctica material, con el fin de legitimarse frente a la sociedad.

Adicionalmente, consideramos que en dicho proceso es necesario contar con distintos sujetos que ejerzan su rol interpretativo, so pena de desnaturalizar el principio de efectividad,⁸¹ pues constituyen espacios para propiciar el activismo ciudadano y judicial.

Con todo, se aclara que la interpretación no puede reducirse a un plano valorativo y normativo implantado de forma foránea, sino que debe incluir la experiencia social, política, fenoménica desde “dentro” y “abajo”. Caso contrario, los enunciados del derecho constitucional devienen en un instrumento discursivo hegemónico que se traducen en la expresión de lo común y el reflejo de cierto consenso, que no cuentan con una legitimación de origen.⁸²

Es decir, las normas jurídicas —al ser dúctiles— invitan a una constante reinterpretación, de acuerdo al contexto real dentro del cual se desenvuelven, pero deben acentuar su valor en la defensa y respeto sostenido de los derechos, principios y garantías, en especial, de las “categorías sospechosas”, dentro de un ejercicio de razón práctica completa. Ello exige una deconstrucción de las claves lingüísticas y conceptuales de las minorías dominantes hacia un entendimiento de la pluralidad de

⁸⁰ Navas, “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 8.

⁸¹ Por supuesto, las diversas interpretaciones no tienen igual valor, función o influencia. Así, por ejemplo, el legislador trata de acotar el margen de interpretación de la autoridad pública; la interpretación de la Corte Constitucional resguarda, en su criterio, el sentido correcto de la Constitución frente a la legislación y frente a las decisiones judiciales. Las interpretaciones doctrinales tienen la fuerza de su razonabilidad mientras que los ciudadanos, en general, dependen de cómo se procesen los canales institucionales o directamente de su fuerza política para promoverlas o imponerlas. Cfr. Grijalva, “Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial”, 8.

⁸² Navas, “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, 16.

racionalidades⁸³, que la realidad social, en cuanto mutable, recoge, explica y exige; todo ello, enriquece el conocimiento teórico-jurídico.

Aunque esta forma de interpretar el Derecho —fuera de los cánones clásicos— reviste mayor complejidad pues, a lo indicado, se añade la extensión —temporal y espacial— y la existencia de otros espacios extrasistemas no convencionales —pluralismo jurídico—; no obstante, resulta más acorde con la visión socio-cultural de nuestro pensamiento crítico, aunque, la clave, de su éxito, depende de la conciencia ética de los diversos intérpretes. Lógicamente ello implica un alto costo que puede desgastar y deslegitimar a la autoridad judicial, pero que es necesario asumirlo.

Con todo, resulta un acierto que, ciertas miradas constitucionales, pese a sus imprecisiones, incluyan nuevas reglas, criterios y métodos de interpretación. Sin embargo, el verdadero desafío de los intérpretes es que estas herramientas doten de sustantividad a los mandatos jurídicos que se orientan al equilibrio social, en especial, en culturas que histórica y socialmente, son heterogéneas, dispares y plurales.

Si bien es necesario que los sujetos interpretativos sean técnicos en el arte de la interpretación, argumentación y aplicación del derecho, también constituye un reto el incorporar nuevas formas de creación jurídica que desde la dogmática local se adapten más a nuestras realidades.

A continuación, se analiza la interpretación desde las principales corrientes de pensamiento jurídico que resultan aplicables a la teoría de las normas, con el fin de tener una comprensión más precisa al momento de analizar las herramientas de aplicación del derecho.

Por una parte, para los *formalistas u originalistas*, la tarea interpretativa se reduce a descubrir el verdadero significado —objetivo, natural y preexistente— de la disposición,⁸⁴ a través de las interpretaciones lógico-lingüística o literal, con el fin de atribuir el sentido propio de sus palabras.

⁸³ Ello significa descomponer, dirigir y contextualizar un conjunto de entendimientos y componentes socio-jurídicos diversos que, en la intercomunicación y cooperación, configuran un espacio nuevo de lenguaje y metalenguaje construido en consenso en torno a demandas cambiantes y coyunturales sobre la base de la razón y autoconciencia propia.

⁸⁴ Entiéndase que aquí se hace referencia de la norma jurídica como prescripciones o mandatos de autoridad.

Entre las principales características del *formalismo* están: (1) la eliminación del derecho de toda referencia a la justicia;⁸⁵ (2) el señalamiento de que el sistema jurídico es completo, coherente y claro, que siempre ofrece una única solución del caso;⁸⁶ (3) el entendimiento de que el derecho es la expresión arbitraria de la voluntad del soberano a través de la coacción; (4) la distinción entre crear (legislativo) y aplicar el derecho (juez); y, (5) la atribución del papel del juez a un mero aplicador literal de los mandatos preexistentes de la ley a través del método deductivo lógico denominado “subsunción”.

Por su parte, el *positivismo jurídico* contemporáneo (Hart) a diferencia del formalismo jurídico señala: (1) el derecho no está excluido de toda noción de justicia;⁸⁷ (2) el sistema jurídico no es completo, coherente y claro, sino que tiene problemas de indeterminación que no siempre conducen a una respuesta única del caso; (3) los jueces gozan de una discrecionalidad razonada a la hora de interpretar y aplicar el Derecho y no absoluta como postulan las corrientes realistas; (4) el derecho no se reduce a la expresión arbitraria de la voluntad del soberano en un marco coercitivo, sino que también incluye un conjunto importante de normas que confieren potestades.

En este sentido, los aportes de Savigny para la sistematización de los métodos de interpretación legal, en cuatro elementos constitutivos y necesarios (gramatical, lógico, histórico y sistemático) contribuyen con este fin, puesto que, por un lado, superan en mucho al *hipertextualismo* de Kelsen y de la escuela de la exégesis y, por otro, postulan una comprensión más compleja del texto legal; no obstante, resultan insuficientes en la interpretación ya que dejan de lado los elementos finalistas y consecuencialistas propios del conflictivismo.⁸⁸

⁸⁵ Es más la posición legalista de justicia señalaba que: “la ley positiva es justa por el solo hecho de ser ley” (reducción de la justicia a validez). Cfr. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, 13.^a ed. (México: Fontamara, 2014), 17.

⁸⁶ Está claro, no obstante, que Kelsen y Hart, se consideran reacios del modo de razonamiento jurídico que en su tiempo recibió el nombre de formalismo, es decir, de la jurisprudencia de conceptos, que acepta que habrá situaciones en las cuales hay más de una norma válida que, tomada aisladamente, puede ser aplicable a los hechos, y que normas diferentes proveerán resultados diferentes para el caso. Cfr. Kennedy, *Izquierda y derecho*, 88.

⁸⁷ En aspecto lo comparte MacCormick, discípulo de Hart, e incluso llega a afirmar que el razonamiento jurídico es “un caso especial, altamente institucionalizado y formalizado de razonamiento moral”. MacCormick, (1978, 278) citado en Atienza, *Las razones del Derecho*, 130; Jan Sieckmann, “Norma Jurídica”, 931-2, aborda desde el normativismo las diferencias del formalismo y positivismo como caracterizaciones del positivismo excluyente e incluyente.

⁸⁸ Recuérdese que posturas como las de MacCormick parten de la existencia de una presunción a favor de la interpretación literal o de acuerdo con el sentido más obvio del texto, la cual solo puede romperse si: (1) la interpretación menos obvia por la que se opta se mantiene, sin embargo, dentro del significado posible del texto; y, (2) existen buenas razones —consecuencialistas, a partir de principios, o de ambos tipos— a favor de ellos. Posturas como las de MacCormick parten de la existencia de una presunción a favor de la interpretación literal o de acuerdo con el sentido más obvio del texto, la cual solo

Frente a ello, aparecen nuevas corrientes de pensamiento dentro del derecho positivo que consideran a los derechos subjetivos como intereses jurídicamente protegidos. Así, Rudolf von Ihering, ya había planteado un método antiformalista de interpretación que pone mayor énfasis en el fin de derecho o la norma jurídica.⁸⁹

La influencia de Ihering con escuelas paralelas como las de Gény (escuela de la libre investigación científica),⁹⁰ Philipp Heck y Max Rümelin (jurisprudencia de intereses),⁹¹ Eugen Ehrlich (jurisprudencia del derecho libre)⁹² y Roscoe Pound (jurisprudencia sociológica) y sus propuestas finales exigen al juez un mayor conocimiento de las realidades en las cuales debe operar la norma para poder identificar los fines e intereses de la ley y las consecuencias que se desprenden de su propósito.

En todo caso, si bien estas técnicas ajustan el derecho a ciertos ideales axiológicos vigentes, no aparecen como una modificación explícita al derecho positivo (legal), pues mantienen una visión jurídica que no corresponde con los sistemas democráticos constitucionales que incluyen a los derechos y principios constitucionales como normas jurídicas válidas con independencia del derecho positivo.

Por su parte, Ferrajoli⁹³ conceptúa a los derechos constitucionales como límites estáticos a la democracia, como aquello sobre lo que no se discute. Ello sugiere una suerte de clausura o congelamiento del contenido de cada derecho en el momento constituyente. Es decir, una vez que se positiviza un derecho, este no podría ser objeto de ulteriores definiciones, a efectos de que pueda actuar como un límite efectivo contra la eventual arbitrariedad de una mayoría. Aunque el resultado de esta argumentación pueda llevarnos a una posición normativista, pues ofrece argumentos acerca de por qué el contenido del derecho debe definirse en términos positivistas (seguridad jurídica o autoridad legislativa); no obstante, resulta incoherente pues la validez de los principios no solo debe derivarse del derecho positivo.

puede romperse si: (1) la interpretación menos obvia por la que se opta se mantiene, sin embargo, dentro del significado posible del texto; y, (2) existen buenas razones —consecuencialistas, a partir de principios, o de ambos tipos— a favor de ellos. *Ibíd.*

⁸⁹ Diego López Medina, *Interpretación constitucional*, 2.ª ed. (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2014), loc. 16-7, <http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/Interpretacion-Constitucional-EJ.pdf>. Esta tesis la refuta Kelsen al sostener que no es posible identificar al derecho subjetivo con el objetivo; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, 195-6.

⁹⁰ Cfr. François Gény, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* (Granada: Comares, 2000).

⁹¹ Cfr. Philipp Heck, *El problema de la creación del Derecho* (Granada: Comares, 1999).

⁹² Cfr. Eugen Ehrlich. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (Cambridge [Mass]: Harvard University Press, 1936).

⁹³ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris: Teoría del Derecho y de la Democracia* (Madrid: Trotta, 2011), 11-ss.

Ello invita a hacer una reflexión político-constitucional sobre los problemas que se derivan de la dinámica política entre mayoría y minoría en el seno del Estado constitucional pues, en ocasiones los intérpretes de las normas, adoptan decisiones, no según las reglas de la justicia y los derechos de la minoría, sino en función de la fuerza numérica de una mayoría interesada.⁹⁴

La dinámica actual busca que ciertas nociones formalistas, positivistas o postpositivistas constructivistas, que plantean elementos “prefabricados” de reproducción mecánica, repetitiva, programada y estandarizada de la vida social a través de las normas —legales o constitucionales—, debe replantearse hacia nuevas perspectivas que incorporen la teoría principialista o que tomen en cuenta la realidad en la que operan.⁹⁵ Con todo, su empleo tampoco es pacífico ni asegura una adecuada interpretación de los derechos constitucionales.

Así, la corriente *axiológica* reaviva el interés por el estudio de las normas: reglas y principios, pues considera que el papel residual que se asigna a estos últimos, no solo que resulta sesgado, sino que también encierra la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad —los principios— una función accesoria frente a normas de menor densidad —reglas—. Esto se deriva del persistente prejuicio de pensar que, en realidad, las verdaderas normas son las reglas, mientras que los principios son un plus, algo que solo es necesario como “válvula de seguridad” del ordenamiento.⁹⁶

Ahora bien, la inclusión de los principios como nuevas categorías normativas, hace necesario “algo más” en la elección entre interpretaciones posibles pues, conforme se indica, los principios generan un mayor grado de generalidad e indeterminación en el sistema jurídico que las reglas normativas, por su excesiva textura abierta.

Además, a ello podemos agregar problemas interpretativos que se derivan de la coexistencia, dentro de un mismo territorio de sistemas normativos y orientaciones diversos, en los que, resulta complejo establecer cuál es el nivel de juridicidad de cada “sistema”, pues desde la tradición, la teoría del derecho considera como derecho al sistema normativo hegemónico estatal sin atender al pluralismo normativo.

⁹⁴ Incluso, James Madison afirma con crudeza que “en todos los casos en que la mayoría está unida por un interés o por una pasión común, los derechos de la minoría están en peligro”; con ello reprocha ciertos casos en los que los intereses de un grupo mayoritario adoptan leyes injustas que se aprueban por las legislaturas de los estados en el período previo a la Convención. James Madison en la sesión de 06 de junio, en *The Anti-Federalist Papers*, 52, citado en Blanco, *El valor de la Constitución*, 100.

⁹⁵ Parte de estas ideas, cfr. De cabo, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, 75-8.

⁹⁶ Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 117.

Frente a ello, la teoría crítica vigente invita a replantear esta noción de poder y monopolio estatal dominante que diseña el sistema jurídico en favor de la vigencia del pluralismo normativo, que debe ser tema de abordaje para futuras investigaciones. Además, el pluralismo normativo no es un fenómeno que se restrinja al derecho interno, sino también abarca el ámbito internacional, lo que implica una pérdida de soberanía de los sistemas jurídicos internos frente al derecho foráneo.

En contextos pluralistas como los latinoamericanos es difícil pensar en formas de interpretación, uniformes y equilibradas, debido a las marcadas heterogeneidades histórico-culturales, sociales y económicas que se presentan. Por ello, es necesario plantear o replantear las herramientas discursivas que tiendan a realizar los contenidos de los principios en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas del caso, a través de una razonabilidad práctica material en un tiempo determinado.

Se requiere entonces, la utilización de métodos interpretativos alternativos para la concreción de su significado basados en la argumentación razonable, así como nuevas metodologías de aplicación de las normas los casos concretos como: la ponderación o balanceo,⁹⁷ adecuadas a la realidad propia y la utilización de los *tests*, para el análisis del principio de proporcionalidad. Con todo, dicha caja de herramientas no tendría mayor soporte argumentativo si en el discurso deliberativo no existe un compromiso de profundización sustantiva de los derechos y valores sociales y su proyección directa a toda decisión y práctica estatal.

La ponderación y el principio de proporcionalidad se analiza, con mayor detenimiento, en los siguientes apartados; no obstante, se señala, como punto de partida, que se tratan de formas más complejas de razonamiento jurídico que se construyen sobre la base de una jerarquía móvil de principios que entran en colisión y en la que se busca establecer la prevalencia de uno de ellos en relación con las circunstancias del caso concreto.

En cualquier caso, no es de extrañar que, en la actualidad, emerjan nuevas corrientes con un fuerte componente idealista del derecho y de la interpretación que presuponen ciertos valores axiológicos (justicia, bien común, equidad) como prevalentes para encontrar la mejor solución a un determinado conflicto, incluso en

⁹⁷ Si bien Duncan Kennedy considera al *policy analysis* o a la ponderación o proporcionalidad como un método de interpretación, parecería que confunde estos términos. Cfr. Kennedy, *Izquierda y derecho*, 88.

contra de las corrientes lingüísticas, intencionalistas (subjetivas) y realistas y que son propios de una nueva corriente de activismo y elitismo judicial, las cuales no se abordan, de forma directa, en la presente investigación, pues para ellas resulta intrascendente el papel que juegan las normas jurídicas en la interpretación, así como técnica empleada para la obtención del fin preestablecido.

Con todo, resta indicar que ninguna interpretación conlleva una necesaria decisión, sino tan solo constituye un paso dentro del proceso interpretativo y, por otra, tampoco ningún proceso interpretativo llega a excluir momentos de la decisión. Por ello, es necesario establecer ciertos parámetros objetivos dentro del proceso de resolución de conflictos jurídicos, con el fin de evitar elegir irracionalmente en cada ocasión.⁹⁸

El problema que plantea Bobbio, de manera coherente, es que cualquier ideología no tiene un valor o disvalor en sí mismos, sino que su valor o disvalor dependen de la ideología a la cual sirven y que cada una acepta o rechaza.⁹⁹ La necesidad de justificar normas-principios obedece a que la justificación normativa debe recurrir a los intereses que aducen los sujetos autónomos los que deben ser legítimos, esto es, confiables y susceptibles de consenso.

En otras palabras, el modelo de principios interpreta el derecho como un orden racional que requiere justificaciones para sus normas, y lo ve como un intento de justificar y organizar el orden social conforme con los principios de la moral política. “Los principios justificados en razón de su contenido no adquieren, por tanto, validez jurídica por estar reconocidos por el derecho positivo, sino que el derecho positivo solo puede negarles validez en la medida en que ello sea compatible con la pretensión de legitimidad que él mismo eleva.¹⁰⁰

Por ello, un modelo principialista de la Constitución no puede interpretarse ni integrarse a través de la fijación coactiva de cualquier contenido, sino que debe interpretarse como un orden racional cuya justificación requiere la corrección material de los argumentos morales.

⁹⁸ Con todo, existen situaciones extremas en las que el juez prescinde de la verdad, e incluso llega a vulnerar la apreciación y valoración probatoria, con el fin de eludir la injusticia del fallo. Con todo, ello constituye la excepción y no la regla. Por ello, pretender sostener una tesis sobre la base de ejemplos aislados constituye una forma de discurso falaz que confunde al auditorio. Atienza, *Las razones del derecho*, 138.

⁹⁹ Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, 35-6.

¹⁰⁰ Sieckmann, “Norma Jurídica”, 935-7.

2.3.2. La interpretación constitucional en contextos heterogéneos

El principio de unidad desde la teoría jurídica eurocéntrica asume que el derecho tiene una sola fuente homogénea, es decir, “constituye una totalidad bien definida que puede ser conocida en toda su dimensión en cualquier momento de creación o interpretación del derecho gracias a los métodos que la ciencia jurídica moderna desarrolló y puso al servicio del derecho y los juristas”.¹⁰¹

En la actualidad, esta manera de entender el derecho resulta cuestionable debido, entre otros factores, a la deficiente: producción jurídica, forma neutral y contradictoria de resolución de los casos desde la visión dominante, intercomunicación con la realidad fáctica, diseño institucional. Todas estas presiones asimétricas, tanto internas como externas, sobre la actuación y regulación del Estado llegan a asumir una heterogeneidad del derecho.¹⁰²

La heterogeneidad interna tiene relación con lo Boaventura denomina pluralismo jurídico interno. En general, alude al complejo fenómeno histórico-constitucional relacionado con el desigual diseño institucional del Estado impuesto bajo una lógica dependencia y sometimiento ideológico-político y económico del capitalismo.

En cambio, la externa “se refiere al pluralismo jurídico [...] que consiste en el reconocimiento de la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geopolítico (el Estado)”,¹⁰³ lo que no resulta pacífico pues lecturas jurídico-espirituales no necesariamente encajan en la imaginación institucional o cultural del derecho ordinario.

En contextos heterogéneos como los latinoamericanos, la interpretación constitucional impone aún más retos ya que, además, de la necesaria compatibilización técnica entre el *iuspositivismo-iusnaturalismo* que se desarrollan desde una comprensión eurocéntrica del conocimiento,¹⁰⁴ es necesario interpelar hacia nuevas formas alternativas de hermenéutica constitucional en los que se incluyan los avances normativos del texto constitucional, los desarrollos jurisprudenciales, el pluralismo

¹⁰¹ Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador* (Quito: Abya Yala / Rosa Luxemburg, 2012), 19.

¹⁰² *Ibíd.*, 20.

¹⁰³ *Ibíd.*, 21-2.

¹⁰⁴ Se omite la referencia a las visiones anglosajonas por su incipiente impacto aún en la interpretación constitucional hispanoamericana. Sobre el transnacionalismo jurídico cfr. Jorge Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, 2014), 52-3.

jurídico y los saberes ancestrales, en función de las circunstancias prácticas y democráticas del entorno conflictivo.¹⁰⁵

La diversidad histórica y cultural de la sociedad y su comprensión, por parte de los distintos intérpretes constitucionales, invitan a que estos asuman la tarea argumentativa con mayor detenimiento, en procura de alcanzar la tan ansiada justicia. Lo contrario, genera incertidumbre y arbitrariedad con la consiguiente deslegitimación social de sus decisiones. Por ello, es adecuado que la interpretación constitucional se reconstruya:

desde otros marcos conceptuales y prácticos, considerando que debe mirarse las situaciones a partir de los márgenes y fronteras donde antes no llegaban criterios normativos. Conviene, entonces, pensar en decolonizar los saberes y la producción del conocimiento en la actividad interpretativa [...]. La hermenéutica constitucional debe asumir la conflictividad de la geopolítica en sus formas de funcionamiento, es decir, las condiciones en que opera están atravesadas por relaciones de conocimiento, modernidad y colonialidad que responden a visiones excluyentes de entender el Estado, el derecho, las relaciones sociales y el poder [...].¹⁰⁶

Bajo este entendimiento, consideramos que la argumentación práctica latinoamericana debe analizarse no solo desde el asentimiento a la reproducción mecánica de lo existente y sus métodos de interpretación tradicional, sino desde sus complejidades sociales, políticas, económicas y culturales, sin que ello implique una mengua a la calidad dogmática y creativa del derecho. Lo contrario, conlleva a refrendar un discurso dialógico impreciso, poco creíble e insuficiente para el enriquecimiento de la ciencia del derecho.

En definitiva, aunque es difícil encontrar una única respuesta correcta en la resolución de casos concretos que se someten a una pluralidad normativa de reglas y principios —explícitos e implícitos— en sociedades como las latinoamericanas, que llevan insertas problemas económicos y políticos, que se acentúan en ciertos grupos sociales —tradicionalmente relegados por la ciencia del derecho—, se debe tender a una resolución que sea lo más razonable posible. Para ello, el juzgador debe apoyarse en una serie de instrumentos o herramientas de interpretación o de resolución de conflictos en temas complejos como la ponderación.

No obstante, existen ciertos niveles de subjetividad del juez que escapan incluso a estas técnicas, como las patologías sociales producidas por el propio capitalismo, que

¹⁰⁵ En todo caso, esta heterogeneidad no hace referencia a la justicia indígena que se muestra heterogénea desde su origen.

¹⁰⁶ Córdova, *Derecho Procesal Constitucional*, 53-4.

inciden en los derechos y su debida institucionalización.¹⁰⁷ En este caso, a esta complejidad, se añade su extensión —temporal y espacial— con representación en ámbitos culturales muy diferentes y autores que se integran con grado de intensidad diferentes. Para De Cabo, el ingrediente antisistémico abarca dos cuestiones:

de un lado su *origen* que remite al control sobre él mismo, al control sobre las fuentes del Derecho, lo que plantea la cuestión de su democratización y el entendimiento adecuado del pluralismo jurídico; de otro, la función del Derecho a través de su “despolitización” en el sentido de su “separación de la sociedad”, lo que se consigue mediante los caracteres de formalismo, abstracción y universalismo, basados fundamentalmente en las categorías de sujeto y norma, a través de las cuales se consigue la construcción jurídica de la igualdad (la legitimación) de una sociedad de desiguales y, a partir de ahí, no solo la ocultación del conflicto sino impedir que el conflicto entre en la sociedad, por lo que el Derecho, el ordenamiento jurídico, puede reunir esos caracteres (formales) que se le atribuyen unidad, completud y coherencia, al no albergar o expresar contradicciones.¹⁰⁸

Para ello, consideramos que se requiere “el desarrollo de una teoría de la razonabilidad que rompa con el pensamiento parcial, fragmentario y único formal-lógicamente válido, imperante en nuestras realidades, hacia la búsqueda de alternativas contextualizadas y reales a nuestros sistemas político-jurídicos diversos en donde asume un rol fundamental el discurso práctico axiológico. Esta liberación de la razón —que incluye la capacidad comunicativa y cognitiva— invita a pensar la ciencia del derecho desde el conflicto con un espíritu de autoconciencia crítica de la sociedad”.¹⁰⁹

En este sentido, el lenguaje se vitaliza como un proceso de producción de los sentidos¹¹⁰ desde la perspectiva de los derechos —en especial, de las minorías o grupos

¹⁰⁷ Así, desde la visión eurocéntrica, se impugna el reconocimiento plurinacional de la justicia indígena de la justicia indígena, por considerarlo que desdibuja tres principios: soberanía, unidad y autonomía. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho”, 18.

¹⁰⁸ De Cabo Martín, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico* (Madrid: Trotta, 2014), 45-100.

¹⁰⁹ Espinosa, “Una mirada interpretativa y constitucional de los derechos sociales”, 122.

¹¹⁰ Esta categoría lingüística a la que se refiere la teoría del discurso, alude a tres niveles de producción de los sentidos: (1) Realidad jurídica positiva vigente y que lo forman las normas, sentencias, jurisprudencia y relaciones jurídicas negociales, entre otros, y cuya validez proviene de los órganos y sujetos autorizados y legitimados para actuar en el derecho. (2) Doctrinal, que lo produce la práctica teórica de los juristas. (3) Usuarios, que consiste en un grupo imaginario social formado a través de un permanente juego de creencias y ficciones. Carlos María Cárcova, *Derecho, Política y Magistratura* (Buenos Aires: Biblos, 1996). A partir de ello, el discurso jurídico se constituye, por un lado, en producto de interrelaciones de otros discursos externos —social, económico, ideológico, entre otros— dentro del complejo escenario del conflicto en un momento determinado; y, por otro, en un discurso político de poder desde el origen, control y fuentes del derecho hasta el propio proceso de producción del discurso. Por ello, es necesario deslindarse de la tesis tradicional hacia una articulación sociopolítica y jurídica como parámetro claro de la democracia, participación y pluralismo. Cfr. De Cabo, *Pensamiento crítico*, 47.

vulnerables— y de la democracia y no en función de razones públicas expresas. Por ello, como lo señala Maurino:

La contribución más relevante que el principio de razonabilidad puede hacer a nuestro proyecto constitucional democrático resultaría de su reorientación hacia la exigencia y ponderación de razones públicas para el obrar estatal [...] la democracia demanda el ejercicio de la razón pública, la renuncia a gobernar por el número, la pura voluntad o la fuerza, o los acuerdos reservados de élites corporativas. Las tradicionales políticas y constitucionales que permiten y avalan el ejercicio de la autoridad pública sin razones públicas son un obstáculo radical a la construcción democrática.¹¹¹

La reorientación del control de la razonabilidad hacia un esfuerzo deliberativo, junto con la profundización sustantiva de la democracia y su proyección hacia los principios y valores supremos de la sociedad abre las puertas para la construcción de un razonamiento más sólido, suficiente y aceptable.

Cuando aludimos a las razones públicas del obrar estatal se hace referencia no a vagas generalidades de “orden público”, “interés general”, “servicio público”, “interés social”,¹¹² entre otros, sino al análisis y evaluación argumentativo que se construya y presente a la comunidad —u otros interesados— en el proceso de toma de decisión (auditorio). Dicho discurso práctico debe incluir la forma como se mantienen indemnes los principios, derechos y garantías constitucionales que colisionan con el actuar estatal de forma más intensa, en procura de la satisfacción, en la mayor medida posible, de los derechos en juego. Para ello, el poder debe asumir una carga de justificación más intensa de los derechos que invoque frente a las razones que se invoquen para demandar su inconstitucionalidad pues, por la propia configuración del sistema jurídico, es el Estado quien goza de mayores privilegios y beneficios frente a la colectividad —contrahegemónicos—, en general.

Entonces, consideramos que una de las claves para resolver los problemas de interpretación y resolución de conflictos constitucionales en contextos heterogéneos es acudir al principio democrático con todo su contenido garantista y no solo a la pura racionalidad (razonabilidad) y precisión técnica-jurídica como medio para la

¹¹¹ Gustavo Maurino, “El artículo 28: Hacia una república basada en razones”, en *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coord. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011), 314-5.

¹¹² Cfr. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”, en *Casos n.º: 004-13-IN y acumulados n.º 0023-13-IN y n.º 0028-13-IN*, 17 de septiembre de 2014. En esta sentencia dicho organismo recurre, en varias oportunidades, a este tipo de argumentos o ponderaciones para sustentar la postura estatal, conforme se analiza en capítulos subsiguientes.

legitimación de las decisiones. En todo, en contextos como el ecuatoriano es necesario ambos, conforme se analiza más adelante.

Las sociedades heterogéneas y complejas contemporáneas, dentro de sus cajas de herramientas incluyen, una serie de interpretaciones, aplicaciones y legislaciones que van, desde las más restrictivas, hasta aquellas más complejas de naturaleza constitucional. Esta nueva virtualidad del derecho constitucional permite desformalizar las categorías y conceptos indemes impuestos desde los constructos foráneos del lenguaje y la ciencia jurídica hacia una adecuación de contenidos más propia con la realidad local.

Esto implica una deconstrucción y reconstrucción de una dogmática jurídica desde la realidad del conflicto y los enfoques de los derechos¹¹³ vía expansiva que, no necesariamente parte de la norma, sino de la descolonización de las instituciones, prácticas y mentalidades, entre otros aspectos. Con todo, ello también exige cierto conocimiento técnico para el cambio normativo y discursivo.

Pero, además, la complejidad se acentúa cuando se incluye, “elementos contradictorios, en cuanto comprende una determinada defensa —en algunos supuestos— del Derecho constitucional vigente, pero también su crítica y hasta propuestas de superación e innovación, igualmente, en algunos supuestos [...]”.¹¹⁴ Por ello, desde el derecho constitucional, no es necesario, en la mayoría de los casos, desentrañar otros criterios, métodos o principios de interpretación, para emplearlo de forma crítica, sino solo el correcto contenido axiológico o la interpretación conforme y eficaz, en busca de que se cumpla e inserte en la realidad social.¹¹⁵

Por último, conviene hacer referencia —de forma tangencial— por no ser tema de esta investigación —en lo teórico ni práctico— a la interpretación intercultural que surge dentro del complejo escenario latinoamericano en el que existen fricciones entre pluralidad y unidad (monopolio estatal), liberación y opresión y capitalismo económico. Por ello, en esta relación entre consenso básico y pluralidad es necesaria una variedad de textos, que garanticen la yuxtaposición de conjuntos normativos diferenciados en función del grupo social, como marco para el acuerdo y tolerancia renovadas de las

¹¹³ La expansión garantista de los derechos implica no separarlos y gradarlos de distinta manera con el objeto de relativizarlos, en especial, frente a la coyuntura político-económica pues, de lo contrario se legitima en aumento de las desigualdades sociales. Además, debe propenderse a que se propaguen por medio del “efecto irradiación” al resto del ordenamiento jurídico. El sujeto ya no solo dese ser considerando de forma individual sino también de forma colectivo

¹¹⁴ De Cabo, *Pensamiento crítico*, 74.

¹¹⁵ *Ibíd.*, 75.

personas,¹¹⁶ a fin de evitar que exista lo que Luis Coelho denomina una abstracción mitológica socapada para justificar un orden jurídico injusto en una sociedad desigual.¹¹⁷

Ello exige una postura de reestructuración del sistema que estudie y analice los saberes y producciones colectivas de forma empírica e ideológica dentro de los procesos de transformación social y de gestión de territorios que incluye autogobiernos diferenciados y propios en lo político, económico.

Estas nuevas gramáticas de lucha política y entendimiento del derecho heterogéneo¹¹⁸ y pluridimensional invitan, por tanto, a articular el conflicto con la convivencia pacífica de sus componentes en un afán garantista dentro del Estado constitucional democrático. El reconocimiento de la existencia y legitimidad de las justicias indígenas adquiere, por tanto, un nuevo significado dentro del marco constitucional real y se integra dentro de la arquitectura plurinacional y de reconocimiento de la pluralidad jurídica.

Desde esta perspectiva se propone que los juzgadores, al momento de resolver, incorporen en el sistema de administración de justicia constitucional los valores, derechos, principios, tradiciones, políticas y costumbres de los pueblos y nacionalidades indígenas como elementos constitutivos del derecho objetivo, en las cuales se incluyan novedosas formas de solución de conflictos y de resarcimiento o reparación integral del daño; búsquedas de nuevas armonías sociales, comprimiendo la grieta de distanciamiento institucional y normativo con respecto a la administración de justicia ordinaria y su cooperación y relacionamiento con ella, entre otros elementos.

Ello significa que, en ciertos casos, los proyectos constitucionales transformadores se sujetan a procesos de “desconstitucionalización” progresiva a corto plazo, los cuales en muchos casos, entran en conflicto debido a las asimetrías en el desarrollo de cada uno.¹¹⁹

¹¹⁶ Peter Häberle, *El Estado Constitucional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001), 120-30.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 126-8.

¹¹⁸ En este caso, el término heterogéneo hace alusión a que la justicia indígena como diversa, con relación a: “tipo de autoridades que administran justicia, en la manera de aplicarla, en las orientaciones normativas que presiden la aplicación, en los tipos de litigios para cuya resolución se consideran competentes, en las sanciones que aplican con más frecuencia, en la relación entre oralidad y escritura, en la relativa distancia normativa e institucional en relación con la justicia ordinaria y en las formas de articulación y cooperación que mantienen con ella”. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho”, 20-1.

¹¹⁹ *Ibíd.*, 16-8.

A partir de dicho entendimiento, la interpretación constitucional debe ser construida desde otros marcos conceptuales y prácticos que los estrictamente técnico-jurídicos, esto es, a partir de comprensiones y experiencias de la cosmovisión andina. Conviene, entonces, pensar en decolonizar los saberes y la producción del conocimiento de los pueblos y nacionalidades en la actividad interpretativa, como fuentes generadoras de derecho objetivo y repotenciar visiones alternativas de hermenéutica constitucional.¹²⁰

Los intérpretes constitucionales deben adaptar tanto la visión de la teoría jurídica del monolitismo jurídico, así como las formas de resolver conflictos y las formas de articulación de la vida social en las comunidades, nacionalidades o pueblos indígenas, de conformidad con el escenario y contexto en el que resuelvan el conflicto. Pero, se debe contextualizar que las justicias indígenas son parte de su identidad cultural lo que, a su vez, se relaciona con la estructura de organización política, esto significa que tienen sentido de unidad e identidad. En este sentido, la hermenéutica constitucional debe hablar dos derechos en materia de interculturalidad: el indígena y el ordinario.

En resumen, más allá de la existencia de un marco jurídico favorable, el reconocimiento de las justicias indígenas para hacerse efectivo (principio del *effect utile*) y no estar confinado a un texto declarativo, debe fundarse en prácticas constitucionales que asuman el carácter pluricultural de esta sociedad, cuestión que ha sido negada por el monoculturalismo heredado de las élites criollas organizadoras del estado latinoamericano y su visión eurocéntrica.¹²¹

No obstante, este tema todavía resulta incipiente en nuestras normativas monoculturales en donde los contenidos mínimos de los derechos de convivencia¹²² tienden a disolverse en la retórica política y recursos teóricos de sesgo formalista o nominalista en lugar de hacer frente a una cultura propia con un universo simbólico diverso a la normativa de la región.

Consideramos que las verdaderas democracias constitucionales deben propender hacia una verdadera rematerialización de los derechos y valores, a través de garantías

¹²⁰ Cfr. Córdova, *Derecho Procesal Constitucional*, 53-4.

¹²¹ Médici, *La constitución horizontal*, 116.

¹²² La convivencia tiene relación con lo que Boaventura de Sousa Santos denomina la “ecología de saberes, esto es, el modo de pensamiento jurídico que corresponde a la forma de relación interjudicial [...] se asienta en el aprendizaje recíproco de los dos sistemas en presencia y en el enriquecimiento que ello puede resultar para ambos [...]. Estos intercambios de soluciones jurídicas conducen a lo que he llamado interlegalidad e híbridos jurídicos”. Por ahora, domina la coexistencia, la dualidad de saberes jurídicos. Cfr. Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho”, 38-9.

efectivas, que busquen optimizar las condiciones sociales y económicas de los grupos más oprimidos. Por ello, la interpretación constitucional debe plasmar estas legítimas aspiraciones e intentar descubrir aquellos factores culturales, históricos y políticos que vigorizan el Estado pluricultural.

Nuestro constitucionalismo que incluye una “nueva Constitución aparentemente más avanzada, pero con conductas regresivas que desmontan el carácter ‘garantista’ ”¹²³ resulta poco idónea en la práctica de la consolidación democrática, pues lejos de converger hacia la consolidación de los derechos interculturales —entre otros— pretende respaldar un discurso dialógico de carácter político e ideológico que tiende a la defensa estatal.

A continuación, se enfatiza en el análisis de la estructura del conflicto y los mecanismos para su solución, en donde se aborda, entre otros, el aspecto conceptual, metodológico y normativo de la ponderación. De este método se dice que tiene ciertas ventajas frente a la subsunción; sin embargo, otros autores lo critican porque deja mucho espacio para la subjetividad lo que puede conducir a decisiones arbitrarias.

Por ello, es necesario conocer el concepto y características de la ponderación y verificar si se la aplica teniendo en cuenta los parámetros metodológicos y técnicos que se desarrollan en este capítulo y que surgen del marco teórico y conceptual que se analiza, para luego someterlos a una evaluación crítica a través de estudios de casos de la Corte Constitucional del Ecuador en el período 2008-2023.

La doctrina de la ponderación y la determinación de los parámetros metodológicos para la evaluación de casos difíciles sirven para apreciar en qué medida dicho organismo respeta dichas condiciones y cuáles son sus conciencias. Además, permite establecer correctivos en la aplicación de casos ponderativos, en caso de haberlos. En este punto, se deja sentado que este trabajo doctoral es de carácter jurídico, esto es, atado a la ciencia jurídica desde lo teórico y empírico.

2.3.3. Caracterización doctrinal de los conflictos constitucionales

Una vez que se admite la existencia de valores o principios en juego, el siguiente dilema que se plantea es establecer si existe un monismo o pluralismo de valores, si estos son absolutos o relativos, si pueden armonizarse o chocar entre sí, y, en este

¹²³ Córdova, *Derecho Procesal Constitucional*, 30.

último caso, de existir choques establecer la forma en que pueden resolverse, entre otros aspectos.

Existen dos posiciones en el tratamiento de los conflictos entre principios o valores constitucionales: (1) la monista, que niega el conflicto y señala que no existe una verdadera colisión normativa, sino que el problema se reduce a una cuestión de simple interpretación de los preceptos constitucionales, que se resuelve mediante la explicitación de las excepciones implícitas que cada principio ético comporta de forma abstracta o por medio de los criterios clásicos de solución de antinomias; y, (2) la pluralista, que supera el conflicto sin desconocerlo.

El *pluralismo* representado —principalmente— por Berlin, Williams y Raz comparte la idea de la coexistencia de varios valores éticos últimos (homogéneos, conmensurables y objeto de elección razonable) que pueden entrar en conflicto; en este último caso, cuando son incompatibles, no pueden realizarse todos, por lo que hay que elegir y aceptar algunas pérdidas trágicas al ir en busca de algún fin último preferido y superar el conflicto sin negarlo.¹²⁴

Con respecto a la interpretación monista, cabe el siguiente comentario: del mismo modo que hay una interpretación que previene los conflictos, atribuyendo a las disposiciones constitucionales significados compatibles, igualmente hay una interpretación que produce los conflictos atribuyendo a las mismas disposiciones significados incompatibles; por lo que su elección depende de la voluntad del propio intérprete.¹²⁵

Por su parte, el pluralismo atribuye al conflicto constitucional tres elementos o rasgos comunes: (i) el tipo de normas (reglas o principios) que colisionan; (ii) las características o estructura del conflicto pues, pues si bien en las contradicciones entre reglas, por lo general, se puede establecer *a priori* las circunstancias del choque, en cambio, en las colisiones entre principios ello no siempre es posible, ya que solo frente a un caso particular puede presentarse la incompatibilidad; y, (iii) los mecanismos o el método para su resolución.¹²⁶

Así, “en caso de conflictos entre reglas, la decisión se toma apelando a consideraciones externas o apelando a otras reglas, a través de los distintos criterios reglas o métodos de interpretación clásicos en los cuales se invalida una de las normas o

¹²⁴ *Ibíd.*, 164-6.

¹²⁵ Barberis, *Ética para juristas*, 194-5.

¹²⁶ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 136-7.

se introduce una regla de excepción”,¹²⁷ la que busca ser definitiva, pues pretende que los casos posteriores se resuelven de forma similar.

“En caso de conflictos entre reglas y principios, se exige una decisión acorde con el principio, siempre que no existan otros principios que apunten en una dirección contraria”¹²⁸ o no tengan peso y, en este caso, puede que el principio no prevalezca.

Por último, en caso de colisiones entre principios resulta inadecuado insertar cláusulas de excepción o proceder a invalidar a uno de ellos; por lo que, se acude al balanceo o ponderación, es decir, al pesaje de principios, a fin de establecer cuál de los principios, derechos o valores precede sobre el otro de forma condicionada.

Para Guastini ello se debe a que cada choque entre principios constitucionales presenta los siguientes rasgos característicos:

(a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que (normalmente) han sido emitidas en el mismo momento. (b) En segundo lugar, se trata de un conflicto entre normas que tienen el estatuto de formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del derecho. (c) En tercer lugar, se trata de un conflicto en ‘concreto’. (4) En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral.¹²⁹

Es decir, las colisiones entre principios no se resuelven mediante la utilización de los criterios clásicos de solución de antinomias *in abstracto*, como son: ley posterior, porque los dos o más principios son contemporáneos; ley superior, ya que los principios en juego gozan de la misma jerarquía; ley especial, pues los hechos y circunstancias factuales que se normalizan por los principios se transponen. Por ello, es necesario acudir a nuevas técnicas de resolución de casos: la ponderación, la proporcionalidad o los *tests*.

En resumen, las tesis eurocéntricas señalan que la categorización dogmática de los conflictos constitucionales se fundamenta en lo siguiente: (i) el tipo de normas jurídicas que entran en colisión se denominan principios, como una categoría independiente y disímil de las reglas; (ii) los conflictos constitucionales responden al modelo de antinomias *in concreto* en oposición al tipo clásico *in abstracto* y

¹²⁷ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel –Argentina de la Corte IDH”, 21. Con todo se aclara que los criterios clásicos o estándar de solución de antinomias son: competencial, jerárquico, cronológico y especialidad. En el Ecuador, el artículo 3, numeral 1 de la LOGJCC los contempla aunque de forma bastante imprecisa conforme se abordará en el siguiente capítulo. Cfr. Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3.

¹²⁸ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel –Argentina de la Corte IDH”, 21.

¹²⁹ Ricardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (Madrid: Trotta, 2008), 87-8.

determinables *a priori*; (iii) se deben resolver a través de la ponderación o balanceo, como un mecanismo más complejo y adecuado frente a los criterios de resolución tradicionales de contradicciones entre reglas (jerarquía, especialidad y temporalidad).¹³⁰

Pese a que estas tres tesis son, por lo regular, aceptadas por la dogmática y la praxis judicial, no obstante, otros autores¹³¹ sostienen que resultan problemáticas y son, al menos, matizables. Así, se señala:

[...] que la distinción entre reglas y principios es dudosa y problemática y, por otro, que no existe vínculo conceptual o necesario alguno entre el tipo de elementos que entran en conflicto (principios) y la estructura del conflicto y el modo de resolverlo. Es decir, del hecho de que los elementos que colisionan sean (presuntamente) principios no se sigue necesariamente que tengan una estructura determinada (conflictos in concreto, distintos de las antinomias que ya conocemos), ni que el mecanismo para su solución sea necesariamente la ponderación.¹³²

Con todo, hay que advertir que tanto las reglas como los principios tienen igual importancia al momento de resolver los conflictos jurídicos, pues ambos involucran el análisis de sus contenidos. Por ello, el juez debe adaptarlos y armonizarlos, de manera que se concreten cada uno de sus postulados, en procura de la defensa de los derechos constitucionales.

En síntesis, dentro de la caracterización doctrinal de los conflictos constitucionales es necesario tomar en cuenta tres aspectos. Primero, el reconocimiento que las Constituciones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos expresan principios y valores cuyos contenidos axiológicos deben respetarse. Aquí es importante recalcar que dichas normas deben representar verdaderos motores de cambio social y político en la sociedad, con pretensiones de integración a los grupos excluidos. Segundo, la admisión de que dichos principios y valores no son ética ni culturalmente neutros y, por ello, pueden someterse a una nueva interpretación. Tercero, el reconocimiento de la disconformidad entre lo que se intenta conseguir en general y abstracto y lo que, en efecto, se aplica en los casos concretos que se someten a análisis, en donde es necesario abordar la especificidad, pluridimensionalidad y la pluralidad normativa, a partir de una lectura real de lo local.

¹³⁰ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 138.

¹³¹ *Ibíd.*, 138-9.

¹³² *Ibíd.*

Por ello, queda claro que la hermenéutica constitucional no es un asunto sencillo sino complejo que abarca una coordinación y complementariedad técnico-política dentro de un contexto histórico determinado de dialécticas democráticas concertadas.

La clave está en determinar para cada proceso, qué tipo de normas se deben aplicar en la reconstrucción del caso, utilizando los argumentos idóneos que permitan legitimar la postura del juzgador. En ello, resulta primordial la utilización de métodos o técnicas que guarden conformidad con las normas jurídicas y los presupuestos fácticos y axiológicos de ese contexto.

3. Ponderación y subsunción

Una vez que se analiza y se conflictualiza las diferencias entre reglas y principios esta sección busca analizar su funcionamiento. Se manifiesta que en “la aplicación de normas jurídicas existen dos operaciones fundamentales: la subsunción (reglas) y la ponderación (principios)”.¹³³ Este último punto es objeto central de análisis.

Si bien, en un primer momento, Alexy considera que existe una conexión necesaria de utilizar la ponderación cuando se presentan conflictos de principios, no obstante, otros autores la objetan y señalan que “este vínculo parece excesivo; no existe impedimento teórico alguno para resolver un conflicto de reglas mediante la ponderación, ni para resolver un conflicto entre principios mediante algún mecanismo o procedimiento distinto a la ponderación”.¹³⁴ Es decir, no se puede desconocer sin más las reglas o de rechazar operaciones de subsunción en la aplicación del derecho.

¹³³ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 21. Este tema se aborda por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso *Lüth*. En resumen, esta sentencia aborda tres cuestiones fundamentales en el derecho constitucional alemán: (1) “Los derechos no solo tienen el carácter de reglas sino también de principios”, que encarnan un orden de valores objetivos. (2) Los derechos, principios o valores *iusfundamentales* funcionan sobre todo el sistema jurídico a través del “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*). (3) La colisión de principios solo puede resolverse a través de la ponderación; Alexy, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, 133; Rober Alexy, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 11 (enero-julio 2009): 4. Posteriormente, lo retoma Alexy, quien señala “que las reglas se aplican mediante la subsunción (reglas lógicas) y los principios a través la ponderación (reglas aritméticas)”. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, 349; Espinosa “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 21.

¹³⁴ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 153. En ese mismo sentido, García Amado manifiesta que cuando los tribunales “ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo [...]”. Cfr. Juan García Amado, *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. (León: Universidad de León, s.f.), 1, <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>.

Incluso, hay quienes afirman que resulta excesivo decir que la ponderación siempre constituya la alternativa opuesta y excluyente a la subsunción,¹³⁵ ya que estos mecanismos pueden funcionar de forma alternativa y diversa, dependiendo de los conflictos puestos a su resolución, en donde lo decisivo es la interpretación previa de las normas constitucionales o legales que hagan los juzgadores. De igual manera, García Amado, se muestra escéptico con respecto de la racionalidad y autonomía del método ponderativo y considera que esta operación es solo el tramo final subjetivo y más irrelevante en el proceso de resolución del conflicto.¹³⁶

Con todo, no compartimos este criterio y la crítica que se puede hacer es que ese mismo razonamiento se puede aplicar a la subsunción, sin que ello le despoje de su carácter de racional.

Todos los procesos de resolución de conflictos requieren interpretarse y constituyen formas de racionalidad del discurso que deben respetar los principios formales —límites de discrecionalidad legislativa y activismo judicial— para evitar su arbitrariedad. El límite de la racionalidad del discurso consiste en una exigencia de justificación de las resoluciones en función de las premisas razonables. El hecho de que exista un empleo inadecuado de esta herramienta no le quita su carácter racional, pues pone de manifiesto su absurdo a quien revise los razonamientos.

Si bien, por lo general, la subsunción es la forma tradicional de resolver los casos fáciles (*soft cases*) por sí misma no dice nada en su contra, ni sirve para desecharla. No obstante, la práctica constitucional más recurrente se muestra abierta para solucionar todos aquellos casos difíciles (*hard cases*) a través de la utilización de nuevos mecanismos como la ponderación, sin que ello signifique prescindir de otras técnicas que resulten legítimas y útiles en el asunto puesto a debate.

Así, consideramos que puede ocurrir que en el procedimiento de reconstrucción y resolución de conflictos entre principios o derechos sea necesario constatar —de manera deductiva—, en primer lugar, que en el asunto sujeto a examen existan dos o

¹³⁵ Luis Prieto Sanchís, “El juicio de ponderación constitucional”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 103-4.

¹³⁶ García Amado, *El juicio de ponderación y sus partes*, 1-2; Juan García Amado, “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2007”, *Palestra del Tribunal Constitucional* n.º 8 (2007): 627-629, https://www.academia.edu/34449882/PONDERACION%20O%20SIMPLES_SUBSUNCIONES_COMENTARIO_A_LA_SENTENCIA_DEL_TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL_DE_25_DE_ABRIL_DE_2007. Además, Alexy refuta a Amado en el sentido que ni el modelo puro de principios ni el modelo puro de reglas son los adecuados, sino que más bien el modelo a seguir es el combinado; Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 114.

más normas en conflicto. Segundo, en caso de verificar que el dilema se encuentra en el campo de aplicación de los principios constitucionales, es preciso ponderar, es decir, elegir uno de ellos en el caso singular. Por último, el tercer paso —en ciertos casos— consiste en subsumir el caso concreto en el caso abstracto, a través de la aplicación del principio relevante que en una ocasión anterior se haya elegido. Ello, con el fin de mostrar que el caso concreto se adecua al conjunto de “propiedades relevantes admisibles” determinadas en la subregla deliberativa abstracta resuelta en una “ratio” fijada con anterioridad (jurisprudencia).

Asimismo, se critica a la ponderación porque, con el fin de elegir entre dos principios o valores constitucionales, esta los reduce a utilidades comparables entre las que optar irracionalmente en cada ocasión.¹³⁷ Robert Alexy defiende esta acusación “[...] pero al precio de admitir el recurso a criterios utilitarios [...] una elección que se produce, en última instancia, con base en un análisis de costes y beneficios”.¹³⁸

En todo caso, consideramos que esta racionalidad técnica de articulación del conflicto y coexistencia pacífica de sus componentes —subsunción y ponderación— debe articularse a la dialéctica de las exigencias de la realidad actual y su conocimiento para evitar fracturas en el discurso democrático.

Por ello, más allá de la discusión eurocéntrica de la subsunción o ponderación, es necesario que cualquier herramienta para la resolución de problemas constitucionales conlleven a una resolución práctica razonable y legitimadora del discurso democrático. Ello requiere un aprendizaje lingüístico y de reelaboración y construcción de categorías y conceptos básicos nuevos con una perspectiva crítica que asuma la realidad desde el “interior”.

Con todo, ello no significa que la ponderación carezca de utilidad práctica, sino que, en ciertas ocasiones, para emplearla con prudencia, es necesario “desvelar” la pluralidad de principios —en caso de haberlos— y luego articularlos y conciliarlos recíprocamente en función de los valores de una sociedad plural que tiene vínculos ontológicos de carácter real, que deben analizarse desde una perspectiva interna y no

¹³⁷ Cfr. Jürgen Habermas, *Factibilidad y validez*, 5.ª ed. (Madrid: Trotta, 2008), 326-40.

¹³⁸ Barberis, *Ética para juristas*, 195. Para un análisis más detenido de costo beneficio aplicado a la decisión judicial cfr. Cass Sunstein (2018) y Daniel Brinks (2017) en María Luisa Rodríguez, “¿Logran las decisiones emancipar? Metodologías en el seguimiento del cumplimiento de las decisiones judiciales”, en *Altas corte y transformación social: (Des) obediencia a las órdenes judiciales. ¿Qué pasa después de la decisión judicial?*, ed. María Luisa Rodríguez, Daniel Jiménez y Fabián León (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales / Vicedecanatura de Investigación y Extensión / Instituto de Investigación Sociojurídica Gerardo Molina / Unijus, 2021), 38-48.

solo desde el derecho ordinario formal. Este enfoque dinámico de la ciencia jurídica invita a que las formas clásicas de interpretación o aplicación del derecho se analicen y empleen de forma adecuada y, a su vez, que sus elementos se descompongan conforme con las realidades propias de cada Estado y los contenidos reales de los derechos.

Lo contrario, la fuerza del lenguaje y los contenidos de las normas que se imponen desde la hegemonía devienen en un instrumento discursivo excluyente de la realidad histórica-cultural de los pueblos, más aún en contextos como el ecuatoriano que ni siquiera llega a un entendimiento conceptual y estructural de esta técnica y lo utiliza, de forma mecánica, sin la debida fundamentación, conforme se examina más adelante, al problematizar teórica y empíricamente los parámetros metodológicos de la ponderación, como una propuesta propia del investigador.

En definitiva, dejamos sentado que, la ponderación de principios —al igual que la subsunción— constituye un parámetro viable que puede utilizarse en la resolución de casos concretos, en la medida en que exista una fundamentación con contenido material razonable y que sea fruto de la hibridación y síntesis de los conceptos jurídicos del país. Caso contrario, dicha moral persuasiva se encuentra vaciada de contenido argumentativo.

En este sentido, las labores de justificación podrían centrarse en la identificación de variables que contribuyan a que el sistema ponderativo “reconceptualizado y reconstruido” mejore los niveles de tecnicidad, a fin de evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios.¹³⁹

Consideramos que la clave del éxito de la ponderación es que se la emplee como una metodología que forma parte de un sistema jurídico equilibrado que responda a casos de trascendencia y relevancia social, en los que exista un conflicto real y no supuesto de principios, y en donde resulta, de vital importancia, la riqueza deliberativa que se ofrezca en la fundamentación sustantiva de los derechos.

La ponderación es un sistema razonable dentro de la maquinaria organizada (definida como unidad) que conlleva a la resolución judicial, que se la entiende como el acto de clausura en la disputa por la comprensión de los derechos y principios. Forma parte de la red de procesos de producción de sentidos y alcance de las normas, a través

¹³⁹ Para ello, se toman en consideración ciertos elementos que se visualizan en el marco teórico —de distintos autores— de la investigación —no de forma indiscriminada—, sino que, por ser objetivos, permiten empirizar la práctica ponderativa en nuestros contextos mediante una hibridación consciente y creativa de posturas.

de procesos interpretativos que impulsen los discursos deliberativos que transformen el derecho en favor de los “derechos”.¹⁴⁰

La idea tras la ponderación es lograr por medio de esta estructura —razonable— dar solución a problemas reales que afectan a las sociedades en la disputa judicial. Sin embargo, para que sea una guía autorreferente sería conveniente que se tome en cuenta ciertos referentes metodológicos de la doctrina de la ponderación para la evaluación de casos, con el fin de determinar en qué medida la Corte Constitucional los acoge y cuáles son sus conciencias.

A continuación, se hace referencia a tres aspectos sustanciales de la ponderación, los que, a su vez, se toman posteriormente por el investigador para el análisis teórico-empírico de los parámetros metodológicos del balanceo, pues permiten visualizar, de forma objetiva, sus elementos como procedimiento racional: (i) conceptual, (ii) metodológico estructural y, (iii) normativo. En este último, se aborda el principio de proporcionalidad como parte del área de estudio.

3.1.1. Concepto y características de la ponderación

Este acápite busca establecer una conceptualización general de la ponderación (*Abwägung* o *balancing*) y su esquema de clasificación. Con todo, pese a que se trate de un término implantado, la investigación del uso que, en el lenguaje ordinario y judicial tiene el concepto ponderación es relevante, por las siguientes razones:

En primer término, porque no tendría posibilidad de aplicación práctica un esquema conceptual que guardara poca relación con el que de hecho usan los dogmáticos y la gente en general para describir la realidad jurídica. En segundo lugar, porque investigar los términos vigentes en el lenguaje ordinario permite detectar distinciones conceptuales importantes que no siempre se advierten en la actividad deliberada de estipular significados para las expresiones jurídicas.¹⁴¹

De manera general, el término ponderación proviene del latín “*pondus*” que quiere decir “peso”. Esta referencia resulta importante porque la ponderación presenta un elemento relevante que la regla no posee: “el peso” concreto de los principios que

¹⁴⁰ Con todo enfatizamos que la ponderación no es un proceso de interpretación, sino una estructura de resolución de casos que involucra procesos de interpretación. La interpretación esta autocontenida en los procedimientos ponderativos, empero no constituye un método de interpretación. Esta diferencia es fundamental dentro el análisis teórico-empírico de las condiciones técnicas de la ponderación.

¹⁴¹ Nino, *Introducción al análisis de derecho*, 166.

entran en conflicto, con el fin de determinar cuál de ellos tiene un mayor peso en cada caso.¹⁴² No se trata de suministrar razones excluyentes, sino razones que permitan establecer cuál principio se antepone frente a otro en un caso específico, es decir, se le asigna un peso aproximado.

En otras palabras, “ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. En consecuencia, la ponderación parte de la igualdad de las normas en conflicto [de naturaleza constitucional] dado que, si no fuese así, si existiera un orden jerárquico que se pudiera deducir del propio documento normativo, la antinomia se la podría resolver de acuerdo con el criterio jerárquico o de especialidad”.¹⁴³

A la vez, Alexy considera a la ponderación como un método racional, ya que el resultado de la ponderación es un enunciado de preferencia condicionada que sigue un proceso de fundamentación racional a través de una argumentación de derecho fundamental.¹⁴⁴

Por su parte, Bernal Pulido señala 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”¹⁴⁵ y de solucionar las colisiones o incompatibilidades entre ellos mediante el sopesamiento de principios, a fin de establecer cuál de ellos posee un peso mayor en cada caso concreto. Las normas-principios no señalan, de forma precisa, lo que “debe hacerse”, sino prescriben “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.¹⁴⁶

Así, consideramos que la ponderación es una metodología o procedimiento razonable para resolver incompatibilidades entre principios contrapuestos de la misma

¹⁴² Carlos Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en *Problemas Contemporáneos de la filosofía del derecho*, coord. Enrique Cáceres, Imer Flores, Javier Saldaña y Enrique Villanueva (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), 19.

¹⁴³ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2003), 189; este criterio del prenombrado autor lo reproduce Josu de Miguel “Libertades comunicativas y derechos de la personalidad: límites y colisiones”, en *El control judicial de los medios de comunicación*, ed. Juan Carlos Gavara, Josu de Miguel Bárcera y Daniel Capodiferro (Barcelona: Bosch Editor, 2015), loc. 68, [https://books.google.com.ec/books?id=tLa9DwAAQBAJ&pg=PA69&lpg=PA69&dq="En+consecuencia,+la+ponderación+parte+de+la+igualdad+de+las+normas+en+conflicto"&source=bl&ots=_JvoAmc5ra&sig=ACfU3U15N8BpQ6vWWBSxJPLLMUjL9cDJ_w&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj42KXX--X6AhXoZTABHVs2DdEQ6AF6BAGHEAM#v=onepage&q&f=true](https://books.google.com.ec/books?id=tLa9DwAAQBAJ&pg=PA69&lpg=PA69&dq=).

¹⁴⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 136-7.

¹⁴⁵ Carlos Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26 (2003): 225-38, doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>.

¹⁴⁶ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 96-7.

jerarquía y temporalidad y equivale a sopesar criterios o razones opuestos, con el fin de establecer, de forma justificada, el grado de afectación-satisfacción de los principios que se someten a pesaje y la decisión final se decanta hacia el lado del principio que, en las circunstancias del caso a decidir, tiene mayor relevancia en la disputa particular. Es decir, es una herramienta de aplicabilidad del principio de proporcionalidad al caso concreto.

Un ejemplo de ponderación se da cuando la Corte Constitucional colombiana plantea un caso de colisión de principios cuando los funcionarios de los establecimientos carcelarios para garantizar la seguridad realizan requisas previas a los visitantes de los reclusos, en los que, se los obliga a desnudarse, hacer cuclillas e incluso se les revisan sus partes íntimas lo que, a criterio de este alto tribunal, atenta contra la dignidad humana pese a la obligación de los guías de velar por el derecho a la protección penitenciaria. La incompatibilidad normativa se da entre la obligación que tienen los guías penitenciarios de precautelar el “orden público y la seguridad del establecimiento” frente al respeto pleno que tiene toda persona a la “dignidad personal”.¹⁴⁷

Con esto se aclara que la concepción de la ponderación responde a distintos criterios. (i) Para el pluralismo ético, que parte de una concepción conflictualista de los dilemas entre principios, la ponderación constituye una actividad: (a) *racional* o (b) *discrecional*. (ii) En cambio, el monismo, señala que los conflictos tan solo son aparentes y no reales, por lo que la ponderación se reduce a un procedimiento de delimitación más preciso del ámbito de aplicación de cada derecho o principio implicado, sin que exista ningún tipo de colisión entre las normas. Incluso, las posturas más extremas manifiestan que se trata de una actividad inoportuna que permite la pura arbitrariedad del intérprete decisor.¹⁴⁸

La vertiente del pluralismo ético que sostiene que la ponderación es un procedimiento *racional* sujeto a las exigencias y parámetros de la justificación

¹⁴⁷ Cfr. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia T-702 de 2001”, 5 de julio de 2001, MP Marco Monroy Caba. En este fallo, el problema jurídico que se debate es si la requisita rutinaria que se practica a un interno recluido en un establecimiento carcelario, consistente en desnudarlo completamente, obligarlo a agacharse o hacer flexiones y a mostrar sus partes íntimas, constituye una vulneración de su derecho a la dignidad. Si bien, esta jurisprudencia, no trata el derecho a la dignidad de los visitantes de los reclusos en las penitenciarías, pero se vincula al ejemplo, a través de una analogía más amplia o permisiva. Para un estudio más detallado de las tipologías de la jurisprudencia y el papel que juegan en la argumentación judicial. Cfr. López Medina, *El derecho de los jueces*, 109-18. Por su parte, un caso en el cual la Corte no concede la tutela a las requisas realizadas a las visitas de los internos por falta de acervo probatorio aparece en la “Sentencia de tutela T-269 de 2002”.

¹⁴⁸ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 154-5.

razonable, conforme con las circunstancias de cada caso concreto, también se subdivide debido a la ambigüedad de la expresión *caso concreto*: (i) el *particularismo*, que sostiene que la ponderación da respuesta a un caso individual en sentido estricto y, por lo tanto, la solución no es extrapolable a ningún otro conflicto, aunque la situación sea muy similar; y, (2) el *universalismo*, que entiende que este mecanismo da respuesta a un caso genérico (aunque sea muy específico o concreto), de modo que la solución es la misma para cualquier otro caso de conflicto que comporte las mismas propiedades, el cual tiene una mayor aceptación y desarrollo teórico.¹⁴⁹

Otros entienden a la ponderación como una actividad *discrecional*¹⁵⁰ no racional que, a la vez puede ser entendida en dos formas: (i) *intuicionismo*, que sostiene que la determinación de la respuesta correcta es una especie de percepción o acto de descubrimiento guiado por la reglas de corrección moral; y, (ii) *escepticismo*, que afirma que la ponderación consiste en un simple ejercicio discrecional de las preferencias personales del intérprete decisor.¹⁵¹

Jürgen Habermas, va más lejos y formula, al menos dos objeciones fuertes al razonamiento ponderativo como un procedimiento racional, una de carácter sustancial y otro conceptual. Por un lado, señala que el modelo ponderativo resta fuerza normativa y ablanda los derechos constitucionales lo que trae como consecuencia que, en su aplicación no haya “parámetros racionales” sino juicios irracionales o arbitrarios según estándares y jerarquías consuetudinarios. El segundo cuestionamiento, de carácter formal, desemboca en el hecho de que la ponderación resulta incompatible con las categorías corrección y justificación y, en su lugar, es sustituida por un orden axiológico concreto,¹⁵² pero para Alexy las suposiciones que subyacen a los juicios sobre grados de intensidad no son arbitrarias sino reflexivas a través de la argumentación.

Con fines didácticos, a continuación, se ilustra el siguiente esquema de clasificación de las distintas concepciones de la ponderación:

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 154-5.

¹⁵⁰ Se entiende que esta corriente se refiere a la discrecional absoluta que aparecen en las corrientes realistas y no la discrecionalidad judicial justificada que pueden tomar los jueces en los sistemas de justicia contemporáneos, en la que se le permite contar con una gran variedad de fuentes y métodos de interpretación y aplicación, que pueden dar soluciones distintas a casos similares.

¹⁵¹ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 154.

¹⁵² Cfr. Alexy, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, 134-5.

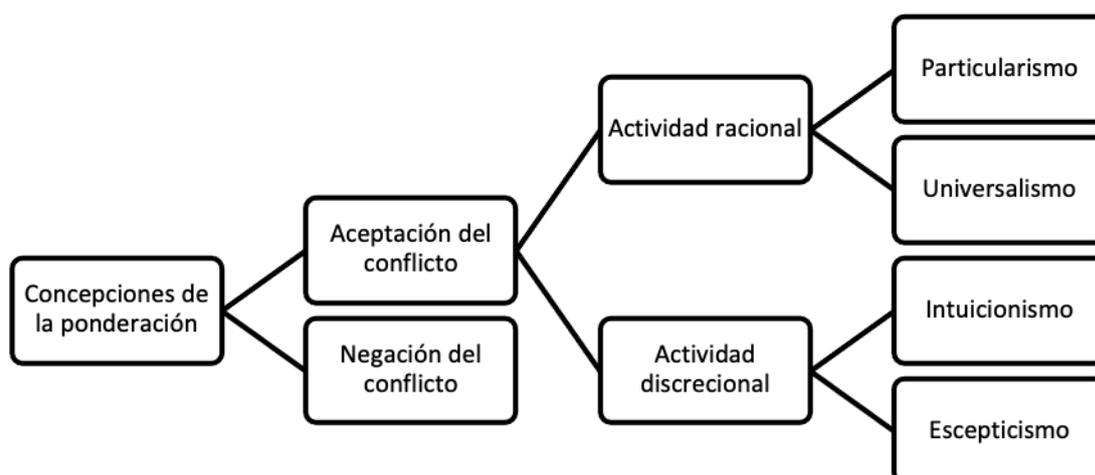


Figura 1. Clasificación de la ponderación

Fuente y elaboración: Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 155.

En resumen, luego del análisis de las distintas concepciones, consideramos desde nuestra visión, que la ponderación constituye un procedimiento o método de argumentación razonable en la resolución de conflictos, que incluyen un entrecruce de una pluralidad de derechos o principios de igual jerarquía constitucional, que deben articularse y conciliarse entre sí, con el objeto de determinar el nivel de peso de los distintos principios y su grado de afectación desde la praxis discursiva axiológica de la realidad local y contextual, que se operativiza en cada caso y sirve como un instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad en cada caso.

A continuación, analizamos cada una de estas propiedades o características. En primer lugar, sostenemos que la ponderación es un procedimiento razonable pues implica una noción más allá de la visión lógica formal mecanizada del derecho que incluye la fundamentación de los enunciados de preferencia condicionada con relación al caso concreto desde la práctica axiológica del derecho con el fin de dotarlo de legitimidad, sin descuidar la importancia de la deliberación democrática y la limitación al poder en la realidad local.

Con esta definición se intenta reconocer que la racionalidad de la ponderación tiene ciertos límites, pues no se puede garantizar un procedimiento totalmente objetivo (hiperracionalidad) para la aplicación de los principios jurídicos (como mandatos de optimización) sino que la indeterminación normativa abre espacio a la discrecionalidad judicial. Asimismo, tampoco el balanceo abre espacio a las apreciaciones subjetivas

arbitrarias o ideológicas del juzgador (irracionalismo). La tarea de determinación del contenido normativo de los principios siempre depara un margen de deliberación (discrecionalidad judicial).

De igual manera, se establece que se trata de una herramienta o método práctico de aplicación jurídica, común en el razonamiento jurídico para la resolución de conflictos de derechos o principios de igual jerarquía constitucional pues, al igual que la subsunción, tiene una estructura determinada, que esta provista de una medida común para comparar los principios, que puede dar lugar a resultados predecibles en la resolución de los problemas y susceptible de fundamentarse de forma correcta.

En tercer lugar, la ponderación se operativiza en cada caso concreto, lo que significa desde una concepción pluralista de multiconflictividad, que la solución debe darse desde la especificidad del caso individual en sentido estricto (particularismo) pero que, posibilite, la utilización de un parámetro abstracto o genérico, de modo que la solución sea la misma para ciertos casos futuros que compartan propiedades relevantes aceptables y legítimas dentro de la práctica (política) discursiva y plural del derecho (universalismo).

Por último, tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad se vuelven relevantes si aceptamos que no existen principios absolutos, sino que estos constituyen una jerarquía móvil, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. No obstante, no constituyen instituciones homogéneas, pues el primero constituye un método de resolución de conflictos que sirve como instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad en cada caso concreto, mientras que, la proporcionalidad configura tanto el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos constitucionales así como también constituye un soporte de fundamentación de la precedencia condicionada para anticipar que el resultado sea razonable a través de diversos pasos que debe realizar el juzgador.

Una vez analizado el concepto, las clases y las características o propiedades de la ponderación, a continuación, se analiza su estructura.

3.1.2. Procedimiento y estructura de la ponderación

“Al igual que el silogismo, la ponderación tiene una estructura compuesta por tres elementos mediante los cuales se puede fundamentar esta relación de precedencia

condicionada entre los principios en colisión, que son: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación”.¹⁵³

Como breve introducción se señala que la precedencia condicionada significa que cuando existe una tensión entre principios, ello debe solucionarse mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, a fin de establecer cuál de los principios, que tienen el mismo rango abstracto, precede al otro, en el caso concreto. A ello, se denominada precedencia o prioridad condicionada, concreta o relativa,¹⁵⁴ que se simboliza:

$$(P^1 P P^2) C \text{ o } (P^2 P P^1) C$$

En donde “P” significa la relación de precedencia, “P¹” y “P²” cada uno de los principios que entran en conflicto y “C” son las circunstancias de prevalencia de cada principio. En el ejemplo de las requisas a los visitantes de los establecimientos penitenciarios, se considera como “P¹” el derecho a la dignidad humana y “P²”, el deber de seguridad jurídica que brindan los funcionarios estatales.

Alexy habla de una “precedencia condicionada” y no incondicionada, abstracta o absoluta de uno de los deberes del Estado, pues se muestra contrario a la existencia de un orden fuerte de principios, que podría simbolizarse de la siguiente forma:

$$P^1 (P) P^2 \text{ o } P^2 (P) P^1$$

En otras palabras, el establecimiento de un sistema de condiciones de prioridad entre dos o más principios en conflicto, lleva, conforme con el pensamiento de Alexy, a la enunciación de la siguiente regla:¹⁵⁵

$$C \rightarrow R$$

“En donde C son las circunstancias de la relación de preferencia condicionada, que actúan en la regla como supuesto de hecho, y R es la consecuencia jurídica establecida por el principio que tiene preferencia. La conexión entre la relación de precedencia condicionada y la regla subsiguiente [...] Alexy denomina ‘ley de colisión’, que se formula de la siguiente manera: ‘Si el principio P¹, bajo las circunstancias C, precede al principio P²: (P¹ P P²) C, y si de P¹, bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R, entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C → R’ ”.¹⁵⁶

¹⁵³ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el Caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 22; Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, 227.

¹⁵⁴ Para un análisis más detenido de la “ley de colisión”, cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 70-6.

¹⁵⁵ Cfr. Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 157-8.

¹⁵⁶ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 75-6 citado en Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 157.

La ley de colisión consiste en una tensión entre el deber del Estado y el interés del individuo por la salvaguardia de los derechos constitucionales garantizados que debe solucionarse mediante la definición de una prioridad condicionada.

En el citado ejemplo que recoge esta investigación, el principio de respeto a la dignidad de los visitantes de los internos (P¹) y la obligación de precautelar el orden público, seguridad estatal y del establecimiento penitenciario (P²) en el caso concreto conducen a resultados recíprocamente contradictorios, por lo que, en la mención de las condiciones de precedencia (C) es necesario fundamentar la tesis que bajo estas circunstancias, el principio P¹ (interés de protección de la dignidad de los visitantes) tienen un peso esencial mayor que P² (interés de preservación de la seguridad estatal), el cual sirve como regla de conducta en las mismas circunstancias (C) para aplicar la consecuencia (R), esto es, que si bien existe un deber estatal de velar por la seguridad de los centros penitenciarios, ello no incluye vulnerar el derecho a la dignidad de los visitantes a dichos establecimientos, por lo tanto, dicha conducta está prohibida por los derechos constitucionales.

Estas reglas así obtenidas a partir del establecimiento de relaciones de prioridad pasan a instituirse en el sistema, en palabras de Alexy, como “normas de derecho fundamental”, pues los resultados de la ponderación en un caso concreto se incorporan al principio constitucional correspondiente por existir una fundamentación *iusfundamental* correcta. Ello permite que posteriores casos en los que se den las circunstancias C sean resueltos a través de un procedimiento subsuntivo, como ocurre con la aplicación de cualquier norma legislada. En otras palabras, los nuevos casos de colisión entre los mismos principios similares, es decir, que compartan las circunstancias relevantes que definen el caso genérico, serían resueltos de la misma manera.¹⁵⁷

En resumen, se puede sostener, más allá de las críticas, que la ponderación constitucional es un procedimiento o herramienta racional que cuenta con elementos estructurales autónomos y propios de importancia, al igual que cualquier otro método de resolución de casos, que busca armonizar criterios en caso difíciles y tráficos, conforme se analiza a continuación.

No obstante, es indispensable la creación de una política judicial que se dirija a al establecimiento de condiciones mínimas para la aplicación de la ponderación con

¹⁵⁷ Cfr. Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 157; Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 78-9.

miras a que subsistan los derechos más importantes en cada caso sin anular al resto de derechos en conflicto.

3.1.2.1. Ley de la ponderación

El mandato o núcleo de la ponderación es la “ley de ponderación” que expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no es otra cosa que ponderar. Esta regla se la puede formular de la siguiente manera:

Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción o realización del otro.¹⁵⁸

Dicho eje ponderacional tiene correspondencia con el principio de proporcionalidad y, en especial, se ajusta a lo que se denomina subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

La ley de ponderación (examen de proporcionalidad en sentido estricto) se puede descomponer en tres pasos consecutivos. (1) En el primero, se debe constatar el grado de no satisfacción, de afectación o incumplimiento de uno de los principios en conflicto. (2) A continuación, el segundo determina la importancia de la satisfacción del principio contrario. (3) Por último, el tercer paso, compara las magnitudes anteriores en orden a establecer si la importancia de la satisfacción del principio prevalente justifica la restricción o la no satisfacción del otro elemento.¹⁵⁹

Las dos primeras exigencias son análogas. En ambos casos, la operación consiste en establecer el grado de afectación o menoscabo –del primer principio- simbolizado por Alexy con la variable (Pi) y de importancia en la satisfacción –del segundo principio (Pj), en el caso concreto. El grado o la magnitud de afectación del principio (I) o de satisfacción del otro elemento (W), se establece mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades: leve, media o grave.¹⁶⁰

De este modo, la expresión correspondiente a la importancia o grado de afectación del principio (Pi), en las circunstancias del caso concreto (C), se simboliza

¹⁵⁸ Alexy, *Addenda a la Teoría de la argumentación jurídica*, 351; Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3 num. 3.

¹⁵⁹ Alexy, *Addenda a la Teoría de la argumentación jurídica*, 351-3; Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 166.

¹⁶⁰ Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 99-101.

(IPiC). Asimismo, el grado de satisfacción del otro principio en conflicto, (Pj) en la situación específica (C), se representa (WPjC).

La importancia de los principios en colisión con relación al “peso concreto” es la primera variable de la ponderación. La segunda, es el “peso abstracto” de los principios relevantes (G) y parte de la idea de que, pese a que los principios tienen la misma jerarquía en razón de la fuente de producción, en los casos factuales concretos, “uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad”.¹⁶¹ Conforme con la notación de Alexy, el peso abstracto del primer principio se simboliza como (GPiA) y el segundo principio (GPjA).

En este punto, el Ecuador se aparta del neoconstitucionalismo eurocéntrico y ordena que todos los derechos constitucionales sean de igual jerarquía y directamente exigibles, sin que exista una categorización de derechos fundamentales o fundamentalísimos, a través de un conjunto de garantías que pone a su disposición el sistema jurídico.¹⁶² Con todo, no se debe desconocer que los juzgadores deben otorgar una jerarquía a todo principio o derecho en conflicto, pese a que jurídicamente todos se asimilen entre sí, cuyos valores se dan de acuerdo a la sociedad.

La escala triádica se aplica tanto para la variable relativa al peso concreto como abstracto. A ello, se añade una tercera variable, “relativa a la proyección de la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación examinada en el caso concreto (S).¹⁶³ De conformidad con la simbología de Alexy, la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación del primer principio se simbolizaría (SPiC) y del segundo (SPjC).

Por ejemplo, en el caso expuesto, la afectación del derecho a la dignidad en centros carcelarios que origina, la rutina de obligar a desnudar, hacer cuclillas o mostrar los genitales a las personas que visitan a los internos, puede catalogarse como intensa (IPiC). Por su parte, la satisfacción de la seguridad de los guías penitenciarios, que se deriva de dicha permisión, se la gradúa como media (WPjC), pues si bien es necesario que se realicen pesquisas generales antes de permitir el ingreso a una prisión por temas de seguridad penitenciaria; sin embargo, ello no implica una limitación —en exceso— a

¹⁶¹ *Ibíd.*, 100.

¹⁶² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 067-12-SEP-CC”, en *Caso 1116-10-EP*, 27 de marzo de 2012, 30.

¹⁶³ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el Caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 23; Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 102.

derechos de los visitantes por razón de su contacto con los internos a quienes automáticamente se los representa como una amenaza latente.

Se evidencia que, si bien los principios constitucionales gozan de igual jerarquía en abstracto, en ocasiones, se acepta que uno de ellos tiene mayor peso que otro, de acuerdo con los valores, principios, directivas o conceptos propios del sistema social al que pertenecen.¹⁶⁴ En el caso *ut supra*, la afectación de la dignidad que origina este tipo de requisita inhumana y degradante a los visitantes puede catalogarse como intensa (GPiA) frente a la satisfacción de medidas que afecten la seguridad penitenciaria (GPjA) que pueden considerarse moderadas. En este sentido, es necesario que las medidas que adopte el centro de seguridad carcelaria sean lo más razonables, más aún, si en la actualidad, dichos establecimientos cuentan con tecnología moderna para detectar elementos prohibidos en el cuerpo de los visitantes.

Con todo, consideramos que este planteamiento hermenéutico encierra un ocultamiento de nuevas realidades conflictivistas¹⁶⁵ que se plantean desde el plano de las políticas de reconocimiento y redistribución y de las disputas culturales o identitarias, en el discurso jurídico de dominación que deben ser motivo de reacción social e invitan a un manejo propio de la ciencia jurídica desde las categorías “neutras” o “invisibles”. Ello significa superar las perversiones constitucionales del lenguaje y la praxis jurídico-política, mediante la inclusión de nuevas variables de transversalización pluridimensional y cultural dentro de las relaciones asimétricas vigentes en la sociedad, e incluso irracionalizar, en determinados casos, el discurso jurídico con miras a obtener una decisión razonable mediante metodologías de verdadera concientización en favor de los derechos.

El discurso en torno a las construcciones del sistema carcelario ya encierra en sí mismo una simbología lingüística estigmatizante y parcializada que parte de la “categoría sospechosa” de la persona privada de la libertad y su entorno familiar, lo que supone un abandono o despreocupación —incluso voluntaria— de sus demandas en función de la “seguridad jurídica” o el “bienestar general”.

La argumentación jurídica debe alcanzar ese conjunto de singularidades subjetivas que configuran un espacio nuevo dentro de la funcionalidad sistémica compleja que impide visualizar los conflictos y razonar de conformidad con la situación

¹⁶⁴ *Ibíd.*, 100.

¹⁶⁵ Aquí se hace referencia a los multiconflictos sectoriales y locales.

real de cada sujeto. Todo ello, con miras que los derechos y garantías se cumplan a cabalidad.

Con relación a este asunto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana centra su discurso jurídico en el análisis de la dignidad como principio constitucional vinculante de carácter absoluto y derecho fundamental autónomo que constituye la razón de ser y el fin último de la organización estatal,¹⁶⁶ con respaldo en otros cuerpos normativos de carácter internacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último, la aplicación de la tercera variable —relativa a la proyección de la seguridad de las apreciaciones fácticas— determina que la afectación de la dignidad debe considerarse como intensa si existe la certeza de que existe una verdadera lesión a los derechos personales de los visitantes dentro del análisis específico.

“Estas tres variables: peso concreto, peso abstracto y proyección de la certeza de la apreciación empírica relativas a su afectación, se relacionan con el tercer paso, relativo a si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o restricción del otro, mediante la fórmula del peso”.¹⁶⁷

En definitiva, más allá del interminable debate de ponderación o subsunción y su conceptualización o estructura, concluimos que las herramientas o instrumentos de construcción del derecho —ponderación, entre otros— llevan implícitas dinámicas discursivas complejas que parten de la multiconflictividad y que deben articularse —social, política y jurídicamente— dentro de la resolución del caso como un parámetro claro de democracia, pluralismo y participación, pero que, a su vez, comporta niveles de racionalidad que no se pueden obviar.

3.1.2.2. Fórmula del peso

La fórmula del peso se expresa de la manera que se expresa a continuación:

$$G_{pi,jC} = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

¹⁶⁶ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia T-499 de 1992”, 21 de agosto de 1992, MP Eduardo Cifuentes; “Sentencia T-522 de 1992”, 19 de septiembre de 1992, MP Alejandro Martínez.

¹⁶⁷ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el Caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 23.

Esta fórmula expresa que el peso del principio (Pi) en relación con el principio (Pj), en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio (Pi) en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del derecho (Pj) en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.¹⁶⁸

Alexy “atribuye los siguientes valores numéricos, como serie geométrica, a las variables referidas a la afectación de los principios, en concreto y abstracto: leve ($2^0=1$), medio ($2^1=2$) y grave ($2^2=4$). En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les atribuye los valores: seguro ($2^0=1$), plausible ($2^{-1} = \frac{1}{2} = 0,5$) y no evidentemente falso ($2^{-2} = \frac{1}{4} = 0,25$)”.¹⁶⁹

Por ejemplo, en el caso *ut supra*, el peso concreto de la afectación del derecho a la dignidad personal, podría catalogarse como grave (IPiC=4), al igual que su peso abstracto (GpiA=4) y la seguridad de proyección empírica como segura, pues existe la certeza de ser una medida que afecta la dignidad de las personas (SpiC=1). De forma correlativa, la satisfacción de la seguridad de las penitenciarías puede catalogarse intermedia en el presente caso (WPjC=2) al igual que su peso abstracto (GpjA=2) y la seguridad de las premisas como media (SpjC=1), pues existe certeza que existe una intromisión en el interés público de garantizar la seguridad en las penitenciarías.¹⁷⁰

En el ejemplo, la fórmula del peso quedaría de la siguiente manera:

$$G_{pi,jC} = \frac{4.4.1}{2.2.1} = \frac{16}{4} = 4$$

Por su parte, la seguridad de las penitenciarías, quedaría representada de la siguiente forma:

$$G_{Pj,iC} = \frac{2.2.1}{4.4.1} = \frac{4}{16} = 0,25$$

A partir de ello, se verifica que la aplicación sistemática de requisas —de tipo intrusivo— no justifica la afectación de la integridad personal de los visitantes de las

¹⁶⁸ Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 101-2; Carlos Bernal Pulido, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, n.º 244 (2005): 17-35, <https://dokumen.pub/problemas-contemporaneos-de-la-filosofia-del-derecho.html>.

¹⁶⁹ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el Caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 23, quien citando a Alexy añade “que la ilustración de las relaciones en el modelo triádico, mediante cifras, resulta más ventajoso por su sencillez y su elevada plausibilidad intuitiva”; Alexy, *Addenda a la Teoría de la Argumentación Jurídica*, 364-6, quien añade que la ilustración de las relaciones en el modelo triádico, mediante cifras, resulta más ventajoso por su sencillez y su elevada plausibilidad intuitiva.

¹⁷⁰ Cfr. con otro ejemplo, Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 102.

penitenciarias. Por ello, este derecho debe preceder al primero, pues de lo contrario, es ilegítima y arbitraria.

En consecuencia, si bien la formalización de Alexy intenta aportar ciertos criterios sustantivos que doten de racionalidad a la ponderación, no obstante, el modelo plantea ciertos problemas:

- 1) Por un parte, parecería que la formalización es excesiva, sobre todo en lo que respecta a la <fórmula del peso>, teniendo en cuenta que, como el propio autor lo reconoce, el <peso> de los elementos en conflicto (los grados de importancia de satisfacción y afectación de los mismos) no es cuantificable en una escala métrica, requisito imprescindible para poder usar esas magnitudes en una fórmula matemática [...].
- 2) Pero las mayores dificultades no se encuentran en los aspectos en que la teoría puede resultar excesiva, sino más bien en los aspectos en que resulta insuficiente. En este sentido, es problemático que, más allá de las consideraciones generales acerca de la argumentación jurídica, la teoría no aporta criterios relativos a la 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 tiene mayor importancia a la hora de analizar la justificación del resultado de la ponderación. [...] Lo único que a este respecto aporta Alexy es que se pueden utilizar cualesquiera de los argumentos admisibles en sede de argumentación jurídica para fundamentar este tipo de afirmación sobre el grado o la importancia de afectación o satisfacción de principio, y su fuerza dependerá a su vez de la solidez de los argumentos utilizados.¹⁷¹

En conclusión, parecería que el modelo planteado por Alexy intenta cuantificar la asignación de las intensidades de los distintos principios en colisión de una forma excesivamente matemática sin que, por otro lado, determine, de forma más certera o razonable, los criterios para la atribución de esos valores, que es precisamente lo importante a la hora de justificar la decisión ponderativa. Todo ello, lleva a pensar, en un primer momento, que el procedimiento ponderativo, tanto en el ámbito de su justificación interna y externa, puede desembocar en un relativismo y subjetivismo irracional que precisamente se busca combatir por medio de la motivación razonada.

3.1.2.3. Cargas de argumentación

En lo que se refiere a las cargas de la argumentación dentro de la estructura de la ponderación “operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la

¹⁷¹ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 169-70.

aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos ($GP_{i,jC} = GP_{j,iC}$).¹⁷²

La carga argumentativa exige una fundamentación razonable (suficiente) en favor del respeto de un principio por sobre el otro. Las sentencias constitucionales serán más legítimas y razonables en la medida en que sus razonamientos satisfagan las diversas cargas de la argumentación atribuidas al control de constitucionalidad abstracto como es el principio *pro legislatore*, a menos que se traten de intervenciones en la libertad (*in dubio pro libertate*), igualdad o seguridad jurídica. Aquí, de forma excepcional, los empates favorecen a estos derechos o principios.¹⁷³

En otras palabras, el núcleo del principio de libertad, seguridad o igualdad se establece en términos de la razón suficiente que justifique el tratamiento lesivo a la libertad o seguridad o que pruebe el trato diferenciado o desigual, o sea quien señale o pretenda establecer un trato violatorio a estos derechos.¹⁷⁴

Es decir, la ponderación lleva implícito, por un lado, el aspecto dinámico relativo a la posibilidad de intervenir en el ámbito de protección de los principios constitucionales, a través de cargas argumentativas suficientes que no impliquen una desproporción; pero, por otro lado, su aspecto estático exige que, en caso de existir casos análogos, que no cuenten con elementos suficientes que justifiquen un tratamiento distinto, estos se deben resolver de igual manera al tratamiento previo, conforme con la regla que se origina en la ponderación precedente.

En definitiva, consideramos, al igual que Alexy, que “es posible hacer juicios racionales [...] a través del análisis de la estructura de la ponderación establecimiento de grados de intensidad e importancia en los principios que entran en colisión, en contraposición a opiniones como las de Habermas, García Amado y Schlink que sostienen que la ponderación es arbitraria, excesiva e irracional”¹⁷⁵. No obstante, todo ello lleva implícito argumentaciones razonables dentro de un ámbito axiológico temporal de deliberación democrática.

¹⁷² Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el Caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 23. Hay autores como Martínez Zorrilla que señalan que: “En los casos de empate, dado que las alternativas en conflicto tienen el mismo valor (en las circunstancias C), existe discrecionalidad”. Cfr. Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 168.

¹⁷³ Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, 231-2.

¹⁷⁴ Para un análisis más detenido sobre este aspecto cfr. Robert Alexy, “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional* 22, n.º 66 (2002): 13-64, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>.

¹⁷⁵ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el Caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 23.

En uno y otro caso, cabe señalar que cualquiera que sea la metodología o herramienta para la resolución de casos es necesario que el discurso práctico de producción de los sentidos del derecho sea razonable de acuerdo con la problemática de una sociedad en un momento determinado, lo que incluye una serie de interrelaciones y condicionamientos con otros saberes de las ciencias que lo legitiman.

La ponderación y otras técnicas de aplicación del derecho constituyen herramientas útiles en la labor de construcción del *iter* de la decisión, en la medida en que se las maneje para articular o armonizar los derechos de las personas dentro de un espacio multicultural y de pluralismo jurídico, que permita a los jueces adecuar los hechos a la norma suprema.

Por ello, una vez que se establece el marco teórico de la ponderación, a continuación, previo a profundizar en el tema de los parámetros metodológicos para la aplicación de la ponderación en casos difíciles, se considera necesario precisar ciertas nociones sobre el principio de proporcionalidad, como parte del análisis del procedimiento ponderativo.

3.1.3. El principio de proporcionalidad

Esta esfera tiene relación con la utilización de criterios de corrección material y sustantivos para que el resultado obtenido de la ponderación sea razonable, justo, correcto¹⁷⁶ o, al menos, suficiente, sobre la base de lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan principio de proporcionalidad.

Queda delimitado con claridad que “la ponderación o balanceo y la proporcionalidad no son instituciones homogéneas, pero sí necesarias en la resolución de casos. La primera, es un método decisorio caracterizado por la preexistencia de un conflicto de normas que resultan mediante una relación de precedencia condicionada”.¹⁷⁷

Por su parte, la proporcionalidad configura tanto el “procedimiento interpretativo” para el establecimiento del contenido axiológico de los derechos constitucionales, el que debe ser exigible dentro del sistema jurídico, así como también constituye un “soporte de fundamentación” de la precedencia condicionada para anticipar que el resultado sea razonable a través de diversos pasos que debe realizar el juzgador. Ello presupone “un modelo de control ‘posterior’ cuya aplicación presupone

¹⁷⁶ Para efectos de esta investigación el término más apropiado es razonable.

¹⁷⁷ Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la CorteIDH”, 22.

que la decisión objeto de control ya ha sido adoptada (aplicación del test tripartito), o ‘previo’ con el fin de anticipar el resultado del juicio de control (autocontrol de la proporcionalidad)”¹⁷⁸ como parte del test de razonabilidad.

Villaverde advierte que la proporcionalidad “es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental [constitucional] y el principio de efecto recíproco”.¹⁷⁹ Por ello, demanda como un fin último:

evitar que el [p]oder público que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental vulneren en su aplicación su contenido esencial.

Con todo, resulta interesante la tesis de Clérico quien, al realizar una comparación entre “la aplicación del examen de proporcionalidad en sentido amplio como submandato de prohibición por exceso de restricción (*Übermaßverbot*)”¹⁸⁰ con relación al submandato de prohibición constitucional por omisión o acción insuficiente (*Untermaßverbot*) del derecho alemán, concluye que la “prohibición por omisión no puede ser reducido plausiblemente al mandato de prohibición por exceso, ya que las reglas de idoneidad y del medio alternativo requieren ser modificadas.”¹⁸¹

Por ello, concluye que es necesaria una “reconstrucción crítica de la jurisprudencia a la luz del mandato de prohibición por omisión, aunque no se lo aplique expresamente en la sentencia [más aún] en el contexto latinoamericano caracterizado por violaciones sistemáticas a los derechos humanos por incumplimiento de obligaciones de hacer que imposibilitan el ejercicio de los derechos sociales en su función de derechos de prestación positiva”.¹⁸²

En suma, consideramos que tanto la ponderación como el principio de proporcionalidad no son operaciones abstractas e incompatibles entre sí, sino que operan de forma coordinada en el balance óptimo y armónico las normas constitucionales, conforme con los criterios, métodos y principios propios, con el fin de dotar de razonabilidad a las decisiones.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ Ignacio Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 185; énfasis añadido.

¹⁸⁰ Laura Clérico, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 127.

¹⁸¹ *Ibíd.*, 127-9.

¹⁸² *Ibíd.* 129

Así, el principio de proporcionalidad (*principle of proportionality* o *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) contiene criterios para examinar y determinar si el derecho afectado se realiza lo más ampliamente posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y factuales presentes en cada caso. Estos criterios se condensan a través de tres subprincipios que se articulan y complementan: (i) *Adecuación o idoneidad (suitability* o *Geeignetheit*) de los medios que se escogen para la consecución del fin legítimo que se persigue,¹⁸³ que exige que la medida que se adopte, contribuya o sea útil para la obtención del fin constitucionalmente legítimo. (ii) *Necesidad (necessity* o *Erforderlichkeit*) de la utilización de esos medios para el logro del fin, que consiste en comprobar que no existen otras alternativas que puedan conducir a ese fin o que ninguna es menos gravosa o sacrifica en menor medida los elementos (principios) afectados por el uso de esos medios. (iii) *Proporcionalidad en sentido estricto (proportionality in the narrow sense* o *Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*) entre medios y fin, lo que equivale a un análisis comparativo que compruebe si el grado de satisfacción el elemento prevalente (derecho o principio) compensa la lesión del otro elemento del conflicto (derecho o principio), esto es, conseguir la razonabilidad de la decisión.¹⁸⁴

Consideramos que toda intervención en los derechos constitucionales debería observar, en lo posible, estos tres subprincipios que operan de forma copulativa. De lo contrario, es ilegítima, injusta, irrazonable o insuficiente.¹⁸⁵ Es decir, entre los tres subprincipios del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y

¹⁸³ Recuérdese que, al analizar el fin constitucionalmente legítimo, es necesario distinguir la constitucionalidad de una ponderación realizada: (i) por el legislador (constitucionalidad de la ley) a través de una interpretación en sentido negativo que precautele la autonomía parlamentaria y el principio democrático; o, (ii) la que surge de una acción de protección.

¹⁸⁴ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, 2.ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 91 y ss; Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 3.ª ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 81-ss; Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 66-8; Espinosa, “Ponderación y Proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 22; Carlos Gaviria, “Sentencia de Constitucionalidad C-022 de 1996: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993”, en *Sentencias y Herejías Constitucionales* (Bogotá: Fondo de Cultura Económica Filial Colombia, 2002), 67. La novedad de dicha sentencia es que se refiere de forma explícita al principio de proporcionalidad con sus subprincipios en la aplicación del principio de igualdad, sobre la base de los conceptos señalados por la jurisprudencia alemana, ya que con anterioridad se manejaba de forma inconsistente los términos. Cfr. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia C-530 de 1993”, 11 de noviembre de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero y “Sentencia T-230 de 1994”, 13 de mayo de 1994, MP Eduardo Cifuentes.

¹⁸⁵ En este sentido es necesario remitirse al criterio de “suficiencia” que emplea la Corte Constitucional ecuatoriana, “Sentencia n.º 1158-17-EP/21”, en *Caso n.º: 1158-17-EP*, 20 de octubre de 2021, párr. 61. Este punto, se remota, con mayor detenimiento en el capítulo 2.

proporcionalidad en sentido estricto) y la razonabilidad de la proporcionalidad, “existe una relación de implicación material, de manera que cada uno de los requisitos son condiciones necesarias y no suficientes para que el principio opere de forma correcta”,¹⁸⁶ como una restricción al derecho correspondiente.

Para Alexy los “subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales [constitucionales], que sean evitables sin costos para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto”.¹⁸⁷ Por su parte, el principio de proporcionalidad en sentido estricto o el mandato de la ponderación, hace alusión a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas que se determina por los principios y reglas opuestos.¹⁸⁸ En esta constelación ya no puede resolverse el caso sobre la base de reflexiones que se apoyan en la idea del óptimo paretiano; cuando los costos o el sacrificio no pueden evitarse es necesaria la ponderación.¹⁸⁹ La ponderación, por tanto, es objeto del tercer subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual, a la vez, se expresa a través de la “ley de ponderación”.

Lopera Mesa citado por Zúñiga alude a dos tesis “presentes en la dogmática jurídica, sobre el rol que el principio de proporcionalidad tiene en el control de las actuaciones legislativas que afectan derechos [...]: a) la tesis que caracteriza el principio de proporcionalidad como ‘un límite de límites’ a los derechos [...] (garantía de contenido esencial y principio de proporcionalidad) y b) La que sostiene que aquel funciona como una estructura argumentativa que permite al juez constitucional determinar el contenido definitivo de los derechos [...] y, a la vez, estructurar la

¹⁸⁶ Espinosa, “Ponderación y Proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 22.

¹⁸⁷ Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, ed. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 15. Asimismo, Alexy citado en Atienza señala con relación “a las posibilidades fácticas, cabe formular dos reglas que expresan el principio de optimalidad de Pareto (y que suponen el paso del campo de la subsunción y la interpretación al de la decisión racional). La primera consiste en que ‘una medida M está prohibida con respecto a P¹ y P² si no es eficaz para proteger el principio P, pero es eficaz para socavar el principio P²’; y, la segunda, que ‘una medida M está prohibida en relación con P¹ y P², si existe una alternativa M que protege a P al menos igual de bien que M pero que socava menos a P²’ ”; Atienza, *Las razones del derecho*, 194.

¹⁸⁸ Alexy, “La fórmula del peso”, 15; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, 2.^a ed. (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 349-50; Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 68 y 92-5.

¹⁸⁹ Cfr. Alexy, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality”, 136, quien señala: “If this constellation arises, the case cannot be decided by considerations concerning Pareto-optimality. When costs are unavoidable, balancing becomes necessary”.

fundamentación externa de la premisa mayor del juicio de constitucionalidad.¹⁹⁰ Bernal Pulido es partidario de esta última tesis.

La defensa de la aplicación del principio de proporcionalidad alude a dos aspectos: conceptuales y normativos. Los detractores de la defensa conceptual de este principio señalan que, si se admite que el contenido de las normas constitucionales es el resultado de una interpretación, resulta cuestionable que se establezca una estructura independiente de esta.

Por su parte, para el abordaje normativo la ponderación también importa poner en juego, en cada caso, el peso del principio frente a otros, por lo que solo existe una relación de preferencia de derechos *prima facie* que se vuelve definitiva luego de que se aplique el principio de proporcionalidad. Sin embargo, para sus oponentes, el uso del principio de proporcionalidad relativiza la normatividad de los derechos y, de ese modo, los derechos pierden su capacidad de constituir límites al gobierno cuando, por el contrario, el principio de respeto de los derechos por parte del gobierno debería tener prioridad frente a la satisfacción de otros bienes. Concebir a los derechos como límites de la actividad del gobierno forma parte de la tradición política del constitucionalismo.¹⁹¹

Sin embargo, frente a esta objeción, los defensores del principio de proporcionalidad afirman que su aplicación impone límites al accionar gubernamental desde el momento en que obliga al gobierno a cumplir con los tres subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta), y les ofrece a las personas afectadas, la posibilidad de contar con un foro para cuestionar las decisiones que, aparentemente, no cumplan con dichos requisitos. De ese modo, el gobierno se ve obligado a demostrar que efectivamente se cumple con el principio de proporcionalidad como un procedimiento racional para controlar las decisiones gubernamentales.¹⁹² Caso contrario, existe una razón menos para apoyar este método en el quehacer habitual de la administración de justicia.

¹⁹⁰ Gloria Lopera, *Principio de proporcionalidad y ley penal* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006), 31-2 citado en Zúñiga, “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad”, 261-2.

¹⁹¹ Pedro Caminos, “El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* 8, n.º 13 (2014): 67, <https://docplayer.es/53399249-El-principio-de-proporcionalidad-una-nueva-garantia-de-los-derechos-constitucionales.html>.

¹⁹² Kumm citado en Caminos, *ibíd.*, 52-74.

Desde la perspectiva del investigador este principio lejos de ser irrelevante constituye una herramienta, procedimiento o método fiable con estructura racional que se utiliza en la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, que involucra subsunciones y ponderaciones sucesivas, para luego ser materia del test de proporcionalidad, lo que incluye el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y, al igual que la ponderación, se operativiza en cada caso en concreto.

Así, se entiende al principio de proporcionalidad como una estructura racional de fundamentación de las decisiones, que se puede descomponer analíticamente en una serie de etapas o pasos, que adaptados a los intereses de los investigadores, son: “(a) la adscripción *prima facie* de una norma de derecho fundamental [constitucional], y de su posición respectiva, a una disposición de derecho Fundamental [constitucional]; (b) la verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una intervención en el ámbito de disposición del derecho fundamental [constitucional] relevante; (c) el examen de idoneidad de la ley; (d) el examen de necesidad de la ley; (e) el examen de proporcionalidad en sentido estricto”.¹⁹³ Las tres últimas fases se constituyen en los tres subprincipios del principio genérico de proporcionalidad.

En efecto, para llegar a la ponderación (subprincipios de proporcionalidad en sentido estricto) es necesario: primero, determinar los principios en conflicto, es decir, se tienen que subsumir los presupuestos fácticos a los presupuestos normativos (tipos de una valoración jurídica) a través de la razón, para luego confrontarlos mediante la proporcionalidad. Una vez que se establece que la medida restrictiva es adecuada y necesaria, a continuación, se la pondera, para que luego, a través de la ley de colisión, se determine el resultado ponderativo, cuyas reglas, sirven de base para casos futuros análogos (subsunción).

Por otra parte, el principio de proporcionalidad consiste en un método o procedimiento que utilizan las cortes o tribunales constitucionales para interpretar y aplicar las normas sobre derechos que se encuentran contenidas en la Constitución. Con relación a este punto se puede señalar que el principio de proporcionalidad “permite explicitar y controlar las razones que se ofrecen para justificar una determinada medida

¹⁹³ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005), 77; Zúñiga, “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad”, 262.

que afecte derechos fundamentales [constitucionales] [...]. Por lo tanto, el objetivo del principio de proporcionalidad no sería el de colaborar con la *interpretación* de las normas sobre derechos fundamentales [constitucionales], sino el de establecer un *estándar de justificación* que debe ser satisfecho por las medidas que afecten esos derechos”¹⁹⁴ dentro de su aplicación.

Por último, conforme queda indicado al hablar de la ponderación la aplicación del principio de proporcionalidad involucra un procedimiento de resolución de conflictos que se instrumentaliza en cada caso en particular.

Resta por señalar que, lejos de querer encontrar un sistema que pretenda dar solución a todos los conflictos que se presenten, parece que el verdadero discurso jurídico plural debe centrarse en analizar la coherencia y consistencia argumentativa del contenido axiológico, fáctico y jurídico de los derechos, a través de la metodología que resulte más útil para la fundamentación del fallo.

Por ello, consideramos que la aplicación del principio de proporcionalidad en cuyo subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), constituye una alternativa viable para dar respuestas a los conflictos entre principios, pues constituye una guía relevante en el examen de determinación de las violaciones genéricas a los derechos constitucionales.

A continuación, se explica cada una de las reglas del complejo principio de proporcionalidad, como parte del camino argumentativo que tienen los juzgadores para solventar el discurso práctico razonable del razonamiento ponderativo.

3.1.3.1. Reglas y elementos del examen de idoneidad o adecuación

Según este subprincipio, toda medida limitativa de los derechos y principios constitucionales debe ser materialmente idónea para alcanzar el objetivo que se persigue y constitucionalmente legítima. Ignacio Villaverde agrega el rasgo de la funcionalidad de la medida restrictiva, esto es, que sirva, en efecto, “para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite”.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Pedro Caminos, “El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* 8, n.º 13 (2014): 67-8, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7181443.pdf>.

¹⁹⁵ Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales”, 185.

Esto impone una doble exigencia, que debe analizarse en ese orden: (1) Que el objetivo que se persiga sea constitucionalmente legítimo; (2) Que la medida sea material y funcionalmente adecuada para alcanzar ese objetivo.

Con relación a la primera exigencia, esto es, que el fin sea constitucionalmente legítimo, esta se desarrolla, de modo diverso, dependiendo de si se trata de un control de constitucionalidad abstracto (ley) o de una acción de protección (amparo). En el primer caso, esta exigencia se la interpreta de forma negativa, esto es, la medida no debe buscar un fin expresa o implícitamente prohibido por la Constitución, en virtud del respeto a la autonomía parlamentaria y al principio democrático. En el segundo, se la entiende en sentido positivo, o sea, la medida debe perseguir un objetivo expresa o implícitamente constitucional.¹⁹⁶

La segunda exigencia comporta que la medida que se adopta sea material y funcionalmente adecuada para el logro del fin constitucionalmente legítimo, de lo contrario es injusta o arbitraria. Al igual que en el caso anterior:

el nivel de exigencia de la adecuación funciona de modo distinto en el análisis de la constitucionalidad de una ponderación legislativa y en los casos de amparo [acciones de protección]. En el ámbito del examen de la constitucionalidad de las leyes, el criterio que opera tiene un carácter negativo: solo se excluyen aquellas medidas que no son idóneas, esto es, que no pueden contribuir de ninguna manera (en ningún grado) a la obtención del fin constitucionalmente legítimo. Por tanto, la exigencia que impone el requisito de idoneidad es la de que la decisión contribuya en algún grado a la consecución del fin. Por lo que respecta al [...] amparo, en la medida en que realmente las pretensiones de las partes estén fundamentadas en derechos o bienes constitucionales cualquier decisión en favor de uno u otro de los elementos en conflicto será una decisión que satisfará la exigencia de adecuación, en tanto que supondrá el respeto o satisfacción de un derecho fundamental o un bien constitucionalmente protegido.¹⁹⁷

Consideramos que, en contextos como los latinoamericanos es necesario que dentro del examen de adecuación se incluya, como parte de la reorientación democrática del principio de idoneidad, la exigencia de las razones públicas para toda acción u omisión estatal como precondition para lo razonable. En este caso, los jueces no tendrían por qué entrar a construir un análisis de proporcionalidad de medios y fines de una decisión que no se encuentre revestida de razones públicas expresas. Esa sola carencia debería determinar la derrota de la decisión cuando se la desafía en su relación con los derechos. Solo cuando el decisor asuma la carga de explicar públicamente las

¹⁹⁶ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 161-2.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 162-3.

razones de su decisión, debe activarse el control de proporcionalidad —en la fórmula europea—. ¹⁹⁸

A continuación, sobre la base de los elementos que se proponen desde la teoría jurídica, los investigadores pretenden en la tabla 1, esquematizar ciertas reglas que podrían considerarse necesarias para la medición del examen de idoneidad:

Tabla 1
Reglas para la medición del examen de idoneidad

Detalle		Supera	No supera*
1.	Individualización de la medida tomada		
2.	Identificación del fin o fines constitucionalmente legítimos		
3.	Determinación de un ejercicio justificatorio sobre la decisión pública o el obrar estatal		
4.	Valoración de la utilidad de la medida para el logro del fin (objetivo)	a) ¿Hay conexidad entre medio-fin?	
		b) ¿Soporta el afectado una restricción? Identificación del o los derechos afectados	
		c) ¿Puede la medida establecida fomentar el logro del fin legítimo?	

*No pasa las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Fuente y elaboración propias a base de la revisión de varios autores

La tabla 1 detalla ciertas pautas para la medición de la idoneidad de la medida que, en orden sucesivo, son: (1) Individualización de la medida. (2) Análisis de la legitimidad constitucional de la medida. (3) Determinación de las razones públicas justificatorias del obrar estatal. (4) Validación de dicha medida como apta y conveniente para el logro del fin.

A su vez, este paso último, envuelve varias exigencias: (a) El análisis de la relación entre el medio y el fin de la norma. (b) El examen de la restricción del derecho que soporta el afectado. Aquí resulta interesante analizar no solo la afectación directa e inmediata de los hechos sino aquella que se vincula con su realización integral, considerando su vocación, aptitud, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permitan fijarse determinadas metas de realización personal y colectiva social. ¹⁹⁹ (c) La verificación de la utilidad de la medida para el logro del fin, es decir, el establecimiento de un nexo causal bien argumentado y probado.

¹⁹⁸ Maurino, “El artículo 28. Hacia una república basada en razones”, 314-5.

¹⁹⁹ Cfr. Corte IDH, “Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, párr. 147, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf.

El fracaso de la medida en esta etapa supone el inmediato rechazo de las siguientes, pues supone un quebrantamiento de las reglas de la proporcionalidad que producto de una restricción a un derecho iusfundamental (constitucional).

Con todo, vale indicar que, en el sistema propuesto basta que no se indiquen las razones públicas del obrar estatal para que, ni siquiera se entre al análisis de proporcionalidad de los medios y fines de la decisión, por ser una decisión inaceptable e irrazonable.

3.1.3.2. Reglas y elementos del examen de necesidad o intervención mínima

Si la decisión que se toma satisface las exigencias del principio de adecuación o idoneidad, el siguiente paso consiste en comprobar el examen de medio alternativo o mandato de necesidad. Este subprincipio exige que la medida no solo sea material y funcionalmente idónea para limitar el derecho sino también imprescindible para el logro del fin que se persigue, en el sentido de que no exista otra alternativa igual o menos lesiva para el logro del objetivo y que suponga una menor restricción del derecho constitucional afectado.

Las reglas del mandato de necesidad imponen analizar: (1) La existencia de otros medios alternativos para alcanzar el objetivo establecido. (2) Que alguno de los medios alternativos sea igual o menos lesivo para fomentar el fin. (3) Que el medio alternativo menos gravoso tenga, al menos el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada. Si estas exigencias se cumplen, la prueba del examen del medio alternativo no se supera.²⁰⁰ Caso contrario, la medida pasa el examen de necesidad y proporcionalidad.

A continuación, la tabla 2 esquematiza ciertas reglas necesarias para la medición del examen de medio alternativo:

Tabla 2
Reglas para la medición del examen de necesidad

	Detalle	Supera	No supera*
1 .	¿Hay algún otro medio(s) alternativo para alcanzar el objetivo que se establece?		

²⁰⁰ Cfr. Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 165.

2	¿Alguno de los medios alternativos es igual o menos lesivo para fomentar el objetivo?		
3	¿Restringe el medio alternativo en menor medida el derecho fundamental afectado que el medio establecido idóneo?		

*No pasa las exigencias de necesidad y proporcionalidad.

Fuente y elaboración propias a base de Martínez Zorilla, “Metodología jurídica y argumentación” y Clérico, “El examen de proporcionalidad”

En la tabla 2 de examen del subprincipio de necesidad se detallan las reglas necesarias para la medición y aprobación o no del examen del medio alternativo menos lesivo, las cuales constituyen condiciones necesarias para la superación del juicio de proporcionalidad.

3.1.3.3. Reglas y exigencias del examen de proporcionalidad en sentido estricto

Por último, si la decisión pasa las reglas del examen de idoneidad y necesidad, el siguiente paso consiste en analizar la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, esto es, si el grado de satisfacción del principio que pretende justificar la intensidad de la restricción compensa la lesión o menoscabo del otro principio que juega en sentido opuesto. Esta tercera exigencia comporta precisamente el análisis de la ley de ponderación y demanda una exigencia de argumentación razonable con respecto al pesaje de los argumentos que buscan la satisfacción del derecho prevalente frente al derecho limitado.

El examen de proporcionalidad en sentido estricto (ley de ponderación) exige lo siguiente: (1) Constatar el grado de no realización o afectación de uno de los principios de prestación positiva. (2) A continuación, el segundo paso consiste en la determinación de la importancia de la satisfacción del principio colisionante. (3) El tercer paso, finalmente consiste en comparar las magnitudes anteriores en orden a definir si la importancia de la satisfacción del principio prevalente justifica la restricción o la no satisfacción del otro elemento.²⁰¹

Una vez que se precisan los términos y que se define el estado de la cuestión de donde parte esta investigación, desde la óptica y pensamiento del autor, a continuación, se extrapolan ciertos criterios fundamentados o parámetros metodológicos para el

²⁰¹ Alexy, *Addenda a la Teoría de la argumentación jurídica*, 351-3; Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 166.

empleo de la ponderación en casos trágicos o difíciles, que podrían resultar útiles o beneficiosos para el mejoramiento de esta herramienta de aplicación de derecho²⁰² como parte de una política judicial ponderativa comprometida con los derechos.

4. Criterios metodológicos de evaluación de la ponderación aplicados a casos de estudio

Sobre la base del marco teórico fijado sobre la ponderación, a continuación, proponemos un esquema metodológico, hasta donde sabemos novedoso, de análisis teórico-empírico de la ponderación y que se recogen en esta sección como indicadores para una posterior evaluación de casos.

Es decir, estos parámetros metodológicos tienen una dimensión teórica y otra práctica; por un lado, recogen o reconceptualizan ciertos elementos característicos de la doctrina de la ponderación ya expuestos en el estado de la cuestión (Capítulo 1); y, por otro, sirven como estrategia de medición empírica de casos en lo posterior (Capítulo 2).

En cualquiera de los casos subyace la idea de conjugar el binomio criterios-límite con el fin de tratar de enmarcar, de la mejor manera posible, o con cierta suficiencia, ciertos criterios mínimos que deberían respetarse en la ponderación. Sin embargo, dichos parámetros no pueden usarse como “lista de control” para comprobar el cumplimiento de esta herramienta de aplicación del derecho por parte de los jueces, pues tan solo constituyen presupuestos mínimos para la evaluación de casos dentro razonamiento ponderativo.

Con todo, se aclara que la importancia de establecer estos condicionamientos es que adquieren valor en el proceso interpretativo por razones de utilidad para efectos de contar con datos de la experiencia, identificar problemas y establecer correctivos en el examen de la ponderación, sin que ellos constituyan categorías algorítmicas cerradas.

²⁰² En esta investigación, “aplicar el derecho” se lo entiende como una actividad de crear y aplicar normas dentro del sistema jurídico, pues no existe una separación tajante entre razonamiento jurídico y político. “El razonamiento político del legislador se ‘juridifica’ (es *sub constitutione*) —pues la ley no es creación *ex novo*, sino desarrollo o concreción de principios constitucionales— y el razonamiento jurídico se politiza o moraliza (adquiriendo una dimensión práctica de la que carecía) —al incorporar un compromiso con los valores y los fines (principios y derechos) constitucionales—. Nicolás Negri, “La argumentación jurídica en las sentencias judiciales: La determinación judicial de los daños a la persona”, (tesis doctoral, Universidad de la Plata, 2018), 25, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/71530/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Sobre la base del marco teórico ya fijado de la ponderación, a continuación, la tabla 3 plantea ciertas subcategorías técnicas parametrizables que son: (1) aproximación conceptual de la ponderación; (2) desarrollo del procedimiento ponderativo; (3) empleo del principio de proporcionalidad. La tabla 3 esquematiza las exigencias técnicas de la ponderación:

Tabla 3
Condiciones técnicas de la ponderación

No.	Categorías
1	Aproximación conceptual de la ponderación
2	Desarrollo de la estructura ponderativa
3	Funcionamiento ponderativo (Principio de proporcionalidad)

Fuente y elaboración propias a base de Martínez Zorilla, *Metodología jurídica y argumentación*

Se aclara que estos criterios metodológicos permiten identificar en el capítulo siguiente la existencia o no de una dogmática en materia de ponderación por parte del órgano constitucional y su utilidad práctica en términos que satisfaga los requisitos de estabilidad, coherencia y refinamiento conceptual como exigencias mínimas a los intérpretes privilegiados de las normas constitucionales.

Sin embargo, al ser un tema que se enmarca dentro del campo cognoscitivo de la Teoría del Derecho no constituyen categorías jurídicas cerradas, sino elementos que permiten identificar que la argumentación ponderativa es razonable en términos argumentativos.

Es decir, los criterios o parámetros metodológicos de la ponderación se enfocan hacia la problemática del saber jurídico, en especial, dentro del proceso ponderativo y buscan establecer si la Corte Constitucional respeta dichos criterios y cuáles son sus conciencias.

En resumen, esta investigación considera a la ponderación como una técnica de solución de casos difíciles que puede evitar o causar arbitrariedad; por tanto, se debe verificar si se la aplica teniendo en cuenta ciertos parámetros metodológicos y evitar su aplicación en casos no necesarios que pueden resolverse de forma diferente.

En esta línea, a continuación, analizamos y problematizamos cada uno de los parámetros metodológicos de evaluación de casos que se infieren y receptan de los fundamentos teóricos básicos expuestos al inicio de esta investigación y que sirven de estrategias de medición y análisis en el capítulo 2.

4.1.1. Aproximación conceptual de la ponderación

Conforme queda indicado en el marco teórico de la conceptualización de la ponderación, algunas propiedades para el entendimiento de este concepto son: (1) Se trata de un método razonable —se equipara para efectos de medición a racional— de resolución de conflictos o incompatibilidades entre normas contrapuestas (principios). (2) Tiene por objeto determinar el nivel de peso de los principios a través de una jerarquía dúctil que entra en colisión, con el fin de armonizar sus decisiones con la Norma Suprema y establecer el grado de afectación de los derechos y su justificación. (3) Se operativiza en cada caso en concreto. (4) Sirve como un instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad en cada caso.

La tabla 4 propone un modelo de evaluación empírica de los elementos de la conceptualización de la ponderación, enfocados desde la perspectiva del juzgador al momento de resolver, que sirve de guía de medición del conocimiento cognoscitivo sobre el balanceo por parte de la jurisdicción constitucional, en el siguiente capítulo.

Tabla 4
Conceptualización de la ponderación

Categoría		Cumple		No cumple
1	Procedimiento de resolución de conflictos			
2	Comparación de principios en colisión	Derecho A	Derecho B	
3	Operativización en el caso concreto			
4	Instrumento que permite aplicar el principio de proporcionalidad			

Fuente y elaboración propias con base en varios autores

A partir de estos lineamientos doctrinarios sobre el uso del término ponderación, el siguiente capítulo pretende evaluar estos indicadores de mediación de calidad y demostrar la recepción de este concepto por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, para efectos de establecer mínimos consensos dentro del lenguaje jurídico, pues constituye el punto de partida para rematerializar el debate y desformalizar los conceptos indemnes impuestos desde los constructos foráneos del lenguaje y la ciencia jurídica y, de ser pertinente, adecuar, el contenido conforme con la realidad local.

Es necesario la producción de un concepto de ponderación propio que satisfaga los requisitos de estabilidad, coherencia discursiva y refinamiento conceptual, que no parta, necesariamente de categorías neutras (racionales), sino que concientice la

simbología lingüística parcializada hacia el contexto en el que se desenvuelve (razonabilidad). Sin embargo, ello implica una deconstrucción y creación de una dogmática desde el imaginario local, pero que parta de los enfoques correctos del derecho pues, de lo contrario, el discurso jurídico, se vacía de contenido.

Aquí, el hecho de incluir actores sociales en el litigio constitucional brinda la oportunidad a los jueces de conocer las visiones y comprensiones que involucran a individuos, comunidades e instituciones, con respecto a un determinado tema que involucran principios o derechos, en especial, en asuntos sensibles y relevantes del panorama constitucional que involucran cambios políticos, económicos y sociales.

De igual manera, es la oportunidad para discutir y reflexionar puntos de vista, reconceptualizar, reformular o modificar un determinado problema o escenario constitucional, tomar en cuenta los desarrollos teóricos e incorporar nuevos actores y argumentos en el debate predecisional o posdecisional sobre la base de la experiencia contextual.

Somos del criterio de la conjugación del apoyo popular —propio de la democracia deliberativa— a la decisión puede constituir, en ciertos casos relevantes, una propuesta positiva sobre la lectura de los derechos.²⁰³ Esta puede ser bien aceptada por una sociedad o ser el inicio de una larga conversación (intergeneracional, multinivel y fragmentaria) entre los jueces de distintos niveles y jurisdicciones, los demás poderes públicos y la ciudadanía. Si en dicho proceso, el tribunal es receptivo a las posturas de la sociedad, buscando influir en su decisión, estas serán tomadas en cuenta, lo que puede incidir en las resoluciones ponderativas.

Es decir, el diálogo deliberativo podría coadyuvar a facilitar el establecimiento de consensos mínimos sobre la objetividad del lenguaje ponderativo, sobre la base de prácticas que partan de la evidencia empírica con miras a obtener mejores resultados en el desarrollo de los derechos.

En suma, la comprensión anti-técnica de la ponderación desde el órgano constitucional, a través del análisis de ciertos criterios semánticos permitiría conjeturar que los jueces constitucionales estaban poco familiarizados con la doctrina ponderativa, al punto que concibieron un concepto propio del balanceo en los casos sujetos a evaluación, de acuerdo a sus propias conciencias, lo que puede causar arbitrariedad judicial.

²⁰³ Rodríguez, “¿Logran las decisiones emancipar?”, 32.

No obstante, también resulta necesario verificar, en cada caso concreto, la forma de empleo de esta herramienta en casos difíciles, así como la aplicación del principio de proporcionalidad, con el fin de evitar su empleo a casos no necesarios. Por ello, la necesidad de valorar los parámetros metodológicos restantes.

Una propuesta de control de los excesos legislativos a través de un *test* de razonabilidad fiable implica que la doctrina y práctica de la ponderación, a través de las cortes constitucionales, sea clara en términos de seguridad jurídica y legitimidad. Lo contrario conlleva a un déficit de racionalidad que compromete la concepción de los derechos como límites al poder estatal.

Por otra parte, lo anterior ratifica la necesidad de levantar criterios dogmáticos operativos para mejorar la calidad del empleo de las decisiones ponderativas en casos difíciles o trágicos, con miras a fortalecer el Estado democrático de derechos.

4.1.2. Desarrollo del procedimiento ponderativo

Este apartado se refiere a los parámetros metodológicos relacionados en el marco teórico con el procedimiento y estructura de la ponderación, analizados de forma previa, que se descomponen en cuatro pasos, que son: (1) identificación del derecho o principio intervenido; (2) identificación del conflicto entre derechos o principios; (3) determinación del pesaje; (4) solución argumentada.

A continuación, la tabla 5 esquematiza estos criterios metodológicos de evaluación del desarrollo del procedimiento ponderativo que se deberían tomar en cuenta, al momento de que el juzgador emplee la ponderación, con el fin de mejorar, junto con las otras dos exigencias, el nivel óptimo de desempeño de la técnica ponderativa.

Tabla 5
Estructura de la ponderación

Categoría		Cumple		No cumple
1	Identificación del principio que se interviene			
2	Identificación del conflicto (Caso en disputa)	Principio A	Principio B	
3	Pesaje	Alternativa A	Alternativa B	
4	Argumentación			

Fuente y elaboración propias con base en varios autores

Así, en primer lugar, se verifica la existencia de un derecho o principio constitucional que se interviene. Para ello, es necesario empezar la argumentación con el reconocimiento de la consagración del derecho en el texto constitucional o convencional.

A continuación, se identifica el conflicto entre principios, lo que significa que se especifican las elecciones que se construyen en el caso y se establecen los diversos razonamientos normativos (normas jurídicas) relevantes que se emplean en cada una de ellas y la ordenación y gradación de las distintas opciones en disputa, con el fin de mostrar la situación en todos los supuestos de posible colisión.

Luego, se atribuye un nivel de peso o importancia a cada uno de los principios en las circunstancias del caso, a decidir con el fin de determinar cuál de esos elementos prevalece sobre el otro, a través de una jerarquía movable de principios.

Por último, es necesario establecer mediante razones suficientes cuál es el motivo por el cual una determinada corte adopta una solución en favor de un determinado principio o derecho. Es decir, se procede a un examen más detenido de las razones en juego, para lo cual se busca determinar el propósito o fin de cada razón, con el fin de dilucidar, de mejor manera, la importancia que tiene cada principio en el caso a decidir. En esta etapa ya no se verifica las normas jurídicas (disposiciones o enunciados constitucionales) sino las razones subyacentes o hipótesis teóricas del caso.

El proceso deliberativo que reseña la tabla 5 busca determinar, si el conjunto de decisiones jurisprudenciales que se someten a análisis por parte de los juzgadores constitucionales, toman en cuenta estos aspectos en la solución de casos, que sería la consecuencia jurídica del principio o derecho que se considera prioritario bajo esas circunstancias fácticas concretas. No obstante, tan solo constituye uno de los tres aspectos técnicos que sirven para el análisis y parametrización de la ponderación en el siguiente capítulo.

4.1.3. Empleo del principio de proporcionalidad

Conforme queda indicado en el marco teórico, el principio de proporcionalidad debe cumplir con ciertas exigencias mínimas que se traducen en propiedades para efectos de evaluación empírica, que son: (a) Constituye un procedimiento o método de razonabilidad fiable con estructura racional en la toma de decisiones. (b) Se utiliza en la

interpretación y aplicación de las normas contenidas en la Constitución. (c) Incluye el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (d) Al igual que la ponderación, se operativiza en cada caso en concreto.

La tabla 6 sintetiza los elementos técnicos del principio de proporcionalidad que el juzgador debe tener en cuenta para efectos de delimitar su aproximación conceptual y que sirven como estrategias de medición y análisis de la calidad argumentativa en el capítulo siguiente. No obstante, conforme queda indicado, tan solo constituye uno de los tres aspectos que sirven para el análisis de la ponderación desde lo técnico.

Tabla 6
Conceptualización del principio de proporcionalidad

	Categoría	Cumple	No cumple
1	Método con estructura racional		
2	Utilización en interpretación y aplicación de normas constitucionales		
3	Incluye 3 subprincipios		
4	Operativización en cada caso concreto		

Fuente y elaboración propias

Por ello, resulta necesario analizar estos aspectos del principio de proporcionalidad como criterios de razonabilidad. Con todo, el estado actual de la cuestión en la doctrina y práctica constitucional ecuatoriana indica que este objetivo aún dista mucho de alcanzarse, conforme se analiza en el capítulo siguiente en el análisis de la muestra jurisprudencial del período 2008-2023.

Para concluir, conviene indicar que, si bien es necesario una tecnificación en la aplicación de la herramienta de la ponderación y el principio de proporcionalidad por parte de los jueces; no obstante, también es una aspiración ver los puntos nodales a fin de implementar correctivos para evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios.

Nosotros sostenemos que es necesario mejorar la doctrina de la ponderación pues, a partir de ello, se puede evaluar de una mejor manera los casos difíciles o trágicos que se someten al procedimiento ponderativo, con el fin evitar causar arbitrariedad.

Todo ello, permitiría inferir que, si un caso se resuelve de forma más técnica mediante las herramientas interpretativas y los métodos de aplicación del derecho puestos a disposición de los intérpretes constitucionales, se podría asegurar un mayor

grado de fiabilidad en las resoluciones ponderativas, esto es, un óptimo de la ponderación. Que la síntesis sea mejor o peor es un juicio que pertenece, por derecho propio, al ámbito de lo discutible.

Con todo, se aclara que esta investigación se circunscribe al análisis técnico del procedimiento ponderativo, sin que se analicen otros criterios o condiciones sociales o políticas mínimas con las que cuentan los jueces para determinar el grado de confianza de aplicación de la ponderación, por escapar del ámbito jurídico.

Verificar el cumplimiento de las sentencias supone desconfiar de la fuerza de las palabras, de la retórica y persuasiva allí plasmada, sin desconocer que la calidad de una sentencia puede contribuir a su realización. Pero también implica que un excelente argumento puede ser derrotado por la falta de voluntad política o presupuestal.²⁰⁴

No obstante, conforme queda indicado, ello constituye un campo que corresponde a la judicialización de la política y a la politización de la justicia que rebasa el contenido de esta investigación, pues se tratan más de adaptaciones contingentes dictadas por la política antes que por un manual de hermenéutica o una Constitución.²⁰⁵

Aunque es claro que la fórmula que proponemos no resuelve ni disminuye los problemas relacionados con la injerencia e ilegítima intervención de otros poderes del Estado en la administración de justicia, es preciso reconocer que constituye un avance en el ámbito jurídico, pues permite reconocer, de forma tangible, ciertos factores metodológicos que pueden incidir en el mejoramiento de la técnica ponderativa de solución de casos difíciles.

Caso contrario, la insatisfacción de estos parámetros de la ponderación puede ocasionar ciertos desajustes en torno a la legitimidad de la Corte Constitucional lo que fortalece la tesis de la arbitrariedad judicial de las resoluciones ponderativas, pues a mayor grado de confianza en los juzgadores mayor grado de fiabilidad en la técnica del derecho como una condición para desvanecer la ignorancia en la solución de casos concretos.

Una vez que queda delineado el marco teórico sobre los criterios metodológicos de evaluación mínima de la ponderación para concluir este capítulo es necesario indicar que la doctrina actual a la cual nos adscribimos apuesta por nuevas formas de resolución de casos como la ponderación *–balancing–* como una técnica de pesaje principios en

²⁰⁴ María Luisa Rodríguez, “¿Logran las decisiones emancipar?”, 14.

²⁰⁵ *Ibíd.*, 165.

conflicto en las circunstancias del caso concreto y cuyo fundamento se basa en el principio de proporcionalidad, pues es a través del juicio ponderativo que el juez constitucional determina la solución más razonable.

No obstante, su uso requiere, conforme queda indicado, una mayor destreza en la técnica frente a la utilización tradicional de la subsunción, que constituía la vía tradicional de solución de los casos y que dotaba de un mínimo de certeza al ordenamiento jurídico; de lo contrario, el empleo incorrecto de la ponderación, puede fortalecer la tesis de la arbitrariedad judicial de decisiones revestidas de ponderación.

En resumen, la ponderación puede verse como una pieza útil y clave en la medida de que se la entienda como una herramienta útil y razonable en la resolución de casos. Con todo, este método reclama, desde lo técnico, del empleo de ciertos parámetros metodológicos que respondan a una depurada teoría de la argumentación jurídica, con el fin de evitar su aplicación en causas no necesarias.

Por ello, la necesidad de analizar estas variables, pues la verificación de los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación en casos difíciles puede, en última instancia, evitar o causar arbitrariedad judicial.

A continuación, el siguiente capítulo busca analizar, problematizar y verificar, de forma empírica mediante el estudio de casos múltiples, el empleo de los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana en el período 2008-2023, conforme con los lineamientos que quedan planteados en este capítulo, con el fin de determinar si las resoluciones cumplen con ciertos parámetros de racionalidad objetiva o si, por el contrario se los aplica de forma anti-técnica o por fuera de los parámetros metodológicos. Ello con el fin de establecer las conciencias de este tribunal y, evitar, en último término la aplicación de la ponderación a casos no necesarios.

Capítulo segundo

Aplicación de la ponderación y proporcionalidad en casos difíciles resueltos por la Corte Constitucional en el período 2008-2023

Una vez que queda delineado el marco teórico de los parámetros metodológicos de aplicación de la ponderación, a partir de elementos conceptuales para análisis de casos, en el presente capítulo se contrastará y evaluará, de forma crítica, la recepción de dichas exigencias dogmáticas por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana en el período 2008-2023,²⁰⁶ por medio de estudios de casos que tomen en consideración las siguientes variables de aplicación de la ponderación, que son: (1) definición de la ponderación; (2) desarrollo del procedimiento ponderativo; y, (3) empleo del principio de proporcionalidad.

Todo ello, con el fin de identificar la recepción y adaptación por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana de la ponderación, la secuencia de los acontecimientos en su contexto o su utilidad práctica en términos de satisfacer los requisitos de coherencia discursiva propios de la realidad local, con miras a desarrollar una propuesta o reorientación conceptual en la realidad en la que se aplican, así como también brindar pautas para la aplicación de las normas vigentes, en términos de seguridad jurídica, justicia y legitimidad democrática.

La ponderación, como toda construcción teórica, posee límites, que van desde la propia estructura lingüística del lenguaje y su entendimiento, hasta la posibilidad de determinar qué puede ser materia de ponderación y hasta dónde puede llegar la ponderación.

Sin embargo, el juicio de ponderación, como procedimiento metodológico de aplicación de normas con carácter de principios constituye, en sí mismo, una forma de argumentación que busca garantizar la razonabilidad de las decisiones. Por ello, la utilidad de esta herramienta se da en la medida de que se la emplee de forma adecuada y crítica, conforme con la pluralidad de derechos, principios y valores del derecho en juego y articularlos en función de la vigencia de una sociedad democrática, plural y justa.

²⁰⁶ Queda claro que la investigación realiza un abordaje de todas las sentencias sobre ponderación del período 2008-2015; a su vez, realiza un estudio de casos relevantes en los períodos 2016-2023.

Es decir, la ponderación o balanceo como técnica de solución de casos, por lo regular, difíciles puede evitar o causar arbitrariedad judicial. Por ello, se debe verificar si se la aplica teniendo en cuenta ciertos parámetros metodológicos con los cuales ha sido desarrollada, esto es, su aproximación conceptual, procedimental y el empleo del principio de proporcionalidad.

Queda indicado en el capítulo previo que, es necesario evaluar como guía de medición a la ponderación desde su propio concepto como una metodología razonable de resolución de casos en los que armonizan principios contrapuestos que se operativiza en un caso concreto. De igual manera, dentro de la estructura ponderativa el empleo de la ponderación debe incluir, al menos: la identificación del principio que se interviene, la identificación del conflicto y el pesaje argumentativo por el que se decanta la Corte Constitucional. Por último, es adecuado evaluar la definición que los jueces dan al principio de proporcionalidad, como un método con estructura racional que se utiliza en la interpretación y aplicación de los principios, que incluye tres subprincipios y se operativiza en cada caso concreto.

Es claro que, existen más elementos dentro de la ponderación y del principio de proporcionalidad, pero no se someten a evaluación empírica debido a la imposibilidad de contar con parámetros más objetivos para su evaluación.

En este abordaje teórico empírico de la ponderación también es necesario partir de la distinción entre casos fáciles y difíciles. Los casos fáciles son aquellos en los que la justificación de las resoluciones se limita a aspectos normativos lógicos cuyas reglas se formulan a partir de esquemas condicionales de correlación caso/solución que producen conclusiones válidas definitivas sin mayor esfuerzo argumentativo. La forma de resolver conflictos entre reglas se solventa mediante la introducción, en una de las reglas, de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de invalidez de una de las reglas.

Por el contrario, los casos difíciles plantean nuevas concepciones de integridad del derecho cuya atención se centraliza en los principios los que, en los supuestos de colisión se resuelven mediante la aplicación de la ponderación, que otorga preferencia a un principio sobre otro, a partir de valoraciones en cada caso concreto, lo que impone una depurada argumentación racional.

De allí la importancia, desde la teoría y la constatación empírica, de establecer criterios metodológicos de interpretación y evaluación de la ponderación y determinar si, en verdad, ellos se cumplen, o si más bien dichas deficiencias son atribuibles a una

práctica argumentativa poco técnica —en términos de déficit de racionalidad— o incluso arbitraria.

A partir de la actividad de construcción teórica del capítulo primero en donde se elaboran categorías analíticas o elementos conceptuales de la ponderación y del principio de proporcionalidad que incluyen su delimitación conceptual, estructural y normativa, desde la teoría normativista, el siguiente paso es su constatación empírica.

Para ello, este capítulo aplica la *estrategia metodológica cualitativa del estudio de casos* múltiple con el fin de abordar el estudio de los parámetros metodológicos de la ponderación —aspectos conceptuales y procedimentales del balanceo y del principio de proporcionalidad— en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana de los años 2008-2023, así como la constatación de la pertinencia de su uso en las sentencias que se someten a análisis.

Esta labor investigativa envuelve un proceso inductivo de contraste de la hipótesis teórica con los resultados de la actividad empírica, lo que puede conducir a reformulaciones o reconceptualizaciones teóricas sobre la base de los datos que se obtienen y que se adaptan a nuestro contexto temporal y espacial.

La acotación definitiva del marco teórico, la hipótesis y los objetivos “es el resultado de un proceso circular en el cual la teoría alumbró la búsqueda de datos empíricos y coadyuva a rediseñar el marco metodológico, y la inmersión en la realidad social ayuda a reconstruir el marco teórico, la hipótesis y los objetivos, en un proceso dialéctico en que la actividad empírica y la construcción teórica se frotan una sobre la otra”.²⁰⁷

Todo ello, con el fin de precisar nociones y establecer correctivos que guarden simetría con los supuestos ideológicos y teóricos que sustentan el Estado constitucional vigente y que propicien un cambio de mentalidad de los operadores jurídicos en la resolución de los problemas prácticos concretos que se sometan a su resolución.

Ello significa superar la apropiación de categorías y conceptos básicos del tema en investigación —normas y jurisprudencia— que se imponen desde el razonamiento neutral y mecánico del derecho y la adecuación de sus contenidos hacia una dinámica continua y actualizada de entendimiento de la ponderación y el principio de proporcionalidad desde la realidad de nuestro país.

²⁰⁷ Ibañez, citado por Simón Izcara, *Manual de investigación cualitativa* (México: Fontamara S.A., 2014), 32.

Para ello, es necesario desformalizar los conceptos y categorías para luego adecuarlos —de forma crítica— a los contenidos y exigencias reales del modelo constitucional ecuatoriano, sin que constituya un error, señalar que son correctas o mejores unas frente a otras. Ello involucra un proceso de readecuación, innovación o creación de nuevos desarrollos constitucionales que surjan desde el pensamiento y la práctica interna actual de multiconflictividad en contextos plurales y disímiles.

Por último, la investigación lleva envuelta una propuesta que, a través de la identificación y caracterización de la dualidad: casos fáciles o difíciles busca evitar, en la medida de lo posible, la aplicación de la ponderación a casos no necesarios.

La metodología que se aplica en este capítulo es de tipo cualitativo-deductivo, en el período 2008-2023, pues se parte de los conceptos generales de ponderación, que se traducen y se establecen como variables en los criterios técnicos para la evaluación de la ponderación, considerando los cambios y particularidades atinentes al caso ecuatoriano. Luego, se trabajan dichos esquemas conceptuales a partir de los criterios relevantes de los conceptos para concluir con un balance final. Todo ello con el fin de entender ciertos problemas que plantea la aplicación del método de la ponderación en nuestro entorno y sus posibles alternativas de solución.

En todo caso, se aclara que la caracterización de los casos fáciles y difíciles incluye cinco estudios de casos típicos y representativos en temas relativos a la ponderación del período 2008-2023. En cambio, la evaluación de los parámetros metodológicos de carácter técnico de la ponderación y del principio de proporcionalidad incluye el análisis de una muestra más amplia de resoluciones en el período 2008-2015.

1. La ponderación y la proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Hasta aquí, se instituye que la ponderación es una herramienta analítica de argumentación razonable en la resolución de incompatibilidades entre principios, derechos o valores plurales relativizables, que deben articularse y conciliarse entre sí desde la práctica axiológica de la realidad local y, por lo tanto, es un instrumento que aplica el principio de proporcionalidad al caso concreto. Por tanto, ponderar es establecer una relación de precedencia condicionada en el que hay una delimitación y estimación de intereses contrapuestos en el caso concreto, lo que incluye un esfuerzo deliberativo complejo en el quehacer constitucional mientras que, el principio de

proporcionalidad se encuentra presente tanto en la interpretación como en el proceso de aplicación del derecho como un soporte de la argumentación razonable. Ambas significaciones están imbricadas la una en la otra.

No obstante, queda delimitado con claridad desde la dogmática jurídica que la “ponderación” y el “principio de proporcionalidad” no constituyen conceptos jurídicos homogéneos, pero sin relacionados en el procedimiento ponderativo.

Por ello, previo al análisis de los condicionamientos técnico-cognoscitivos de la ponderación y del principio de proporcionalidad y su recepción por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, es necesario analizar los conceptos que se establecen en los cuerpos normativos en el ámbito local, en especial, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC),²⁰⁸ durante el período 2008-2023.

En cualquier caso, lo que se plantea no es determinar si existe o no indeterminaciones con relación a estos términos, sino cuál es el grado de indeterminación, su afectación dogmática en el derecho local y los efectos dentro del lenguaje jurídico (normativo-jurisprudencial).

Además, la diferencia teórica de los conceptos “ponderación” y la “proporcionalidad” con respecto a la LOGJCC que caracterizan a estos mandatos normativos como estructuras jurídicas equivalentes, sirven de base para aplicarla ponderación parte la Corte Constitucional ecuatoriana aunque, posteriormente, se aborden a profundidad los criterios metodológicos de evaluación de esta herramienta.

Si bien una característica de los términos del lenguaje que se incorporan en un texto como conceptos jurídicos es su falta de precisión, su uso limitado y la distancias en el tiempo; no obstante, en su aplicación jurisprudencial el juzgador debe fijar su alcance a través de los juicio de valor, con el fin de delimitar la pluralidad de perspectivas y que los “conceptos controvertidos” adquieran precisión normativa y concreten su sentido en la casuística, lo cual proporciona seguridad y estabilidad jurídica.

A continuación, esta sección analiza los conceptos de “ponderación” y “proporcionalidad” en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para luego situarlos en la jurisprudencia ecuatoriana en el período 2008-2023.

²⁰⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009. En adelante se cita esta Ley como LOGJCC.

1.1. Crítica a la ponderación desde el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la norma constitucional, de forma expresa, prevé en el artículo 3, numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional a la ponderación como un método de interpretación constitucional, al ordenar:

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 [...].²⁰⁹

Pese a que este acápite se enfoca en la ponderación, conviene indicar que los enunciados jurídicos normativos del artículo 3 de la de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC), merecen varias precisiones, en lo relativo a los métodos y reglas de interpretación y aplicación del derecho, a la luz de las disposiciones de derecho fundamental que marcan los principios y valores que se expresan en la propia Constitución.

Para dicho fin, se fracciona la norma —disposiciones o enunciados normativos— en varios apartados, con el objeto de fijar su fidelidad tanto al texto de la Constitución como a los conceptos de las distintas corrientes o disciplinas filosófico-jurídicas.

En primer lugar, si bien la norma infraconstitucional en análisis consta dentro de las disposiciones directivas del Título I de la LOGJCC y se numera en ellas ciertas reglas y métodos técnicos de la interpretación constitucional necesarios para la mejor comprensión y aplicación unívoca de la ley y la Constitución; no obstante, en la práctica

²⁰⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3, num. 3.

su intención se diluye pues las proposiciones son incompletas, indeterminadas e inexactas en un contexto en el que la norma, por su naturaleza, abierta en el tiempo, tiene vocación de perdurabilidad y su delimitación busca aclarar y fijar conceptos. Lo contrario puede dar lugar al fenómeno de la mutación, esto es, hacer decir a un texto lo que no dice, por desconocimiento o sin que ello signifique una interpretación lingüística pro derechos.

Ello obedece, en parte, a que el encabezado del artículo 3 “Métodos y reglas de interpretación constitucional”, no guarda correspondencia con el desarrollo sustantivo (contenido), pues la norma mezcla —sin sentido— métodos, principios, criterios, reglas y técnicas de interpretación, tanto tradicionales como los aplicables a la materia constitucional. Así, por un lado, el inciso primero del artículo 3 señala:

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 [...].²¹⁰

Para un mejor entendimiento de lo que dispone el primer inciso del citado artículo, es necesario hacer ciertas puntualizaciones. Por un lado, una de las tareas de la interpretación jurídica y también constitucional es la de enumerar los argumentos interpretativos que se consideren válidos y explicar qué valor justifica esa utilidad de cada uno, lo cual depende de la concepción que mantengan los distintos intérpretes.

Para ello, es necesario diferenciar dentro de los argumentos interpretativos, entre los criterios y reglas de la interpretación. Así, los *criterios de interpretación* ofrecen justificaciones válidas y admisibles para una opción interpretativa sin priorizar o eliminar ninguna.²¹¹ Por ejemplo, X tiene varias interpretaciones posibles de N (N¹, N², Nⁿ). En cambio, las *reglas interpretativas* aportan razones para preferir (positivas) o excluir (negativas) una de las interpretaciones posibles. Por ejemplo, si X tiene varias interpretaciones posibles de N (N¹, N², Nⁿ), puede descartar N¹ por poseer cierta propiedad que la regla señala como causa de exclusión (quedando N², Nⁿ), pero puede

²¹⁰ Ecuador, *LOGJCC*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3, inc. 1.

²¹¹ Gregorio Peces-Barba denomina a los criterios de interpretación como “metanormas materiales para la interpretación de otras normas en supuestos de lagunas o de una nueva regulación por el Derecho”, “Sobre la indeterminación del Derecho y la Ley Constitucional: El término ‘nacionalidades’ como concepto jurídico indeterminado”, en *Foro Revista de derecho* n.º 2 (2003-2004): 127-155, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/274/275>.

dar preferencia a N² por tener una propiedad que la regla la considera dirimente frente a todas las demás.²¹²

Ahora bien, parte del inciso primero del artículo 3 de la LOGJCC —lejos de establecer métodos de interpretación constitucional— se enfoca en dos reglas interpretativas: (1) la regla interpretativa positiva también llamada “interpretación conforme” o favorable de los derechos constitucionales; y, (2) la regla de interpretación negativa que da prevalencia al principio democrático que opera con el “*in dubio pro legislatore*” —interpretación que mejor se corresponde con la voluntad del constituyente—, que intenta que, entre todas las interpretaciones posibles, se excluyan aquellas que originen el surgimiento de una antinomia en el ordenamiento jurídico.

En principio, estas reglas interpretativas se muestran como neutrales; no obstante, una mirada más pausada permite inferir que estas normas incorporan fines, objetivos e intereses propios. La única manera de compatibilizar estas dos reglas interpretativas es apoyándose en razones que muestren lo razonable o creíble de dicha interpretación, lo cual depara al juzgador ciertos márgenes de subjetividad, pues la valoración sobre el concepto y la realidad del caso de aplicación de una u otra carga argumentativa depende de su postura o preferencia ideológica o, en otras palabras, de su “juicio de valor”.

Queda claro que las diversas reglas interpretativas no hacen arbitrarias las decisiones del juzgador, pero sí determinan, de una manera relevante, el sentido de su resolución hacia una u otra dirección doctrinal.

Consideramos que, si bien el discurso jurídico ecuatoriano debe partir de sistemas jurídicos propios que no reproduzcan la producción jurídica foránea es necesario que las dichas categorías sean adecuadas a los contenidos de los derechos que imperan en la realidad local. Para ello, es necesario mejorar la calidad legislativa nacional, sobre la base de un verdadero debate deliberativo de los actores políticos (academia, poderes públicos y judicial y ciudadanía).

En segundo lugar, el inciso segundo del artículo 3 de la LOGJCC, señala:

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 [...].²¹³

²¹² García Amado, *Interpretar, argumentar, decidir*, 14-5. En todo caso, consideramos que una reconceptualización crítica de conceptos es tarea del intérprete constitucional, pero con vista a la realidad y de forma argumentada.

A continuación, en dicho inciso se incorporan ocho numerales en los que se entremezclan criterios, métodos, principios y técnicas de la interpretación jurídica y constitucional.

Así, el numeral primero, del inciso segundo de dicho artículo que señala, “**1. Reglas de solución de antinomias.**- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”,²¹⁴ entremezcla las diferentes estructuras de los conflictos constitucionales (antinomias clásicas abstractas y antinomias en concreto) con las legales (reglas).

Si bien, conforme se manifestó en el capítulo primero los principios, valores y reglas deben procurar integrarse entre sí, ello no significa que no existan diferencias entre ambos al momento de conectarlos en la interpretación argumentativa y aplicación del derecho.

Para que exista un verdadero acoplamiento entre reglas y principios es necesario que los jueces escojan de forma adecuada las distintas alternativas para resolver diferentes tipos de antinomias, pero siempre a la luz de cada caso y en función de los derechos de las personas, o cuando aquellas no existan, puede acudir a situaciones análogas a través de otras herramientas interpretativas. Lo contrario genera confusión y denota el escaso nivel de tecnificación de la producción normativa ecuatoriana.

A continuación, los numerales 2 y 3 del inciso segundo del artículo 3 de la LOGJCC confunden las metodologías para la solución de los conflictos constitucionales (ponderación y subsunción) con los métodos y reglas de interpretación jurídica y constitucional. Así, el citado artículo señala:

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- [...] 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. Principio de proporcionalidad.- 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.

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

²¹³ Ecuador, LOGJCC, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3, inc. 2.

²¹⁴ *Ibíd.*, art. 3, inc. 2, num. 1.

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. [...].²¹⁵

Como consecuencia de lo anterior, se asimilan los conceptos ponderación y proporcionalidad como métodos de interpretación constitucional. Sin embargo, vale señalar que la ponderación es un mecanismo racional para la solución de antinomias constitucionales y la proporcionalidad es una guía interpretativa en este proceso ponderativo, que utiliza la jurisprudencia, para obtener un resultado razonable.

La ponderación, por tanto, no es método de interpretación sino un método de solución de conflictos entre principios, y no entre reglas como es la clásica subsunción, como lo ilustramos en la tabla 7.

Tabla 7
Categorías de la interpretación y aplicación del derecho

Método de interpretación		Método de resolución	
Establece el sentido de la norma		Homogeneidad de resultado	
		Conflictos entre principios	Ponderación
Regla	Principio	Conflicto entre reglas	Subsunción

Fuente y elaboración propias con base en varios autores

Sin embargo, el artículo 3 de la LOGJCC considera a la ponderación como un método de interpretación. Ello obedece, a la deficiente técnica legislativa que se emplea en la redacción de dicho enunciado normativo. El problema de dicha imprecisión es que los jueces pueden utilizarlo como una forma útil y medida en la solución de sus conflictos conforme a sus conveniencias, pues desde la norma jurídica todo es válido y acomodable.

Por ello, consideramos que es necesario establecer mínimos consensos dentro del lenguaje legal que representen las aspiraciones y valores políticos y democráticos compartidos y la efectividad de los derechos de las personas (esencialismo lingüístico). En este sentido, es necesario identificar las falencias en la conceptualización de la ponderación en la normativa interna desde la realidad del conflicto y los enfoques del derecho. Solo a partir de este entendimiento, se puede avanzar en la producción jurídica

²¹⁵ *Ibíd.*, art. 3, inc. 2, num. 2-3.

propia desde la base de la deconstrucción y construcción de nuevos conceptos y categorías, que partan de la deliberación ciudadana.

Ello significa que el juzgador no resuelve las indeterminaciones del derecho, de forma aislada, como un “tecnócrata-dogmático” sino que, además, lo hace como miembro de una comunidad política democrática y constitucional, que es receptora y participa en la toma de las decisiones.

Con relación al aspecto metodológico o la forma como se lleva cabo la ponderación vale indicar que la norma de la LOGJCC pareciera apoyarse en ciertos elementos claves de la teoría de Alexy, con sus variantes, que se relaciona con el orden débil de principios: (1) el sistema de condiciones de precedencia; (2) el sistema de estructuras de ponderación; (3) el sistema de prioridades *prima facie*.²¹⁶

Con relación al primer elemento, la parte inicial del artículo 3, numeral 3 de la LOGJCC, sostiene que cuando se produce un conflicto entre principios y “normas”,²¹⁷ este se resuelve de forma adecuada por medio del establecimiento de una relación de “preferencia condicionada” o “prioridad relevante” entre ambos, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, sin que se alcance a dilucidar si es visto desde una visión universalista o particularista.

El segundo elemento se relaciona con la estructura o el núcleo de la ponderación que se encuentra descrito en el segundo enunciado normativo dentro del artículo 3, numeral 3 de la LOGJCC, y que correspondería con lo que Alexy denomina “ley de la ponderación” o “proporcionalidad en sentido estricto” como una subclase del principio de proporcionalidad, que señala: “Cuanto mayor es 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”.

Queda indicado que, los principios en cuanto mandatos de optimización, exigen su realización lo más completa posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas, que lleva a una primera aproximación con el principio de proporcionalidad. Pues bien, la referencia a las posibilidades fácticas se armonizaría con los subprincipios: adecuación y necesidad. En cambio, la referencia a las posibilidades jurídicas implica

²¹⁶ Se recuerda que Alexy solo hace referencia a principios. Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 90-8.

²¹⁷ Parecería esto ser una imprecisión tautológica pues los principios son normas específicas al igual que las reglas.

una ley de la ponderación o una proporcionalidad en sentido estricto.²¹⁸ En el siguiente apartado, se aborda, de forma más puntual, estos aspectos.

No obstante, la normativa en mención no se refiere al tercer elemento fundamental que se relaciona con el sistema de prioridades *prima facie*, es decir, a las cargas de argumentación, necesario para la construcción de fundamentaciones claras, lógicas y coherentes, con el fin de que se satisfagan las exigencias de la razonabilidad práctica del discurso jurídico. Ello, puede obedecer a factores de orden conceptual, estratégico —pues se deja a la jurisprudencia la labor de precisión legislativa—, político o porque se asimila dicho término al mandato de motivación constante en el artículo 4, numeral 9 de la LOGJCC.

Tampoco se define en dicho texto legal —de forma clara— el resto de elementos que componen la estructura de la ponderación. Al respecto, se recuerda que, uno de los elementos fundamentales para establecer la racionalidad teórica de esta “estructura resulta de la combinación de la ley de colisión, la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación”.²¹⁹

En resumen, puede afirmarse que si bien la norma legal no establece “un núcleo conceptual mínimo” de la ponderación; sin embargo, sí desarrolla el aspecto metodológico de dicho procedimiento conforme el modelo de Alexy, aunque de forma seccionada. Además, se puede intuir que se concibe a la ponderación como una actividad racional sujeta a las exigencias y parámetros de la motivación razonable en los casos concretos, aunque en la práctica se diluye su contenido.

Por otra parte, los numerales 4, 5, 6 y 7 del artículo 3 de la LOGJCC, se refieren a los siguientes “métodos” y “reglas” de interpretación jurídica constitucional y ordinaria:

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

²¹⁸ Ruiz Ruiz, “La distinción entre reglas y principios”, 21.

²¹⁹ Bernal Pulido en Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, XLVII.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación [...].²²⁰

La norma en análisis considera como métodos “y” reglas válidos y necesarios de la interpretación jurídica constitucional y ordinaria los clásicos, esto es, el sistemático (numeral 5), teleológico (numeral 6) y literal (numeral 7), aunque adiciona que es posible acudir a otros métodos modernos de interpretación para lograr un resultado justo, que se podrían condensar en el numeral 8, pese a lo ambiguo del término. Conforme los desarrollos jurisprudenciales posteriores, la Corte Constitucional considera como nuevos métodos de interpretación constitucional, a la interpretación evolutiva (numeral 4) y al método tópico.²²¹

Es decir, para la correcta determinación del contenido de los derechos constitucionales, la LOGJCC considera prudente acudir, de entrada, a ciertos métodos “y” reglas de interpretación, que se utilizan por la comunidad jurídica, al menos, desde mediados del siglo XIX, como el fin de que la actividad interpretativa resulte razonable.²²² Todo ello, sin perjuicio de la mala utilización de la conjunción “y” en lugar de la disyunción “o” al constituir términos disímiles. En todo caso, es posible homologar este constructo legal en la medida en que se lo explique de forma adecuada con relación a las propiedades relevantes de la realidad local.

Sin embargo, no se puede perder de vista que el artículo 427 de la Constitución en concordancia con el art. 3, numeral 7 de la LOGJCC, plantea que, cuando la norma es clara, se debe iniciar atendiendo el tenor literal de las palabras contenidas en el texto de la Constitución en su integralidad (interpretación literal), precisando su sentido conforme con las reglas de la semántica (significado de las palabras) y la sintaxis (combinación de las palabras).²²³ De igual manera, el prenombrado artículo 3 considera útil acudir a las interpretaciones evolutivas, sistemáticas y teleológicas, en la medida en que ofrezcan un resultado con capacidad de convencer de forma razonable.

²²⁰ *Ibíd.*, LOGJCC, art. 3, inc. 2.

²²¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa n.º 002-10-SIC-CC”, en *Caso n.º 0020-09-IC*, 9 de septiembre de 2010.

²²² Guillermo Escobar Roca, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos* (Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE). Universidad de Alcalá, Trama Editorial, 2005), 87.

²²³ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 427; Ecuador, LOGJCC, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3, num 7.

Como lo expusieron, en su momento MacCormick y Summers, resulta imposible diseñar un esquema general satisfactorio jerárquico de métodos interpretativos exigibles al aplicador de la norma, pues existen una multiplicidad de criterios, pero la calidad depende del resultado en el caso concreto.

Lastimosamente, no es de extrañar que, en el Ecuador exista una tendencia hacia la entronización del significado literal como criterio interpretativo supremo que expresa la voluntad del legislador, garantiza la separación de poderes y la seguridad jurídica. Ello, de ninguna manera significa que se pueda obviar que las normas constitucionales son indeterminadas por lo que, resulta inoportuno perfilarlas como un conjunto de reglas completas que se apliquen de forma automática,²²⁴ por lo que es necesario acudir a otros métodos que puedan dar soluciones a los casos que se plantean pues, el derecho es un ser *in fieri* nunca acabado y en permanente transformación²²⁵ o una práctica social interpretativa reelaborada constantemente ante las incitaciones nuevas que lanzan casos y problemas; ante ellos, el texto normativo se abre a los contextos de manera que no puede fijarse tan solo por el legislador.²²⁶

Sin embargo, ello no significa hacer del derecho un deconstruccionismo radical, sino buscar por medio de la interpretación preceptos de justicia suficientes, estables y vinculantes para el intérprete, aunque impliquen una actualización crítica y estratégica en ciertos casos concretos. El despremiar los criterios generales ponen en peligro “conquistas irrenunciables” del Estado de derecho, debilita la certidumbre y la capacidad de limitar al poder.²²⁷

Por último, el numeral final del artículo 3 de la LOGJCC homologa los *métodos* de interpretación con los *principios* de interpretación de la Constitución, como son: unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación. Así, el texto del numeral 8 del artículo 3 de la norma jurídica en análisis, prescribe:

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la

²²⁴ Incluso, la visión comportamental señala que el derecho es un conjunto de comandos con decisiones abstractas.

²²⁵ Gregorio Robles, *El derecho como texto* (Madrid: Civitas, 1998), 55.

²²⁶ Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria, *Diritto e interpretazione: Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (Roma: Bari, Laterza, 2001), 6 y ss.

²²⁷ Cfr. Manuel Rodríguez-Puerto, “Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural”, *Dikaion* 19, n.º 2 (2010): 319-47, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72016987004>.

equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación.²²⁸

En resumen, la falta de precisión de la citada norma comporta la confusión de los distintos elementos propios de la caracterización doctrinal de los conflictos constitucionales, como son: (1) El tipo de normas que entran en conflicto. (2) La estructura del conflicto. (3) Los mecanismos para la resolución del conflicto. Ello entraña problemas técnicos, pues los razonamientos pueden manipularse sobre la base de métodos, principios, formas de solución de conflictos previstos en el ordenamiento jurídico en un sentido regresivo y no progresivo de derechos. Cabe indicar que, si bien el artículo 3, numeral 3 de la LOGJCC no determina en qué consiste la ponderación (aspecto conceptual); en cambio, sí establece la forma cómo se la lleva a cabo y los aspectos que intervienen para determinar la decisión adecuada (aspecto metodológico), lo cual se analiza más adelante.

1.2. Crítica al principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Una vez que queda analizado y problematizado el concepto legal de “ponderación” que realiza el texto jurídico local, en esta sección se analiza lo que dispone la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional con relación al “principio de proporcionalidad”. Queda indicado que la proporcionalidad parte de un concepto y estructura compleja, por lo que requiere de ciertos condicionamientos mínimos para efectos de que se constituya en un mecanismo útil en la aplicación del derecho. No obstante, es necesario analizar la técnica de normación de esta categoría abierta y controvertida.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano se refiere a la proporcionalidad en dos sentidos distintos: (1) Como principio reconocido en diversos artículos de la Constitución de la República. (2) Como método de interpretación constitucional constante en el artículo 3 de la LOGJCC.

Sobre este tema, la Sentencia n.º 048-13-SCN-CC señala:

²²⁸ Ecuador, LOGJCC, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3, num. 8.

Al respecto, cabe señalar que, tal como se encuentran recogidos los derechos constitucionales en nuestro ordenamiento, la proporcionalidad tiene dos sentidos distintos: constituye a la vez un principio reconocido en diversos artículos de la Constitución de la República y también se configura como un método de interpretación constitucional constante en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, junto con el método de ponderación [...].²²⁹

La presente investigación se enfoca en concretar el significado de la segunda acepción, pues la aplicación de un concepto a un caso concreto presupone haber fijado con anterioridad su significado. Lo contrario, la reconstrucción utilitaria del principio de proporcionalidad de acuerdo con la casuística puntual del caso plantea una problemática como punto de partida para el análisis de los casos y posterior demostración de los límites entre la discrecionalidad y la arbitrariedad.

En efecto, el numeral 2 del artículo 3 de la citada ley, señala:

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- [...] 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. Principio de proporcionalidad.- 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.²³⁰

Además de las imprecisiones de este artículo señaladas ut supra, el artículo 3, numeral 2 de la LOGJCC, merece las siguientes críticas: (1) Se equipara al principio de proporcionalidad como un método y regla de interpretación jurídica constitucional y ordinaria. (2) Se lo excluye de la ponderación cuando constituye una guía determinante en el procedimiento ponderativo de aplicación de normas-principios.

No obstante, sí establece los criterios necesarios para que el resultado del proceso ponderativo sea correcto, justo o aceptable, desde el ámbito de la justificación interna (sustantiva) a través de la aplicación del principio de proporcionalidad con sus subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Ahora bien, conforme queda indicado, la utilización de la ponderación, del principio de proporcionalidad o la aplicación de los “tests” se generalizaron a partir de

²²⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC, en *Casos n.º: 0179-12-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional 004, 23 de septiembre de 2013, 71.

²³⁰ Ecuador, *LOGJCC*, Registro Oficial 52, Segundo Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 3, num. 2.

1951,²³¹ de donde se extrapola a los textos constitucionales y la jurisprudencia de otros países y demás tribunales y cortes de carácter internacional, incluso de América Latina. Sin embargo, cada uno conserva sus propios rasgos o matices.

Así, por ejemplo, en el derecho internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) utiliza la ponderación y el principio de proporcionalidad como parámetro de control de convencionalidad y constitucionalidad de la actividad judicial, en los casos sometidos a su jurisdicción, sobre la base de la siguiente distinción: (i) Núcleo duro de derechos humanos que no pueden ser objeto de suspensión, contenido en los artículos: 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH);²³² 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP);²³³ 3 común de los Cuatro Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario; y, 15.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).²³⁴ (ii) Aquellos derechos que pueden ser limitados, los cuales se clasifican por niveles, según el alcance que tenga la limitación, previo el cumplimiento de determinados requisitos.

De manera general, los requisitos que establece la Corte IDH para restringir derechos, en casos de normalidad son: (i) que conste en una ley en sentido formal y

²³¹ Cfr. Alemania Tribunal Federal, “Sentencia BVerfGE 7”, 377.

²³² OEA Conferencia Especializada Interamericana, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 7 al 22 de noviembre de 1969, art. 27.2. Suspensión de Garantías, señala: “2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. En adelante se cita CADH.

²³³ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, Resolución 2200 A (XXI), art. 4.1., señala: “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18”.

²³⁴ Consejo de Europa Secretaría General, *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, 4 noviembre de 1950, en vigor desde el 21 de septiembre de 1970 con sus Protocolos Modificatorios, en especial el Protocolo No. 14 (STCE n° 194) que entró en vigor el 1 de junio de 2010, art. 15.1, dice: “Artículo 15.1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanar del derecho internacional. 2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7”.

material; (ii) que se presente con el objeto de proteger la seguridad nacional, el orden público o, derechos y libertades públicas; y (iii) que se aplique el principio de proporcionalidad.

Conforme con este criterio, la Corte IDH, utiliza de forma frecuente y atinada, en materia de libertad de expresión, la proporcionalidad en diversas etapas. La primera en la en la Opinión en materia de libertad de Consultiva No. 5 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas,²³⁵ donde se aplican los subprincipios de la proporcionalidad en la perspectiva de la dogmática alemana para determinar la restricción del derecho a la libertad de expresión del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²³⁶ En la segunda, en casos contenciosos, como la Última Tentación de Cristo vs. Chile, no aplica ni el principio de proporcionalidad ni la ponderación, sino la regla de la subsunción, en la medida que el artículo 13 de la CADH determina la regla de prohibición de censura previa y solo posibilita responsabilidades ulteriores.²³⁷

En la tercera etapa, la Corte IDH, empieza a utilizar la ponderación y el principio de proporcionalidad en los casos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Ricardo Canese vs. Paraguay y López Álvarez vs. Honduras,²³⁸ sobre libertad de expresión y derecho a la honra; aquí, la Corte IDH muestra una tendencia creciente hacia la utilización del principio de proporcionalidad, independientemente de la aplicación de la ponderación como técnica de resolución de conflictos entre principios.

Luego, en la última etapa, utiliza la proporcionalidad y la ponderación, de manera más técnica, en el área relacionada con la libertad de expresión. Así, en los

²³⁵ Corte IDH. *La Colegiatura Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, Serie A, n.º 5, párr. 79.

²³⁶ OEA Conferencia Especializada Interamericana, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 7 al 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978.

²³⁷ Humberto Nogueira, “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, 125; Carla Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la CorteIDH”, *Cálamo Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 7 (julio de 2017): 19-30, file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dossier_2_Carla_Espinosa%20(1).pdf.

²³⁸ Corte IDH, “Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2 de julio de 2004, párr. 120-3, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, párr. 96, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Palamara vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005, párr. 56, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf; Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, 1 de febrero de 2006, párr. 68, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.

casos: *Kimel vs. Argentina*,²³⁹ *Fontavecchia vs. Argentina*²⁴⁰ y *Mémoli vs. Argentina*,²⁴¹ el empleo de la ponderación se tecnifica y surgen nuevas explicaciones del principio de proporcionalidad, con el objeto de predecir la conclusión del juicio de control de dicho tribunal.²⁴²

En resumen, en la actualidad tanto la Corte IDH como la Corte Constitucional ecuatoriana utilizan con mayor frecuencia la técnica la ponderación entre principios como parámetro de razonabilidad de las resoluciones, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad con sus respectivos subprincipios: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, cuando exista colisión de derechos constitucionales y asocian su labor con la defensa de la democracia, división de poderes y libertades de las personas.

Sin embargo, conviene señalar que el análisis de la ponderación y su nivel de exigibilidad funcionan de forma diversa dependiendo si se trata de un caso de constitucionalidad de la ley (ponderación legislativa) o de una acción de garantías jurisdiccionales, en especial, la acción de protección.

Para concluir esta sección conviene indicar en torno a la indeterminación de los conceptos “ponderación” y “proporcionalidad” que constan en la LOGJCC que es necesario prefijar, al menos, su significación en el análisis cualitativo de los casos concretos, en donde es probable ciertas matizaciones, con el fin de establecer las ideas generalizadas, la mejor teoría compartida o los significados admitidos acerca de ese concepto, lo que constituye una propuesta acerca de cómo se deben leer estas normas en la justificación de las decisiones, sin que ello constituya una camisa de fuerza que no pueda ser reconceptualizada o reconstruida en el tiempo.

Los jueces tienen la última palabra en materia de interpretación; no obstante, esta no siempre es la más razonable. La legitimidad de una interpretación se la debe dilucidar a partir de las razones que aportan los participantes jurídicos competentes con criterios adecuados en el análisis de los casos.

²³⁹ Corte IDH, “Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, párrs. 51, 71 a 80 y 103, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

²⁴⁰ Corte IDH, “Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Fontavecchia y D’amico vs. Argentina*, 29 de noviembre de 2011, párrs. 51-6, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf.

²⁴¹ Corte IDH, “Sentencia de 22 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Mémoli vs. Argentina*, 22 de agosto de 2013, párr. 130, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.

²⁴² Cfr. Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad”, 19-30.

En este punto, no se puede descartar las ideas de Freeman quien aboga por una democratización de la interpretación constitucional. Ello significa que los miembros de la Corte Constitucional deben adaptar el texto jurídico dirigiendo su atención a las razones comúnmente aceptadas en la comunidad política.²⁴³

2. Criterios metodológicos de evaluación de la ponderación por parte de la Corte Constitucional

Una vez que quedan identificadas las posibles indeterminaciones de los conceptos de la ponderación y del principio de proporcionalidad que se establecen en los cuerpos normativos de carácter nacional y sus efectos dentro del lenguaje jurídico, a continuación, se procede con los estudios de casos con relación a esta temática en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el cual parte de los criterios metodológicos de la ponderación-proporcionalidad señalados en el capítulo anterior.

El diseño de esta investigación requiere de una estructura conceptual temática alrededor de la ponderación que se concreta en ciertos parámetros metodológicos para la aplicación de esta herramienta, que se abstraen del marco conceptual previo del capítulo primero, los cuales, a su vez, sirven de base para la evaluación interpretativa posterior de los casos concretos de la Corte Constitucional ecuatoriana en el período 2008-2023.

Los estudios de casos que se presentan en este capítulo, a partir de los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación y del principio de proporcionalidad, sirven, en un primer momento, para demostrar que la Corte Constitucional ecuatoriana inventó su propia comprensión de la ponderación de forma anti técnica.

Pero, además, un posterior análisis demostrativo de casos, permite evidenciar que la ponderación, como técnica de solución de casos difíciles, puede evitar o causar arbitrariedad judicial, si no se la emplea de forma apropiada, sobre la base de ciertas guías técnicas de los casos en los que exista un conflicto real de principios. Ello permite como propuesta evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios.

El enfoque de esta investigación es jurídico dogmático y jurídico descriptivo en lo relativo al marco metodológico y la metodología de la que parte este capítulo es de

²⁴³ Freeman citada por Marisa Iglesias Vila, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, en *Doxa* n.º 23 (2000): 77-104, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10243/1/doxa23_03.pdf.

tipo cualitativa,²⁴⁴ de estudio de casos múltiple, para abordar el estudio de los parámetros metodológicos de la ponderación —aspectos conceptuales y procedimentales del balanceo y del principio de proporcionalidad— en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana de los años 2008-2023, así como la constatación de la pertinencia de su empleo en las sentencias que se someten a análisis bajo el supuesto de casos fáciles y difíciles.

A partir de ello, se realiza una labor de análisis y evaluación empírica de los esquemas conceptuales en los casos concretos, para luego elaborar análisis exhaustivos a un conjunto de casos concretos relevantes, con el fin de evidenciar si la Corte Constitucional tomó en cuenta dichos criterios metodológicos al momento de utilizar la herramienta, lo que produce una nueva explicación o entendimiento teórico con respecto al proceso en estudio en ese contexto concreto con un enfoque innovador.

En particular, en este capítulo, sobre la base del corpus teórico y conceptual de la ponderación que queda establecido en el capítulo anterior, se trata de verificar si los jueces constitucionales en los estudios de caso aplican estos criterios jurídicos planteados, lo que se remite a tres aspectos objetivos que constituyen las categorías conceptuales que se someten a examen y evaluación, que son: (1) definición de la ponderación; (2) desarrollo del procedimiento ponderativo; (3) empleo del principio de proporcionalidad.

Las categorías que se analizan en esta primera fase no constituyen un molde intocable, sino que constituyen preconcepciones sobre la teoría de ponderación que sirven como guías de apoyo para efectos de este trabajo investigativo.

Estos conceptos, a la vez, se agrupan en una base de datos que generan categorías analíticas que se describen, ilustran y relacionan para dar respuesta a cada planteamiento, de forma argumentada, y solo tienen sentido en ese contexto en el que se encuentran insertas.

La interpretación de la información obtenida se da a partir de un diálogo con la teoría y sirve como marco de referencia para contrastar con el discurso dogmático-jurisprudencial de los jueces constitucionales en el espacio y período en estudio, con el fin de generar explicaciones generalizables sobre las exigencias técnicas de la

²⁴⁴ A decir de Jerome Kirk y Marc L. Miller “la investigación cualitativa es un fenómeno empírico, localizado socialmente, definido por su propia historia, no simplemente una bolsa residual conteniendo todas las cosas que son ‘no cuantitativas’ ”, *Reliability and Validity in Qualitative Research* (Thousand Oaks, CA: Sage Publications, 1986), 10.

ponderación, como una opción teórica y metodológica viable y una herramienta de utilidad práctica para las personas interesadas en esta problemática.

En esta perspectiva, se busca: (1) hacer visible si la ponderación como método complejo, puede conducir o evitar la arbitrariedad judicial en nuestros contextos, sobre la base de la aplicación de los criterios técnico-jurídicos, lo que tiene relación con la hipótesis *a priori*; (2) identificar las contradicciones que ocurren entre el discurso teórico de la ponderación y la proporcionalidad y el entendimiento real de la Corte Constitucional ecuatoriana, lo que influye en el proceso de desarrollo del conocimiento; (3) analizar y comprender la información disponible generada desde el propio órgano constitucional que se define a través de sus fallos, con el fin de responder a la interrogantes de la investigación y de esta forma generar nuevos conocimientos; (4) evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios; (5) dejar planteados los resultados de la investigación cualitativa, a fin de que, otros autores, en contextos diferentes, transfieran la información y apliquen los resultados.

Hay que señalar, en todo caso, que el debate sobre la ponderación y sus criterios metodológicos, no es homogéneo ni está agotado. Por esta razón, si bien la investigación adopta una posición epistemológica definida, que parte del normativismo, se reconoce la importancia de otros enfoques sobre el concepto que aportan elementos importantes que tienen relación con el eje temático de la misma.

La estructura de la investigación tiene como objeto de estudio la generación de una teoría que demuestre en qué medida la Corte Constitucional ecuatoriana respeta los parámetros de la ponderación y cómo evitar la aplicación de este mecanismo en casos no necesarios. De igual manera, busca establecer significados de la ponderación y del principio de proporcionalidad por parte de este organismo.

Luego, la realización del estudio investigativo demandó la recolección de datos que, en este caso, es de selección, para luego proceder a la simplificación y agrupación de la información.

A continuación, se categorizó el material relevante de los fallos, y se concluyó que seis (6) sentencias abordan el aspecto conceptual y procedimental de la ponderación y diez (10) se refieren al principio de proporcionalidad, en el período 2008-2015 por lo que, la muestra resuelta suficiente y pertinente para el objeto de estudio pues, en nuestro contexto son pocas las sentencias que se refieren a estos conceptos complejos y los datos de la investigación proporcionan parámetros de exposición de las subcategorías técnicas en análisis para la eficacia de la ponderación el que sirve como referente

indicativo de la reproducción de ese mismo elemento dentro de un universo más *extenso*.

De igual manera, se aborda un último estudio de casos que incluye una muestra de cinco (5) unidades de análisis (sentencias) de casos específicos sobre la ponderación y proporcionalidad en el período 2008-2023, con el fin de analizar y verificar la pertinencia de la utilización de dicho instrumento en casos que deberían denominarse difíciles.

Por último, se realizó un análisis e interpretación de los datos empíricos, con el fin de descubrir la frecuencia y la forma de entendimiento de estos criterios, por parte de la Corte Constitucional del Ecuador en el período en estudio. Todo ello sirve para dar fundamento y validez a esta muestra investigativa y como una estrategia para que los investigadores planteen nuevos enfoques o puntos de vista.

Las tablas y figuras asocian estos modelos relacionales entre conceptos para comprender el fenómeno de su aplicación técnico-jurídica que, en último término, busca remitirse a los contornos de la discrecionalidad y arbitrariedad judicial en las sentencias ponderativas.

Las tablas se realizan a partir del conteo de la repetición de las afirmaciones e idea que se dan con respecto a cada subcategoría que se somete a análisis. Con todo, estos datos, a diferencia de los que se extraen de una investigación cuantitativa, se hacen en parámetros indicativos y no en términos estadísticos precisos.

La estrategia metodológica se basa en identificar si se cumple, en la mayor medida posible, con el conjunto de criterios analíticos de carácter técnico que exige la ponderación en las sentencias sujetas a examen. Asimismo, busca establecer si los estudios de caso tienen un conflicto real y no un supuesto de principios, para así catalogarlo como caso fácil o difícil sujeto a balanceo o si, por el contrario, resultaba innecesaria su utilización.

Con respecto a la obtención de la información se emplean tanto fuentes primarias como secundarias por ser las adecuadas para dar respuesta a los objetivos planteados. Las primarias corresponden a los textos constitucionales y demás normativa que conforma el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia nacional e internacional. Las fuentes secundarias constituyen la doctrina y literatura especializada en los temas sobre los que versa esta investigación, esto es, las exigencias técnicas para la aplicación de la ponderación, como son: libros, artículos indexados, tesis, artículos

digitales, entre otros. Además, de los estudios académicos se analizan artículos o documentos oficiales producidos desde el gobierno.

Para los marcos normativos, la investigación se centra, en especial, en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, entre otros.

En definitiva, esta investigación representa un ejercicio reflexivo analítico que, sin buscar patrones de generalización ni posiciones rígidas, se propone establecer y analizar ciertos parámetros metodológicos para la evaluación de la ponderación en los casos difíciles, con el fin de evitar la aplicación de esta herramienta a casos no necesarios, como una nueva forma de visibilizar la calidad de las resoluciones ponderativas constitucionales.

Cabe puntualizar que, el estudio de estas exigencias técnicas no agota la existencia y aplicación de otros mecanismos para evaluar a las decisiones sobre ponderación y proporcionalidad dentro del período en mención. Por ello, el análisis y las conclusiones son relativos al universo de la muestra y se circunscribe a las categorías técnicas descritas en este capítulo.

3. Evaluación de las exigencias técnicas de la ponderación en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

Una vez que quedan establecidas las nociones cognitivas de las exigencias técnicas de la ponderación, a continuación, se procede con el análisis empírico de cada una de ellas, a través de la interpretación que se captura del análisis de sus variables, esto es: 1) definición de la ponderación; (2) desarrollo del procedimiento ponderativo; y, (3) empleo del principio de proporcionalidad.

Todo ello, con el fin de que sus resultados establezcan ciertos hallazgos que nos permitan establecer si la Corte Constitucional del Ecuador entre el 2008-2015 contó con ciertos condicionamientos técnicos para aplicar la ponderación a casos concretos.

3.1. Marco metodológico para la investigación de los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación

Esta sección plantea el marco metodológico de la investigación para el estudio de la ponderación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana de los

años 2008 a 2023, a partir del método cualitativo y a base de la estrategia metodológica de estudio (explicativo) de caso múltiple y se desarrolla el protocolo de investigación que comprende la estrategia metodológica que se asume.

Para Rodríguez, Gil y García el estudio de casos en un *método* de investigación.²⁴⁵ Por su parte, Simons señala que el estudio de caso es un *enfoque* metodológico de lo singular. Su finalidad principal es “investigar la particularidad, la unicidad, del caso singular”.²⁴⁶ Stake, en cambio, lo define como el “el estudio de la particularidad y de la complejidad de un caso singular, para llegar a comprender su actividad en circunstancias importantes”;²⁴⁷ es decir, considera el caso como un *sistema integrado* que se centra en lo específico.²⁴⁸ Merriam, a la vez, lo define “[...] como una descripción y un análisis intensivos y holísticos de una entidad, un fenómeno o una unidad social [...] son particularistas, descriptivos y heurísticos”.²⁴⁹

Yin, por su parte, lo considera como la “indagación empírica en profundidad sobre un fenómeno contextualizado en el mundo real, particularmente cuando los límites entre el fenómeno y su contexto no son evidentes”.²⁵⁰

En resumen, para la investigadora el estudio de caso es un enfoque que se centra en la descripción, análisis o examen intensivo y particular de una entidad, fenómeno o unidad social y su contexto, de manera sistémica y holística.

La investigación con enfoque de estudio de caso pertenece al paradigma cualitativo interpretativo que “considera que la realidad (asunto ontológico) es construida por las personas involucradas en la situación que se estudia”,²⁵¹ es decir, existen varias realidades que debe aprehenderse y reportarse, a fin de lograr una comprensión más clara y sólida de la ciencia.

Los estudios de casos de esta investigación se los adopta como una herramienta integradora para identificar, visibilizar, describir, explicar y evaluar, de manera más adecuada, cómo la Corte Constitucional ecuatoriana aplica la ponderación en la resolución de casos difíciles en el período 2008-2023, a fin de establecer correctivos a

²⁴⁵ Gregorio Rodríguez et al., *Metodología de la investigación cualitativa* (Granada, Ediciones Aljibe, 1996), 5.

²⁴⁶ Helen Simons, *El estudio de caso: Teoría y práctica* (Madrid: Morata, 2011), 20.

²⁴⁷ Robert Stake, *Investigación con estudio de caso* (Madrid: Morata, 1999), 11.

²⁴⁸ *Ibíd.* 2 y 16

²⁴⁹ Merriam citado por Helen Simons, *El estudio de caso: Teoría y práctica*, 41.

²⁵⁰ Robert Yin, “Case Study Research Design and Methods. Thousand Oaks, CA”, *Journal CJPE* 30, n.º 1 (2014): 1-5, doi: 10.3138/CJPE.BR-240.

²⁵¹ Froilán Ceballos-Herrera, “El informe de investigación con estudio de casos”, *Revista Internacional de Investigación en Educación* 1, n.º 2 (2009): 413-423, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281021548015>.

las posibles limitaciones o posibles sesgos y formular conclusiones científicas pues, conforme con lo señala Stake “todos los estudios de evaluación son estudios de casos”²⁵². En la investigación, el caso en cuestión constituye el organismo evaluado (Corte Constitucional ecuatoriana), mientras que, el contexto es la aplicación de la ponderación en casos difíciles (2008-2023).

En este sentido, los estudios de casos previstos en esta tesis, por su finalidad, son de naturaleza *instrumental*, pues se examinan para proporcionar insumos de conocimientos en la aplicación de la ponderación y así perfeccionar y ampliar una teoría y aprender a trabajar así con otros casos similares. A su vez, son *colectivos o múltiples*, pues involucra varios estudios de casos (unidades de análisis) que sirven para construir un cuerpo teórico (sumar hallazgos, encontrar elementos comunes y diferencias, así como acumular información).

Los estudios de casos múltiples de este trabajo comprenden el siguiente diseño o protocolo secuenciales: 1. Identificación del fenómeno de estudio. 2. Pregunta de estudio. 3. Propositiones o hipótesis. 4. Unidades de análisis. 5. La lógica que vincula los datos a las proposiciones: lineales o incrustados. 6. Criterios para la interpretación de resultados.²⁵³ A continuación, se procede con la explicación de cada uno de ellos:

3.1.1. Fenómeno

El *fenómeno* es una situación que se presenta en la realidad social que difiere de otras, cuyas causas no son propiamente observables, sino que se infieren a partir de las correlaciones entre proposiciones.²⁵⁴ El fenómeno es la relación de un objeto y su contexto y, en el caso de esta investigación, constituyen los criterios técnicos de aplicación de la ponderación desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana (2008-2023).

Queda claro, conforme con el marco teórico del capítulo primero, que los juzgadores constitucionales deben cumplir con ciertas exigencias dogmáticas que se traducen en esta investigación como exigencias metodológicas en el empleo de la ponderación o balanceo como son: (1) la definición de ponderación, (2) el cumplimiento

²⁵² Stake, *Investigación con estudio de caso*, 86-7.

²⁵³ *Ibíd.*; Enrique Yacuzzi, *El estudio de caso como metodología de investigación*, Buenos Aires: Universidad de CEMA, 2005.

²⁵⁴ Yin, “Case Study Research”, 5.

de una estructura ponderativa, (3) el empleo del principio de proporcionalidad. No obstante, con el fin de lograr un óptimo de ponderación. Asimismo, es necesario constatar la pertinencia de la implementación de esta herramienta de solución de conflictos, verificando si se trata de casos fáciles o difíciles.

No obstante, el fenómeno se manifiesta cuando se parte de la hipótesis inicial de que los juzgadores constitucionales utilizan indistintamente y sin orientación teórica criterios para definición de la ponderación y del principio de proporcionalidad y la estructura ponderativa en sus sentencias, que no guardan correspondencia con la doctrina autorizada, así como también utilizan esta herramienta de forma indistinta para solucionar casos fáciles y difíciles, lo que constituye un paso atrás para alcanzar niveles óptimos de ponderación. A ello, se suma el hecho de que, por lo regular, se ciñen, de forma inadecuada, a los criterios previstos en la normativa jurídica ecuatoriana sin más trámite.

En este sentido, es necesario verificar este hecho en particular, pues la utilidad de la herramienta se da en la medida en que se la emplee de forma adecuada por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, lo contrario, puede causar arbitrariedad judicial, lo que incrementa la desconfianza judicial en el organismo y la legitimidad de las sentencias.

3.1.2. Pregunta de estudio

En los estudios de casos, los puntos de partida para la recolección de datos lo constituyen la pregunta o preguntas de investigación y las proposiciones teóricas.

De forma general, se señala que la *pregunta de estudio* es la formulación del fenómeno que se pretende analizar la que se plantea en forma de interrogante y, por lo general, se la expresa en términos de “cómo” y “por qué”.

Así, dentro del diseño de la investigación, la pregunta de estudio se la formula de la siguiente forma: ¿Cómo aplicó la Corte Constitucional ecuatoriana la ponderación a casos concretos en el período 2008-2023?

Esta pregunta resulta compleja puesto que, previamente se debió identificar las proposiciones teóricas que establecen las exigencias técnicas metodológicas mínimas necesarias para el empleo de la ponderación y del principio de proporcionalidad a los casos difíciles, las que luego sirven como medida de correlación para identificar el

cumplimiento, incumplimiento o cumplimiento deficitario de estas exigencias en las unidades de análisis concretas.

Cabe acotar que la respuesta a esta pregunta constituye la teoría, esto es, un conjunto organizado de ideas, proposiciones o esquemas conceptuales interrelacionados con respecto a cierta cosa o que buscan tratar de explicar un fenómeno o hecho.

En nuestro caso en particular, la respuesta *a priori* a esta pregunta fue que la Corte Constitucional ecuatoriana aplicó arbitrariamente la ponderación a casos concretos en el período 2008-2023, debido a que se incumplen sus exigencias técnicas necesarias.

3.1.3. Propositiones

Las proposiciones son un dato concreto y característico del objeto de análisis (la ponderación) y deben reflejar un problema teórico relevante para la tesista. Por lo regular, desmenuzan las preguntas de tipo “cómo” y “por qué” para identificar la información pertinente que se debe examinar.

En los estudios de caso las proposiciones son enunciados teóricos, en forma de afirmaciones, sobre las características de los casos concretos e individualizados, que resultan necesarios para la recolección de datos.

En el caso concreto, conforme queda indicado, la primera proposición que se infiere del marco teórico es que: “La Corte Constitucional ecuatoriana aplicó arbitrariamente la ponderación a casos concretos en el período 2008-2023”.

De esta proposición se infiere una segunda pregunta ¿Por qué la Corte Constitucional ecuatoriana aplicó arbitrariamente la ponderación a casos concretos en el período 2008-2023? Porque incumple con las exigencias metodológicas necesarias para su empleo adecuado.

En nuestro estudio concreto, los constructos teóricos relativos a los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación que se señalan en el capítulo primero, se implantan dentro de la estrategia metodológica para la formulación de nuevas proposiciones: 1) definición de la ponderación; (2) desarrollo del procedimiento ponderativo; y, (3) empleo del principio de proporcionalidad.

Entre las exigencias de la ponderación (definición, estructura y empleo de la proporcionalidad) y la existencia de un “óptimo de ponderación” existe una relación de implicación material, de forma tal que, cada una de estas exigencias son condiciones

necesarias para un balance suficiente, donde “X es necesaria para Y”. Por ello, si se cumplen todos los criterios metodológicos necesarios entonces habrá una ponderación adecuada.

De igual manera, existen dudas con relación al empleo de la ponderación en la resolución de casos denominados difíciles o trágicos, pues la evidencia arroja que el procedimiento se lo utiliza indistintamente para la resolución de casos que la teoría denomina fáciles o difíciles.

En nuestro estudio, las proposiciones que se abstraen, a la vez, de los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación en casos difíciles a la Corte Constitucional, se las plantea de la siguiente forma:

1. Importancia que otorga la Corte Constitucional ecuatoriana (2008-2015) a la visión definitoria de la ponderación.
2. Elementos de la estructura ponderativa que debe considerar la Corte Constitucional en el período 2008-2015).
3. Elementos definitorios y estructurales del principio de proporcionalidad que debe considerar la Corte Constitucional (2008-2015).
4. Importancia de caracterizar los casos fáciles y difíciles por dicho organismo a efectos de utilizar la ponderación para el sopesamiento armónico de principios constitucionales.

Ello debido a que todas las exigencias de la ponderación (variable independiente que se simboliza X) es necesaria para que exista un óptimo de ponderación (variable dependiente que se interpreta como Y).

Lo anterior insta a entender que la comprensión mecanicista de la ponderación, basada en la falta de desarrollo teórico o en uso de una dogmática o hermenéutica fragmentada solo provee un conocimiento incipiente, debido a que ninguna de las partes es suficiente para estructurar el óptimo de balanceo, pero la afectación de una de las partes irradia a todo el conjunto.

A continuación, se presenta la tabla 8 que contiene las proposiciones con las que será evaluada cada unidad de análisis. En la primera columna se establece la denominación de cada proposición; y, la segunda columna presenta cada una de las exigencias técnicas que componen cada proposición.

Tabla 8

Proposiciones de análisis para la aplicación óptima de la ponderación

	Categoría	Exigencias técnicas de cada proposición
1	Definición de la ponderación	Procedimiento de resolución de conflictos

		Comparación de principios en colisión	
		Operativización en el caso concreto	
2	Procedimiento ponderativo	Identificación del derecho	
		Identificación del conflicto	
		Pesaje	
		Argumentación	
3	Empleo del principio de proporcionalidad	Método con estructura racional y razonable	
		Utilización en interpretación y aplicación de normas constitucionales	
		Incluye 3 subprincipios	
		Operativización en el caso concreto	
4.	Caracterización de los casos fáciles y difíciles	Caso fácil	Caso difícil
		Subsunción	Ponderación

Fuente y elaboración propias

3.1.4. Unidades de análisis

Por su parte, las unidades de análisis (caso) comprenden las sentencias que emite la Corte Constitucional ecuatoriana en el período 2008-2023 a las que se las analiza de la misma forma (replicación), es decir, el proceso que se utiliza para cada caso se “repite” en los demás.

Las sentencias que se sometieron a análisis de los estudios de casos utilizaron varios mecanismos o técnicas de selección y su ubicación temporal se encuentra entre los años 2008 a 2023. El año 2008 marca un momento histórico en la justicia constitucional cuando se aprueba la nueva Constitución y el 2023 es el año que culmina esta investigación.

En el primer estudio de caso, para la evaluación de las dos primeras unidades de análisis (definición de ponderación y procedimiento ponderativo), se acudió a la base de datos o buscador electrónico de “sentencias/dictámenes” de la Corte Constitucional. El primer tamiz de selección de unidades de análisis fue la temporalidad, esto es, sentencias que se expidieron entre 2008-2015 y se seleccionaron todos los tipos de acciones o competencias que trata la Corte Constitucional con conexiones temáticas o conceptuales abstractas del término “ponderación”, a excepción de los dictámenes de constitucionalidad de los tratados internacionales, por no ser relevantes con el tema en estudio,²⁵⁵ con el fin de organizar y tener un tratamiento más exhaustivo de los datos cualitativos por parte del investigador.

²⁵⁵ Se aclara que solo se utiliza los conceptos de ponderación relacionados con el tema de investigación, esto es como herramienta de solución de casos difíciles. Cualquier sentido diverso se excluye del análisis de datos.

Con estas unidades de análisis (casos) se hizo una base de datos de 57 sentencias en el período 2008-2015. A continuación, el segundo criterio de exclusión, debido a la magnitud de la selección, fue descartar las “acciones extraordinarias de protección” (32)²⁵⁶ pues, en la mayoría de los casos, no se abordaba temas ponderativos, lo que da un total de 25 resoluciones.²⁵⁷

Un tercer tamiz, para la simplificación y reducción de los datos recabados, fue la eliminación de las sentencias que no contenían información con relevancia interpretativa, para efectos de evaluación de las exigencias técnicas, lo cual arrojó un resultado de: (1) 6 sentencias²⁵⁸ que abordan la definición de la ponderación y (2) 5 que analizan la estructura ponderativa, pues se saca la Sentencia n.º 002-08-SIC-CC, que solo analiza la delimitación conceptual mas no su procedimiento.

En el marco de lo expuesto, las unidades de análisis (casos) que, finalmente, se seleccionaron fueron las que se enuncian, a continuación, en la tabla 9. En la primera columna se presenta el número de unidades a emplearse en cada parámetro; la segunda enumera los casos que se seleccionan para analizar la definición de la ponderación; por

²⁵⁶ Se descartan estas sentencias pues, por lo regular, no resuelven los casos mediante la aplicación de ponderaciones.

²⁵⁷ La selección original analiza 57 resoluciones del período 2008-2015, de las cuales se restan las acciones extraordinarias de protección (32), las que dan un resultado de 25, que son: (1) “Sentencia n.º 001-08-SIC-CC”, 28 de noviembre de 2009; (2) “Sentencia n.º 001-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0008-08-AN*, 13 de marzo de 2009; (3) “Sentencia n.º 0001-09-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009; (4) “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC”, en *Casos n.º: 0008-09-IN y 0011-09-IN*, 18 de marzo de 2010; (5) “Sentencia n.º 001-11-DRC-CC”, en *Caso n.º: 0001-11-RC*, 15 de febrero de 2010; (6) “Sentencia n.º 001-11-SIO-CC”, en *Caso n.º: 0005-10-IO*, 26 de enero de 2011; (7) “Sentencia n.º 001-12-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0008-10-IC*, 5 de enero de 2012; (8) “Sentencia n.º 002-08-SI-CC”, en *Casos Acumulados n.º: 0005-08-IC y 0009-08-IC*, 10 de diciembre de 2008; (9) “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009; (10) “Sentencia n.º 002-09-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0003-09-IC*, 14 de mayo de 2009; (11) “Sentencia Interpretativa n.º 002-10-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0020-09-IC*, 9 de septiembre de 2010; (12) “Sentencia n.º 003-09-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0021-09-IA*, 23 de julio de 2009; (13) “Sentencia n.º 0004-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0001-08-AN*, 24 de septiembre de 2009; (14) “Sentencia n.º 006-12-SNC-CC”, en *Caso n.º: 0015-11-CN*, 19 de enero de 2012; (15) “Sentencia n.º 007-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0086-10-CN*, 31 de mayo de 2011; (16) “Sentencia n.º 007-13-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0034-12-IN*, 25 de abril de 2013; (17) “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0033-09-CN*, 14 de marzo de 2013; (18) “Sentencia n.º 008-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0027-10-CN, Acumulados n.º: 008-11-CN, 009-11-CN, 0013-11-CN, 0041-11-CN, 0062-13-CN y 0178-13-CN*, 24 de septiembre de 2014; (19) “Sentencia n.º 009-10-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0013-09-IN, Acumulados n.º: 0009-09-IA, 0019-09-IN, 0024-09-IN, 0025-09-IN, 0026-09-IN, 0033-09-IN, 0040-09-IN, 0044-09-IN y 0049-09-IN*, 09 de septiembre de 2010; (20) “Sentencia n.º 010-12-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0020-10-IN*, 17 de abril de 2012; (21) “Sentencia n.º 017-12-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0033-10-IN*, 26 de abril de 2012; (22) “Sentencia n.º 017-15-SIS-CC”, en *Caso n.º: 0008-14-IS*, 18 de marzo de 2015; (23) “Sentencia n.º 018-15-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0009-11-IN*, 3 de junio de 2015; (24) “Sentencia n.º 021-12-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0063-09-IN*, 7 de junio de 2012; (25) “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, 4 de septiembre de 2013.

²⁵⁸ Unidades clasificadas son: (1) “Sentencia n.º 001-08-SIC-CC”, 28 de noviembre de 2009; (2) “Sentencia n.º 002-08-SI-CC”, 10 de diciembre de 2008; (3) “Sentencia n.º 0001-09-SCN-CC”, 14 de mayo de 2009; (4) “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”, 2 de abril de 2009; (5) “Sentencia n.º 002-09-SIC-CC”, 14 de mayo de 2009; (6) “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, 4 de septiembre de 2013.

último, la tercera columna analiza las sentencias que se presentan a contraste en la estructura de la ponderación.

Tabla 9
Sentencias seleccionadas con relación a los parámetros: definición y estructura ponderativa

n.º	Sentencias que analizan la definición de ponderación	Sentencias que analizan la estructura de la ponderación
1	001-08-SIC-CC	001-08-SIC-CC
2	002-08-SIC-CC	0001-09-SCN-CC
3	0001-09-SCN-CC	002-09-SAN-CC
4	002-09-SAN-CC	002-09-SIC-CC
5	002-09-SIC-CC	048-13-SCN-CC
6	048-13-SCN-CC	---

Fuente y elaboración propias

Con respecto, al segundo estudio de casos relacionado con la evaluación del principio de proporcionalidad igual que en el anterior caso, se acudió a un primer tamiz de temporalidad (2008-2015). Luego, se acudió al buscador de la Corte Constitucional y se seleccionaron todos los tipos de acciones de garantías constitucionales que tengan la palabra “proporcionalidad”. El resultado arrojó 555 registros. Debido a la magnitud de la selección se filtró el tipo de acción/competencia a “consulta de constitucionalidad de norma”, lo que proyectó un total de 27 resoluciones.²⁵⁹ Un último criterio de exclusión fue sacar aquellas resoluciones que no

²⁵⁹ Si bien, la selección original señala 38 resoluciones se resta de este resultado todas las sentencias que no comprenden el período de la investigación (2008-2015), esto es, 11, lo que da un total de 27 fallos que son: (1) “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009; (2) “Sentencia n.º 001-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0023-09-CN*, 05 de enero de 2012; (3) “Sentencia n.º 004-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014; (4) “Sentencia n.º 005-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0003-11-CN*, 03 de marzo de 2011; (5) “Sentencia n.º 005-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0026-11-CN*, 10 de septiembre de 2014; (6) “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0015-11-CN*, 19 de enero de 2012; (7) “Sentencia n.º 006-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0005-13-CN*, 27 de mayo de 2015; (8) “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0140-14-CN*, 03 de junio de 2015; (9) “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0033-09-SCN y otras*, 14 de marzo de 2013; (10) “Sentencia 008-14-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0027-10-CN y otras*, 24 de septiembre de 2014; (11) “Sentencia n.º 009-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0019-11-CN*, 16 de noviembre de 2011; (12) “Sentencia n.º 009-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0181-13-CN*, 01 de octubre de 2014; (13) “Sentencia n.º 009-15-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0042-09-CN y otros*, 19 de agosto de 2015; (14) “Sentencia n.º 011-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0035-11-CN*, 19 de enero de 2012; (15) “Sentencia n.º 017-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0021-11-CN*, 15 de diciembre de 2011; (16) “Sentencia n.º 018-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0004-11-CN*, 15 de diciembre de 2011; (17) “Sentencia n.º 019-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0024-09-CN*, 05 de agosto de 2010; (18) “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0022-09-CN*, 24 de agosto de 2010; (19) “Sentencia n.º 026-13-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0187-12-CN*, 30 de abril de 2013; (20) “Sentencia n.º 029-10-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0059-10-CN y otros*, 18 de noviembre de 2010; (21) “Sentencia n.º 031-10-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0044-10-CN y otros*, 02 de diciembre de 2010; (22) “Sentencia n.º 033-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0076-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (23) “Sentencia n.º 034-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0079-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (24) “Sentencia n.º 034-13-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0561-12-*

tengan relación al principio de proporcionalidad en el sentido de esta investigación, lo que dio un total de 10²⁶⁰ unidades de análisis, pues las 17 restantes utilizan la proporcionalidad en su dimensión penal (infracción-sanción).

A continuación, se presenta la tabla 10 que, enuncia las sentencias que se seleccionaron para la evaluación del principio de proporcionalidad. En la primera columna, se establece la unidad de sentencias a analizarse. La segunda, señala el número que utiliza la Corte Constitucional para la identificación de la sentencia. La tercera, establece el número de caso y, finalmente, en la cuarta columna consta la fecha.

Tabla 10
Sentencias seleccionadas para la evaluación de la proporcionalidad

n.º	Sentencia	Caso	Fecha
1	001-09-SCN-CC	0002-08-CN	14 de mayo de 2009
2	024-10-SCN-CC	0022-09-CN	24 de agosto de 2010
3	006-12-SCN-CC	0015-11-CN	19 de enero de 2012
4	011-12-SCN-CC	0035-11-CN	19 de enero de 2012
5	008-13-SCN-CC	0033-09-SCN	14 de marzo de 2013
6	048-13-SCN-CC	0179-12-CN y otras	04 de septiembre de 2013
7	008-14-SCN-CC	0027-10-CN y otras	24 de septiembre de 2014
8	009-14-SCN-CC	0181-13-CN	01 de octubre de 2014
9	006-15-SCN-CC	0005-13-CN	27 de mayo de 2015
10	007-15-SCN-CC	0140-14-CN	03 de junio de 2015

Fuente y elaboración propias

Por último, para la evaluación del tercer estudio de casos referente a la caracterización de los casos difíciles por parte de la Corte Constitución se procedió a la selección de cinco (5) casos relevantes en los que la Corte Constitucional emplea la herramienta ponderativa en el período 2008-2023 y que corresponden una selección de sentencias relevantes por cada uno de los períodos de ejercicio de la Corte Constitucional, conforme se analiza más adelante.

CN, 30 de mayo de 2013; (25) “Sentencia n.º 035-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0080-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (26) “Sentencia n.º 036-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0084-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (27) “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC, en *Caso n.º: 0179-12-CN y otras*, 04 de septiembre de 2013.

²⁶⁰ Unidades clasificadas son: (1) “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC”, 14 de mayo de 2009; (2) “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, 24 de agosto de 2010; (3) “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC”, 19 de enero de 2012; (4) “Sentencia n.º 011-12-SCN-CC”, 19 de enero de 2012; (5) “Sentencia 008-14-SCN-CC”, 24 de septiembre de 2014; (6) “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC, 04 de septiembre de 2013; (7) “Sentencia 008-14-SCN-CC”, 24 de septiembre de 2014; (8) “Sentencia n.º 009-14-SCN-CC”, 01 de octubre de 2014; (9) “Sentencia n.º 006-15-SCN-CC”, 27 de mayo de 2015; (10) “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, 03 de junio de 2015.

Tabla 11
Caracterización de los casos difíciles resueltos por la Corte

n.º	Sentencia	Caso	Identificador	Fecha
1	002-09-SAN-CC	0005-08-AN	Beneficios tributarios para importación vehículos a discapacitados	2 de abril de 2009
2	048-13-SCN-CC	0179-12-CN y acumulados	Constitucionalidad de la tabla de pensiones alimenticias	4 de septiembre de 2013
3	004-16-SCN-CC	0171-13-CN	Negativa de impugnación de una inscripción de registro	13 de abril de 2016
4	34-19-IN/21 y acumulados (aborto)	34-19-IN y acumulados	Sanción penal del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación	28 de abril de 2021
5	67-23-IN/24 (eutanasia activa)	67-23-IN	Derecho a la “eutanasia activa”	5 de febrero de 2024

Fuente y elaboración propias

La técnica de recopilación de datos, bajo el supuesto de que se trata de una investigación empírica documental, fue la ficha de análisis jurisprudencial que facilitan un tratamiento ordenado y el análisis temático profundo de la información, a través del contenido que fijan las proposiciones, a fin de extraer conclusiones.

La finalidad de la ficha de análisis jurisprudencial es que es una herramienta para recopilar y organizar la información más relevante de las unidades de análisis (sentencias). Además, facilitan la consulta posterior.

La ficha contiene referencias exactas sobre el caso en donde se incluye el material discursivo relevante, con los respectivos fragmentos y transcripciones textuales de las unidades de análisis

3.1.5. Lógica que une los datos a las proposiciones

Aunque el análisis y la interpretación son distintos también se puede indicar que son procesos interrelacionados, pues uno y otro se encuentra presentes en las distintas fases con mayor o menor intensidad. Así, el análisis constituye

aquellos procedimientos —como la codificación, la clasificación, el mapeo conceptual, la generación de temas— que nos permiten organizar los datos y entenderlos para producir conclusiones y una comprensión general del caso. Suele ser un proceso inductivo formal de descomponer los datos en segmentos o conjuntos de datos que después se puedan clasificar, ordenar y examinar para encontrar conexiones patrones y proposiciones que puedan explicar el caso.²⁶¹

²⁶¹ Simons, *El estudio de caso: Teoría y práctica*, 152.

Para el análisis cualitativo de los datos se acude de forma mixta al enfoque sistemático de análisis de Miles y Huberman de “reducción de los datos” y de Wolcott de “transformación de datos” que se centran en la generación de categorías y conceptos analíticos para describir y explicar datos, por medio de tres procesos interconectados: reducción, análisis e interpretación.²⁶² La reducción de datos busca seleccionar, delimitar y apartar datos claves que se obtienen de las fichas de análisis jurisprudencial.

Por su parte, el análisis examina cómo funcionan o no las cosas o los hechos trascendiendo lo descriptivo en un afán de identificar criterios y patrones claves de los datos. Pueden expresarse a través de sinopsis, resúmenes estructurados, matrices o tablas, entre otros, a fin de observar lo que ocurre con los datos e identificar patrones. En las conclusiones y verificaciones de los datos se confirman los patrones, proposiciones y demás explicaciones que encuentre el investigador, pero de forma abierta, de forma que trasciendan de lo evidente.²⁶³

Por otra parte, dentro del análisis, el investigador debe unir los datos a las proposiciones para lo cual se suelen utilizar el modelo analítico lineal o incrustado. A través del primero “pueden relacionarse varias piezas de información del mismo caso a alguna proposición teórica”;²⁶⁴ mientras que, el segundo “lleva a buscar la coincidencia de patrones, que relaciona diversos tipos de información del mismo caso con alguna proposición teórica”.²⁶⁵

En el presente estudio de casos, se utiliza el modelo incrustado, pues la coincidencia del patrón se configura por la presencia de la proposición en varias unidades de análisis y la teoría va emergiendo del lenguaje observacional del investigador.²⁶⁶

3.1.6. Criterios para la interpretación de resultados

La interpretación de los resultados “es un proceso cognitivo e intuitivo altamente especializado y suele requerir una completa inmersión en los datos, la relectura de transcripciones [...] y otras formas de datos en el conjunto de éstos”,²⁶⁷ a fin de entender lo que se descubre. Se abre a diferentes sentidos de la comprensión de cada investigador

²⁶² Miles y Huberman *Método para el manejo y análisis de datos* (1994) citado por Simons, *El estudio de caso: Teoría y práctica*, 156.

²⁶³ *Ibíd.*, 157-8.

²⁶⁴ Yin, “Case Study Research”, 16.

²⁶⁵ Yacuzzi, “El estudio de caso como metodología de investigación”, 23.

²⁶⁶ *Ibíd.*, 25.

²⁶⁷ Simons, *El estudio de caso: Teoría y práctica*, 153.

y pueden ayudar a establecer regularidades y patrones, anomalías, significados ambivalentes, contradicciones y excepciones, pero sus conclusiones no son definitivas.

En la presente investigación la interpretación de los datos se la utiliza para separar, reenfocar, hacer indicaciones analíticas mediante el uso de estrategias relacionadas con el análisis inductivo.

Por último, la investigadora utiliza dos estrategias para alcanzar los significados de los casos: “la interpretación directa de los ejemplos individuales y suma [categórica] de ejemplos hasta que se pueda decir algo sobre ellos como conjunto o clase. El estudio de caso se basa en ambos métodos”²⁶⁸

Con relación a los parámetros técnicos necesarios para la aplicación de la ponderación en casos difíciles, la interpretación de resultados requiere reunir los fragmentos o transcripciones de información más importantes que arroja la data lo que, de por sí constituye un modelo (interpretación directa) y se realiza la pregunta ¿Qué significa esto?

Luego, se suman las impresiones sobre cada una de estas categorías y subcategorías (suma categórica), a fin de llegar a conclusiones o hallazgos válidos, que permitan evidenciar la hipótesis inicial **con** respecto a las deficiencias técnicas de la ponderación y del principio de ponderación (delimitación conceptual y procedimiento), así como el empleo inadecuado del balanceo en casos fáciles, en los que bastaba la utilización de otros procedimientos de solución de controversias.

Todo ello, permite demostrar que el tratamiento de la ponderación es arbitrario (generalizaciones). Por ello, se requieren implementar ciertos correctivos, a fin de alcanzar un criterio de suficiencia ponderativa (óptimo de ponderación).

Vale indicar que la investigadora en el estudio de caso asume una posición racionalista-constructivista pues pretende construir una realidad a partir de elaboraciones “que pretenden clarificar las descripciones y dar solidez a las interpretaciones,²⁶⁹ sin que ello obste realizar generalizaciones en el informe final.

Para la presentación de resultados se utilizaron las subcategorías señaladas, el que contiene las referencias literales del material cualitativo recopilado y el análisis e interpretación de los datos empíricos, con el fin de descubrir la frecuencia y la forma de entendimiento de estos criterios, por parte de la Corte Constitucional del Ecuador en el período en estudio. Todo ello sirve para dar fundamento y validez a esta muestra

²⁶⁸ Stake, *Investigación con estudio de caso*, 69.

²⁶⁹ *Ibíd.*, 91.

investigativa y como una estrategia para que los investigadores planteen nuevos enfoques o puntos de vista.

Por último, para incrementar el grado de confiabilidad del estudio, en el caso de las categorías referentes a la conceptualización y el procedimiento ponderativo, la interpretación de los resultados de la información primaria, se enriqueció mediante el contraste con datos secundarios, a fin de verificar si sufría o no alteraciones significativas.

3.2. Definición de la ponderación a partir de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional

A continuación, se analiza la conceptualización de ponderación por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana con el fin comprobar si este tribunal toma en consideración las exigencias o parámetros de medición que se enuncian y problematizan en la parte teórica de esta investigación, así como evidenciar el desarrollo jurisprudencial de la doctrina ponderativa por parte del máximo intérprete de la Constitución, con el fin de dar un fundamento institucional a la misma.

Así mismo, se busca demostrar, a partir de los casos materia de análisis, el cumplimiento o no de exigencias técnicas en lo referente a la definición de la ponderación, lo cual conduce, a la reflexión teórica sobre la incomprensión semántica y metodológica del empleo de esta herramienta en dicho período, cuando no se cuenta con destrezas cognitivas suficientes.

Para ello, se parte del significado del término “ponderación”, que se aborda en el capítulo 1 que señala, entre sus propiedades relevantes, las siguientes: (1) Procedimiento o método razonable de aplicación de normas con carácter de principios para la resolución de conflictos. (2) Busca la comparación de intensidades de intervención de los principios con el fin de establecer el grado de afectación, así como los grados o importancia de satisfacción de los principios que juegan en sentido contrario a través de escalas. Dichas escalas constituyen la base de su justificación racional. (3) Se operativiza en cada caso concreto. No se analiza el parámetro (4) referente a la proporcionalidad, puesto que este, es objeto de análisis, por separado, al hablar del empleo de este principio.

Para valorar la conceptualización de la ponderación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana se analiza, conforme queda indicado, de forma previa,

una selección del período 2008-2015. El año de 2008 es cuando se aprueba la nueva Constitución y el 2015 es el año que se aprueba el plan de investigación. Primero, a través del buscador de “sentencias/dictámenes” se seleccionaron todos los tipos de acciones que trata la Corte Constitucional con conexiones temáticas de la palabra “ponderación” cuyo resultado arrojó 57 registros entre el período 2008-2015 del total de 163 casos proyectados hasta la actualidad de las cuales se descartaron las “acciones extraordinarias de protección” (32),²⁷⁰ lo que da un total de 25 resoluciones.²⁷¹ Luego, se procedió a otra simplificación de información irrelevante, lo que arrojó un resultado de 6 sentencias que abordan esta primera exigencia.

Este tamaño es suficiente pues, a partir de su análisis, se evidencia la heterogeneidad de significados que se atribuyen al concepto “ponderación” por parte de los jueces que no necesariamente comulgan con el desarrollo dogmático del término, así como su reproducción sesgada dentro del universo de casos, lo cual nos conduce a la discusión inicial sobre la falta de tecnicidad semántica en su empleo en este período, pues la Corte Constitucional inventa su propia comprensión de la ponderación.

Se aclara que se descarta la “Sentencia n.º 001-09-SAN-CC” porque solo se refiere a la ponderación “bajo el principio de concordancia de las normas

²⁷⁰ Se descartan estas sentencias pues, por lo regular, no resuelven los casos mediante la aplicación de ponderaciones.

²⁷¹ La selección original analiza 57 resoluciones del período 2008-2015, de las cuales se restan las acciones extraordinarias de protección (32), las que dan un resultado de 25, que son: (1) “Sentencia n.º 001-08-SIC-CC”, 28 de noviembre de 2009; (2) “Sentencia n.º 001-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0008-08-AN*, 13 de marzo de 2009; (3) “Sentencia n.º 0001-09-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009; (4) “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC”, en *Casos n.º: 0008-09-IN y 0011-09-IN*, 18 de marzo de 2010; (5) “Sentencia n.º 001-11-DRC-CC”, en *Caso n.º: 0001-11-RC*, 15 de febrero de 2010; (6) “Sentencia n.º 001-11-SIO-CC”, en *Caso n.º: 0005-10-IO*, 26 de enero de 2011; (7) “Sentencia n.º 001-12-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0008-10-IC*, 5 de enero de 2012; (8) “Sentencia n.º 002-08-SI-CC”, en *Casos Acumulados n.º: 0005-08-IC y 0009-08-IC*, 10 de diciembre de 2008; (9) “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009; (10) “Sentencia n.º 002-09-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0003-09-IC*, 14 de mayo de 2009; (11) “Sentencia Interpretativa n.º 002-10-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0020-09-IC*, 9 de septiembre de 2010; (12) “Sentencia n.º 003-09-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0021-09-IA*, 23 de julio de 2009; (13) “Sentencia n.º 0004-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0001-08-AN*, 24 de septiembre de 2009; (14) “Sentencia n.º 006-12-SNC-CC”, en *Caso n.º: 0015-11-CN*, 19 de enero de 2012; (15) “Sentencia n.º 007-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0086-10-CN*, 31 de mayo de 2011; (16) “Sentencia n.º 007-13-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0034-12-IN*, 25 de abril de 2013; (17) “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0033-09-CN*, 14 de marzo de 2013; (18) “Sentencia n.º 008-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0027-10-CN, Acumulados n.º: 008-11-CN, 009-11-CN, 0013-11-CN, 0041-11-CN, 0062-13-CN y 0178-13-CN*, 24 de septiembre de 2014; (19) “Sentencia n.º 009-10-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0013-09-IN, Acumulados n.º: 0009-09-IA, 0019-09-IN, 0024-09-IN, 0025-09-IN, 0026-09-IN, 0033-09-IN, 0040-09-IN, 0044-09-IN y 0049-09-IN*, 09 de septiembre de 2010; (20) “Sentencia n.º 010-12-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0020-10-IN*, 17 de abril de 2012; (21) “Sentencia n.º 017-12-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0033-10-IN*, 26 de abril de 2012; (22) “Sentencia n.º 017-15-SIS-CC”, en *Caso n.º: 0008-14-IS*, 18 de marzo de 2015; (23) “Sentencia n.º 018-15-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0009-11-IN*, 3 de junio de 2015; (24) “Sentencia n.º 021-12-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0063-09-IN*, 7 de junio de 2012; (25) “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, 4 de septiembre de 2013.

constitucionales, consecuencia de la interpretación sistemática del todo orgánico constitucional” dentro del análisis de la irretroactividad de la ley como principio relativo, sin enfocarse en las categorías analíticas que se abordan.²⁷² En cambio, la “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC” únicamente aborda a la ponderación en el voto salvado de Nina Pacari, el cual, a su vez, no emplea todas las categorías que se someten a contraste.²⁷³

Asimismo, la “Sentencia n.º 002-10-SIC-CC” se limita a señalar a la ponderación como herramienta de solución de casos.²⁷⁴ A la vez, la “Sentencia n.º 001-12-SIC-CC” solo señala a la ponderación como un modo de interpretación constitucional, empero no realiza ningún análisis ponderativo, y concluye que entre los distintos métodos interpretativos no es apropiado elegir uno solo de ellos, prescindiendo de los demás sino pueden confluír varios de ellos.²⁷⁵ Un criterio similar tienen la “Sentencia n.º 009-10-SIN-CC”²⁷⁶ y “Sentencia n.º 017-12-SIN-CC”, la que recalca

²⁷² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0008-08-AN*, 13 de marzo de 2009, 12.

²⁷³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-10-SIN-CC”, en *Casos n.º: 0008-09-IN y 0011-09-IN*, 18 de marzo de 2010. “Voto Salvado” de la jueza constitucional Nina Pacari, 33-41.

²⁷⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-10-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0008-10-IC*, 5 de enero de 2012, que dice: “[...] dada la ambigüedad de las disposiciones de la cual generalmente se componen los textos constitucionales, los métodos modernos de interpretación y las reglas utilizadas pueden ser varias, como por ejemplo, el método evolutivo, el sistemático, tópico, así como herramientas tales como la ponderación constitucional o el test de razonabilidad o proporcionalidad; no obstante, para el caso de la interpretación en el caso de las reglas de rango constitucional, es válida también una interpretación literal dentro de un contexto armónico del texto fundamental”.

²⁷⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-12-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0008-10-IC*, 5 de enero de 2012, que señala: “El artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional señala los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional, ‘sin perjuicio de que en un caso se utilicen: uno o varios de ellos’: 1) Reglas de solución de antinomias; 2) Principio de proporcionalidad; 3) Ponderación; 4) Interpretación evolutiva o dinámica; 5) Interpretación sistemática; 6) Interpretación teleológica; 7) Interpretación literal; y, 8) Otros métodos de interpretación [...]. Señalados los distintos modos de interpretación constitucional, la Corte Constitucional estima que no es apropiado elegir uno solo de ellos, prescindiendo de los demás, para dar respuesta a la solicitud de interpretación formulada por el Primer Mandatario. No basta ajustar al tenor literal de las normas constitucionales enunciadas (Arts. 113, 115 y 116); hay que tomar en cuenta la realidad histórica, así como la finalidad perseguida por el Constituyente al dictar dichas normas constitucionales; y sobre todo, analizar el texto de las citadas normas supremas, no de manera aislada, sino en el contexto de toda la Carta Magna, esto es, un análisis sistemático de las referidas disposiciones constitucionales”.

²⁷⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 009-10-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0013-09-IN, Acumulados n.º: 0009-09-IA, 0019-09-IN, 0024-09-IN, 0025-09-IN, 0026-09-IN, 0033-09-IN, 0040-09-IN, 0044-09-IN y 0049-09-IN*, 09 de septiembre de 2010, 42 que establece al referirse a la ponderación de principios que: “[...] Por lo tanto, para cumplir con la voluntad del constituyente, haciendo uso de los métodos de interpretación propios del nuevo estado constitucional de derechos y justicia, se empleará para modular el efecto del fallo y garantizar la integridad de la Constitución, lo que en doctrina y en la jurisprudencia constitucional comparada se denomina sentencia de inconstitucionalidad diferida”.

que, en el caso en estudio sobre el Régimen Especial de la provincia de Galápagos, no corresponde utilizar la ponderación.²⁷⁷

Por su parte, el “Dictamen n.º 001-11-DRC-CC”, “Sentencia n.º 001-11-SIO-CC”, “Sentencia n.º 003-09-SIN-CC”, “Sentencia n.º 0004-09-SAN-CC”, “Sentencia n.º 007-11-SCN-CC”, “Sentencia n.º 007-13-SIN-CC”, “Sentencia n.º 010-12-SIN-CC”, “Sentencia n.º 017-15-SIS-CC”, “Sentencia n.º 018-15-SIN-CC” solo nombran a la ponderación sin referirse, de forma directa, a sus categorías técnicas de delimitación conceptual, como referente indicativo de la eficacia de la decisión ponderativa.

Asimismo, la “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC”, se refiere a los parámetros de la ponderación, pero desde el análisis de la debida proporcionalidad penal y la “Sentencia n.º 008-14-SCN-CC” y “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC” solo hablan del principio de proporcionalidad empero no de la ponderación. Por último, la “Sentencia n.º 021-12-SIN-CC”, habla del factor de ponderación del seguro de cesantía, asunto impertinente con el objeto de estudio.

Por las razones expuestas, no se emplea en el análisis empírico ninguna de las 19 resoluciones prenombradas, por cuanto sus datos informativos son escasos e incongruentes para el análisis de las subcategorías técnicas de delimitación conceptual de la ponderación. Por el contrario, las 6 sentencias elegidas son representativas y adecuadas, por ser estudios de casos con abundante información que cumplen con los criterios señalados, en función de los objetivos de la investigación.

Tercero, para la presentación de resultados de esta categoría técnica conceptual se emplean tablas y figuras para comprender el fenómeno en estudio, los que se evalúan en términos probabilísticos.

²⁷⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 017-12-SIN-CC”, en *Caso n.º:0033-10-IN*, 26 de abril de 2012, que argumenta: “Es evidente que el Régimen Especial atribuido por las constituciones de 1978, 1998 y actual Constitución de la República, a la provincia de Galápagos, limitan el ejercicio de derechos, libertades y oportunidades de sus pobladores, lo cual, en principio, exigiría un ejercicio de ponderación por la aparente contradicción normativa, que según el actor es “un galimatías jurídico”; sin embargo, debemos ser claros en señalar que el ejercicio de ponderación, como método extraordinario de interpretación de la Constitución para dilucidar las antinomias, opera cuando existe conflictividad entre normas y principios constitucionales, situación que la Corte Constitucional no observa en el presente caso, pues es la misma Constitución, a través de su artículo 258, que ordena la limitación de los derechos de migración interna, trabajo o cualquier otra actividad pública o privada que pueda afectar el medio ambiente y el ecosistema de las Islas, sin que esto signifique que el Ecuador renuncie a su condición de Estado constitucional de justicia y de derechos.

Tabla 12
Conceptualización de la ponderación

n.º	n.º sentencia	Categoría					
		Procedimiento de resolución conflictos		Comparación de principios en colisión		Operativización caso concreto	
		Cumple	No cumple	Cumple	No cumple	Cumple	No cumple
1	001-08-SIC-CC	x (Herramienta aplicación)	x (Método de interpretación)	x		x	
2	002-08-SIC-CC		x (Método de interpretación)	x		x	
3	001-09-SCN-CC		x (Método de interpretación)	x		x	
4	002-09-SAN-CC	x (Herramienta aplicación)	x (Método de interpretación)	x		x	
5	002-09-SIC-CC	x (Herramienta aplicación)		x		x	
6	048-13-SCN-CC		x (Método de interpretación)	x		x	

Fuente y elaboración propias

Conforme lo indicado, a continuación, la tabla 12 esquematiza las propiedades relevantes de la ponderación que debería analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana para efectos de delimitar el alcance de dicho término y como guía de entendimiento y evaluación conceptual dentro de las sentencias que se analizan.

En general, salvo el primer requerimiento (procedimiento de resolución de conflictos) que es objeto de examen separado, se puede inferir que los parámetros segundo y tercero (comparación de principios en colisión y operativización de caso concreto) se cumplen —al menos formalmente— en todas las resoluciones sujetas a revisión por parte de la Corte Constitucional en los períodos 2008-2015, en donde concurren principios del mismo valor que entran en colisión y que se sopesan en el caso concreto en busca de la solución más razonable.

En cambio, con relación al primer parámetro relativo a la conceptualización de la ponderación como una técnica o herramienta de resolución de conflictos, es decir, como un procedimiento metodológico de aplicación de normas con carácter de principios, se evidencia (en la mayoría de los casos) que la Corte Constitucional lo entiende de manera errada. Dichos condicionamientos sí son atribuibles a la

ponderación pues se refieren a límites internos que se relacionan con la capacidad del conocimiento.

De manera más detallada, la tabla 13 esquematiza la definición dada por los jueces constitucionales a la ponderación, como: (1) método de interpretación, (2) herramienta de aplicación del derecho o (3) confunden ambas categorías, para efectos de delimitar el alcance de dicho término como guía de evaluación conceptual dentro de las sentencias que se analizan.

Tabla 13

La ponderación como herramienta de aplicación del derecho o método de interpretación

n.º	n.º de sentencia	Tipo de sentencia	Método de interpretación	Herramienta de aplicación del derecho	Ambas	Total
1	001-08-SIC-CC	Sentencia interpretativa	0	0	1	1
2	002-08-SIC-CC	Sentencia interpretativa	1	0	0	1
3	001-09-SCN-CC	Consulta norma	1	0	0	1
4	002-09-SAN-CC	Acción por incumplimiento	0	0	1	1
5	002-09-SIC-CC	Sentencia interpretativa	0	1	0	1
6	048-13-SCN-CC	Control concreto	1	0	0	1
Total		---	3	1	2	6

Fuente y elaboración propias

Conforme queda expuesto, la tabla 13 se centra en delimitar a la ponderación como: (1) método de interpretación, (2) herramienta de aplicación del derecho o (3) confunden ambas categorías. El procedimiento a seguir partió de la lectura atenta de las sentencias objeto de estudio. Luego, se elaboraron fichas estandarizadas que recogen los fragmentos más relevantes de las definiciones de ponderación que elabora la Corte Constitucional, las que se agruparon y descompusieron en temas particulares de referencia que se categorizaron en unidades conceptuales que constituyen las variables objeto de análisis y que “implica la construcción de un nexo entre los datos recogidos durante el trabajo de campo y las nociones conceptuales abordadas durante la construcción del marco teórico”.²⁷⁸

²⁷⁸ Izcara, Manual de investigación cualitativa, 60.

Por último, las unidades simples “método de interpretación”, “herramienta de aplicación del derecho” o “confusión de categorías”, se sometieron a análisis cualitativo con el fin de evidenciar la concepción de balanceo que tiene dicho tribunal.

La interpretación de estos datos primarios se enriquece con el contraste o análisis cruzado de dos sentencias relevantes. La Sentencia n.º 003-14-SIN-CC,²⁷⁹ que se relaciona con la Ley de Comunicación, sin evidenciarse que este tribunal se refiera a estos aspectos. No obstante, se describen aspectos del principio de proporcionalidad en los que se da cuenta de la falta de tecnicidad con la que se realiza dicho examen.

En lo que respecta a las disposiciones que acusa por el fondo se argumenta que los derechos a la comunicación forman parte del contenido de las normas que componen el ordenamiento jurídico y sin hacer alusión a la ponderación como método de aplicación del derecho realiza, en cada caso, un examen de las normas cuya inconstitucionalidad se acusa, a través de la comparación de intensidades de intervención de los principios, con el fin de establecer el grado de afectación, sin mayor justificación racional, en las diferenciaciones de los contenidos comunicacionales (información y opinión) desarrollados en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, más allá de las afirmaciones de que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, sino que tiene límite en los derechos de los demás y que las restricciones tienen carácter de excepcional sin que se conviertan en un mecanismo de censura previa.

Por su parte, la “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC” de la Corte Constitucional ecuatoriana señala:

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.

[...] La ponderación es un método de interpretación constitucional que consiste en sopesar dos derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, con el objeto de que atendiendo a los elementos fácticos y particularidades de cada caso, el intérprete constitucional le otorgue primacía de un derecho por sobre el otro.²⁸⁰

²⁷⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0014-13-IN y acumulados n.º: 0023-13-IN y 0028-13-IN*, 28 de noviembre de 2008, que se analiza, de forma pormenorizada, en el siguiente capítulo dentro del componente político de la ponderación.

²⁸⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1116-10-EP*, 27 de marzo de 2012, 19, que plantea un dilema constitucional entre los derechos del menor al pago de una pensión alimenticia que precautele su vida, dignidad y libertad ambulatoria frente a los del alimentante que es una persona discapacitada y con una enfermedad degenerativa.

En resumen, la “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC” señala a la ponderación como un método de interpretación constitucional, al igual que la mayoría de los resultados de la tabla en análisis (50%).

En definitiva, del análisis de datos de la tabla 13 y la figura 2, se observa que, solo en uno de los casos en estudio, la Corte Constitucional ecuatoriana identifica a la ponderación como una herramienta de aplicación del derecho (16.7%), mientras que, en el 50% de los casos la considera como método de interpretación y en el otro 33,3% tiene una concepción mixta.

Por tanto, hay una clara tendencia de la Corte Constitucional —a diferencia de la doctrina— a considerar a la ponderación como un método de interpretación constitucional en lugar de una técnica de aplicación del derecho, o a confundir ambos aspectos.

Ello obedece a: (1) La poca técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 3 de la LOGJCC, que entremezcla el tipo de normas que entran en conflicto con los métodos, criterios y reglas de interpretación y las metodologías para su resolución. (2) La falta de entendimiento teórico de los jueces constitucionales con respecto de los distintos pasos necesarios para la solución de los conflictos constitucionales, donde se emplea, por un lado, la interpretación argumentativa para desentrañar el sentido de las normas plurales —explícitas o implícitas— o que se inducen de las fuentes no convencionales del derecho que inciden en la realidad local; y, por otro, las alternativas que escoja el juez para resolver cada caso (ponderación o subsunción).

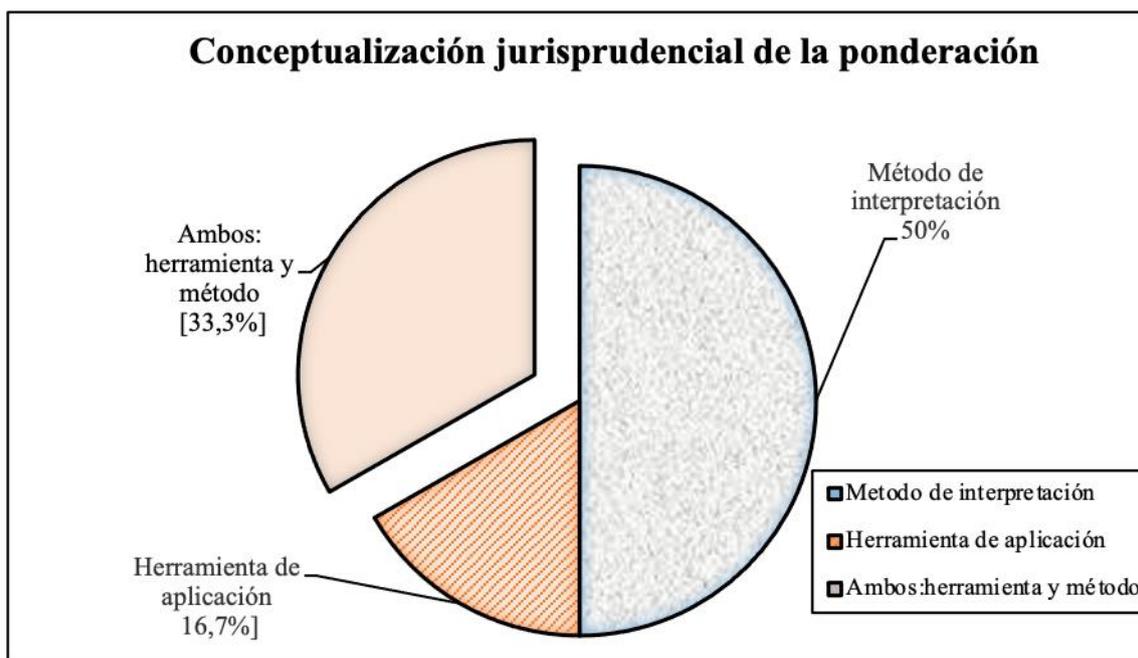


Figura 2. La ponderación como herramienta de aplicación del derecho o método de interpretación.

Fuente y elaboración propias

Hay que considerar que, si se concibe a la ponderación como “método de interpretación” o se tiene una “concepción mixta del balanceo”, técnicamente es imposible aplicar —de forma rigurosa— el procedimiento lógico y normativo de la ponderación, lo que conlleva a que sea un método de resolución de conflictos poco técnico en términos de razonabilidad semántica. La consecuencia de ello es que las erradas comprensiones de dicho método podrían conllevar, en la práctica, al incumplimiento de los otros parámetros de la ponderación y a la producción de sentencias arbitrarias que no satisfacen un óptimo del balanceo.

A continuación, se procede con el análisis de contenido de este aspecto temático en las mentadas sentencias, pues las pautas recurrentes o la frecuencia de las menciones constituyen un criterio para el análisis y fundamentación de cada categoría central, de acuerdo con el grado de importancia que se asigna a cada parámetro.

Así, en las Sentencias n.º 001-08-SIC-CC²⁸¹ y n.º 002-09-SAN-CC²⁸² se utilizan indistintamente a la ponderación como método decisorial o criterio de interpretación (33,3%). Dichas sentencias establecen la necesidad de aplicación de las herramientas de

²⁸¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa n.º 001-08-SIC-CC”, en *Casos Acumulados n.º 0003-08-IC, 0004-08-IC, 0008-08-IC*, 28 de noviembre de 2008, Registro Oficial 479, Primer Suplemento, 2 de diciembre de 2008.

²⁸² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”, en *Caso n.º 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009, 29-30.

la ponderación y proporcionalidad, propias del método racional, para establecer alternativas de interpretación más conforme a la Constitución frente a la insuficiencia de los métodos de interpretación jurídica tradicionales; no obstante, a la par, contemplan a la ponderación como un método de interpretación. De forma expresa, la “Sentencia n.º 002-09-SAN CC”, establece:

[...] Los principios constitucionales constituyen la materialización de los derechos, y su estructura normas téticas, torna necesaria la utilización de métodos de interpretación diferentes a aquellos exegéticas inherentes al Estado de Derecho. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por ese motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos fundamentales [...].

Bajo esos parámetros, compete al Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición. a partir de la ponderación de derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: [...] Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.²⁸³

Por otra parte, en otro grupo también participan “Sentencia Interpretativa n.º 002-08-SIC-CC”, “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC” y “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC” (50%) quienes consideran a la ponderación como un método de interpretación. Así, la prenombrada “Sentencia Interpretativa n.º 002-08-SIC-CC” señala algunas reglas para la solución de contradicciones normativas de igual jerarquía —en el caso concreto entre la Constitución y las normas del régimen de transición—:

Primera regla. [E]n tanto que son de igual jerarquía, las normas de uno y de otro ordenamiento, deben ser interpretadas a través de los sistemas de interpretación generales y, concretamente, a través de los sistemas de interpretación propios de la Constitución, particularmente, los mecanismos de ponderación de normas y test de razonabilidad [...].

[S]egunda regla. [E]l juicio de ponderación y el test de razonabilidad, si bien generalmente se aplican a la interpretación práctica de los derechos fundamentales, no son exclusivos de esta. Son potencialmente aplicables a la parte orgánica o institucional de la Constitución, debido a que la lectura literal de la parte orgánica de la Constitución puede, en determinados contextos de aplicación, terminar en soluciones inconstitucionales o contradictorias.

²⁸³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009, 29-30.

En el caso del Régimen de Transición respecto de la Constitución, debido a que tienen la misma jerarquía normativa por provenir de la misma fuente de producción, no es posible resolver los conflictos o contradicciones entre estas normas a partir de la aplicación del principio jerárquico, sino que se debe ponderar su aplicación en el caso concreto, a partir de una lectura sistemática de la Constitución y del Régimen de Transición y tomar en cuenta la finalidad de las normas de uno y otro cuerpo normativo, de acuerdo con el querer originario del constituyente.

En ese sentido, solo si no es posible resolver las aparentes contradicciones entre estas normas con estos métodos tradicionales, se puede acudir a los sistemas de interpretación propios de la Constitución y particularmente, el método de la ponderación de normas.²⁸⁴

Por su parte, en la “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC” la Corte Constitucional ecuatoriana señala:

Estas circunstancias se definirán a la luz de la Constitución y a través de los métodos de interpretación constitucional, como la proporcionalidad que a su vez se remite a tres subprincipios: la idoneidad, razonabilidad y la ponderación, a fin de realizar una decisión constitucionalmente justa.²⁸⁵

Por último, la Sentencia n.º 048-13-SCN-CC dispone:

[...] Empero, esta Corte, previo a la resolución del problema jurídico, cree necesario precisar una diferenciación entre la proporcionalidad penal entendida como principio constitucionalmente reconocido y los métodos de interpretación denominados "proporcionalidad" y "ponderación" [...] Como métodos de interpretación, ambos constituyen instrumentos puestos a disposición de [l]a jueza o juez constitucional para dilucidar el contenido de la Norma Fundamental. Incluso podríamos afirmar que la legitimidad de su utilización se deriva directamente de principios constitucionales, como son la supremacía constitucional, el mandato de aplicar sus normas de manera directa, la prohibición de restricción del contenido de los derechos constitucionales, el principio de interpretación *pro personae*, la indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de los derechos y principios o la prohibición de regresividad [sic].²⁸⁶

Hasta aquí, de la lectura de las resoluciones “n.º 002-08-SIC-CC”, “n.º 001-09-SCN-CC” y “n.º 048-13-SCN-CC”, se puede apreciar que el tribunal se decanta, en la mayoría de los casos (50%), por una definición de ponderación que podría constituir su

²⁸⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa n.º 002-08-SI-CC”, en *Casos Acumulados n.º: 0005-08-IC y 0009-08-IC*, 10 de diciembre de 2008. *Caso Régimen de Transición del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social*, Registro Oficial 487, Segundo Suplemento, 12 de diciembre de 2008, 17.

²⁸⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 0001-09-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009, 6, que plantea un tema de consulta de constitucionalidad de los artículos 80 y 210 del Código de Procedimiento Penal vigente a aquella época, referente a la eficacia probatoria de la prueba y “la excepcionalidad de los medios probatorios en procura de la eficacia probatoria de la función pública, para evitar que por meras formalidades este se dilate, o se produzcan actos probatorios deficientes”.

²⁸⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0179-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional 004, 23 de septiembre de 2013, 65-6.

núcleo conceptual mínimo, pero, por lo regular, se refiere a ella como un método de interpretación racional,²⁸⁷ puesto a disposición de los jueces constitucionales para dilucidar el contenido de la Constitución y realizar un control de legitimidad de las decisiones que involucran este tipo de normas de forma bidireccional y no desde la pluralidad normativa.²⁸⁸

Finalmente, en la “Sentencia Interpretativa n.º 002-09-SIC-CC” (13,3%) se establece lo siguiente:

Por último, debemos tener presente que en el mundo jurídico global cada vez, con más intensidad, se hace evidente la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos de dos tipos básicos de normas: Las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación jurídica de los derechos humanos.

Luis Prieto Sanchis, a propósito del juicio de ponderación constitucional, nos enseña que existe una antinomia o contradicción normativa cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden ser observadas simultáneamente [...].

Ponderar entonces es, buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

La principal crítica efectuada al método de ponderación es que no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico y que, por lo tanto, ni los jueces ni la Corte Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad para aplicar los principios mediante este procedimiento.

De las posibles lecturas de los textos constitucionales, el intérprete, cualquiera que fuese, debe escoger aquel método que garantice eficazmente el cumplimiento estricto de la voluntad real del constituyente conectado con el carácter normativo de la Constitución, establecido en los artículos 424 y 426 de la Constitución, sin que le esté permitido ir más allá. Por lo tanto, a nuestro juicio y en razón de que existiría una tensión entre dos normas constitucionales de igual jerarquía, esto es, la norma constitucional prevista en el numeral 4 del artículo 57, respecto de las normas constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323, respectivamente. El método a utilizarse en el análisis de la presente causa es el de la “ponderación”.²⁸⁹

Más adelante, este fallo en su argumentación determina:

²⁸⁷ Esta afirmación obedece, en parte, a que la Corte Constitucional se inclina por una concepción de aceptación y superación técnico-jurídica del conflicto.

²⁸⁸ Ello significa mantener una Constitución de cerrojo concebida a partir de un conocimiento *a priori*, neutral, metódico e indiscutible del razonamiento jurídico que desconoce la multiconflictividad de la realidad jurídico-político local.

²⁸⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-09-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0003-09-IC*, 14 de mayo de 2009, 8 y 9.

[...] en relación al juicio de ponderación, nos enseña que “Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto; no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso. Se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que, inevitablemente, ante cada caso de conflicto, sea preciso reconocer primacía a uno u otro”, y agrega que el resultado óptimo de un ejercicio de ponderación, no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos.²⁹⁰

En otras palabras, la “Sentencia Interpretativa n.º 002-09-SIC-CC”, en un porcentaje reducido (13,3%), manifiesta que la ponderación es una metodología de toma de decisión o un procedimiento para la aplicación de normas-principios, de igual valor, que busca la mejor decisión.

En resumen, la Corte Constitucional ecuatoriana entiende conceptualmente a la ponderación, en orden de importancia, como: (1) método de interpretación (50%); (2) utiliza indistintamente a la ponderación como método de toma de decisión y método de interpretación (33,3%); (3) técnica de aplicación de conflictos constitucionales (16,7%), lo que significa, en último término, que utiliza indistintamente el término ponderación como método de resolución o de interpretación de los jueces constitucionales, sin un desarrollo adecuado que permita entender el porqué de esta racionalidad argumentativa. Por el contrario, parecería que la definición de la ponderación más adecuada es más esporádica, lo cual impide conseguir un óptimo de ponderación desde su propio alcance conceptual.

Ello obedece, en parte, a la deficiencia técnica de los jueces y el escaso interés dado a la conceptualización y funcionamiento del mecanismo, lo que deslegitima la labor decisional de este tribunal. Sin embargo, más allá de la cuestión terminológica, es necesario establecer también si la ponderación es razonable en términos procedimentales. Por ello, la necesidad de evaluación de las exigencias técnicas restantes.

3.3. El procedimiento ponderativo en la jurisprudencia ecuatoriana

²⁹⁰ *Ibíd.*, 14.

Conforme dejamos sentado en el capítulo primero este punto, hace referencia a la forma como se lleva a cabo la ponderación (aspecto metodológico) desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana.

A continuación, se establecen los cuatro parámetros formales, que se señalaron en el capítulo anterior, para el entendimiento de la estructura ponderativa que, en orden sucesivo son: (1) identificación del derecho, principio o valor intervenido; (2) identificación del conflicto o problema entre principios o derechos; (3) determinación del pesaje; (4) solución argumentada. Todas estas pautas de delimitación de los condicionamientos técnicos se verifican a partir del conjunto de decisiones jurisprudenciales (2008-2015) que fueron objeto de análisis en el apartado anterior — referente a la conceptualización de la ponderación— a excepción de la Sentencia n.º 002-08-SIC-CC, que solo analiza el aspecto conceptual mas no la estructura ponderativa y buscan demostrar la existencia o no de límites en el empleo de esta herramienta.

La tabla 14 sintetiza los elementos en mención que se deben analizar como pautas de evaluación de la ponderación por parte de los jueces constitucionales. El fracaso de alguna de las medidas supone el inmediato rechazo de las siguientes, pues supone el quebrantamiento de alguno de los pasos de la estructura de la ponderación.

Tabla 14
Condicionamientos técnicos de la estructura ponderativa

n.º	n.º sentencia	Categoría							
		Identificación del derecho		Identificación del conflicto		Pesaje		Argumentación	
		Cumple	No cumple	Cumple	No cumple	Cumple	No cumple	Cumple	No cumple
1	001-08-SIC-CC	x		x		x			x
2	002-09-SAN-CC	x		x		x		x*	
3	001-09-SCN-CC	x		x			x		x
4	002-09-SIC-CC	x		x		x			x
5	048-13-SCN-CC	x		x		x			x
Total		5	--	5	--	4	1	1	4

El símbolo (*) determina que si bien se cumple con la categoría esta resulta segmentada.

Fuente y elaboración propias

La tabla 14 esquematiza las categorías mínimas que debe contener la estructura ponderativa en las resoluciones de la Corte Constitucional ecuatoriana como guía de evaluación. En general, se puede concluir que los juzgadores cumplen, de manera

formal, con la identificación del derecho y del conflicto (100%) mientras que el pesaje se lo cumple en la mayoría de los casos (80%); sin embargo, el cuarto parámetro (argumentación) en la mayoría de los casos concretos no se cumple (80%) o se cumple de forma segmentada (20%). Ello evidencia que los juzgadores cumplen con señalar ciertos elementos de la estructura interna de la ponderación, pero utilizan la herramienta de forma segmentada; de igual manera, no justifican de forma adecuada las razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.

Si el intérprete constitucional hace mal uso de la ponderación, entonces el problema no radica en la herramienta sino en su empleo de la misma manera que la subsunción.

En resumen, no se puede exigir a la ponderación más allá de lo que ella puede procurar, es decir, ser una moldura estructural para dar cierto orden a las alternativas en conflicto y mostrar las razones de los supuestos de posible colisión con el fin de llegar a una decisión razonable. No obstante, la corrección del empleo de la ponderación depende tanto de la correcta y completa utilización del instrumento como de los argumentos que se introduzcan en ella y que se asienten en el respeto real y efectivo a los derechos de las personas y la democracia.

A continuación, se analiza e interpreta el contenido de cada una de las sentencias que se someten a constatación empírica, con el fin de escudriñar y entender los aspectos temáticos que se someten a evaluación, cuyos resultados reflejan la forma en que los juzgadores emplean la ponderación en los casos que se analizan y que quedan reflejados en la tabla expuesta. Así, del texto de la Sentencia n.º 001-08-SI-CC²⁹¹ se desprende que la controversia se contrae a solucionar un conflicto constitucional en el que es necesario ponderar (pesar) los derechos al trabajo y la autonomía de la voluntad frente a los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, expedita e imparcial, con el fin de determinar cuál de ellos prevalece en las circunstancias concretas. Así, se señala:

La solución al caso mediante la ponderación de derechos supone, en primer lugar, reafirmar el principio de igualdad jerárquica de los derechos fundamentales en conflicto; en segundo término, establecer si la voluntad del Constituyente fue limitar el

²⁹¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa n.º 001-08-SI-CC”, en *Casos Acumulados n.º: 0003-08-IC, 0004-08-IC, 0008-08-IC*, 28 de noviembre de 2008, Registro Oficial 479, Primer Suplemento, 2 de diciembre de 2008, 30. El conflicto se basa en que “al no aceptar el procedimiento del sorteo para la designación de jueces de la Corte Nacional de Justicia, los magistrados de la ex Corte Suprema de Justicia ejercieron su derecho a escoger el trabajo que mejor les convenga; sin embargo, esta negativa se relaciona directamente con el ejercicio de los derechos al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva”.

ejercicio de la autonomía de la voluntad de los ex magistrados y si su decisión de no aceptar el sorteo tuvo por finalidad limitar el ejercicio de los derechos al acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva; luego habrá que analizar si los medios escogidos tanto por el Constituyente como por los ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se ajustan al ordenamiento jurídico; y, finalmente, establecer la relación de causalidad entre los medios empleados y los fines propuestos.²⁹²

Con el fin de realizar el pesaje, la Corte Constitucional argumenta lo siguiente:

En cuanto a lo primero, la sentencia sustenta, de manera suficiente, los principios constitucionales de igualdad, unicidad, universalidad, interdependencia, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos. Respecto de lo segundo, es claro que el artículo 21 del Régimen de Transición establece la terminación del período de las treinta y uno (31) magistradas y magistrados de la Corte Suprema de Justicia, debiendo entenderse dicha terminación como conclusión de sus funciones; sin embargo, es claro también que el espíritu del Constituyente fue la existencia de una relación de continuidad entre su condición de ex Magistrados y la de jueces designados mediante sorteo, pero al no ser explícita esta intención, no puede atribuirse de manera absoluta que la limitación de los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, sea imputable exclusivamente a su negativa para desempeñar las funciones; además resulta legítimo desde el punto de vista de la protección de los derechos, que los ex miembros de la Corte Suprema de Justicia propugnen la vigencia plena de su derecho a desempeñar o no las funciones de jueces de la nueva Corte Nacional de Justicia, que constituye en definitiva el ejercicio de su autonomía de la voluntad y de escoger libremente el trabajo. En relación a los medios escogidos, el Constituyente estableció el sorteo como mecanismo de designación de jueces, cuya pertinencia constitucional ha sido ya desarrollada en esta sentencia; y, en cuanto a los medios utilizados por los ex magistrados, es decir, negarse a aceptar la designación, desde antes de la aprobación del Régimen de Transición mediante referéndum; y posteriormente, no aceptar el resultado del sorteo, esta actuación supone efectivamente el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que se encuentra garantizada en la propia Constitución (Arts. 33, 66 numeral 17; y, 66 numeral 29 literal d); de tal forma que los medios escogidos tanto por el Constituyente como por los ex magistrados, no son materialmente contrarios a la Constitución, sin perjuicio de que su utilización ha comprometido el normal desenvolvimiento de la administración de justicia. La relación de causalidad entre finalidades y medios utilizados permite determinar la conclusión del test de razonabilidad, a través de la formulación de la regla de que el principio de sujeción a las normas de la Constitución y del Régimen de Transición, impone a los jueces de la Corte Nacional de Justicia designados mediante sorteo, la obligación constitucional y legal de ejercer sus funciones jurisdiccionales, pero respetando la autonomía de su voluntad, estableciéndose para el caso de no aceptación de los jueces designados, los mecanismos institucionales menos gravosos desde el punto de vista de la vigencia de la Constitución, para su reemplazo, en aras de garantizar la vigencia efectiva de los derechos de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva. De esta forma, todo ejercicio de ponderación parte de la premisa de que no existen derechos absolutos, sino que la solución jurídica, como en el caso concreto, debe tener presente una problemática multicausal.²⁹³

²⁹² *Ibíd.*, 31.

²⁹³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia Interpretativa n.º 001-08-SI-CC”, en *Casos Acumulados n.º: 0003-08-IC, 0004-08-IC, 0008-08-IC*, 28 de noviembre de 2008, Registro Oficial 479, Primer Suplemento, 2 de diciembre de 2008, 31-2.

Ciertamente, la sentencia operacionaliza la ponderación a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio. No obstante, si bien existe pesaje de los bienes este resulta deficitario al igual que la argumentación empleada, pues la corte debió evaluar si la medida restrictiva del derecho (trabajo y autonomía de la voluntad) era adecuada para la protección del fin perseguido que era (acceso a la justicia y tutela judicial efectiva). De igual manera, el examen de necesidad tampoco analiza de, entre todas las medidas idóneas para alcanzar el fin, cuál es la menos lesiva al derecho sujeto a restricción (trabajo y autonomía). Por último, no se evalúa si la afectación al derecho al trabajo es proporcional a la importancia de protección del derecho que juega en sentido contrario, lo que permite concluir que para la Corte Constitucional la ponderación consiste en procurar que cada solución a la que se arribe responda a una conveniencia constitucional del momento. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación que se realiza, esto es, aceptar el procedimiento de sorteo para lo designación de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, sin el análisis detallado del derecho constitucional afectado.

Todo ello, denota que los problemas de ponderación no provienen directamente de su estructura formal, sino de la inadecuada argumentación de las razones justificatorias conflictivas y que constituyen, al mismo tiempo, razones y objetos de los juicios ponderativos, lo que conduce a que los jueces tomen decisiones arbitrarias revestidas de ponderación, sin que ello implique la ineficacia de la herramienta.

Por su parte, la Sentencia n.º 002-09-SAN-CC con relación a la ponderación señala:

Bajo esos parámetros, compete al Pleno de la Corte Constitucional para el Período de Transición, a partir de la ponderación de derechos, sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso concreto. El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina "ley de la ponderación" y que se puede formular de la siguiente manera: [...] Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.²⁹⁴

La Corte comienza con un test de razonabilidad, como paso previo al análisis de la proporcionalidad, que consiste en determinar si la relación entre el medio establecido,

²⁹⁴ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia n.º 002-09-SAN-CC", en *Caso n.º: 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009, Registro Oficial 566, Suplemento, 8 de abril de 2009, 30, relativa a la acción de incumplimiento del art. 23 de la Ley Orgánica de Discapacidades en contra del Procurador General del Estado y de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.

es decir, si la restricción del derecho a exenciones tributarias en la importación de vehículos ortopédicos o no ortopédicos de hasta tres años de fabricación a favor de personas con discapacidad era adecuada para la consecución del fin constitucionalmente protegido, es decir, la protección al medio ambiente y los derechos del consumidor. En este caso, el tribunal concluye que el dictamen del Procurador General del Estado es inadmisibles pues “las medidas para evitar la contaminación ambiental no pueden involucrar el sacrificio de derechos humanos, menos aún de aquellos inherentes a la población discapacitada”;²⁹⁵ por ello, la considera irrazonable e inconstitucional.

Por otra parte, la Corte Constitucional ecuatoriana, en este caso, se refiere de forma puntual a ciertos elementos de la estructura de la ponderación, como son: la ley de la ponderación y la fórmula del peso.²⁹⁶

En concreto, la prenombrada sentencia verifica la existencia de un derecho, principio que se interviene con su respectiva consagración constitucional o convencional —derecho a la exención tributaria a favor de la población discapacitada (artículos 47 numeral 4 y 11 numeral 3 de la Constitución de la República y 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades)—. A continuación, se identifica el conflicto entre los derechos constitucionales en juegos, esto es: (1) derecho a exención tributaria a favor de la población discapacitada (artículos 11 numeral 2, 47 numeral 4 de la Constitución de la República y 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades) que se formula como [D1]; y, (2) derechos de defensa del consumidor y protección al medio ambiente (27 de la Ley Orgánica de Aduanas, 50 inciso 1 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz) que se enuncia como [D2].

²⁹⁵ *Ibíd.*, 27.

²⁹⁶ *Ibíd.* “Con relación al primer aspecto, considera siguiendo a Alexy, que esta constituye el núcleo de la ponderación o el examen de proporcionalidad en sentido estricto, cuyos pasos se desarrollan a través de la fórmula del peso. Con relación a la ley de la ponderación la Corte Constitucional considera que es necesario: (1) Definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. (2) Determinar la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. (3) Definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. Ahora bien, para establecer el tercer paso es necesario conectarlo a las tres variables: peso concreto (Pc), peso abstracto (Pa) y la apreciación empírica relacionada a la afectación que la medida examinada en el caso concreto proyecta sobre los principios relevantes, mediante la fórmula del peso (Af). Sin embargo, se recalca que, para el caso ecuatoriano solo es aplicable la variable del peso concreto y no del peso abstracto, pues conforme el artículo 11, numeral 6 de la Constitución, todos los principios son de igual jerarquía. La escala triádica solo se aplicaría para la variable relativa al peso concreto, a través de la atribución de los siguientes valores numéricos: leve= 1; medio= 2; e, intenso= 4. En el caso de las variables relacionadas a la seguridad de las premisas fácticas, se les atribuye un valor de seguro=1, plausible= ½ y no evidentemente falso= ¼.”.

Luego, se atribuye un nivel de peso a cada uno de los principios en las circunstancias del caso, para lo que recurre a la fórmula del peso que, en los términos de este tribunal, se expresaría de la siguiente manera:

$$D1 = \frac{D1 \cdot AfD1}{D2 \cdot AfD2}$$

En síntesis, esta fórmula expresa que el peso del principio o derecho (D1) con relación al principio o derecho (D2), en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio (D1) en concreto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del derecho (D2) en concreto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. El peso abstracto, no es aplicable para la Corte Constitucional por las razones expuestas *ut supra*. Asimismo, la sentencia atribuye a las variables que se relacionan con la afectación de los principios, el peso abstracto y la seguridad de las premisas fácticas los mismos valores de Alexy.

Por último, se establecen las razones por las que la Corte considera inconstitucional las restricciones al derecho a la exención tributaria a favor de la población discapacitada.²⁹⁷

²⁹⁷ *Ibíd.*, 32-3. “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. Con respecto al peso abstracto, no es aplicable al caso por las razones expuestas previamente. Finalmente, 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). 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. Debe recordarse que la exención respecto a estos automotores se da en razón al grupo, no es aplicable a la población en general [...] La conclusión que se genera a partir del uso de la fórmula del peso, refleja que la satisfacción del derecho al medio ambiente sano y del consumidor —satisfechos sólo en 0.25—, no justifica la intervención en los derechos de los grupos de atención prioritaria, como en efecto es aquel previsto en el artículo 47 numeral 4 de la Constitución y desarrollado en el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades —afectados en 4—. Estos últimos, deberán preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debe establecerse que resulta inadmisibles e inconstitucional la restricción a la importación libre de impuestos de vehículos automáticos de hasta tres años de fabricación a favor de la población discapacitada”.

En resumen, si bien la Sentencia n.º 002-09-AN-CC se refiere expresamente a ciertos elementos de la estructura de la ponderación —ley de la ponderación y la fórmula del peso—, no obstante, omite aludir, de forma explícita, a otro elemento de la estructura de la ponderación, esto es, las cargas argumentativas. Con todo, parecería que ello obedece a que, en la aplicación de la fórmula del peso, no existió un empate entre los principios en conflicto, sino que uno primó sobre otro. Sin embargo, hubiera sido oportuno señalarlo, pues de lo contrario, parecería que la operación se encuentra seccionada.

Conviene indicar que la Corte no aporta criterios suficientes para la valoración de todos los derechos involucrados pues, por un lado, parece que se inclina por reconocer, el derecho a exención tributaria a favor de la población discapacitada [D1]; y, por otro, los derechos de defensa del consumidor y protección al medio ambiente [D2], de forma acumulada, sin que se especifique —en este último caso— las distintas razones relevantes que se aplican a cada derecho, con el fin de mostrar la situación en todos los supuestos de posible colisión. Este tribunal se limita a mencionar la protección del derecho de los consumidores empero no aporta razones que soporte esta premisa. No obstante, los problemas de justificación en este caso no son atribuibles a la estructura ponderativa sino a la deficitaria y segmentada argumentación.

Si bien es cierto que la corte llega a una solución que puede presumirse correcta o justa, se advierte que dicha operación obedece más que un ejercicio argumentativo suficiente y completo, a la contundencia de la restricción del derecho constitucional a las personas con capacidad reducida.

Se recalca que las operaciones de Alexy —que utiliza la CC— además, de complejas y poco entendibles, no están exentas de la operación argumentativa que respalda cada una de las afirmaciones de este tribunal en un sentido pro derechos. Esto permite inferir que la ponderación es un procedimiento con estructura que permite ordenar los argumentos dentro de la argumentación, es decir, es una herramienta comparativa de razones. El resultado de la ponderación depende la razonabilidad de los argumentos.

Por otro lado, en la “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC”²⁹⁸ se plantea una consulta que busca la intervención al derecho a la víctima, eficacia probatoria y permanencia de la prueba para determinar la constitucionalidad de las normas de los artículos 80

²⁹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009.

(ineficacia probatoria) y 210 (actos probatorios urgentes) del Código de Procedimiento Penal.

A continuación, se determinan los derechos o principios que se encuentran en conflicto, a partir de las circunstancias concretas del caso, esto es: (1) derechos de la víctima (artículo 78 de la Constitución), acceso efectivo a la justicia (artículo 75 de la Constitución) y eficacia probatoria de la prueba (artículo 76 de la Constitución), que se representan como [D1]; (2) derecho del imputado, intermediación y debido proceso (artículo 76 de la Constitución).

A continuación, la sentencia realiza la siguiente argumentación:

La Constitución de la República del Ecuador otorga al asambleísta legislativo facultad para regular las reformas propias que han de ser observadas en los debidos procesos, fundamento con el cual se adelantará y tramitará las controversias jurídicas. Esta cláusula general de competencia que asiste al legislador en virtud de lo que dispone el artículo 132, numerales 1 y 2 de la Constitución de la República del Ecuador, le otorga la competencia para determinar las ritualidades procesales que se deben observar en el trámite de cada juicio, pudiendo en el caso –limitado por los derechos, principios y valores que consagra la Constitución– disponer que el trámite de algunos procesos se adelante de manera preferente, atendiendo la naturaleza de los intereses que se controvierten. En la presente consulta, el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal trata sobre la eficacia probatoria de la prueba, y es norma compatible con lo dispuesto en el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador que también determina la validez de la prueba y su eficacia probatoria; artículos que responden a un carácter general propio de la exigencia de la normativa, que manda la proporcionalidad, legitimidad y adecuación de los actos probatorios para que se incorporen en casos de excepción, como principio modulable que permite una intervención anticipada, siempre y cuando sea justa. La eficacia probatoria implica que la incorporación de la prueba se realice conforme a los principios del debido proceso, respetando los derechos del imputado (intermediación y debido proceso) y los derechos de las víctimas (acceso efectivo a la justicia). En relación a lo establecido en el artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, se determina que, por excepción, pueden incorporarse medios probatorios en procura de la eficacia de la función pública en el debido proceso, para evitar que por meras formalidades este se dilate, o que se produzcan actos probatorios deficientes; esta excepcionalidad desarrolla el principio de celeridad y eficiencia, se conecta en el fondo únicamente con los delitos que causan mayor alarma social y está orientada a evitar una tardía intervención en la recolección de la prueba. Esta necesidad justifica la existencia de estas normas de excepción, que evitan que se vulneren derechos constitucionales. Ahora bien, es indispensable que estas normas se entiendan en el marco jurídico de las garantías constitucionales y el derecho procesal penal, lo cual implica que las situaciones de excepción deban ser justificadas por el fiscal, la policía o las partes que son las que solicitan al juez que, por urgencia, se realice un acto probatorio.

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, luego de un amplio análisis de la Constitución de la República del Ecuador, tratados internacionales de los que el Ecuador es suscriptor, doctrina y dogmática constitucional y penal, determina que no existen razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes que posibiliten la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas consultadas en la acción (supra), señalando que el dictamen de inconstitucionalidad exige una carga de argumentación mayor y más rigurosa que la que se expone en la petición.

En el presente caso, como puede verificarse, el examen de constitucionalidad de los artículos 80 y 210 del Código de Procedimiento Penal que es objeto de consulta, se define a través del “juicio de proporcionalidad, remitido a tres subprincipios: idoneidad, razonabilidad y ponderación”²⁹⁹ conforme lo señala el propio tribunal. Para ello, en primer lugar, establecen que la competencia para determinar las ritualidades procesales” y, en casos excepcionales, “disponer que el trámite de algunos procesos se delante de manera preferente atendiendo a la naturaleza de los intereses que se controvierten”³⁰⁰ se encuentra prevista en el artículo 132, numerales 1 y 2 de la Constitución y se asienta en el respeto de la autonomía parlamentaria.

En segundo término, con relación al examen de idoneidad o adecuación, se señala que los artículos 80 (ineficacia probatoria) y 210 (actos probatorios urgentes) del Código de Procedimiento Penal que se someten a examen, se encuentran en correspondencia con los artículos 76, numeral 4 de la Constitución (validez de la prueba y eficacia probatoria), que ordenan que en casos excepcionales se incorporen ciertos medios probatorios, “en procura de la de la eficacia de la función pública en el debido proceso, para evitar que por meras formalidades este se dilate, o que se produzcan actos probatorios deficientes”,³⁰¹ por lo que la medida contribuye a la consecución de un fin. De igual manera, se demuestra que existe una relación directa entre el medio (actuación de medios probatorios urgentes) y el fin de la norma (procurar la eficacia, eficiencia y celeridad de la función pública en la recolección de pruebas en delitos que causan mayor alarma social), la que se realiza con respeto a los derechos del procesado (inmediación y debido proceso) y de las víctimas (acceso efectivo a la justicia). Por ello, se concluye que la decisión satisface las exigencias del principio de idoneidad.

Ahora bien, con relación al examen de necesidad —razonabilidad— la corte se limita a indicar que la necesidad se justifica en la existencia de estas normas de excepción que las solicita el juez, por urgencia, para que se realice un acto probatorio. No obstante, en ninguna parte, se refiere a la existencia de otros medios alternativos, para alcanzar el objetivo establecido, y que alguno de esos medios sea igual o menos lesivo para fomentar el fin y que tenga, al menos el mismo grado de idoneidad que la

²⁹⁹ *Ibíd.*, 24.

³⁰⁰ *Ibíd.*, 25.

³⁰¹ *Ibíd.*

medida enjuiciada. Por ello, al no pasar el caso concreto el examen de necesidad, tampoco supera el test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Por último, en este caso concreto, la Corte pone en duda la razonabilidad y legitimidad de la ponderación de los principios al señalar, sin argumentos adecuados, que no existen razones suficientes que validen la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas consultadas, “señalando que el dictamen de inconstitucionalidad exige una carga de argumentación mayor y más rigurosa que la que se expone en la petición”.³⁰²

En otras palabras, los juzgadores sin realizar un análisis de la ley de ponderación y la fórmula del peso y, menos aún, de las cargas de la argumentación, que operan cuando existe un empate entre los derechos en juego que resultan de la aplicación del pesaje, proceden a aplicar el principio *pro legislatore*, lo que resulta cuestionable, pues las decisiones ponderativas están sujetas a una discrecional judicial y no a una arbitrariedad absoluta.

Este caso en realidad no plantea un conflicto claro de principios, sino que busca cuestionar los mandatos definitivos de los artículos cuestionados que establecen una regla de excepción (fijada con antelación) a las reglas de la prueba en los casos de actos probatorios urgentes, con el fin de garantizar el eficaz y ágil funcionamiento del proceso penal en delitos que causan mayor alarma social.

Es obvio que tales normas pueden entrar en colisión con principios en situaciones concretas; sin embargo, el propio legislador estableció, de forma general, un criterio de precedencia que otorga prioridad a los artículos 80 y 210 del Código de Procedimiento Penal frente al resto de reglas en materia. Ello implica que en realidad nos hallamos frente a un conflicto de reglas y dicho criterio equivaldrá, en realidad a una excepción. Por ello, una solución en este caso que se podría catalogar como fácil hubiera sido acudir a otro tipo de estrategias interpretativas para dar solución al mismo.

A la vez, la “Sentencia n.º 002-09-SIC-CC”³⁰³ plantea un conflicto que se verifica por cuanto el Registrador de la Propiedad del cantón Santa Elena se niega a registrar en su protocolo, la escritura de transferencia de dominio del inmueble de la Comuna Monteverde, en la que PETROCOMERCIAL declara de utilidad pública 58 hectáreas de dicho bien para la construcción del terminal de almacenamiento y distribución del GLP, conforme con lo dispuesto en el artículo 57, numeral 4 de la

³⁰² *Ibíd.*, 26.

³⁰³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-09-SIC-CC”, en *Caso n.º: 0003-09-IC*, 14 de mayo de 2009.

Constitución, pues se considera que existe una lesión a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias que son inalienables, inembargables e indivisibles.

En el caso en análisis, se determinan los siguientes derechos que se encuentran en colisión: (1) derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades a conservar la propiedad imprescriptible, inalienable e inembargable de sus tierras comunitarias (artículo 57, numeral 4 de la Constitución), lo que impediría que el Registrador de la Propiedad registre la declaratoria de utilidad pública; y, (2) derecho a la propiedad de la tierra en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa y mixta, siempre que cumpla con su finalidad social y ambiental y a la declaratoria de expropiación, previa justa valoración, indemnización pago, por razones de utilidad pública o interés social (artículos 313, 321 y 323 de la Constitución). Ello significa que, a la par, PETROCOMERCIAL, de acuerdo con la norma constitucional, considera que tiene prerrogativa para declarar de utilidad pública, el Proyecto para la Construcción del Sistema de Almacenamiento de GLP en la Comuna Monteverde, por cuanto se orienta al pleno desarrollo de los derechos y al interés social y público. Por ello, en efecto, se evidencia que existe una tensión de conflictos entre normas constitucionales.

En lo relativo al pesaje y su argumentación, la corte, en concreto, señala:

Lo analizado nos lleva a la conclusión de que la tensión existente entre las normas constitucionales arriba analizadas se inclina, de manera preferente, por las disposiciones constitucionales determinadas en los artículos 313, 321 y 323 aplicables al caso concreto; sin que esto signifique una declaración de invalidez de la norma constitucional prevista en el numeral 4 del artículo 57, ni la formulación de excepción permanente frente a las otras, y menos todavía, la prevaencia de las unas respecto de la otra. En otras palabras, se prioriza el interés general que representa a toda la nación, respecto del interés particular o comunal como en la especie así sucede; tanto es así, que el Eco. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República mediante Decreto N.º 1691, del 29 de abril del 2009, declaró de interés nacional los proyectos hidrocarburíferos específicos de gran magnitud sobre prospección, exploración y explotación de petróleo y de gas natural, que se encuentran ubicados en el Golfo de Guayaquil, Isla Puna y la Península de Santa Elena, así como la construcción del complejo refinador de la Provincia de Manabí y el centro de almacenamiento de gas licuado de petróleo de Monteverde, Provincia de Santa Elena.

Por lo expresado, la Corte Constitucional estima que el Registrador de la Propiedad del Cantón Santa Elena debe proceder, de manera inmediata, al registro de la declaratoria de utilidad pública en el Registro de la Propiedad de dicho Cantón, en consideración a lo dispuesto en los artículos 313, 321 y 323 de la Constitución de la República del Ecuador.

En el presente caso, la declaratoria de expropiación de tierras comunales, se está realizando previa justa valoración, indemnización y pago, con el visto bueno de los representantes de las comunas involucradas; tomando en cuenta, además, que dichos

terrenos van a cumplir con una función social, con la ejecución de planes de desarrollo social, con un manejo sustentable del ambiente, cuyo objetivo es lograr el bienestar colectivo.

En el presente caso, de forma independiente a la conformidad o no con la resolución del caso, se puede determinar que la corte, sin ningún tipo de procedimiento o regla formal de la ponderación en el que se constate un pesaje argumentativo justificatorio, se inclina, por las disposiciones de los artículos 313, 321 y 323 de la Constitución con el solo argumento que se prioriza el interés general con relación al interés particular o comunal, conforme con lo que dispone el Decreto n.º 1691. En otras palabras, los jueces no cumplen con la exigencia de demostrar las razones públicas para su obrar como precondition para lo razonable. Esa sola carencia debería determinar la derrota de la resolución cuando se la desafía en su relación con los otros derechos, en este caso, del artículo 57, numeral 4 de la Constitución, por lo que el examen de proporcionalidad con sus tres subprincipios que incluye, la ley de ponderación, es inaceptable e irrazonable.

Es decir, paradójicamente y mediante una supuesta ponderación se interpretan estos artículos constitucionales como reglas de forma absoluta y una vez que se decide que se prioriza el interés general sobre el particular, esta funciona como una excepción al derecho sin más trámite.

Por último, la Sentencia de mayoría n.º 048-13-SCN-CC referente a una consulta de norma plantea, entre otros problemas, si “las normas contenidas en los cuatro primeros incisos del artículo innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como en la Resolución n.º 01- CNNA-2013 y los considerandos sexto y séptimo de la Resolución n.º 01-CNNA-2012, ¿Restringen de manera desproporcionada el derecho a una vida digna de los obligados principales a la prestación de alimentos y de sus dependientes directos, así como sus responsabilidades ciudadanas?”³⁰⁴

Así, en primer lugar, se verifica la intervención del derecho —como garantía del contenido esencial— y principio a la vida digna del alimentante y sus responsabilidades ciudadanas. A continuación, se determinan los derechos, principios y valores que se encuentran en colisión: (1) los derechos de la vida digna del obligado principal de alimentos y sus dependientes directos, así como las obligaciones económicas que se

³⁰⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0179-12-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional 004, 23 de septiembre de 2013.

satisfacen con el ingreso del obligado principal (aportes a la seguridad social, pago de impuestos, entre otros) [P1]; y, (2) el derecho de alimentos que se relaciona con el derecho a la vida, la supervivencia y vida digna y con los principios de trato prioritario, protección integral e interés superior de los niños, niñas y adolescentes [P2].

Una vez que se verifica la existencia del conflicto corresponde realizar el pesaje entre los principios P1 y P2, a fin de determinar si la medida propuesta por los órganos emisores de las normas es desproporcionada y, por lo tanto, lesiva de los derechos constitucionales, en donde se concluye que la medida no comporta una restricción en el ejercicio de los derechos de los obligados principales.

Para la argumentación la Corte se apoya en el test de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero antes verifica si la tabla de pensiones alimenticias se encamina a proteger un fin constitucionalmente válido y si este se halla en eventual colisión con otro.

En el examen de adecuación los juzgadores concluyen que la tabla de fijación de la pensión alimenticia que debe ser satisfecha por el alimentante es idónea para favorecer los principios constitucionales a la vida digna y al desarrollo integral, en conexión con los principios de trato prioritario, interés superior del niño, niña o adolescente, de corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia, la igualdad y seguridad jurídica.

En lo que atañe al examen de necesidad la Corte señala que esta debe contrastar el nivel de optimización de los principios en el plano fáctico. Así, establece:

[...] De acuerdo con la implicación que hacen los jueces y juezas consultantes, la medida con la que se debe confrontar la Tabla es la ausencia de la misma. Ello quiere decir, en términos de efectos del control constitucional, el expulsar del ordenamiento jurídico las normas impugnadas del artículo innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la resolución que contiene la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas.

Una vez más, las cifras muestran sin lugar a dudas que con parámetros objetivos que sirven para determinar un mínimo a sufragar por concepto de pensión alimenticia, se cumple mejor con el deber de fijar una cantidad suficiente para satisfacer las necesidades de los alimentarios en las mismas condiciones en que lo harían si no hubiera necesidad de fijar una pensión, que cuando dichos parámetros no existían y dependían enteramente de la discrecionalidad de los jueces y juezas. Asimismo, dicha objetividad permitió que intervengan lo menos posible las preconcepciones de los juzgadores respecto de los roles de género, el papel de la mujer en la economía del hogar, la ambigüedad del adjetivo “básico”, que califica a las necesidades del alimentario, entre otros. Por último, con normas claras respecto de lo mínimo que se espera al demandar una pensión alimenticia con la situación económica particular de los alimentantes y sus familias, se favorece la predictibilidad de las decisiones judiciales, lo

que abona a la seguridad jurídica en mayor medida que ante la ausencia de dichas normas y la entera dependencia en el criterio del juez en conocimiento de la causa.

Por otro lado, al analizar los principios que se pueden ver limitados, cabe señalar que la eliminación de la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas no constituye un beneficio directo para el derecho a la vida digna del alimentante y sus dependientes, o para el cumplimiento de sus obligaciones nacidas del principio de solidaridad, dado que la ausencia de una norma que establezca parámetros mínimos para la fijación de la pensión, el juez o jueza seguiría con la misma posibilidad de fijar pensiones que resulten discrecionales. Por ende, se debe contestar afirmativamente a la pregunta de si la medida es necesaria.³⁰⁵

En definitiva, en lo que atañe a la necesidad de la medida, la Corte realiza un esfuerzo argumentativo sobre el porqué de la protección de la tabla de pensiones alimenticias y su no eliminación; sin embargo, la necesidad no solo exige elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista, sino que también debe escoger la sea menos lesiva al derecho sujeto a restricción. En el presente caso, se dilucida si la tabla de pensiones es necesaria o no, empero no se comprueba si existe otra alternativa igual de adecuada, pero menos gravosa para el derecho afectado para conseguir el fin constitucionalmente establecido. La carencia argumentativa o falta de motivación en este caso no puede atribuirse al empleo del principio de proporcionalidad en sentido amplio, ni a estructura ponderativa. El fracaso de la medida en esta etapa hubiera llevado al inmediato rechazo de la siguiente (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por último, se analiza el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que viene a ser la ponderación de los derechos constitucionales en conflicto. Aquí se examina el grado de optimización jurídica de los principios constitucionales y se verifica “cuando existe un debido equilibrio entre la protección de los principios que se buscan como fin y la restricción a los otros principios que se puede obtener como resultado”.³⁰⁶ Para ello, dicha sentencia señala:

[...] se tomarán en cuenta los porcentajes establecidos para cada nivel de la Tabla, con el objeto de contrastarlos con el porcentaje que permite el establecimiento de pensiones de acuerdo con los recaudos probatorios, así como con las posibilidades de que el alimentante mantenga condiciones de vida adecuadas a su situación económica. La premisa que se tomará en cuenta en razón del principio de trato prioritario será que la afección al ingreso del alimentante se podrá aumentar debido a las necesidades particulares de los titulares de derechos mientras no se desnaturalice el contenido de su derecho a la vida digna, ni sus obligaciones ciudadanas nacidas del principio de

³⁰⁵ *Ibíd.*, 31-2.

³⁰⁶ *Ibíd.*, 32.

solidaridad. Ante dicha premisa, se advierten tres dimensiones de análisis de la proporcionalidad en sentido estricto. El primero, relacionado con elementos de configuración de la Tabla y cálculo de pensiones; el segundo, respecto de los porcentajes de fijación mínima de pensiones; y el tercero, referente a casos extremos de posible afectación al contenido mínimo de los derechos en conflicto.³⁰⁷

Luego de realizar el test de proporcionalidad con relación a las tres dimensiones, la Corte concluye que la medida restrictiva supera dicho test y, por tanto, se demuestra que la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas no produce una lesión excesiva y, desproporcionada al derecho a la vida digna de la madre o del padre obligado a la prestación de alimentos, por lo que es constitucional, sin perjuicio de que en los casos concretos se deba proceder a una ponderación.

Sin embargo, parecería que la Corte, en lugar de realizar un examen de ponderación de principios o derechos, efectúa una evaluación a los elementos y porcentajes de la tabla de pensiones de alimentos. Tampoco existe un pesaje sólido y fundamentado en sus aseveraciones y tan solo da por culminado el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, sobre la base del análisis de las tres dimensiones, sin que se aborde el grado de optimización jurídica de los principios constitucionales en conflicto.

Ahora bien, más allá de que la solución al conflicto sea errada o no, se debe añadir que el prenombrado caso mantiene una mínima estructura ponderativa, pese a que el empleo de la herramienta de balanceo es inadecuado, lo que permite demostrar que la razonabilidad de la ponderación depende de la argumentación jurídica suficiente dentro del caso particular.

En este punto, resulta interesante la posición de la Corte con relación al principio de trato prioritario al señalar que no es que la Constitución genere una “ponderación en abstracto” que jerarquice los derechos de los niños, niñas y adolescentes, poniendo a unos por encima de los otros sin justificación alguna. Lo que hace este principio es un ejercicio de concretización de las normas que contienen derechos constitucionales. Por ello, se concluye que este grupo vulnerable goza de los mismos derechos que el resto de sujetos, pero resalta su prevalencia en condiciones particulares que se verifican en concreto, lo que demanda un test de proporcionalidad que tome especial atención a las características y necesidades que envuelven la condición de “niño, niña o adolescente”.

³⁰⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0179-12-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, 79.

Este enfoque de la Corte recalca dos aspectos básicos de la ponderación que, si bien se refieren al principio de trato prioritario, caben respecto del resto de derechos: (i) Que las disyuntivas entre supuestos constitucionales no siempre se excluyen de forma absoluta o radical, pues existe la posibilidad de que el caso presente otras circunstancias o propiedades, que hagan que la solución final sea distinta (no se aplique ese principio). (ii) Que resulta inadecuado una jerarquización o ponderación “en abstracto” de los principios, valores o derechos. Con todo, queda indicado que el ejercicio argumentativo de este caso es deficiente, pues en la ponderación no concurren razones justificatorias suficientes y razonables.

Por último, la interpretación de los datos primarios de las sentencias expuestas se enriquece mediante el contraste con el análisis de información cualitativa de la “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC”,³⁰⁸ en donde se ponen en juego los derechos de un niño a tener una pensión alimenticia frente a los derechos a la dignidad y la libertad del obligado a esta prestación que, en las circunstancias del caso, es una persona discapacitada y con una enfermedad degenerativa.

En el caso *sub judice* se verifica la intervención a dos derechos: libertad ambulatoria y dignidad de una persona con discapacidad y enfermedad degenerativa (artículo 66, numeral 21, literal de la Constitución de la República). A continuación, se determinan los derechos que se encuentran en colisión entre dos grupos que se encuentran inmersos dentro de los denominados grupos vulnerables y de atención prioritaria, a partir de la circunstancia concreta, esto es: (1) el no pago de pensiones alimenticias, es decir, el derecho a la vida por medio de la dotación de alimentos de una niña menor de edad [P1]; (2) los derechos a la libertad ambulatoria y dignidad de una persona con discapacidad y padecimiento de una enfermedad degenerativa (doble vulnerabilidad) [P2]. Luego, se realiza el pesaje entre los principios P1 y P2 a través de una jerarquía axiológica móvil, aplicable al caso concreto y se determina que existe una restricción en el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad ya que, por resguardar el derecho de interés superior del menor se prescinde de otra persona (padre del menor) que también resulta afectado pues en situación de doble vulnerabilidad en

³⁰⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1116-10-EP*, 27 de marzo de 2012. Se analiza esta sentencia pues es la única resolución sobre acción extraordinaria de protección que realiza un ejercicio ponderativo, más allá de una mención nominal, por lo que su carácter intencional se fundamenta en la aptitud para informar sobre este tema en particular.

las circunstancias del caso. Con todo, aquí confluye el marco de acción jurídico-político del juzgador.

El análisis ponderativo se encamina a determinar si la resolución que adoptan los juzgadores en materia de menores (justicia ordinaria) resulta justa. Bajo esta circunstancia se argumenta que en el Ecuador todos los derechos gozan de igualdad jerárquica. No obstante, la sentencia recalca:

[...] el grado de restricción o afectación del derecho a la dignidad de las personas con discapacidad física frente a un posible no pago de pensiones alimenticias, resulta ser intensa, en la medida en que el no cumplimiento del pago de pensiones, en este caso concreto, podría generar la privación de su libertad ambulatoria, frente a lo cual, el legitimado activo, para evitar esta situación, se vería obligado a emprender en actividades físicas que empeorarían su condición, atentándose por ende su derecho a la salud e integridad física; por otro lado, al realizar determinadas actividades en busca de recursos económicos le puede ocasionar un atentado a su integridad física al exponerse debido a su incapacidad (subir a buses, o vender artículos en la calle); a través de ciertas medidas lo que se estaría provocando es que el legitimado activo se dedique a la realización de actividades contrarias a su derecho a la dignidad, pudiendo en ocasiones hasta llegar a la mendicidad con el objeto de cumplir su obligación alimentaria.

En contraste con esto nos encontramos con el grado de afectación del derecho a percibir alimentos por parte de la menor, considerando las particularidades de este caso en concreto, toda vez que el establecimiento de una pensión alimenticia equivalente a veinte y tres dólares con quince centavos, no afecta en gran medida su derecho a percibir alimentos, más aún, considerando que la obligación alimentaria es una obligación solidaria en donde debe intervenir no solo el padre de la menor, sino todo su núcleo familiar y el ente Estatal. A través de los elementos aportados en el proceso se ha podido evidenciar que la madre de la menor [...] mantiene un puesto en condición de vendedora en el Mercado Amazonas de la Ciudad de Ibarra, lo cual le ha permitido mantener una congrua subsistencia de su persona y de la menor Neuvelly Vanesa Pandi Urcuango; adicionalmente, la menor cuenta con el apoyo de la Fundación "Child Fund - Ecuador" siendo beneficiaría de uno de sus programas asistenciales, con lo que se demuestra que el derecho de alimentos de la menor se encuentra tutelado de acuerdo a su situación socio económica.

En definitiva, respecto a la seguridad de las premisas sobre su afectación, resulta ser plausible en razón de que el monto por el cual se demanda una pensión alimenticia al legitimado activo es irrisorio en comparación con los beneficios que obtiene por parte de otros agentes como la madre de la menor y la Fundación Child Fund Ecuador. Como se ha mencionado con antelación, el derecho de alimentos de la menor debe ser satisfecho y para aquello se ha demostrado que al ser la misma una obligación solidaria, la asume no solo el padre sino también la madre, el Estado y las instituciones públicas o privadas; por otro lado, se puede evidenciar que para dar cumplimiento no solo al derecho a alimentos de la menor, sino al cúmulo de derechos que les asisten a los menores el Estado ecuatoriano a través de instituciones públicas, así como personas jurídicas privadas han tutelado los derechos de la menor de manera integral, pudiendo la misma acceder a programas de salud provenientes del Estado ecuatoriano, de igual manera su derecho a la educación ha sido tutelado por el Estado ecuatoriano al dotarle de educación en un colegio fiscal, como es el Colegio Nacional de Señoritas Ibarra, en donde se ha determinado que la menor estudia en la actualidad, así como los demás derechos constitucionalmente garantizados.

Finalmente, se debe mencionar que el legitimado activo, además de su discapacidad física, sufre de una enfermedad degenerativa que compromete progresivamente su

situación de salud, lo cual coloca a esta persona en una situación de doble vulnerabilidad.

En conclusión, la Corte Constitucional, considerando la ponderación, determina que en el caso concreto los derechos de esta persona con discapacidad y que adolece una enfermedad degenerativa, se superponen al derecho a percibir una pensión de alimentos por parte de la menor, cuyos derechos a la vida y demás derechos propios de su edad, se encuentran garantizados de manera solidaria por su núcleo familiar, el Estado ecuatoriano e instituciones privadas.³⁰⁹

En definitiva, más allá de la conformidad o no con el fallo, es necesario acotar que la Corte Constitucional elabora una argumentación que parte de la fórmula del peso; no obstante, la determinación del peso de cada uno de los derechos en pugna, parte de variables incompletas que impiden que los razonamientos sean suficientes. Ello, a la vez, limita la atribución de un valor numérico o gradación de las variables que se relacionan tanto con la afectación de los principios y al peso abstracto (intensa, media o leve) como aquellas las relativas a la seguridad de las premisas fácticas (seguro, plausible y no evidentemente falso). Así, si bien el tribunal determina que la intervención constitucional en la dignidad de la persona con capacidad física reducida ante la eventual falta de pago de pensiones alimenticias es grave, pues puede generar la privación de su libertad ambulatoria; no obstante, no existe una valoración explícita con respecto de la intervención al derecho a percibir alimentos por parte de la menor. De igual manera, la variable relativa a seguridad de las premisas es segmentada pues solo se la analiza con respecto al derecho a la pensión alimenticia (plausible) sin que exista un pronunciamiento sobre el derecho de la persona discapacitada. Se generaría la siguiente estructura en la fórmula del peso:

$$D1 = \frac{D1 \text{ (Intensa)} \cdot AfD1 \text{ (No se establece)}}{D2 \text{ (No se establece)} \cdot AfD2 \text{ (Plausible)}}$$

Con ello, se concluye que si bien, en el presente caso, existe un pesaje, este resulta segmentado. Asimismo, si bien existen argumentos sobre cada uno de los derechos en pugna es imposible constatarlos a través de la fórmula del peso. Por ello, es cuestionable la argumentación de la corte en este sentido.

³⁰⁹ *Ibíd.*, 31-2.

Con todo, se aclara que esta segmentación justificatoria no modifica, de forma significativa, el resultado ponderativo, pues este depende también de la razonabilidad argumentativa en la intensidad de las intervenciones y gradación de los principios que en ella se introduzcan. La ponderación del caso 067-12-SEP-CC obtuvo ciertos argumentos lógico-rationales, pero que resultan incompletos o incongruentes en la descripción del asunto sujeto análisis, así como en pesaje de las intensidades de intervención y de importancia de satisfacción. No obstante, en razón de que el balanceo colabora en la tarea de dotar de razonabilidad a los argumentos, la conclusión fue semejante, pese a los desajustes de las razones, pues la importancia de satisfacción del derecho a la libertad ambulatoria de la persona discapacitada frente al no pago de la pensión alimenticia, en el caso concreto, es de importancia elevada.

En definitiva, la selección permite inferir que la Corte Constitucional del Ecuador, en el período de estudio (2008-2015), no cumplió, en la mayoría de los casos sujetos a análisis (80%), con criterios mínimos de técnica jurídica para aplicar la ponderación. Ello se debe a que, solo se cumplen con las exigencias formales de la estructura de la ponderación —identificación del derecho y del conflicto (100%) y pesaje (80%)— mas no se justifican las razones conflictivas (80%) de dicho pesaje, lo que fortalece la tesis de la arbitrariedad judicial de las decisiones ponderativas. Esta afirmación se respalda con el contraste de los datos primarios con la “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC”.

Una vez que se analiza la razonabilidad del empleo de la moldura estructural de la ponderación, en la próxima sección se procede con el análisis del principio de proporcionalidad pues, la ponderación constituye uno de sus subprincipios que deben someterse a examen.

3.4. El empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana

A continuación, se analizan ciertas exigencias mínimas en el empleo del principio de proporcionalidad, pues estas constituyen una guía determinante en el procedimiento ponderativo y se traducen en propiedades para efectos de evaluación empírica que se abstraen del marco conceptual del capítulo primero y que buscan, en última instancia, verificar y contrastar si la Corte Constitucional del Ecuador en el período 2008-2015 las emplea como guía para proscribir el exceso en procura de lograr un óptimo técnico del balanceo.

Así, los criterios mínimos que se requieren para el análisis del principio de proporcionalidad son: (1) Constituye un método de razonabilidad fiable con estructura racional en la toma de decisiones. (2) Se utiliza en la interpretación y aplicación de las normas contenidas en la Constitución. (3) Incluye el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (4) Se operativiza en cada caso concreto.

Para valorar el principio de proporcionalidad se analizan sentencias sobre consultas de constitucionalidad de norma dentro del período 2008-2015. Conforme queda indicado en la recolección de datos, el año 2008 es cuando se aprueba la nueva Norma Suprema y el 2015 es año en que se aprueba el marco temporal de esta investigación.

Primero, a través del buscador de “sentencias/dictámenes” se seleccionaron todos los tipos de acciones o competencias que trata la Corte Constitucional con conexiones temáticas o conceptuales abstractas del término “proporcionalidad”, por ser una herramienta que incrementa la confiabilidad y validez de la selección. El resultado arrojó 555 registros. Debido a la magnitud se filtró el tipo de acción/competencia a “consulta de constitucionalidad de norma”, lo que proyectó un total de 27 resoluciones.³¹⁰

³¹⁰ Si bien, la selección original señala 38 resoluciones se resta de este resultado todas las sentencias que no comprenden el período de la investigación (2008-2015), esto es, 11, lo que da un total de 27 fallos que son: (1) “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009; (2) “Sentencia n.º 001-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0023-09-CN*, 05 de enero de 2012; (3) “Sentencia n.º 004-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0072-14-CN*, 06 de agosto de 2014; (4) “Sentencia n.º 005-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0003-11-CN*, 03 de marzo de 2011; (5) “Sentencia n.º 005-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0026-11-CN*, 10 de septiembre de 2014; (6) “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0015-11-CN*, 19 de enero de 2012; (7) “Sentencia n.º 006-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0005-13-CN*, 27 de mayo de 2015; (8) “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0140-14-CN*, 03 de junio de 2015; (9) “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0033-09-SCN y otras*, 14 de marzo de 2013; (10) “Sentencia 008-14-SCN”, en *Casos n.º: 0027-10-CN y otras*, 24 de septiembre de 2014; (11) “Sentencia n.º 009-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0019-11-CN*, 16 de noviembre de 2011; (12) “Sentencia n.º 009-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0181-13-CN*, 01 de octubre de 2014; (13) “Sentencia n.º 009-15-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0042-09-CN y otros*, 19 de agosto de 2015; (14) “Sentencia n.º 011-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0035-11-CN*, 19 de enero de 2012; (15) “Sentencia n.º 017-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0021-11-CN*, 15 de diciembre de 2011; (16) “Sentencia n.º 018-11-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0004-11-CN*, 15 de diciembre de 2011; (17) “Sentencia n.º 019-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0024-09-CN*, 05 de agosto de 2010; (18) “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0022-09-CN*, 24 de agosto de 2010; (19) “Sentencia n.º 026-13-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0187-12-CN*, 30 de abril de 2013; (20) “Sentencia n.º 029-10-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0059-10-CN y otros*, 18 de noviembre de 2010; (21) “Sentencia n.º 031-10-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0044-10-CN y otros*, 02 de diciembre de 2010; (22) “Sentencia n.º 033-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0076-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (23) “Sentencia n.º 034-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0079-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (24) “Sentencia n.º 034-13-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0561-12-CN*, 30 de mayo de 2013; (25) “Sentencia n.º 035-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0080-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (26) “Sentencia n.º 036-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0084-10-CN*, 02 de diciembre de 2010; (27) “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0179-12-CN y otras*, 04 de septiembre de 2013.

A continuación, se procedió a la simplificación de la información del muestreo siguiendo los criterios de análisis de esta subcategoría en el contenido de cada una de las sentencias los que fueron definidos por el investigador en el capítulo primero. El número de unidades arrojó un total de diez (10) sentencias que abordan el aspecto conceptual de la proporcionalidad, con lo que se alcanza un umbral adecuado de saturación del discurso jurisprudencial, resistente al contraste y que no vuelve monótona y reiterativa la información de los datos primarios con relación a las sentencias de consulta de constitucionalidad de norma”. El resto de fallos diecisiete (17) utilizan a la proporcionalidad como principio reconocido en la Constitución, en su dimensión penal (infracción-sanción).

Con todo, lo señalado, no significa que, en sí misma, la proporcionalidad pueda analizarse de manera desarticulada con relación a los principios constitucionales en conflicto. Sin embargo, por efectos prácticos, para esta selección se realiza esta digresión.

Tabla 15
Conceptualización del principio de proporcionalidad

n.º	n.º sentencia	Categoría							
		Método con estructura racional y razonable		Utilización en interpretación y aplicación de normas constitucionales		Incluye 3 subprincipios		Operativización caso concreto	
		Cumple	No cumple	Cumple	No cumple	Cumple	No cumple	Cumple	No cumple
1	001-09-SCN-CC	--	NA	--	NA	x	--	x	--
2	024-10-SCN-CC	x (Dos)	--	--	NA	x	--	x	--
3	006-12-SCN-CC	--	NA	--	NA	x	--	x	--
4	011-12-SCN-CC	--	NA	--	NA	x	--	x	--
5	008-13-SCN-CC	--	NA	--	NA	x	--	x	--
6	048-13-SCN-CC	x (Dos)	--	x (Dos)	--	x	--	x	--
7	008-14-SCN-CC	--	NA	--	x	x	--	x	--
8	009-14-SCN-CC	--	NA	--	NA	x	--	x	--
9	006-15-SCN-CC	--	NA	--	x	x	--	x	--
10	007-15-SCN-CC	x (Uno)	--	x (Dos)	--	x	--	x	--
Total		3	7	2	8	10	--	10	--

Fuente y elaboración propias

La tabla 15 esquematiza ciertos elementos del principio de proporcionalidad que debería analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana para efectos de delimitar su concepto (definición), con el fin de mejorar los niveles de conocimiento de este principio, que remiten a sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y ponderación, en términos de un óptimo de Pareto que impidan la arbitrariedad judicial en nuestros contextos.

Con relación a la primera categoría (método con estructura racional y razonable) se puede establecer que la corte, por lo regular, no aborda o aplica (NA) esta cuestión (70%) y tan solo, en tres (3) casos (30%) que son: “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC” y “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, se refieren a este tema y entienden al principio de proporcionalidad como un procedimiento metodológico que se organiza de forma racional.

Con todo, parecería que los juzgadores equiparan el término “racional” a “razonable”, es decir, lo relativo a la exigencia de la corrección axiológica desde lo local para efectos de legitimación democrática de derechos.

Así, la “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, dentro de la consulta de constitucionalidad de norma sobre el juzgamiento en ausencia por no asistir el procesado a la audiencia de juzgamiento en dos ocasiones por su voluntad, señala:

En razón del análisis anterior cabe señalar que la racionalidad debe legitimar la proporcionalidad de la norma que se analiza a la luz de la Constitución. En el caso concreto se llegó a la conclusión de que la intervención de la norma en los derechos fundamentales no tiene como resultado los presupuestos de justicia [...].³¹¹

Si bien, dicho fallo, no señala, de forma expresa, que la proporcionalidad es un método racional, sí se infiere aquello al establecerse que la racionalidad debe legitimar la proporcionalidad de la norma.

Por su parte, la Sentencia n.º 048-13-SCN-CC, sobre la consulta de proporcionalidad de la tabla de pensiones alimenticias, dispone:

Lo dicho, sin embargo, no implica que en sí mismos, la ponderación o la proporcionalidad puedan analizarse de manera desarticulada respecto de principios constitucionales en conflicto.

La precisión anterior, si bien lleva a concluir que los argumentos planteados en la consulta no fueron correctamente esgrimidos, también sirve para evidenciar la intención de los consultantes de que se dilucide una pretendida colisión entre principios

³¹¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0022-09-CN*, 24 de agosto de 2010, 20.

constitucionales, por medio de la utilización del método de interpretación denominado “test de proporcionalidad”.

Dichos argumentos apuntan a eliminar la posibilidad de contrastar principios de acuerdo a los métodos de ponderación y proporcionalidad cuando uno de los titulares de derechos en conflicto es un niño, niña o adolescente.

[...] Si ha quedado demostrado por medio de la realidad procesal anterior a la promulgación de las normas ahora impugnadas que la “sana crítica” en la valoración de las pruebas en materia de alimentos ha sido mal entendida y aplicada de manera desprovista de racionalidad y proporcionalidad, es potestad y deber del legislador buscar los correctivos que se muestren como más adecuados.³¹²

Es decir, por un lado, la resolución recalca a la proporcionalidad como un método que sirve para analizar de forma articulada la colisión de principios y, por otro, que dichos principios no pueden ser aplicados de manera desprovista de racionalidad y proporcionalidad. Es decir, el fallo se decanta por establecer que la proporcionalidad como estructura metodológica cuya racionalidad depende de la razonabilidad de los argumentos que se introduzcan en ella, aunque no emplea mayores precisiones.

A la vez, la “Resolución 007-15-SCN-CC”, que somete el artículo 42, inciso 3 de la Ley de Inquilinato a juicio de proporcionalidad, toda vez que se cuestiona su constitucionalidad, por cuanto impone una condición pecuniaria para recurrir un fallo, dispone, de manera aleatoria, que se trata de un “método” o “mecanismo” de interpretación y solución de antinomias que debe someterse a un examen de razonabilidad —determinación del fin constitucional— y proporcionalidad de la medida.³¹³ Es decir, se confirma que se trata de un procedimiento con una estructura interna que permite aplicar los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En resumen, en las resoluciones sujetas a examen: “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC” y “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, la Corte Constitucional, por lo general, no aborda la primera categoría conceptual de la proporcionalidad (método con estructura racional). No obstante, aquellas que sí lo tratan, al menos formalmente, la consideran como una estructura que permite alcanzar soluciones razonables. En todo caso, esto no lleva implícito que su utilización sea indiscriminada o arbitraria. Si la proporcionalidad o el criterio ponderativo inserto en

³¹² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0179-12-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional 004, 23 de septiembre de 2013; “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0014-13-IN y acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN*, 17 de septiembre de 2014, 98.

³¹³ Cfr. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0140-14-CN*, 3 de junio de 2015, 9-10.

ella se identifican con lo razonable entonces constituye una técnica dotada de legitimidad y legitimación.³¹⁴

El segundo parámetro (utilización en la interpretación y aplicación de normas constitucionales) tampoco tiene mayor desarrollo y aplicación (NA) en las resoluciones sujetas a revisión (80%) pues, tan solo en la “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC” y “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC” (20%) se hace referencia a este tema. En todo caso, en estos casos puntuales la Corte sí señala que la proporcionalidad constituye un método para la interpretación y resolución de antinomias y una exigencia derivada del debido proceso en su dimensión sustancial cuando existan antinomias de principios que requieran una solución normativa no solo en los aspectos conceptuales o metodológicos, sino en lo que respecta a la corrección sustantiva de sus resultados, así como aplicación del principio de igualdad jerárquica de los mismos. Todo ello, aunque sea de manera esporádica, denota el correcto entendimiento de que la proporcionalidad presupone, a su vez, ponderación.

Así, la “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC” señala:

Empero, esta Corte, previo a la resolución del problema jurídico, cree necesario precisar una diferenciación entre la proporcionalidad penal entendida como principio constitucionalmente reconocido y los métodos de interpretación denominados “proporcionalidad” y “ponderación”.

[...] Se ha afirmado en la presente sentencia que un presupuesto para el reconocimiento de la proporcionalidad como mecanismo de interpretación jurídica y solución de antinomias entre principios constitucionales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la aplicación del principio de igualdad jerárquica de los mismos. Dicha afirmación parecería, empero, contrastar con varios argumentos esgrimidos a lo largo del proceso de consulta [...].³¹⁵

A la vez, la prenombrada “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC” establece:

Con respecto a este método de interpretación, esta Corte ha señalado, mediante sentencia N.º 048-13-SCN-CC que: “(...) la proporcionalidad como mecanismo de interpretación jurídica y solución de antinomias entre principios constitucionales en el

³¹⁴ Fernández-Miranda señala una distinción entre ambos términos. Así mientras la legitimidad de las decisiones judiciales es un concepto normativo que descansa en el propio derecho que aplican los jueces y en la atribución competencial que les confiere la Constitución, la legitimación es un concepto sociológico que se apoya en el consenso social sobre la eficacia y la justicia. Cfr. Alfonso Fernández-Miranda en el prólogo de Luis Delgado del Rincón, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002), 8.

³¹⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0179-12-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional 004, 23 de septiembre de 2013, 26-7.

ordenamiento jurídico ecuatoriano es la aplicación del principio de igualdad jerárquica de los mismos”.³¹⁶

En todo caso, este segundo parámetro merece la misma crítica que el anterior, esto es, que más allá de la correcta mención de lo que constituye la proporcionalidad es necesario que se la aplique en casos puntuales en los que existe un conflicto real de principios y que se incorporen argumentos o razonamientos de calidad técnica en cada uno de los subprincipios que se analizan.

Por último, los parámetros: tercero (inclusión de los tres subprincipios) y cuarto (operativización del caso concreto) se cumplen —al menos formalmente— en todas las resoluciones sujetas a revisión (100%) por parte de la Corte Constitucional en los períodos 2008-2015.

En definitiva, la crítica no apunta a la incorrecta delimitación conceptual del principio de proporcionalidad, esto es, a los criterios, pautas o exigencias que deben seguirse en el proceso ponderativo hasta su resolución, sino al mal empleo que se hace de esta herramienta en el discurso razonable desde el punto de vista sustantivo.

Por las razones expuestas, a continuación, la tabla 16 analiza cada uno de los subprincipios de la proporcionalidad y su nivel de exigibilidad argumentativa en los nueve (9) casos concretos de la Corte Constitucional ecuatoriana —acciones de consulta abstracta de norma—, que se someten a evaluación, pues de no existir una razonabilidad mínima tampoco existiría un adecuado empleo técnico del principio de proporcionalidad para alcanzar un óptimo de ponderación, más allá de la explicitación formal de las subcategorías sujetas a evaluación. No se analiza la “Sentencia n.º 006-15-SCN-CC”, por no realizar un análisis del mandato de proporcional en sentido estricto, sino un análisis sobre las posibilidades interpretativas de la norma sujeta a examen y que, en el caso concreto contendría una excepción aplicable a personas con discapacidad.

De igual manera, se pone énfasis en el análisis técnico y contraste de la información con la “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC” —acción de constitucionalidad abstracta de norma— sobre libertad de expresión, por ser una sentencia emblemática en la que se emplea la ponderación para la defensa de un modelo de comunicación de defensa estatal.

³¹⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0140-14-CN*, 3 de junio de 2015, 9.

Tabla 16

Evaluación argumentativa de los subprincipios del principio de proporcionalidad

n.º	n.º sentencia	Categoría					
		Subprincipio de adecuación		Subprincipio de necesidad		Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación)	
		Cumple	No cumple	Cumple	No cumple	Cumple	No cumple
1	001-09-SCN-CC	x			x		x
2	024-10-SCN-CC	x		x		x	
3	006-12-SCN-CC		x		x		x
4	011-12-SCN-CC	x		x		x	
5	008-13-SCN-CC		x		x		x
6	048-13-SCN-CC	x			x		x
7	008-14-SCN-CC	x			x		x
8	009-14-SCN-CC	x			x		x
9	007-15-SCN-CC	x		x		x	
Total		7	2	3	6	3	6

Fuente y elaboración propias

En las siguientes secciones, por razones prácticas, se analizan, por separado el contenido de cada uno de estos requisitos del principio de proporcionalidad que se encuentra en los prenombrados fallos sujetos a evaluación cualitativa, para determinar su grado de cumplimiento o no. En todo caso, resulta irrefutable que el incumplimiento de la evaluación técnica de alguno de los subprincipios, en forma secuencial, determina la derrotabilidad de los subsiguientes y, por ende, de la argumentación de la decisión, sin que sea necesario analizarlos a todos.

Todo ello, con el fin de determinar si las sentencias que se someten a contraste cumplen con la razonabilidad de la ponderación en el margen de apreciación judicial o, por el contrario, existen decisiones arbitrarias revestidas de ponderación.

3.4.1. Subprincipio de adecuación o idoneidad

Según Bernal, este subprincipio supone que “toda intervención en los derechos debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”, o sea, la restricción de un derecho solo es constitucionalmente admisible si sirve para beneficiar otro derecho. Ello supone una doble exigencia, que debe analizarse en este mismo orden: (1) Que el fin que se persiga con la medida que restrinja o perjudique un derecho sea constitucionalmente eficaz. (2) Que la medida sea adecuada o

idónea para la obtención o consecución de tal fin,³¹⁷ algo semejante a los estándares de la Corte IDH.

La primera pretensión, esto es, el fin constitucionalmente legítimo, se debe analizar en función de cada caso concreto, según se traten de causas de control constitucional o de garantías jurisdiccionales. Así, en las “consultas de constitucionalidad de norma” la ponderación se lo entiende en forma negativa, esto es, que la medida no debe perseguir un fin expresa o implícitamente prohibido o excluido la Constitución.

A continuación, se analiza, de forma sucinta cada uno de los fallos que son parte de la selección. Así, la prenombrada “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC”³¹⁸ plantea una consulta sobre la constitucionalidad de las normas de los artículos 80 (ineficacia probatoria) y 210 (actos probatorios urgentes) del Código de Procedimiento Penal que se define a través del “juicio de proporcionalidad”.

Con relación al examen de idoneidad o adecuación dicho tribunal establece que los prenombrados artículos 80 y 210 se encuentran en correspondencia con los artículos 76, numeral 4 de la Constitución (validez de la prueba y eficacia probatoria), que ordenan que, en casos excepcionales, se incorporen ciertos medios probatorios, con el fin de alcanzar eficiencia por razones de orden público y evitar que el proceso se dilate por meras formalidades, por lo que la medida contribuye a un fin legítimo y la restricción del derecho es admisible porque sirve para beneficiar otro derecho. De igual manera, se demuestra que existe una relación directa entre el medio (actuación de medios probatorios urgentes) y el fin de la norma (procurar la eficacia, eficiencia y celeridad de la función pública en la recolección de pruebas en delitos que causan mayor alarma social), con respeto a los derechos del procesado y de las víctimas. Por ello, se concluye que la decisión satisface las exigencias del principio de idoneidad.

En la “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”³¹⁹ referente a la consulta sobre el artículo 168, inciso 3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial — juzgamiento de ausencia cuando la audiencia no se llevare a efecto en dos ocasiones por causas de dilación que tengan relación con el procesado— en cambio, se indica que:

³¹⁷ Cfr. Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 163.

³¹⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0002-08-CN*, 14 de mayo de 2009.

³¹⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0022-09-CN*, 24 de agosto de 2010.

El primer aspecto del análisis es la idoneidad de la intervención, que consiste en verificar si el fin que persigue la Asamblea Nacional, es legítimo desde el punto de vista constitucional. La relación entre medio y el fin legislativo. Para ello es indispensable considerar el valor que le dio el legislador, a la inasistencia al juicio del imputado por su propia voluntad, para poder juzgar en ausencia e impedir que recurriera del fallo de juzgamiento en ausencia (artículo 168, inciso 3 LOTTTSV). El medio escogido por el legislador atañe únicamente a la voluntad de hacer algo que está en manos del imputado, como es la asistencia o inasistencia a la audiencia, hecho que constituye un medio para que el legislador limite los derechos a la defensa, el debido proceso, la igualdad procesal, la tutela judicial efectiva y el principio de intermediación, que como se dejó señalado, no posee un criterio de razonabilidad, porque la administración de justicia no depende de la voluntad del imputado para llevar o no un juicio, sino que es deber del juez, a través de las medidas cautelares, garantizar la presencia del imputado en el juicio para que se respeten sus derechos, así como los de las víctimas.

El fin que persigue la ley es legítimo, ya que se encarga de tipificar las infracciones de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, así como garantizar el debido proceso de las partes sometidas a esta clase de proceso. En definitiva, es una norma sustantiva como adjetiva. De la norma en cuestión, artículo 168, inciso 3 de la Ley supra, juzgar en ausencia y limitar el derecho a la defensa material, es una inserción impuesta por voluntad del legislador que afecta el derecho a la defensa del imputado en el juicio, principio que es parte de la estructura del debido proceso y se fundamenta en el derecho a la igualdad de las partes sometidas a un proceso, ya que con esta norma existe una descompensación entre las partes procesales: fiscalía, víctima e imputado -ausente- que al parecer contaría únicamente con el derecho a la defensa técnica. Lo cual impide que los derechos fundamentales sean aplicados y puedan contraponerse en igualdad de condiciones con las demás partes procesales, despojando los derechos fundamentales, incurriendo en la prohibición constitucional de juzgar en ausencia.³²⁰

De la lectura del prenombrado párrafo se infiere que el órgano decidor, en la presente causa, determina que la medida impuesta por el legislador restringe los derechos al debido proceso, defensa e igualdad procesal de la persona procesada, por lo que, persigue un fin expresamente prohibido por la Constitución, al juzgar en ausencia, lo que resulta inconstitucional. Esta circunstancia torna innecesario analizar el resto de subprincipios, sin que ello afecte la adecuada argumentación de los juzgadores.

Por su parte, la “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC”³²¹ relativa a la consulta sobre la constitucionalidad concreta de la sanción prevista en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, relativa a la tenencia y posesión ilícitas de estas sustancias, argumenta lo siguiente:

Es evidente que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito responde a los presupuestos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pues no se puede negar que la misma es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el

³²⁰ *Ibíd.*, 21.

³²¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0015-11-CN*, 19 de enero de 2012.

cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas, y en cuanto a la proporcionalidad propiamente dicha, es lógico que la restricción al derecho a la libertad y la necesidad de la imposición de la pena frente a un ataque a la salud pública, conlleva la protección mayoritaria de este derecho; máxime aún cuando nos encontramos frente a una tipicidad abierta, a favor de la cual debe esgrimirse el principio *pro legislatore*.³²²

Es evidente que, en el presente caso, la corte, de forma elemental, cumple con señalar que la pena con la que se sanciona a este tipo de delito “es una medida adecuada y óptima para proteger el bien jurídico tutelado, esto es, la salud pública, a la par que se hace necesaria, pues limita el cometimiento de la figura penal tipo de la tenencia y posesión ilícita de drogas”,³²³ sin que ello esté constitucionalmente prohibido, en virtud del respeto a la autonomía parlamentaria. Sin embargo, en ninguna parte se establecen las razones públicas para esa actuación estatal como precondition de lo razonable. Tampoco aparecen los exámenes de la relación entre medio y el fin de la norma y el de la restricción del derecho que soporta el afectado, por lo que, constituye razón suficiente para no pasar el examen de idoneidad, así como tampoco el de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En cambio, la “Sentencia n.º 011-12-SCN-CC”³²⁴ plantea un caso de consulta de constitucionalidad del anterior artículo 606, numeral 12 del Código Penal, referente a la tipificación y sanción de las personas que permanecen mucho tiempo parados en las esquinas de las calle o lugares no destinados a la recreación, cuyo fin podría ser la seguridad ciudadana. No obstante, la Corte, de forma adecuada, señala que dicha contravención “carece de una finalidad constitucional, ya que no se orienta a la protección de un derecho constitucional lo que, consecuentemente, deriva en la falta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, pues si no existe lesividad no podría pensarse en una tipificación en materia penal como en el caso que nos ocupa”.³²⁵

Además, dentro de la argumentación, adiciona que “[...] la contravención penal cuya constitucionalidad se impugna atenta no solamente contra el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 76 numeral 6 de la Constitución, sino también limita el ejercicio del derecho a transitar libremente por el territorio nacional

³²² *Ibíd.*, 14.

³²³ *Ibíd.*

³²⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 011-12-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0035-11-CN*, 19 de enero de 2012.

³²⁵ *Ibíd.*, 12.

(artículo 66 numeral 14), pues se determina mediante criterios arbitrarios la limitación”.³²⁶ Por ello, al igual que en la “Sentencia n.º 011-12-SCN-CC” se infiere que el prenombrado artículo restringe derechos constitucionales, por lo que, la medida no es adecuada y, por tanto, evidencia un vicio de inconstitucional, lo que vuelve innecesario el análisis de los demás subprincipios.

Por su parte, la “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”³²⁷ presenta una consulta con relación a la constitucionalidad del artículo 178, inciso final de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en lo relativo a la prohibición de recurrir el fallo en consideración a la gravedad de las contravenciones de tránsito. Se omite el análisis del artículo 168 de la prenombrada norma, pues su resolución parte de otro tipo de interpretaciones hermenéuticas distintas al principio de proporcionalidad. Así, con relación a la adecuación su argumentación señala:

En el caso de las contravenciones leves y graves, limitar el ejercicio de la facultad para recurrir la sentencia o la resolución dictada, con el fin de garantizar el ejercicio del principio de celeridad y el derecho a una tutela judicial efectiva y oportuna, sí representa una medida idónea, puesto que, en efecto, sirve para conseguir el fin buscado. Como ya ha quedado establecido, este tipo de contravenciones constituyen infracciones producidas por la impericia o negligencia de la persona, pero que no generan consecuencias lesivas para la sociedad. Por esa razón, conllevan únicamente penas de tipo pecuniario, que tienen como fin garantizar el cumplimiento de las normas de tránsito y mantener un funcionamiento adecuado y ordenado del tráfico. Por consiguiente, su imposición no genera afectación de derechos constitucionales y por ende la restricción para recurrir el fallo es aceptable, por lo que la medida es idónea y eficaz, pues la posibilidad de poder recurrir el fallo provocaría únicamente dilación de justicia y un movimiento exagerado del aparato judicial para resolver una infracción menor.

No obstante, cuando se trata de contravenciones muy graves, como sucede en las causas materia de esta consulta, la situación es distinta, puesto que, por su gravedad, este tipo de infracciones se asemejan (aunque en menor medida) a los delitos, pues las penas aplicables incluyen privación de la libertad ambulatoria del procesado. En este caso, negar la posibilidad de recurrir el fallo con el objeto de garantizar una tutela judicial expedita, basada en el principio de celeridad de la justicia, no es posible, puesto que, en gran medida, atenta contra otros derechos constitucionales. Dado que el fallo que se dicte en un proceso de juzgamiento de contravenciones muy graves puede afectar el derecho de libertad del procesado, no puede restringirse el ejercicio del derecho contenido en el artículo 76 numeral 7 literal m, esto es, la posibilidad de recurrir el fallo.

Por tanto, respecto de las contravenciones muy graves, la limitación impuesta por el legislador a no recurrir de los fallos dictados en esta materia no es idónea, puesto que si bien la disposición puede favorecer la consecución del principio constitucional de celeridad procesal, vulnera derechos constitucionales del procesado. En consecuencia,

³²⁶ *Ibíd.*, 12-3.

³²⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0033-09-SCN y otros*, 14 de marzo de 2013.

no es posible imponer una limitación con el fin de obtener celeridad, si es que dicha limitación va a afectar el ejercicio de otros derechos. Como ya se ha dicho, aquellas personas que han sido juzgadas y sancionadas con penas privativas de la libertad en los casos de las contravenciones muy graves, necesariamente deben contar con el derecho a recurrir el fallo, puesto que se encuentra en juego su libertad ambulatoria, por lo que, en estos casos, la medida resulta desproporcionada para la consecución del fin que persigue la norma.

Dado que para los casos de contravenciones graves hemos determinado que la norma no es idónea, necesariamente debemos concluir que la norma no es proporcional. No hace falta entonces llevar a cabo íntegramente el test, incluyendo el análisis de los demás subprincipios, pues ya se ha comprobado que la limitación del derecho a recurrir se convierte en una medida no idónea y consecuentemente, desproporcionada. Por lo expuesto, esta Corte advierte que la restricción contemplada en el texto del último inciso del artículo 178 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, evidencia un vicio de inconstitucionalidad, al no permitir la doble instancia en los casos de contravenciones muy graves, por encontrarse comprometida la libertad ambulatoria del procesado [...].³²⁸

En resumen, de la lectura de la “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC” se puede afirmar que el fallo hace una disgregación en la restricción que contempla el artículo 178, inciso final de la prenombrada norma, en lo relativo al derecho a recurrir, entre: (1) las contravenciones leves y graves y (2) las contravenciones muy graves, lo que lo lleva a aplicar un doble test de proporcional con sus respectivos subprincipios.

Para el caso de contravenciones leves y graves indica que la restricción del derecho de recurrir la resolución que impone penas pecuniarias resulta una medida idónea y eficaz para garantizar los derechos a la celeridad procesal y tutela judicial efectiva, pues estas no comportan afectación a otros derechos constitucionales. Sin embargo, no se pronuncia, de forma expresa, con relación a los demás subprincipios.

Por otra parte, para el caso de contravenciones muy graves manifiesta que la prohibición de recurrir comporta una restricción de los derechos de libertad del procesado, por lo que la medida no es idónea, sin que sea necesario continuar con el test de proporcionalidad. No obstante, se puntualiza que la utilización segmentada del primer test de proporcionalidad torna a la resolución cuestionable en términos de razonabilidad, independientemente de la conformidad o no con la sentencia aditiva, que armoniza el contenido de la disposición sujeta a evaluación.

La “Sentencia de mayoría n.º 048-13-SCN-CC”³²⁹ referente a la consulta de constitucionalidad de tabla de pensiones alimenticias se examina de forma sucinta, pues

³²⁸ *Ibíd.*, 36-7.

³²⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC, en *Caso n.º: 0179-12-CN y otras*, 04 de septiembre de 2013.

ya fue objeto de evaluación en el procedimiento ponderativo. En todo caso, se puede establecer que la corte, de forma, razonable, establece que la prenombrada tabla favorece los principios constitucionales a la vida digna y al desarrollo integral, trato prioritario, interés superior del niño, niña o adolescente, corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia, la igualdad y seguridad jurídica, sin que ello menoscabe otros derechos constitucionales, por lo que supera el examen de adecuación.

A la vez, la “Sentencia n.º 008-14-SCN-CC”³³⁰ plantea un caso de consulta de constitucionalidad del artículo 845, inciso 1 del Código de Procedimiento Civil, relativo a la restricción de impugnar la sentencia ejecutoriada que se dicta en el juicio verbal sumario para liquidar intereses y daños y perjuicios que se somete a juicio de proporcionalidad y, en concreto, con respecto a la adecuación determina:

[...] En el caso del juicio verbal sumario que se efectúe para liquidar daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada, limitar el ejercicio de la facultad para recurrir la sentencia o la resolución dictada, con el fin de garantizar el ejercicio del principio de celeridad y el derecho a una tutela judicial efectiva y oportuna, sí representa una medida idónea, puesto que, en efecto, sirve para conseguir el fin buscado. Como ya ha quedado establecido, este tipo de procesos tienen origen en un proceso anterior en el que ya se determinó el derecho que le asiste a una de las partes, el juicio verbal sumario para liquidar daños y perjuicios ordenados en sentencia ejecutoriada no va a declarar un derecho, simplemente va a establecer montos ya que el tema central objeto de controversia fue conocido en el juicio principal, originado en un conflicto entre las partes. Por esa razón, nos encontramos frente a conflictos entre dos o más personas y no tienen una implicación social significativa, puesto que el establecer el monto que se deberá pagar por concepto de daños y perjuicios atañe únicamente a quien va a pagar y a quien recibe, por tanto la inconformidad generada de esto es de exclusivo interés de los beneficiarios, sin que sea la sociedad en general la que se vea afectada directamente con esa sentencia. Su determinación no genera afectación de derechos constitucionales y por consiguiente la restricción para recurrir el fallo es aceptable, por lo que la medida es idónea y eficaz, pues la posibilidad de poder recurrir el fallo provocaría únicamente dilación de justicia y un movimiento exagerado del aparato judicial para resolver un conflicto entre partes que ya fue conocido en un proceso en el que se utilizó todos los medios legales impugnatorios que corresponde.³³¹

En el presente caso, de forma independiente del acuerdo o no con la decisión, conviene indicar que el fallo n.º 008-14-SCN-CC cumple con las exigencias del principio de idoneidad pues el objetivo de la restricción es buscar la celeridad de aquellos procesos que no tengan mayor relevancia social, pues la determinación de los montos a pagar en los juicios verbales sumarios de indemnización de daños y perjuicios,

³³⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 008-14-SCN”, en *Casos n.º: 0027-10-CN y otras*, 24 de septiembre de 2014.

³³¹ *Ibíd.*, 22.

no constituyen verdaderos procesos de conocimiento que tutelen derechos, sino que son asuntos tangenciales, de índole patrimonial que solo atañen a los beneficiarios, sin que ello lesione el derecho a la impugnación, por lo que, la medida es apta y útil para el logro del fin. Además, existe una relación directa entre el medio (prohibición de impugnar) y el fin de la norma (celeridad procesal).

Con relación a la “Sentencia n.º 009-14-SCN-CC”³³² relativa a un caso de consulta de la norma del artículo 21, inciso 3 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia que, nuevamente, plantea un caso de restricción al derecho a recurrir en los juicios por violencia psicológica, conviene indicar que el examen de idoneidad indica:

De la misma manera que el trámite en los juicios por violencia psicológica contra la Mujer y la Familia tiene por objeto proteger la integridad psíquica de la mujer y los miembros de la familia, la legislación busca que la anhelada protección se materialice con el efectivo y eficaz acceso integral a la justicia, y no encontrarse sometida a una dilación procesal que puede transformarse en una verdadera revictimización de la agredida o los miembros de la familia; por lo que, se puede concluir que la finalidad que persigue la limitación del recurso de apelación, en este tipo de trámites, es tutelar el efectivo cumplimiento de sus derechos y garantías constitucionales de la mujer y los miembros de la familia.³³³

De ello, se puede colegir que es este caso, se cumple, aunque de forma muy escueta, con el examen de adecuación, ya que el fin que busca la restricción del derecho a recurrir (recurso de apelación) es precautelar el acceso a la justicia de las mujeres, dentro de los procesos por violencia psicológica y tutelar su no revictimización.

Por último, la “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”³³⁴ cuestiona la constitucionalidad del artículo de 42, inciso 3 de la Ley de Inquilinato, ya que impone una exigencia legal de consignación pecuniaria para recurrir (apelar) el fallo que condene al inquilino, para lo cual se somete a examen de proporcionalidad a dicha norma. En concreto, con referencia a la adecuación, manifiesta:

En esa línea, el tercer inciso del artículo 42 fue previsto por el legislador para garantizar que en este proceso de vía verbal sumaria se simplifique al trámite y se concreten el objeto de la pretensión, esto es el cobro inmediato de las pensiones locativas adeudadas por medio de la pronta ejecución de una sentencia, con lo cual el afectado -arrendador-recupere en el menor tiempo posible su dinero, por concepto de arrendamiento. Así, se garantiza el principio de celeridad procesal y además, el derecho a la propiedad, toda vez que se protege el goce del bien. Por consiguiente, esta Corte considera que la

³³² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 009-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0181-13-CN*, 01 de octubre de 2014.

³³³ *Ibíd.*, 9.

³³⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0140-14-CN*, 3 de junio de 2015.

consignación de pensiones de arrendamiento adeudadas previo a la apelación, es una medida idónea para proteger los fines constitucionalmente válidos antes señalados.

Al igual, que los casos anteriores, se desprende que la cuestión planteada cumple los requerimientos del mandato de idoneidad, ya que el órgano decisor explica como precondition de lo razonable que la limitación del derecho a recurrir busca precautelar la celeridad procesal y el derecho a la propiedad a través “de la consignación de pensiones de arrendamiento adeudadas previo a la apelación”,³³⁵ para lograr la pronta ejecución de una sentencia, lo que constituye un fin constitucional legítimo. Ello permite demostrar que existe conexidad entre el medio (limitación a apelar) y el fin de la norma (celeridad procesal y derecho de propiedad) que comporta una restricción constitucional válida al derecho a recurrir dentro las garantías del derecho a la defensa y debido proceso y que busca lograr la pronta recuperación de las pensiones locativas que adeuda el arrendatario moroso.

Una vez que se analiza el contenido de cada fallo que se somete a evaluación empírica, en un afán de descubrir captar y comprender el pensamiento del órgano decisor constitucional con relación al subprincipio de idoneidad o adecuación, como una parte del análisis integral del principio de proporcionalidad o la ley de ponderación, se considera necesario enlazar y contrastar dicha información primaria, con un caso relevante de la corte, con el fin de refrendar o no la información. Así, en la Sentencia n.º 003-14-SIN-CC³³⁶ con respecto al artículo 18 de la Ley Orgánica de Comunicación —censura previa—, este tribunal señala que conforme con el artículo 18 numeral 1 de la Constitución:

En el Ecuador todas las personas tienen el derecho a recibir información de los acontecimientos de interés general y, por ende, los medios de comunicación no podrán omitir su difusión de forma deliberada y recurrente; así, es constitucionalmente legítimo incorporar en el ordenamiento jurídico mecanismos a través de los cuales se garantice el ejercicio de dicho derecho, por medio de medidas que exijan a los medios adecuar su funcionamiento al referido artículo constitucional.

El legislador ha previsto como mecanismo para alcanzar dicho fin constitucionalmente protegido, el tipificar un acto de censura previa e imponer una sanción de carácter administrativo a aquellos medios de comunicación que, de forma deliberada y recurrente, no difundan temas de interés público.³³⁷

³³⁵ *Ibíd.*, 11.

³³⁶ Cfr. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0014-13-IN y acumulados n.º: 0023-13-IN y 0028-13-IN*, 17 de septiembre de 2014, 98-103.

³³⁷ *Ibíd.*, 99-100.

Por ende, este tribunal concluye que la tipificación de una infracción administrativa a los medios que omitan difundir, a su criterio, temas de dominio público nacional es idónea para proteger el fin constitucional.

Una vez que se analiza la calidad de la razonabilidad argumentativa (sustantividad) que emplea el órgano decisor constitucional en el parámetro de idoneidad o adecuación dentro del principio de proporcionalidad en sentido amplio, en los nueve (9) casos de acciones de consulta de constitucionalidad de norma que se someten a evaluación, a continuación, se procede al análisis de la subsiguiente categoría.

3.4.2. Subprincipio de necesidad

Conforme se indica, de forma previa, el test de proporcionalidad en sentido amplio es un mecanismo escalonado y preclusivo, por lo que si la decisión tomada satisface las exigencias del subprincipio de idoneidad o adecuación, el paso siguiente es demostrar si el menoscabo del derecho que supone dicha medida es necesario, esto es, que no exista otra opción menos lesiva o, al menos, igual de idónea, que pueda conducir a ese fin constitucionalmente legítimo.³³⁸

La no superación de la exigencia de la necesidad ocurre cuando se dan las condiciones siguientes: (1) la existencia de varias alternativas para alcanzar el fin establecido; (2) que una o algunas de las alternativas sea menos gravosas; y, (3) que una o algunas de las alternativas menos gravosas tengan al menos el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada. Si falta alguno de los elementos anteriores la exigencia impuesta por el subprincipio de necesidad queda superada.³³⁹

En concreto, a continuación, se procede con el análisis de contenido de los datos cualitativos del subprincipio de necesidad, en cada una de las sentencias que se someten a evaluación empírica, con el objeto de examinar la calidad argumentativa de las sentencias, desde un ámbito estrictamente técnico, así como la reincidencia de aspectos temáticos en la producción discursiva de la corte.

Así, con relación a la “Sentencia n.º 001-09-SCN-CC” sobre la consulta sobre la constitucionalidad de las normas de los artículos 80 y 210 del Código de Procedimiento Penal, se puede inferir que la corte se limita a indicar que la necesidad se justifica en la

³³⁸ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 165.

³³⁹ *Ibíd.*

existencia de estas normas de excepción que las solicita el juez, por urgencia, para que se realice un acto probatorio, sin que se satisfagan los requerimientos sobre la existencia de otras alternativas menos gravosas que tengan, al menos, el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada. Por ello, al no pasar el caso concreto el examen de necesidad, tampoco supera el test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Por su parte, la “Sentencia n.º 024-10-SCN-CC” referente a la consulta sobre el artículo 168, inciso 3 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, no requiere de un análisis de este punto, al haberse determinado que la restricción es inconstitucional dentro del examen de adecuación. Con todo, la sentencia se pronuncia con relación a estos afectos que se tornan innecesarios. Un criterio similar mantiene la “Sentencia n.º 011-12-SCN-CC”.

Se igual manera, la “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”,³⁴⁰ relativa a la consignación de pensiones locativas de arrendamiento previo a apelar, en el examen de necesidad manifiesta:

En la norma in examine se puede observar que la medida adoptada —consignación de pensiones locativas adeudadas— no es la más gravosa, puesto que aquello se configuraría con una imposibilidad absoluta para el deudor de apelar la sentencia de primer nivel. No obstante, se evidencia que existe una medida menos lesiva que la establecida en la norma consultada, que consiste en permitirse al deudor consignar los valores establecidos en la disposición legal luego de verificado el acceso al recurso de apelación; esto es, en la tramitación misma del recurso y previo a su resolución, de esta forma la medida guarda la misma idoneidad con relación a los fines constitucionales protegidos y garantiza, además, el acceso a la segunda instancia.

Por las razones expuestas, la medida, tal y como se encuentra configurada, no cumple con el parámetro de necesidad. En tal virtud, cabe la posibilidad de una medida que siendo igual de idónea que la examinada, es menos gravosa y precautela el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso en la garantía de recurrir el fallo.

Es decir, en la sentencia en análisis, el órgano decisor considera que el fallo no satisface las exigencias del mandato de necesidad por cuanto si bien el medio adoptado —consignación de pensiones arrendaticias— no es el más gravoso, sin embargo, “se evidencia que existe otro medio alternativo menos lesivo, con el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada que protege el derecho a recurrir “que consiste en permitirse al deudor consignar los valores establecidos en la disposición legal luego de verificado el acceso al recurso de apelación; esto es, en la tramitación misma del recurso

³⁴⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0140-14-CN*, 3 de junio de 2015, 11-2

y previo a su resolución”³⁴¹ Al no pasar la controversia el examen de necesidad tampoco supera el de proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, no existen elementos necesarios para el examen de la intervención mínima.

En cambio, la “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC” relativa a la consulta sobre la constitucionalidad concreta de la sanción prevista en el artículo 62 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, relativa a la tenencia y posesión ilícitas de estas sustancias, al no pasar el examen de idoneidad, tampoco supera el de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Un criterio análogo mantiene la “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”, en la consulta sobre la restricción que contempla el artículo 178, inciso final de la prenombrada norma, en lo relativo al derecho a recurrir las contravenciones leves, graves y muy graves.

En la “Sentencia n.º 006-12-SCN-CC” la corte realiza un esfuerzo argumentativo en el examen de necesidad sobre el porqué de la protección de la tabla de pensiones alimenticias y su no eliminación; sin embargo, no se comprueba si existe otra alternativa igual de adecuada, pero menos gravosa para el derecho afectado para conseguir el fin constitucionalmente establecido. El fracaso de la medida comporta el inmediato rechazo del subsiguiente principio, sin que sea necesario concluir con el test de proporcionalidad. Algo similar, sucede con relación a la “Sentencia n.º 008-14-SCN-CC” en la que el tribunal se limita a indicar que el juicio verbal sumario para liquidar los daños y perjuicios resueltos mediante sentencia “implica una obligación patrimonial por parte de una persona o autoridad obligada [en la que] el juez que conoce este tipo de proceso, deberá cuantificar económicamente el monto, sin que ello implique un nuevo conocimiento acerca del fondo del asunto, sino más bien un trámite ágil [...] para el cumplimiento del principio de celeridad”,³⁴² sin que se determine la existencia de otra alternativa igual o menos lesiva para el logro del objetivo y que suponga una menor restricción del derecho constitucional afectado, lo que torna arbitrario el test.

Por último, la “Sentencia n.º 009-14-SCN-CC” nuevamente incurre en el error de realizar un análisis sesgado de la necesidad ya que concluye que: “a partir de la restricción necesaria y fundamentada, se permite, por medio de un trámite ágil se establezca un juzgamiento oportuno, y que la ejecución de la resolución se cristalice en el menor tiempo posible, contrarrestando de esta forma la impunidad en casos de

³⁴¹ *Ibíd.*

³⁴² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 008-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0033-09-SCN y otros*, 14 de marzo de 2013, 23.

violencia psicológica contra la mujer y los miembros de la familia”;³⁴³ pero olvida comprobar el resto de elementos del mandato de necesidad ya señalados, lo que torna irrazonable el fallo.

En lo relativo al contraste con la Sentencia n.º 003-14-SIN-CC³⁴⁴ con respecto al artículo 18 de la Ley Orgánica de Comunicación —censura previa—, la Corte Constitucional considera que la infracción administrativa con sanción pecuniaria que se impone a los medios de comunicación que incumplan con su obligación de informar temas de interés general, es una medida de menor gravedad que la sanción civil o penal, sin que exista otra medida menos lesiva e igualmente idónea para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, por lo que, a su entender, supera el examen de necesidad.

En todo caso, es discutible la existencia de otros medios que conminen a los medios de comunicación a que cumplan con su obligación de informar temas de interés general, sin necesidad de imponer una sanción de cualquier índole. Además, es necesario, en un examen concreto determinar lo que constituye “interés general”.

En todo caso, parece que la Corte Constitucional fundamenta las acciones de declaratoria de constitucionalidad en función de sus propias preferencias valorativas con respecto de lo que considera una medida más o menos gravosa para cumplir con la censura previa.

Por ello, es necesario que el examen interpretativo y argumentativo previo al momento de analizar este subprincipio lleve explícito una fuerte carga motiva, con el fin de que los fallos constituyan verdaderos ejemplos de racionalidad y razonabilidad. De lo contrario, es fácilmente demostrable que el razonamiento ponderativo resulta poco convincente y demostrable.

No obstante, los desbalances del subprincipio de necesidad no se atribuyen a la ausencia de una estructura formal sino a la falta de fundamentación de las premisas con las que se sustenta el mismo (justificación externa).

3.4.3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

³⁴³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 009-14-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0181-13-CN*, 01 de octubre de 2014, 12.

³⁴⁴ Cfr. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0014-13-IN y acumulados n.º: 0023-13-IN y 0028-13-IN*, 17 de septiembre de 2014, 98-103.

Por último, si en la resolución se verifica el cumplimiento de los requerimientos de adecuación y necesidad, a continuación, se procede con el examen del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, esto es, comparando que el “principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique otros valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer”.³⁴⁵ En ello, surge precisamente la “ley de la ponderación”.

Conforme se manifiesta en el capítulo anterior, si se sigue esta ley (examen de proporcionalidad en sentido estricto) la ponderación se puede descomponer en varios pasos consecutivos que, según el propio Alexy, buscan: (1) Verificar el grado de insatisfacción de uno de los principios en conflicto. (2) Determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario. (3) Determinar si la importancia de la satisfacción del principio prevalente justifica la restricción o el daño al otro derecho.

En la evaluación, no corresponde el examen de proporcionalidad en sentido estricto, de las sentencias: “n.º 001-09-SCN-CC”, “n.º 006-12-SCN-CC”, “n.º 008-13-SCN-CC”, “n.º 048-13-SCN-CC”, “n.º 008-14-SCN-CC” y “n.º 009-14-SCN-CC” pues al no pasar en los casos concretos, el examen de adecuación o necesidad, tampoco corresponde analizar la ponderación que se realiza, por lo que, resulta cuestionable su argumentación.

Con respecto a las sentencias: “n.º 024-10-SCN-CC” y “n.º 011-12-SCN-CC” no se requiere el análisis ponderativo, al haberse determinado en el examen de adecuación que la norma es inconstitucional. Tampoco procede examinar la ponderación de la “Sentencia n.º 007-15-SCN-CC”, por cuanto el fallo determina que la norma en análisis no supera el análisis de necesidad por lo que no es proporcional a la luz del texto constitucional.

Por último, el contraste de la “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”³⁴⁶ sobre censura previa —artículo 18 de la Ley de Comunicación— la Corte Constitucional señala que el examen de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en la existencia de un equilibrio entre la protección y restricción constitucional. En el presente caso, la imposición de la sanción administrativa para limitar, a su entender, de forma “leve” el

³⁴⁵ Carlos Gaviria, “Sentencia de Constitucionalidad C-22 de 1996: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993”, en *Sentencias y Herejías Constitucionales* (Bogotá: Fondo de Cultura Económica Filial Colombia, 2002), 67 citado en Espinosa, “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”, 22.

³⁴⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”, en *Caso n.º: 0014-13-IN y acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN*, 17 de septiembre de 2014.

derecho de los medios de comunicación que, de forma deliberada y recurrente no difundan información de interés general,³⁴⁷ se justifica en la necesidad de protección del derecho de todas las personas. No obstante, la definición de la información de interés queda en manos, del propio ente estatal que, acusa y sanciona.

Para el tribunal el principio de proporcionalidad se reduce a una solución que responda a una conveniencia constitucional que busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación que se realiza sin que exista un verdadero examen de valoración de los pesos que cada principio encierra tanto a nivel interno como internacional, es decir, bajo qué criterios se ponderan los principios, más aún si las cargas argumentativas apuntan al requerimiento de razones proporcionadas y suficientes para la lesión de un derecho o principio y, en el caso del Estado, este requiere un fundamento de justificación adicional a todas sus intervenciones. Esto resulta cuestionable puesto que la ponderación es un procedimiento de racional de resolución de casos.

En conclusión, de la evaluación argumentativa (contenido) a los tres subprincipios del principio de proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, a las 9 sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana que se someten a análisis (salvo la “Sentencia n.º 006-15-SCN-CC”), sobre consultas de constitucionalidad de norma en el período de estudio 2008-2015, se puede concluir lo siguiente:

Con relación al cumplimiento del primer subprincipio del principio de proporcionalidad, esto es, la adecuación o idoneidad, se verifica que la Corte Constitucional del Ecuador cumple en 7 de los casos sujetos a análisis (77,8%) con este mandato, mientras que, solo en 2 (22,2%), no lo cumple, de forma expresa.

Por el contrario, también se comprueba que este órgano decisor tan solo cumple con los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en 3 casos que

³⁴⁷ Se recuerda que la Corte asimila los términos “relevancia pública” o “interés público” a información de interés general conforme con el artículo 18 numeral 1 de la Constitución. Dicho “concepto cuya aplicación y delimitación se va efectuando en función de los objetivos de una sociedad y de conformidad a los asuntos sometidos a conocimiento de la autoridad, quien lo configura a través de decisiones jurídicas que adopta frente al fenómeno fáctico que se somete a su conocimiento, en aplicación de la normativa correspondiente; y dado que la Constitución de la República es la máxima manifestación del pacto social, los asuntos de interés general deberán sustentarse en los principios, valores y normas que en ellas han sido consagrados; en el caso ecuatoriano, deberá estar enmarcado en la protección de los derechos y en la consecución del *sumak kawsay*”. Además, se añade que, es el Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y la Comunicación el ente estatal que determina los parámetros de la información general, en función del artículo 7 de la Ley Orgánica de Comunicación y a su Reglamento, para lo cual expedirá los actos normativos necesarios. *Ibíd.*, 106.

se someten a apreciación empírica (33,3%)³⁴⁸ mientras que en los 6 restantes incumple con dichos mandatos que exige el principio de proporcionalidad (66,7%).

Un dato curioso es que las Sentencias: “n.º 024-10-SCN-CC” y “n.º 011-12-SCN-CC” y “n.º 007-15-SCN-CC” (33,3%), si bien cumplen con todas las exigencias que los tres subprincipios del test de proporcionalidad, ello se debe a que el examen ponderativo no demanda mayor análisis argumentativo, pues al incumplirse con alguno de los mandatos parametrizables del principio de proporcionalidad, no procede el análisis de los subsiguientes subprincipios y la norma se torna inconstitucional. Es decir, frente a una evidente inconstitucionalidad en donde las cargas argumentativas son menores, se satisface con el óptimo de ponderación. No obstante, en el resto de casos de consultas de constitucionalidad (66,7%) las cargas argumentativas del Estado se respaldan en el principio *pro legislatore*.

Lo anterior permite inferir que dentro de los casos que se someten a examen existen dos —Sentencias: “n.º 006-12-SCN-CC” y “n.º 008-13-SCN-CC”— que no justifican las razones públicas del obrar estatal como precondition para lo razonable, lo que impide continuar con el examen de idoneidad y, por ende, de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De igual manera, se identifica que en 4 Sentencias: “n.º 001-09-SCN-CC”, “n.º 048-13-SCN-CC”, “n.º 008-14-SCN-CC” y “n.º 009-14-SCN-CC” no se cumple con el mandato de necesidad, lo que demanda mejorar la calidad argumentativa en estos aspectos. Esto encuentra correspondencia con el contraste con la “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”.

En resumen, a partir del análisis de los criterios metodológicos de evaluación de la ponderación y del principio de proporcionalidad de esta sección se puede demostrar que la Corte Constitucional ecuatoriana inventó su propia comprensión de la ponderación y la aplicó sin tomar en cuenta determinados parámetros metodológicos mínimos de razonabilidad. Pero, además, en la siguiente sección, se procede a examinar estudios de casos que ponen en evidencia la aplicación de ponderación a casos no necesarios, lo que podría provocar cierta arbitrariedad judicial.

4. Caracterización de los casos difíciles resueltos por la Corte Constitucional

³⁴⁸ En estos casos se incluyen aquellos fallos que no ameritan un análisis de los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Aunque no resulta sencillo hacer una caracterización de los casos fáciles o difíciles de la Corte Constitucional ecuatoriana, ya que estos se derivan de presupuestos falta de claridad, uniformidad, precisión y coherencia del lenguaje técnico-jurídico de los enunciados normativos, estos resultan didácticos para la aplicación del Derecho, en especial, de la subsunción o la ponderación desde una perspectiva integral.

Con todo, se precisa *a priori* que la identificación de esta dualidad no se da en abstracto, sino al momento del análisis y evaluación de los casos en concreto a profundidad, pues se pasa de una fase de interpretación en abstracto a una en concreto, lo que plantea problemas de equívocidad e indeterminación de las disposiciones.

“Esta afirmación se entiende mejor si se tiene en cuenta que en cualquier problema jurídico [...] están presentes dos tipos de casos: el caso genérico contemplado en el supuesto de hecho normativo y el caso individual del cual requiere conocerse su solución normativa”.³⁴⁹

Entonces, la primera actividad del juzgador o cualquier intérprete, en la solución de los asuntos prácticos, es identificar (localizar) la norma jurídica aplicable al caso concreto; luego, se procede a la interpretación de la norma; y, por último, se aplica el derecho. Sin embargo, en este camino pueden surgir dificultades de distinta índole debido a la falta de compatibilidad y de plenitud del sistema jurídico.

Frente a ello, se debe asumir que no todos los casos que se presentan ante la Corte Constitucional plantean el mismo nivel de dificultad a la hora de motivar y justificar sus resoluciones, pues puede ocurrir que exista oscuridad en la norma o se planteen problemas de interpretación o integración del derecho (antinomias o anomias).

Los casos fáciles o claros son aquellos que parten de premisas —fácticas y normativas— que no plantean mayores inconvenientes y que, por lo tanto, producen respuestas únicas y válidas sin mayor esfuerzo interpretativo, pues se plantean como cuestiones lógicas que caen en el “núcleo esencial” del lenguaje, por lo que, basta la simple subsunción del hecho concreto en la norma jurídica mediante la aplicación del silogismo judicial (razonamiento deductivo) para extraer la respuesta correcta.

Con respecto a los presupuestos normativos existe una amplia aceptación entre los intérpretes sobre cuál o cuáles son las normas aplicables, así como cuál es su interpretación mientras que, con relación con los presupuestos fácticos existe consenso

³⁴⁹ Francisco Ezquiaga, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana* (México: Tribuna Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006), 62, <http://boblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

sobre cuáles son los hechos del caso (hechos probados), así como su calificación jurídica.³⁵⁰ Por ello, se considera que en ellos no hay más que una aplicación simple del derecho.

Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo de que se trate.³⁵¹

En concreto, el caso fácil sería aquel que se presente en las siguientes situaciones:

(1) Que el significado *prima facie* de un enunciado cumpla simultáneamente tres requisitos:

(a) Que sea unívoco, es decir, que todo operador jurídico (o al menos, todos los intervinientes en un concreto acto de aplicación del Derecho, por ejemplo, en un proceso) otorgue al enunciado el mismo significado.

(b) Que sea consistente, es decir, que no entre en conflicto con ninguna otra norma jurídica del sistema.

(c) Que sea satisfactorio, es decir, que no choque con el sentido de justicia del intérprete o con valores importantes para él.

(2) Que se trate de un caso originalmente difícil (es decir, que el significado *prima facie* de un enunciado no sea unívoco, consistente o satisfactorio) cuya dificultad se ha eliminado. Las formas [...] de “transformar” un caso difícil en un caso fácil son dos: por vía legislativa o por vía jurisdiccional.³⁵²

Por la vía legislativa se da cuando el órgano legislativo —Asamblea Nacional— expide una ley interpretativa con carácter generalmente obligatorio (art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República) y retroactivo, la que establece el significado del enunciado concreto que establece la norma jurídica, la que va a tener el efecto de introducir nuevas normas jurídicas o de expulsar alguna de ellas o ambas conjuntamente.

Por la vía jurisdiccional, en cambio, se presenta cuando el órgano jurisdiccional —Corte Constitucional— tiene la atribución de interpretar y decidir, con carácter vinculante, el significado de los enunciados sometidos a su consideración, a través de sus dictámenes y sentencias (art. 435, numeral 1 de la Constitución de la República). En los casos fáciles, la atribución de los significados en la motivación de la decisión es producto de una subsunción de los supuestos fácticos en la norma.

³⁵⁰ Martínez, *Metodología jurídica y argumentación*, 33.

³⁵¹ Ricardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 9ª ed. (México, Porrúa-UNAM, 2012), 4-5.

³⁵² Francisco Ezquiaga, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, 63.

Es decir, también constituyen casos fáciles aquellos que racionalizan el sentido captado de una disposición normativa o de buscar ese sentido mediante la introducción de nuevas reglas.

Por su parte, los casos difíciles se dan cuando el significado *prima facie* de un enunciado presenta dudas con relación a su aplicación, es decir, es equívoco, inconsistente e insatisfactorio para el intérprete. Esto se puede originar tanto en la premisa normativa como en la fáctica. El primer caso, origina problemas de relevancia e interpretación mientras que, en el segundo da lugar a inconvenientes de prueba y su calificación.

[Los] *problemas de relevancia*: [se originan] cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma o normas aplicables(s) al caso; [los] *problemas de interpretación*: cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable [...]. Los problemas de prueba se plantean cuando existen dudas sobre si ha tenido o no lugar un determinado hecho; o problemas de calificación, que surgen cuando las dudas se refieren a si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que se contiene en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma.³⁵³

Es decir, los problemas de relevancia o determinación plantean dudas con relación a la norma aplicable al caso, sea porque se presente una antinomia (contradicción) o una anomia (laguna normativa). Los problemas de interpretación surgen cuando existen dudas con respecto a cuál es la interpretación adecuada del precepto jurídico, lo que se origina por problemas de vaguedad o ambigüedad. En ambos casos, la solución debe darse en función de la razonabilidad de los argumentos que se basen en principios.

Los problemas de prueba que plantean dudas con respecto a la ocurrencia de determinado hecho se consideran como no acontecidos. En cambio, los problemas de calificación plantean inconvenientes en la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho de la premisa normativa, por dificultades lingüísticas (vaguedad).

En otras palabras, el caso difícil es aquel en el que:

- (a) Se plantean *dudas* con relación al significado que ha de asignarse a un enunciado normativo.
- (b) El significado asignado a un enunciado es *controvertido* o discutido entre las partes del proceso, entre el juez y las partes, entre el juez y otro juez [...] o, incluso, entre un

³⁵³ Atienza, *El sentido del derecho*, 264-5.

juez y él mismo con ocasión de un cambio de criterio sobre el modo de entender un enunciado.

En este tipo de casos en los que existen problemas de relevancia (problemas en la asignación del significado) o problemas de interpretación es necesario que la solución se justifique de forma razonable sobre la base de principios. Las dudas con relación a los casos difíciles, en todo caso, dependen de los contextos: lingüístico, sistémico o funcional.

En todo caso, al igual que lo establece la Corte IDH³⁵⁴ es claro que la exigencia de la motivación en los casos difíciles es mayor con relación a la gravedad de la restricción de derechos que se pone en juego (vida, privación de libertad, sanciones, suspensión del derecho de trabajo, suspensión de derechos políticos, entre otros).

El reconocimiento de la existencia de casos difíciles, es decir, de aquellos que no se encuentran previstos en el propio sistema normativo o que previstos chocan con valores de la sociedad implica introducir la idea de que el ordenamiento jurídico no solo se conforma por reglas, sino por principios, por lo que es necesario una perspectiva integral del derecho que incluya la axiológica.

Incluso, en este último caso, es posible identificar y evaluar, en problematizaciones futuras cuáles son los derechos, principios, intereses o valores que se protegen por los jueces con mayor frecuencia en el panorama constitucional,³⁵⁵ sobre la base del enfoque integral de derechos que los consagra como iguales, interdependientes, complementarios e indivisibles.

Por lo general, los casos difíciles concentran procesos complejos de argumentación, deliberación e intercambio político, con el fin de consagrar visiones reformistas de la sociedad ecuatoriana, por medio de cuestionamientos, afirmaciones de posturas o posiciones que busquen reivindicar derechos o políticas de redistribución o de reconocimiento.

Es decir, por lo regular, dichos litigios poseen una fisonomía policéntrica y compartida que afectan a un número de personas que denuncian las violaciones continuas de sus derechos e involucran a varios organismos o instituciones del Estado que se consideran como los responsables de dichas lesiones. Asimismo, buscan

³⁵⁴ Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, 31 de agosto de 2016, párr. 184-6, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.

³⁵⁵ Aquí, se hace referencia a todos los derechos incluidos aquellos denominados, en otras legislaciones, económicos, sociales y culturales.

transformar las bases sociales y culturales generadoras del trato desigual y ampliar la tolerancia a la diferencia, superar estereotipos, educar en la comprensión de derechos e impulsar políticas de reconocimiento que repercuten en la distribución económica y la no perpetuación de la exclusión.³⁵⁶

Si bien, conforme queda indicado en el marco teórico, la doctrina no es unánime en torno a la aceptación de esta división —casos fáciles y difíciles o trágicos—, pues parten de la idea de que todos los casos tienen una respuesta correcta final y que solo existen conflictos aparentes. Sin embargo, otros autores —a los cuales nos adscribimos— consideran que existen casos en donde existen conflictos reales de derechos y principios que colisionan entre sí y que es necesario confrontarlos para lograr una solución. En estos casos la ponderación es el modo de argumentación que se aplica con mayor frecuencia.

Por lo tanto, frente a la existencia de casos difíciles o trágicos la Corte Constitucional tiene el deber de hacer frente a estos dilemas entre dos o más principios, a fin de decidir en las causas que se someten a su jurisdicción sobre la base de la razón y justicia, sin que ello implique declarar inválido al principio, derogarlo o incluir cláusulas de excepción sino armonizarlos entre sí en defensa de los más afectados.

Queda señalado que el enunciado normativo sobre la ponderación (art. 3.3. de la LOGJCC) poco aporta como guía para los juzgadores constitucionales para la resolución de los casos difíciles o trágicos; tampoco existe una guía desde los propios tribunales ecuatorianos. Frente a ello, es necesario caracterizar los casos complejos resueltos por la Corte Constitucional y la herramienta a emplearse.

La ponderación es la técnica mayormente aplicada para la solución de casos difíciles o trágicos en los que se encuentran inmersos principios, que nace del estudio de un caso jurídico particular en el que necesariamente se da preferencia a un principio sobre otro. Por ello, esta necesidad de legitimación de la acción estatal puede evitar o causar arbitrariedad judicial.

³⁵⁶ María Luisa Rodríguez, “¿Logran las decisiones emancipar? Metodologías en el seguimiento del cumplimiento de las decisiones judiciales”, en *Altas corte y transformación social: (Des) obediencia a las órdenes judiciales. ¿Qué pasa después de la decisión judicial?*, ed. María Luisa Rodríguez, Daniel Jiménez y Fabián León (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales / Vicedecanatura de Investigación y Extensión / Instituto de Investigación Sociojurídica Gerardo Molina / Unijus, 2021), 20-2.

Para ello, se debe verificar si se la aplica de forma técnica o teniendo en cuenta ciertos parámetros metodológicos en el período 2008-2023 o si, por el contrario, existen ciertos déficits de racionalidad en su empleo para casos no necesarios.

Se entiende que la ponderación es una operación racional de aplicación del derecho a partir de valoraciones que no supone una red normativa previa, a diferencia de aquellos razonamientos que se derivan del propio sistema jurídico. Por ello, requiere de ciertos criterios analíticos distintos a otros mecanismos tradicionales de resolución de conflictos para que se la considere como un método más o menos estructurado.

En este apartado, se dejan sentadas ciertas bases para definir si un caso es fácil o difícil y las formas de aplicación del derecho en cada uno de ellos en el período descrito. Con ello, se busca evidenciar, de forma empírica, que existen ciertos casos fáciles que no presentan dudas ni controversias con relación a la significación de un enunciado normativo. Por ello, bastaba aplicar la regla sin que sea necesario someterlo a un procedimiento ponderativo.

5. Evaluación de sentencias

Una vez que quedan sentadas las bases dogmáticas para la catalogación de los casos fáciles y difíciles, a continuación, se procede al estudio intrínseco de varios casos típicos y representativos de la Corte Constitucional en el período 2008-2023, con el objeto de verificar y evaluar si la corte aplica de manera adecuada el examen ponderativo o, en su defecto, este pudo resolverse mediante la utilización de la propia red normativa que el ordenamiento jurídico proporcionaba al juzgador, sin que fuere necesario acudir a esta herramienta del derecho.

En lo posible, la selección incluye cinco (5) casos relevantes, representativos y fáciles de abordar por dicho organismo, los que estudiados a profundidad revelarán los aciertos y errores en la utilización de la herramienta ponderativa en el prenombrado período, lo que tiene relación con la calidad argumentativa de la resolución. El tipo de acciones que se escogen es por incumplimiento, inconstitucionalidad o de consulta de constitucionalidad de norma.

De acuerdo con el desarrollo de la investigación la metodología que se emplea se basa en un enfoque cualitativo, pues parte de una problemática que se presenta en el análisis de casos difíciles que se someten al método de ponderación, en donde se

exploran datos que se ponen a disposición del investigador para obtener un balance de la realidad constitucional.

El método que se utiliza es el inductivo-deductivo, pues se enfoca en el análisis de aspectos o condiciones particulares escrutados de los estudios de caso para llegar a generalizaciones cuya síntesis sirve como punto de apoyo para aplicarse a situaciones particulares. Asimismo, se aplica el método analítico.

Por ello, la pregunta central que se plantea en este acápite es: ¿Todos los estudios de caso propuestos por el investigador debieron resolverse a través de la ponderación? Si la respuesta es negativa, la propuesta debería encaminarse a señalar cuál es el nivel de exigencia mínimo de la ponderación para evitar la aplicación de esta herramienta a casos no necesarios que la doctrina los denomina como fáciles. Con ello se gana en pragmatismo y estrategia en términos de eficiencia y celeridad.

Para lograr dicho cometido, es necesario entender el sentido del caso; establecer los elementos normativos que entran en conflicto, es decir, los principios o derechos que entran en colisión, como una categoría autónoma de las reglas; reconocer y estudiar el problema, así como el mecanismo específico para su resolución.

Lo lógico supondría que el caso difícil o trágico debería resolverse mediante el método de ponderación, ya que exigiría identificar y sopesar derechos en conflicto que no cuentan con una respuesta concreta en el ordenamiento jurídico frente a hechos determinados. Además, se entiende que dicho procedimiento funciona de forma diferente a los criterios tradicionales de resolución de antinomias, ya que no supone declarar inválida al menos, una de las normas que entran en conflicto, ni introducir una excepción, sino armonizarlas.

A través de un cruce de información con la doctrina se busca sacar ciertas conclusiones, demostraciones y hallazgos. Todo ello permitirá determinar si el caso puede catalogarse como fácil o difícil y si, en el caso particular, se debía recurrir a la ponderación o bastaba resolverlo a través de metodologías alternativas más sencillas.

Ello permite revelar que los juzgadores constitucionales, en ocasiones, resuelven problemas sencillos de forma compleja lo que, en último término, denota un manejo inadecuado de la herramienta. Pero, a su vez, sirve para reorientar y acoplar, de mejor manera, el manejo de dicho instrumento a casos particularizados más complejos.

Las conclusiones específicas en cada caso concreto pueden, en principio, ser aplicables a otro caso individual posterior que comparta las mismas propiedades, esto

es, que sea subsumible en el mismo tema o *issue* equiparable al analizado, sin que sea necesario la utilización de la ponderación.

A continuación, se plantea la siguiente guía para el estudio de los casos sujetos a análisis en los distintos períodos, que comprende: (1) el resumen y sentido del caso; (2) los elementos normativos que entran en conflicto, es decir, los principios o derechos que se intervienen, como una categoría autónoma de las reglas; (3) identificación del conflicto o problema entre principios o derechos; (4) señalamiento del mecanismo específico para su resolución y su pertinencia.

Así, en el primer período (2008-2012) de la autodenominada Primera Corte Constitucional Transitoria se analiza la Sentencia n.º 002-09-SAN-CC.³⁵⁷ Luego, en la Primera Corte Constitucional (noviembre de 2012 – 2015) se examina la resolución de mayoría n.º 048-13-SCN-CC.³⁵⁸

En el año 2015, con la renovación del primer tercio de la Corte Constitucional, conforme con lo establecido en el artículo 432 de la Constitución, se analiza la sentencia n.º 004-16-SCN-CC.³⁵⁹

En el año 2018 dentro del nuevo proceso de selección de la Corte Constitucional se analiza la Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados (aborto).³⁶⁰ Por último, en febrero de 2022, con la renovación del primer tercio de la Corte Constitucional se analiza la Sentencia n.º 67-23-IN/24 (eutanasia activa).³⁶¹

A continuación, se analiza e interpreta el contenido de cada una de las sentencias que se someten a constatación, con el fin de entender los aspectos temáticos que se someten a evaluación, cuyos resultados reflejan la forma en que los juzgadores emplean la ponderación en los casos.

Así, en la Primera Corte Constitucional Transitoria (2008-2012) la n.º 002-09-SAN-CC litiga un caso que tiene relación con un supuesto caso de conflicto de reglas entre el artículo 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades que reconocía los beneficios tributarios correspondientes para la importación de vehículos ortopédicos

³⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009, en Registro Oficial 566, Suplemento, 08 de abril de 2009.

³⁵⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0179-12-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional 004, 23 de septiembre de 2013.

³⁵⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 004-16-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0171-13-CN*, 13 de abril de 2016.

³⁶⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados”, en *Caso n.º: 34-19-IN y acumulados*, 28 de abril de 2021.

³⁶¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 67-23-IN/24”, en *Caso n.º: 67-23-IN*, 5 de febrero de 2024.

y no ortopédicos y vehículos nuevos y usados de hasta tres años de fabricación a favor de personas con discapacidad el que, según el dictamen del Procurador General del Estado es contradictorio con el artículo 27, literal i de la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 50 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y artículo 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz, por lo que, resulta inadmisibles dicha importación.

En concreto, la prenombrada sentencia identifica un supuesto conflicto entre: (1) los derechos a la exención tributaria a favor de la población discapacitada, principios de progresividad y no regresividad y *pro homine* (artículos 11 numerales 2, 5 y 8, 47 numeral 4 de la Constitución de la República y 23 de la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades); y, (2) los derechos de defensa del consumidor y protección al medio ambiente (artículos 27 de la Ley Orgánica de Aduanas, 50 inciso 1 de la Ley de Tránsito y Transportes Terrestres y 6 del Convenio de Complementación en el Sector Automotriz).

El resultado de dicho pesaje se inclina por reconocer —sin mayor sustento argumentativo— el derecho a exención tributaria a favor de la población discapacitada frente a los derechos de defensa del consumidor y protección al medio ambiente. En virtud de ello, se declara entre otras, la inconstitucionalidad por el fondo del dictamen 01421, de 23 de junio de 2008 del Procurador General del Estado.

En este caso, de forma clara, se puede visualizar que existe un conflicto del intérprete con relación a cuál es la norma aplicable así como cuál es su interpretación, la que podía resolverse a la luz del propio ordenamiento jurídico mediante la utilización de criterios (jerarquía, competencia e especialidad), métodos (finalista o sistemático) y principios de interpretación (supremacía) que den sentido a la norma jurídica e invaliden la norma contraria a los preceptos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador.

Es decir, este asunto se lo podría catalogar como un caso fácil que no requería acudir a la ponderación, pues la aparente antinomia (contradicción) se podía solventar por el propio sistema normativo, sin que ello reste contundencia a la resolución.

A la vez, la sentencia de mayoría n.º 048-13-SCN-CC plantea, entre otros problemas jurídicos, una consulta de constitucionalidad de “las normas contenidas en los cuatro primeros incisos del artículo innumerado 15 de la Ley Reformatoria al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como en la Resolución n.º 01- CNNA-

2013 y los considerandos sexto y séptimo de la Resolución n.º 01-CNNA-2012”,³⁶² pues se considera que vulneran arbitrariamente el derecho a una vida digna del alimentante y de sus dependientes directos y a sus obligaciones como ciudadano.

En concreto, la prenombrada sentencia identifica un supuesto conflicto entre: (1) los derechos de la vida digna del obligado principal de alimentos y sus dependientes directos y de sus obligaciones económicas; y, (2) el derecho de alimentos que se relaciona con los derechos a la vida (subsistencia y dignidad), trato prioritario e interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

El resultado de dicho pesaje se decanta por señalar que la medida —tabla de pensiones alimenticias— no comporta una restricción a los derechos de los alimentantes, pues dicha tabla sirve para fijar un mínimo a sufragar por concepto de pensión de alimentos para satisfacer las necesidades de los alimentarios en función de las posibilidades del obligado principal a la prestación de alimentos.

Este caso, al igual que el anterior no requería un ejercicio ponderativo pues el fallo podía resolverse a partir de la propia interpretación de las reglas y principios que se establecen en el ordenamiento jurídico, sin que medie un proceso de integración frente a un supuesto concreto que no contemple la norma que obligue a una nueva racionalización de la tabla de pensión de alimentos.

Así, a través de una interpretación teleológica, sistemática y directa de la Constitución se pudo sostener que el fin de la tabla de alimentos es otorgar a los alimentarios una prestación que permita atender el interés superior del niño y garantizar, sin discriminación alguna y de forma conexa, el pleno ejercicio de otros derechos, entre ellos: vida (supervivencia y dignidad), educación, salud, alimentación, vivienda, vestido y otros que sustentan el buen vivir, por parte de sus progenitores, quienes tienen el deber y responsabilidad de cuidado y protección desde la concepción, al formar parte de los grupos de atención prioritaria y especializada, más aún si se encuentran en condición de doble vulnerabilidad.

La concepción clásica de los alimentos como un vínculo obligacional de origen legal que se relaciona con el asistencialismo, en la actualidad, con el auge del constitucionalismo constituye una visión más integral del derecho a la vida digna de los

³⁶² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”, en *Casos n.º: 0179-12-CN y acumulados*, 4 de septiembre de 2013, Gaceta Constitucional 004, 23 de septiembre de 2013, 56. Si bien el fallo plantea dos problemas adicionales que se relacionan con la lesión al principio de igualdad, tutela judicial efectiva e independencia judicial, nos centraremos en aquel referente a la restricción al derecho a la vida en su faceta dignidad, por ser el único que se somete a ponderación.

beneficiarios de alimentos cuya proporcionalidad se expresa en los parámetros contenidos en el artículo innumerado 15 de las reformas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y la Tabla de Pensiones Alimenticias Mínimas expedida por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

Es decir, la resolución que contiene la tabla ya contempla parámetros especiales y permanentes de protección a los niños, niñas y adolescentes, por delegación expresa concedida por el legislador al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, con la obligación judicial de respetar los mínimos o la permisión de fijar pensiones superiores y que manda a su indexación anual. Es decir, la normativa contiene un ejercicio previo de proporcionalidad entre el interés superior del niño y las posibilidades determinadas por la condición económica de los alimentantes.

Caso diferente constituye un supuesto excepcional de inexistencia de una norma concreta que regule un hecho factual determinado en donde se ataque la constitucionalidad de la aplicación de la tabla de pensiones en casos extremos.³⁶³

Por ello, el operador pudo optar por utilizar mecanismos interpretativos que den respuesta al caso, a partir de los propios enunciados proposicionales que ofrece el sistema jurídico, pues la implementación de las tablas buscaba establecer mínimos para la fijación de pensiones alimenticias, de acuerdo con la capacidad del alimentante de proveer recursos para la satisfacción de las “necesidades básicas” de los beneficiarios del derecho de alimentos (sujetos de derecho), sin que ello lleve implícito una lesión *per se* a los derechos de los progenitores en condiciones generales.

Al contrario, constituye un deber y obligación estatal el exigir el cumplimiento de la responsabilidad parental con relación a sus obligados directos por igual, en el máximo posible, de acuerdo con sus posibilidades económicas de los progenitores, más aún cuando existe una inequitativa distribución de las labores y los roles aceptados en razón del género.

En este sentido, la proporción a la que hace referencia la Constitución no necesariamente se expresa en términos monetarios, sino en términos de responsabilidad compartida de ambos progenitores.

³⁶³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC”, en *Caso n.º: 1116-10-EP*, 27 de marzo de 2012, en donde se ponderan los derechos de un niño a tener una pensión alimenticia frente a los derechos a la dignidad y la libertad del alimentante que, en las circunstancias del caso, es una persona discapacitada y con una enfermedad degenerativa.

Asimismo, la sentencia n.º 004-16-SCN-CC examina una consulta de constitucionalidad del artículo 11, literal a), inciso 5 de la Ley de Registro que establece que el juicio por inscripción de escritura o algún documento ante la negativa de inscripción por el Registrador es un procedimiento de única instancia y que la resolución judicial que ordena dicho registro no es susceptible de recurso alguno, pues se considera que dicho enunciado normativo se encuentra en contradicción con el artículo 76, numeral 7, literal m de la Constitución de la República.

En definitiva, la prenombrada sentencia identifica un supuesto conflicto entre: (1) el derecho a recurrir (artículo 76, numeral 7, literal m) de la Constitución de la República); y, (2) los principios de tutela judicial efectiva, defensa y debida diligencia que conllevan la oportunidad, celeridad y economía procesal, concentración y eficacia (artículos 66 numeral 25, 75, 76 numeral 7 literal a), 168 numeral 6 y 172 de la Constitución de la República).

Para ello, se somete a un análisis de proporcionalidad que determina “que la debida diligencia en la administración de justicia es el fin constitucionalmente válido que persigue la medida de establecer una sola instancia en el juicio por inscripción de escritura”.³⁶⁴

Asimismo, considera que la medida es idónea y eficaz pues evita la dilación innecesaria de la administración de justicia “en tanto la petición de registro involucra única y exclusivamente un análisis respecto a la procedencia o no del mismo en atención a lo establecido en el artículo [en mención]” (énfasis añadido). A la vez, sostiene que la medida es necesario pues solo involucra temas de procedencia formal y no de fondo de la inscripción.

Por último, el resultado de dicha ponderación se inclina por reconocer —sin mayor respaldo argumentativo— la existencia de una justificación razonable en la limitación en el derecho a recurrir en la inscripción de la escritura, ya que dicho fin no dilata, en forma innecesaria, este proceso breve y formal. En virtud de ello, se niega la consulta planteada.

Este caso, de forma clara, tampoco plantea cuestiones complejas como para ponderarlas, pues a través de una interpretación teleológica se podía determinar que el objeto del derecho a recurrir es que procure un control material de las decisiones judiciales contrarias a derecho (impugnabilidad subjetiva) y que causen agravio, que no

³⁶⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 004-16-SCN-CC”, en *Caso n.º: 0171-13-CN*, 13 de abril de 2016, 15.

se limiten a aspectos formales de la inscripción, con el fin de satisfacer el derecho a la defensa de las partes procesales.

Es por ello que el legislador, de forma previa, al momento de elaborar la norma jurídica vio innecesario incluir dentro de este juicio mecanismos de impugnabilidad, pues la razón de ser de este procedimiento se limita al análisis de la procedencia o no de cuestiones de carácter procedimental que señala el artículo 11, literal a) de la Ley de Registro, toda vez que, para el examen de fondo —cuestiones fácticas y jurídicas— existen otros mecanismos pertinentes para su solución.

Casi todos los ordenamientos jurídicos, así como la jurisprudencia nacional y foránea señalan que existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si en un caso específico como el que se plantea el recurso no es adecuado —dilación de la administración de justicia— es lógico que no hay que agotarlo³⁶⁵ pues la eficacia (efectividad) del medio de impugnación es una cualidad deseable.

En definitiva, este caso se lo podría catalogar como fácil pues el caso individual se puede subsumir, de forma satisfactoria, en el supuesto del artículo 11, literal a) de la Ley de Registro, ya que es una clase del caso genérico previsto en el supuesto de esa norma (claridad).

Por su parte, la sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados analiza la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) relativos a la sanción penal del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación que interrumpen su embarazo sin una discapacidad mental y declara la inconstitucionalidad de la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, contenida en el artículo 150, numeral 2 del COIP.

Con relación al artículo 149 del COIP, los derechos y principios que se consideran infringidos son: (1) la integridad, libertad, indemnidad sexual, libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación (artículos 66, numeral 6 de la Constitución de la República); y, (2) el derecho a la vida del *nasciturus* (artículo 45 de la Constitución de la República) el principio de legalidad y el interés superior del niño.³⁶⁶

³⁶⁵ Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo)”, *caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 64, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

³⁶⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados”, en *Caso n.º: 34-19-IN y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 38. Estos dos últimos derechos: principio de legalidad e

De esta forma, el tribunal realiza una ponderación cuyo resultado del pesaje indica que si bien la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial en la Constitución tampoco se lo puede interpretar de forma aislada sino sistemáticamente con otros derechos, en este caso con aquellos derechos de las mujeres violadas.

En principio, la medida de tipificación de dicho delito busca proteger la vida del *nasciturus*; por ello, se la puede considerar como un fin constitucionalmente legítimo. Sin embargo, la Corte considera adecuado analizar las razones de peso que justifiquen que el uso del poder punitivo en este caso no es arbitrario.

Con relación a la idoneidad se considera que la imposición de la sanción penal no conduce a lograr el fin perseguido de proteger al no nacido, pues no impide que las mujeres violadas sigan optando por abortar, sino que promueve dicha conducta a través de prácticas alternativas de aborto en la clandestinidad y con procedimientos de alto riesgo que ponen en peligro su salud y su vida”.³⁶⁷ En consecuencia, se la considera una medida inadecuada.

Asimismo, considera que tampoco es necesaria pues existen otras opciones menos gravosas para conseguir dicho objetivo que no afecten a las mujeres gestantes víctimas de un delito de violación como el diseño de políticas públicas basada en derechos para la prestación de servicios seguros y accesibles. Por último, tampoco dicho examen pasa la proporcionalidad en sentido estricto, pues la mínima disuasión penal no justifica la excesiva intervención del “poder punitivo del Estado contra de las mujeres víctimas de violación en detrimento de su integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad”.³⁶⁸ El poder punitivo por proteger al no nacido produce un daño mayor que atenta contra la vida y la salud de la madre gestante.

En consecuencia, el organismo constitucional considera que “la sanción penal impuesta a las víctimas de violación, que no padecen una discapacidad mental, no es proporcional y, por tanto, es inconstitucional”.³⁶⁹ Es decir, es organismo se decanta por la vida, salud, integridad, libertad e indemnidad sexual, libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de la mujer.

interés superior del niño, se evidencian, de forma más evidente en el voto salvado de la jueza Teresa Nuques Martínez.

³⁶⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados”, en *Caso n.º: 34-19-IN y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 143.

³⁶⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados”, párr. 155.

³⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados”, párr. 159.

De igual manera, con relación a la configuración legislativa del tipo penal del artículo 150, numeral 2 del COIP, la Corte Constitucional señala que es necesario someter a pesaje el trato diferenciado entre las mujeres violadas que interrumpen su embarazo sin una condición de discapacidad mental de aquellas que no tienen esa condición.

Para ello, señala que el criterio que debe primar para establecer dicha situación es el consentimiento y no la discapacidad. Así, el fallo establece que la prenombrada norma no cumple un fin constitucionalmente válido que justifique el trato diferenciado y acota que el criterio de discapacidad es discriminatorio, revictimiza a las mujeres y las somete a un proceso persecutorio y de sanción penal. Por el contrario, el criterio de “consentimiento” es inclusivo y promueve el ejercicio de derechos.

Por ello, se considera que la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental” es inconstitucional y debe expulsarse del ordenamiento jurídico.

En conclusión, a partir de esta sentencia “deja de ser punible el delito de aborto consentido en casos de violación para todos los sujetos activos del mismo, es decir tanto respecto de las mujeres que han sido violadas como del ‘médico u otro profesional de la salud’ que realice el procedimiento”.³⁷⁰

Este caso, sin duda comprende un caso difícil pues el significado asignado a los enunciados de los artículos 149 y 150, numeral 2 del COIP es controvertido y discutido en búsqueda de una interpretación que más se ajuste a una solución razonable.

Así, la interpretación exegética o literal, sistemática, teleológica e histórica desde la perspectiva del *nasciturus* desconoce los derechos de la mujer, por lo que, el ejercicio de subsunción resulta incompleto bajo la idea de que el ordenamiento jurídico no solo se conforma por reglas sino por principios. Por ello, este asunto requiere ponderarse de forma integral y sistemática, a la luz de los principios constitucionales y desde una perspectiva axiológica de respeto a los derechos de las mujeres.

Con todo, se deja sentado que la sentencia, dentro del examen de proporcionalidad, al descartar la idoneidad no requería analizar la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, por lo que constituye un defecto del fallo en aras de la celeridad. Sin embargo, se recalca la necesidad e importancia de acudir al empleo de la ponderación como técnica de solución de casos difíciles para dotar de razonabilidad al planteamiento.

³⁷⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados”, párr. 182.

Tan polémico es el caso que existen votos salvados que abogan hacia la defensa de la vida desde la concepción, el principio de legalidad y reserva de ley en materia penal e interés superior de niñas, niños y adolescentes, entre otros, a través de la utilización de los criterios tradicionales de interpretación — literal, sistemática-teleológica y de la voluntad del Constituyente en su integralidad— y expresan que no existe otra forma de interpretación que no sea en defensa del derecho a vivir del concebido, por lo que, resulta inaplicable el “test de proporcionalidad” o la “ponderación” para el efecto.³⁷¹

La Sentencia n.º 67-23-IN/24³⁷² analiza y resuelve un supuesto de inconstitucionalidad en contra del artículo 144 del Código Orgánico Integral Penal en la que se busca que se reconozca el derecho a la “eutanasia activa” y determinar si el supuesto de la asistencia (médico) para una muerte digna a quien padece una enfermedad grave e incurable o una lesión corporal grave e irreversible que provoque intenso sufrimiento, en uso de su autonomía y libertad y sin provocar daño a los derechos de terceros, constituye un delito de homicidio o, en su defecto, se configura una situación en el que se podría afectar al derecho a la vida de esta persona.

El citado fallo analiza un supuesto conflicto entre: (1) el derecho a la vida en su dimensión subsistencia (artículo 66 número 1 de la Constitución de la República); y, (2) el derecho a la calidad de vida en su faceta dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 66 números 2 y 5 de la Constitución de la República),³⁷³ en el supuesto en el que un médico ejecute la conducta (acción u omisión) que tipifica el artículo 144 del COIP, cuando una persona solicite su consentimiento (inequívoco, libre e informado) para acceder a un procedimiento de eutanasia activa.

Como argumento se señala que el derecho a la vida desde su faceta “inviolabilidad” (artículo 66 número 1 de la Constitución) se garantiza en el artículo 144 del COIP frente a privaciones arbitrarias e ilegítimas de terceros. No obstante, el supuesto planteado no abarca los presupuestos de la eutanasia activa como son: (1)

³⁷¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados”, votos salvados de las juezas Carmen Corral, párrafos 29-31 y Teresa Nuques, párrafos 38 y 42.

³⁷² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 67-23-IN/24”, en *Caso n.º: 67-23-IN*, 5 de febrero de 2024.

³⁷³ Incluso el voto concurrente incluye a la eutanasia “como una manifestación de la cláusula general de ‘libertad’ (art. 66.29.d CRE) [...] que incluye diversas manifestaciones que podrían amparar la decisión de un paciente de terminar con su existencia en una situación de sufrimiento extremo, en ejercicio de la **radical autonomía** que acompaña a todo ser humano” sin que el poder público pueda imponer limitaciones arbitrarias o irrazonables. *Ibíd.*, párr. 3 y 4, voto concurrente del juez Richard Ortiz Ortiz. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 67-23-IN/24”, en *Caso n.º: 67-23-IN*, 5 de febrero de 2024.

autonomía y consentimiento libre e informado del titular del bien jurídico; (2) sufrimiento intenso; y, (3) no afectación de derechos de terceros.³⁷⁴

Por ello, la Corte Constitucional concluye —a través de una interpretación condicionada del prenombrado artículo— que la inviolabilidad de la vida en estos casos no debe ser punible, en aras de preservar los derechos a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad del paciente. Lo contrario, es inconstitucional porque obstaculiza, de manera irrazonable, el ejercicio de estos derechos que tienen relevancia para su titular, al proteger de manera absoluta el derecho a la vida en su dimensión subsistencia.

En resumen, este tribunal a través de una sentencia interpretativa señala que “la sanción aplicada al médico en el caso de la eutanasia pasiva es contraria a la Constitución, en concreto, a los derechos a la vida digna y al libre desarrollo de la personalidad del paciente”.³⁷⁵ Por ello, se considera que la conducta que tipifica el artículo 144 del COIP es constitucional siempre que no se aplique la sanción al médico dentro de los supuestos de un procedimiento eutanásico, es decir:

109. [...] el artículo es constitucional cuando no sea sancionado (i) el médico que ejecute la conducta tipificada en el artículo 144 del COIP en el supuesto en el que (ii) una persona, expresando su consentimiento inequívoco, libre e informado (o a través de su representante cuando no pueda expresarlo), solicite acceder a un procedimiento de eutanasia activa (iii) por el padecimiento de un intenso sufrimiento proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o de una enfermedad grave e incurable.³⁷⁶

Asimismo, de forma conexa, se declara la inconstitucionalidad del artículo 90 del Código de Ética Médica y la constitucionalidad aditiva del artículo 6 de dicha norma siempre que su interpretación sea que “la conservación de la vida no se aplique en los supuestos en los cuales un padecimiento provoque un intenso sufrimiento proveniente de una lesión corporal grave e irreversible o una enfermedad grave e incurable y cuando el paciente solicite un procedimiento eutanásico”.³⁷⁷

En este caso, si bien coincidimos con el voto de mayoría con relación al examen constitucional de la eutanasia activa; no obstante, consideramos que existen otras posibles respuestas que permiten abordar la compleja contraposición de derechos,

³⁷⁴ Con todo comparto el criterio que la eutanasia no es un derecho sino “la materialización de una decisión libre, autónoma e informada de una persona sobre su vida, en ejercicio de su derecho a la libertad”, *ibíd.*, párr. 7.

³⁷⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 67-23-IN/24”, en *Caso n.º: 67-23-IN*, 5 de febrero de 2024, párrafos 91.3.

³⁷⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 67-23-IN/24”, párr. 109.

³⁷⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 67-23-IN/24”, párr. 100.

principios y reglas alrededor de la eutanasia como la ponderación y la aplicación del test de proporcionalidad pues, es claro que el caso no permite entender, de forma clara, el proceso que se utiliza para la resolución del conflicto.

Si bien parecería inclinarse por sopesar derechos queda claro que su discurso se construye a través de una interpretación conforme con la Constitución desde la racionalidad del intérprete, sin que exista un empleo adecuado de la herramienta ponderativa a través del empleo del test de proporcionalidad, lo que resta tecnicidad al fallo.

Así, el caso en mención sanciona el homicidio —privar de la vida a otra persona— como una conducta punible clara que no admite interpretaciones, pues el supuesto de hecho contenido en la norma es “matar a otra persona”, siendo irrelevante los medios que se utilizan o las condiciones de este accionar antijurídico.

Lo contrario, el establecimiento de las conductas punibles y su sanción y las causas de exclusión de la antijuridicidad corresponden a la libertad de configuración del legislador.

Por ello, parecería que la cláusula de condicionalidad que emplea el fallo de mayoría con relación a la norma en cuestión excede el alcance que podría tener sentencia modulativa pues “resulta forzado establecer a la eutanasia activa como una excepción de punibilidad en el delito de homicidio, a través de la constitucionalidad condicionada de una norma legal que no adolece de indeterminación alguna y no admite más de una interpretación que pueda afectar derechos o principios constitucionales”.³⁷⁸

Así, hubiera sido más eficaz analizar el fin constitucionalmente legítimo que, en este “caso concreto”, constituye la protección al derecho a la vida (artículo 66 número 1 de la Constitución), así como también la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida, esto es, que exista un equilibrio razonable entre la protección del derecho y la restricción constitucional.

Tras el examen de este caso complejo pero concreto se hubiera determinado que la sanción del tipo penal de homicidio a un médico que aplicó el proceso eutanásico a una persona con una enfermedad o lesión grave no supera el examen de proporcionalidad, porque la persona cuyo derecho a la vida se presupondría protegido habría decidido libremente que se disponga sobre ella, como la mejor forma de lidiar

³⁷⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 67-23-IN/24”, voto salvado de la jueza Teresa Nuques Martínez, párr. 10.

con su sufrimiento, como parte de su derecho a la libertad de decidir y autonomía de su voluntad. Por ello, la privación de la vida no era arbitraria.

Esto, incluso, hubiera evitado ahondar en los debates de la libertad de configuración legislativa e *indubio pro legislatore* presente en los votos salvados con relación a la supuesta contradicción e incompatibilidad entre la exclusión de la culpabilidad (existencia de la infracción sin punición) y la antijuridicidad por una causa de justificación (no existencia de la infracción).

A continuación, la tabla 17 sintetiza los resultados de los estudios de casos sujetos a examen y que sirven como punto de partida para la evaluación de la ponderación y que se resumen en las siguientes categorías: (1) Herramienta de solución que se empleada en cada caso sujeto a examen. (2) Determinación de caso como fácil o difícil.

Tabla 17
Resultados estudio de casos

n.º	n.º sentencia	Tema	Categoría				
			Herramienta de solución			Tipo de caso	
			Subsunción	Ponderación	No específico	Fácil	Difícil
1	002-09-SAN-CC	Beneficios tributarios para importación vehículos a discapacitados		x		x	
2	048-13-SCN-CC	Constitucionalidad de la tabla de pensiones alimenticias		x		x	
3	004-16-SCN-CC	Negativa de impugnación de una inscripción de registro		x		x	
4	34-19-IN/21 y acumulados (aborto)	Sanción penal del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación		x			x
5	67-23-IN/24 (eutanasia activa)	Derecho a la “eutanasia activa”			x		x

Fuente y elaboración propias

La tabla 17 esquematiza 5 casos relevantes propuestos por la investigadora que se resolvieron por la vía de la ponderación en cada uno de los cinco períodos prefijados de la Corte Constitucional (2008-2024) los que, a primera vista planteaban problemas difíciles.

Sin embargo, un examen más minucioso a estos casos revela que de las cinco (5) sentencias en análisis (100%) tres (3), que representan el 60% pudieron resolverse a través de otros criterios de interpretación que involucraban metodologías más sencillas que la ponderación. De igual manera, queda claro que la sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados (aborto) que corresponde al 20% al involucrar una tensión de principios constitucionales debió resolverse a través de una ponderación. Por ello, se coincide con la posición de este tribunal de que se trata de un caso difícil que requería pesarse en las circunstancias del caso concreto con el fin de decidirse por el principio de mayor peso.

Por último, la sentencia n.º 67-23-IN/24, relativa a la eutasia activa también debió resolverse vía ponderativa al tratarse de un caso difícil. Sin embargo, en este caso la Corte Constitucional no utiliza, de forma clara esta herramienta, lo que, también constituye un déficit del fallo.

Con todo, resulta un avance significativo que el grupo de sentencias que pertenecen al período 2018-2023 (2 de 2), utilicen la ponderación para la resolución de verdaderos conflictos de principios en casos que se denominan difíciles frente al grupo de sentencias del período 2008-2018 (3 de 3) quienes emplean la ponderación a casos fáciles.

6. Déficit de cumplimiento de los parámetros de la ponderación

De la revisión de los casos referentes a la evaluación de las exigencias técnicas de la ponderación en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana se puede evidenciar la existencia de un déficit de cumplimiento de los parámetros sugeridos.

Así, con referencia al primer punto (definición de la ponderación) vale indicar que la Corte Constitucional cumple parcialmente con la aplicación de ciertas categorías de la conceptualización de la ponderación en cada caso concreto, como son: (1) comparación de principios en colisión y (2) operativización de caso concreto. No obstante, no la entiende como una técnica o procedimiento de resolución de conflictos, sino que la asimila a un método de interpretación o emplea los términos indistintamente.

Hay que considerar que, si se concibe como “método de interpretación” o se tiene una “concepción mixta del balanceo”, técnicamente es imposible aplicar —de forma rigurosa— el procedimiento lógico y normativo de la ponderación, lo que conlleva a que sea un método de resolución de conflictos poco técnico en términos de razonabilidad semántica.

Ello impide el desarrollo de una doctrina ponderativa en el período 2008-2015 desde el ámbito de comprensión semántico de esta herramienta, debido a condicionamientos internos que van desde la propia redacción del artículo 3 de la LOGJCC hasta las destrezas cognitivas de los integrantes del organismo constitucional.

Queda claro que usar la ponderación como un método de interpretación es un error. No obstante, se aclara que la razonabilidad de la ponderación no se limita al cumplimiento de unas determinadas reglas metodológicas conceptuales, sino que, además, es necesario operativizar la racionalidad de este método y el empleo adecuado del principio de proporcionalidad en casos difíciles.

Conviene indicar —como un tema transversal a la delimitación conceptual a la ponderación— que surge de la lectura de la jurisprudencia que parecería que la Corte Constitucional ecuatoriana confunde, en un primer momento, la política monista de interpretación (superación “aparente” de los conflictos negando que se tratan de auténticas tensiones) a través de la utilización de los métodos tradicionales con el debate multiconflictual y trata de adecuar las normas legales a los principios constitucionales con el fin de construir ponderaciones forzadas.

No obstante, luego dicho tribunal admite que hay casos en los que ello es imposible porque en el derecho pueden aparecer supuestos de colisión de dos o más principios valores o derechos constitucionales relevantes, en los que los sistemas de interpretación generales resulten insuficientes. En estos casos se opone una política conflictualista (superación del conflicto sin negarlo) en la que se puede acudir a otros “sistemas de interpretación propios de la Constitución y, particularmente, al método de la ponderación de normas” que chocan y su aplicación al caso concreto como una alternativa viable de fijación racional y balance condicionado de dilemas éticos-jurídicos.

Además, la Corte no solo admite la existencia de valores o principios plurales últimos relevantes sino también la tesis de la solución caso por caso de tales conflictos a través de la construcción de una jerarquía axiológica móvil y mutable.

En efecto, en la Sentencia n.º 002-09-SAN-CC señala:

En ese sentido, cabe indicar que la inadecuada y desproporcionada técnica de interpretación que utilizó el señor Procurador, puso de relieve el cumplimiento de un restringido sistema legalista de subsunción de normas, inherente a un Estado Liberal. Si bien es cierto, que la Ley Reformatoria a la Ley sobre Discapacidades no puede ser considerada como ley orgánica mientras la Asamblea Nacional no la declare como tal, su contenido material regula el ejercicio de derechos fundamentales previstos en los

artículos 35, 47 numeral 4 y 47 numeral 10 de la Constitución de la República, y en la normativa internacional, que por mandato de los artículos 11 numeral 3 y 426 de la Carta Fundamental, forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial. [...] El señor Procurador General del Estado ha hecho caso omiso a una serie de principios constitucionales de aplicación de derechos, entre los que se destacan, el principio de progresividad y no regresividad (artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República), y el principio pro homine (artículo 11 numeral 5 de la Constitución de la República) [...].³⁷⁹

En la figura 3 establecemos un esquema de clasificación de las concepciones de la ponderación que utiliza la Corte Constitucional en el período 2008-2015.

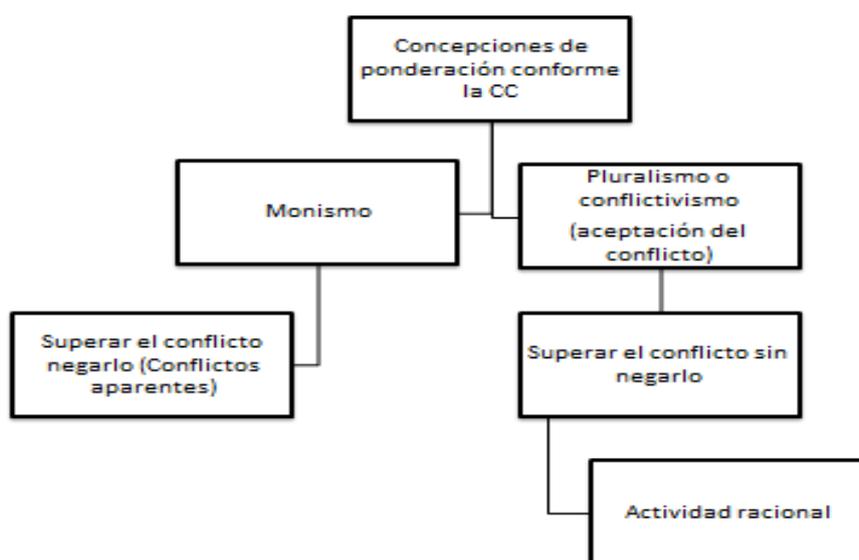


Figura 3. Clasificación de la ponderación por la Corte Constitucional.
Fuente y elaboración propias

Por ello, se concluye que, por lo general, en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana la ponderación de derechos es un procedimiento racional de interpretación o mixto —interpretación y aplicación del derecho— que busca resolver tensiones entre normas-principios constitucionales contrapuestos, con el fin de determinar y resolver cuál de ellos prevalece o tiene mayor peso, según las circunstancias del caso concreto, pero visto desde una óptica más universalista más que desde la especificidad propia del sistema en el que opera.

Sin embargo, una propuesta de control de los excesos de la normativa y la jurisprudencia, a través de un test de razonabilidad, implica que la práctica de la

³⁷⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”, en *Caso n.º: 0005-08-AN*, 2 de abril de 2009, Registro Oficial 566, Suplemento, 8 de abril de 2009.

ponderación en las cortes constitucionales lleve envuelta una producción jurídica y un discurso propio, que incluya altos niveles de tecnificación, en donde se establezcan mínimos consensos dentro del lenguaje legal, con el fin de garantizar una mayor seguridad jurídica y legitimidad en sus resoluciones.

En definitiva, la ponderación es una herramienta de solución de casos difíciles que exige una adecuada depuración teórica de su concepto y características para aplicarla de forma más técnica o dentro de los parámetros metodológicos para evaluación de casos difíciles, sin que ello lleve envuelto la invalidación de su uso. Sin embargo, es necesario operativizar la racionalidad de este método y el empleo adecuado del principio de proporcionalidad, mediante el análisis de las restantes exigencias técnicas.

Con referencia al segundo parámetro metodológico relativo al procedimiento ponderativo, los casos seleccionados permitieron identificar cierto déficit en su cumplimiento, en especial, en la justificación de las razones conflictivas (80%), centrándose tan solo en la observancia de las exigencias formales de la estructura de la ponderación —identificación del derecho y del conflicto (100%) y pesaje (80%)—, lo que fortalece la tesis de la arbitrariedad judicial de las decisiones ponderativas. Esta afirmación se respalda con el contraste de los datos primarios con la “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC”.

Lo anterior permite colegir que los problemas de la ponderación no provienen del método, sino de la falta de conocimientos de técnica-jurídica en el uso de esta herramienta, al igual que la subsunción. Por ello, lejos de abandonar dicha herramienta, es necesario que los juzgadores constitucionales analicen los puntos nodales de las categorías abstraídas y que se reproducen en los fallos sujetos a evaluación, con el fin de establecer ajustes o correctivos, en especial, en los procesos de construcción argumentativa que deben procurar el mejor resguardo de los derechos.

Cabe indicar que los resultados de esta selección constituyen estándares básicos plausibles que permiten deconstruir fenómenos o conductas reiterativas y generar nuevas interpretaciones para la toma de decisiones. Por último, los datos cualitativos recopilados pueden ser reutilizados, comparados y extrapolados a otros contextos, en un afán de enriquecimiento de la ciencia.

Queda evidenciado así, que la ponderación constituye una técnica compleja mal comprendida en nuestro ordenamiento jurídico, que requiere de conocimientos previos por parte de los administradores de justicia, con el fin de mejorar el rendimiento y la

proyección de la justicia constitucional. Sin embargo, lo importante es que el discurso jurídico sea formal, material y retóricamente coherente con la opinión del auditorio.

Por último, del análisis del conjunto de resoluciones jurisprudenciales que se someten a análisis dentro de la delimitación de tiempo de este trabajo, evidenciamos que los problemas de la ponderación no responden a la propia estructura interna: ley de ponderación, escala triádica, fórmula del peso, ley de colisión y cargas argumentativas, sino más bien a la mala interpretación de la ponderación. La ponderación es una estructura formal de argumentación razonable, sin un contenido axiológico determinado; por ello, es un medio argumentativo, pero no en fin en sí misma al igual que la subsunción.

En conclusión, la praxis demuestra que subsunción y ponderación no representan de forma necesaria dos alternativas opuestas dentro del proceso de resolución de conflictos, sino que tan solo constituyen guías que sirven a los juzgadores para resolver conflictos constitucionales de una manera más adecuada u ordenada, las cuales, a su vez, no siempre son incompatibles entre sí.

Por último, también existe un cumplimiento deficitario del tercer parámetro técnico de la ponderación que se relaciona con el empleo del principio de proporcionalidad, conforme con lo que se detalla, a continuación.

En efecto, del análisis de este parámetro se puede evidenciar lo siguiente: Primero, la Corte Constitucional ecuatoriana, en el período 2008-2015 no aborda, por lo regular, la categoría “método con estructura racional”. Así, de las 10 sentencias que se someten a análisis 7 (70%) no analizan este presupuesto y tan solo en 3 (30%), lo conceptualizan como un procedimiento metodológico “racional” equiparable a “razonable”, por lo que, solo en este evento se cumpliría con la exigencia técnica mínima.

Es decir, cualquiera que sea la delimitación de la definición del “principio de proporcionalidad” implica que los jueces deben aplicar este método mediante argumentos “razonables” de las razones justificatorias conflictivas para alcanzar la legitimidad de la decisión; lo contrario, puede conducir a una arbitrariedad judicial cobijada en una supuesta aplicación formal (racional) del principio de proporcionalidad.

El segundo parámetro de la proporcionalidad referente a la “utilización en la interpretación y aplicación de normas constitucionales” tampoco tiene mayor desarrollo pues solo en 2 casos (20%) se hace referencia a esta subcategoría de análisis, de forma adecuada, pues se señala que constituye un “método para la interpretación” y de

“resolución de conflictos”, lo que sugiere que, al menos existe una aproximación más precisa a la conceptualización del “principio de proporcionalidad” a diferencia de lo que sucede con la ponderación.

Los parámetros: tercero (inclusión de los tres subprincipios) y cuarto (operativización del caso concreto), se cumplen —al menos formalmente— en todas las resoluciones sujetas a revisión (100%) por parte de la Corte Constitucional en los períodos 2008-2015. No obstante, dichos parámetros, en los casos concretos, no justifican y argumentan, de forma razonable, las exigencias mínimas que demandan los tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (ley de ponderación).

Todo lo anterior permite inferir que los problemas de la aplicación del principio de proporcionalidad no provienen de su conceptualización, sino de la práctica concreta en el empleo de los argumentos adecuados para justificar dicho principio y cada subprincipio en casos difíciles.

En definitiva, resulta claro que si bien el principio de proporcionalidad debe cumplir determinados parámetros técnicos objetivos que parten de una indispensable estructura común. No obstante, la racionalidad del test tripartito y de la ponderación no se limita al cumplimiento formal de los citados parámetros técnicos, sino que es necesario una aplicación racional del método en los casos en los que amerite mediante el análisis de cada uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad, sin que ello signifique minar las bases teóricas (estructuras objetivas mínimas) de la ponderación.

En conclusión, de la evaluación argumentativa (contenido) a los tres subprincipios del principio de proporcionalidad: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, a las sentencias de la Corte Constitucional ecuatoriana que se someten a análisis, sobre consultas de constitucionalidad de norma en el período de estudio 2008-2015, se extrae lo siguiente:

Los resultados permiten colegir que si bien la corte conceptualiza al principio de proporcionalidad como un procedimiento metodológico “racional” equiparable a “razonable”; en la práctica, no realiza un adecuado ejercicio de las razones justificatorias para buscar la decisión de cada caso, por lo que, el test de proporcionalidad y, por ende, la ponderación, se constituye en juicios arbitrarios que no revisten la suficiente legitimidad, pues el incumplimiento de cualquiera de los mandatos

conlleva al descarte del examen, más aún si se detecta que dicho caso al ser catalogado como fácil no ameritaba un ejercicio ponderativo.

Mediante el contraste con la “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC” (caso de control abstracto de constitucionalidad de norma) se desprende que el discurso argumentativo sobre la evaluación técnica del examen de la proporcionalidad de cara a la ponderación se mantiene, ya que dicho órgano tan solo cumple con la primera exigencia del principio de proporcionalidad, es decir, la idoneidad, pero descuida las razones argumentativas debidas en los juicios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación. Ello permite demostrar que el discurso queda saturado con la riqueza heurística, pues la nueva información no añade ninguna información relevante adicional que se relaciona con el tema investigado, por lo que, el examen se vuelve redundante.

En resumen, de la evaluación al conjunto de fallos que se someten a examen se determina que la Corte Constitucional solo cumple, desde lo formal, con el principio de proporcionalidad sin que exista un grado adecuado de fiabilidad en la técnica argumentativa que demanda este principio, lo que fortalece la tesis de la arbitrariedad judicial.

Ahora bien, con ello no se intenta señalar que el principio de proporcionalidad no sea útil y dote, al menos, en teoría de cierta objetividad a algunas decisiones. Por el contrario, su grado de aplicabilidad resulta adecuado dentro de la compleja tarea hermenéutica de los operadores de justicia siempre y cuando exista cierta tecnicidad que incluya razones argumentativas razonables, en especial, en los casos que se consideran difíciles.

Por último, con respecto a la evaluación de las sentencias en la caracterización de los casos difíciles resueltos por la Corte Constitucional del Ecuador los datos tampoco resultan alentadores, pues queda evidenciado que de los cinco casos propuestos por la investigadora en los períodos prefijados de la Corte Constitucional (2008-2023), tres de los casos (60%) pudieron resolverse a través de otros criterios de interpretación que involucraban metodologías más sencillas que la ponderación (casos fáciles) y tan solo dos (40%) debieron utilizar esta herramienta de solución de conflictos entre principios constitucionales (casos difíciles).

No obstante, aún en los casos difíciles —porcentaje minoritario de la muestra (40%)— se debió verificar si se aplicó la ponderación (principio de proporcionalidad) teniendo en cuenta los parámetros metodológicos mínimos que demanda la utilización de esta herramienta, a fin de que su utilización no se torne arbitraria. Así, queda claro

que la sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados (aborto) toma en cuenta estas exigencias técnicas mínimas. No obstante, la sentencia n.º 67-23-IN/24, relativa a la eutasia activa, no emplea, de forma clara este procedimiento, lo que, también constituye un déficit de la resolución.

En resumen, conforme queda indicado, no se puede exigir a la ponderación más allá de lo que ella puede procurar, es decir, ser una herramienta o instrumento para dar cierto orden a las alternativas en conflicto cuando existe una tensión real de principios con el fin de llegar a una decisión razonable en casos difíciles.

No obstante, la corrección del empleo de la ponderación depende mucho de los jueces al momento de someter los casos a debate, pues es evidente que existen cuestiones en las que bastaba que se interprete el significado de los enunciados sometidos a su consideración acudiendo a las propias reglas que ofrece el sistema y, en otros, pudo acudir a ciertos parámetros metodológicos mínimos que podían dotar de mayor legitimidad formal a la sentencia.

7. Balance y propuesta para la atención de casos

De la evaluación de los casos concretos en el período 2008-2023 se puede determinar que la ponderación es una técnica o herramienta de solución de casos difíciles que puede evitar o causar arbitrariedad judicial. Por tanto, se debe verificar si se la aplica teniendo en cuenta los parámetros metodológicos con los cuales ha sido desarrollada sobre las bases teóricas que se fijan en el capítulo primero.

A partir de ello, desde los resultados que refleja la investigación empírica, se puede concluir que la Corte Constitucional ecuatoriana presenta deficiencias técnicas, que parten desde la propia redacción del articulado de la LOGJCC hasta la escasa investigación en los conceptos ponderación, procedimiento ponderativo y principio de proporcionalidad por parte de dicho tribunal.

De lo dicho se deriva que la ponderación en nuestro medio, como todo constructo jurídico, posee límites que van desde la propia conceptualización hasta la posibilidad de determinar su estructura y hasta dónde puede llegar. Ello de por sí, caracteriza al modelo constitucional como híbrido y sin sentido de orientación, pues parte de una montura preestablecida que se recepta de forma acrítica de las corrientes

eurocéntricas y anglosajonas en el ámbito local, sin un respectivo análisis contextual y argumentativo.

Así, con relación a la conceptualización de la ponderación la selección permite aseverar que la Corte Constitucional ecuatoriana emplea, de forma imprecisa e indistinta, el término ponderación sea como método de interpretación (3 de 6 casos) o como un método de interpretación y aplicación del derecho (2 de 6 casos) y solo, de forma marginal (1 de los 6 casos) utiliza, de forma adecuada dicho término, como método de resolución de casos.

Por el contrario, la selección permite demostrar que el principio de proporcionalidad sí tiene una adecuada delimitación conceptual como “método para la interpretación” y de “resolución de conflictos”, aunque solo se utilice dichos conceptos en casos marginales (3 de 10).

Ello evidencia que, en la mayoría de los casos, los jueces constitucionales emplean de forma errada la conceptualización de la ponderación, sin un desarrollo adecuado que permita entender el porqué de esta racionalidad argumentativa. Por ello, la propuesta de utilización de ciertas condicionantes de delimitación conceptual mínima que se señalan en esta investigación constituye una alternativa para el mejoramiento técnico semántico de la ponderación, con el fin de concebir una significación más técnica del balanceo.

A la final, si una estructura como la ponderación no cuenta con propiedades relevantes y claras desde su significación se verá con mayor riesgo de que se la emplee de forma adecuada.

En segundo término, tampoco la selección satisface las exigencias formales de la estructura de la ponderación, pues si bien identifican en los 5 casos el derecho y el conflicto (100%) y pesaje (80%); no obstante, en la mayoría de los casos (4) no se justifican las razones conflictivas (80%) de dicho pesaje, lo que fortalece la tesis de la arbitrariedad judicial de las decisiones ponderativas.

Es decir, el procedimiento ponderativo debe acompañarse de una solución argumentada que resuelva el problema estructural de los casos difíciles en los que se amerita el empleo de dicha herramienta, con el fin de asegurar de mejor manera la vigencia de los derechos.

En tercer lugar, con relación al principio de proporcionalidad vale señalar que su examen no se limita a la mención de sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, sino que su empleo requiere de un análisis

argumentativo detallado de estos subprincipios en los casos difíciles que demanden su uso.

En todos estos casos, constituye una alternativa viable el empleo de los parámetros metodológicos y técnicos de la ponderación para la evaluación de cuestiones difíciles que se señalan a lo largo de esta tesis.

Por último, de la caracterización muestral de los casos resueltos por la Corte Constitucional, se puede determinar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios (casos fáciles) que pudieron solventarse a través de otras técnicas, reglas o criterios interpretativos más sencillos, cuando lo conveniente debió ser que su empleo se dirija a casos difíciles en los que exista un conflicto real y no supuesto de principios.

Con todo, ello tampoco implica una solución estructural con relación al nivel argumentativo necesario para satisfacer este método más allá de las pautas de suficiencia motivacional previstas por el propio organismo a través de su jurisprudencia.

Por ello, una vez que se identifican estas condiciones mínimas que pueden afectar a la objetividad de la aplicación de la ponderación, como son: la conceptualización, la determinación de la estructura ponderativa y el funcionamiento del principio de proporcionalidad, en los casos difíciles que se someten a análisis, es necesario que se repliquen en el discurso real de este tribunal, como una forma de generar nuevos conocimientos que mejoren la producción dogmática-argumentativa de la Corte Constitucional lo que, en último término conduce al fortalecimiento de esta herramienta como un método adecuado para resolver conflictos.

En todo caso, este esquema se lo debe comprender como una guía o el punto de partida para el mejoramiento de la aplicación de la ponderación en casos difíciles, pero, de ninguna manera, constituye una camisa de fuerza que deben cumplir los jueces de forma taxativa o reglamentaria.

En resumen, de los resultados de la investigación se puede afirmar que las sentencias ponderativas (casos difíciles) deberían ser menos comunes que el resto de fallos sujetos a análisis en la Corte Constitucional (casos fáciles). Por ello, su aplicación se debería restringir casos puntuales necesarios que, en la actualidad no se dan por la falta de precisiones técnicas para su empleo. No obstante, este es un tema complejo que demanda voluntad de los integrantes de dicho organismo.

Por otra parte, la carencia de ciertos conocimientos mínimos técnicos de la ponderación vuelve más complejo el discurso jurídico lo que, a su vez, paraliza la labor de deconstrucción y reconstrucción de una dogmática desde la realidad del conflicto,

pues resulta difícil emplear el juicio de ponderación por alguien que, en realidad no lo entiende y lo aplica como tal.

La plasticidad del razonamiento jurídico no implica una suerte arbitrio puro de los jueces al momento de interpretar y aplicar el derecho, sino que los resultados jurídicos deben ser una consecuencia de aplicar un método (ponderativo, subsuntivo o el de racionalidad práctica de Susan Hurley, entre otros) coherente y razonable, que siga el mandato de motivación prescrito en la normativa constitucional e infraconstitucional vigente en el país.

En todo caso, no debemos perder de vista que sea cual fuere la perspectiva con la que el operador jurídico analice un caso sujeto a su análisis este debe responder a la realidad dogmática y la práctica del ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, por lo que, es indispensable la creación de una política constitucional encaminada a determinar cómo y de qué forma se deben ponderar las resoluciones cuando existe conflicto de derechos constitucionales en los casos difíciles o trágicos que se encuentren en colisión.

Cuando se presenta un dilema de principios constitucionales en conflicto los jueces deben la obligación de decidir un caso difícil sobre la base del empleo de la razón y la justicia, a través de herramientas como la ponderación, buscando así la armonización de los derechos y la garantía del derecho más afectado.

Sin embargo, el uso desmedido del balanceo en casos no necesarios puede resultar perjudicial en términos de eficiencia, eficacia y celeridad. Por ello, es necesario que los juzgadores cuenten con pautas mínimas para aplicar el método de la ponderación en los casos difíciles y trágicos.

Además, es necesario que los jueces constitucionales tecnifiquen su labor lingüística, de forma uniforme, pero no solo desde la visión del europeísmo, sino también desde el contexto en el que se desenvuelven.³⁸⁰ A partir del conocimiento adecuado del procedimiento ponderativo es posible desformalizar las categorías y conceptos indemes del lenguaje jurídico hacia una nueva visión que parta de nuevos contenidos reales. Caso contrario, se vacía de contenido y su empleo resulta malintencionado o arbitrario. De igual manera, el procedimiento metodológico de la

³⁸⁰ En este sentido, sin adscribirnos de forma total a esta postura de la Corte Constitucional ecuatoriana constituye un avance la “Sentencia n.º 1158-17-EP/21”, en *Caso n.º: 1158-17-EP*, 20 de octubre de 2021, pese a que no corresponde al período de análisis, ni referirse, de forma exclusiva, a la ponderación.

ponderación como parte del test de proporcionalidad resulta útil en la medida en que se lo emplee de forma crítica y argumentada.

Un primer acercamiento al análisis de las resoluciones ponderativas incluye una readecuación e innovación de los contenidos teóricos incluida su conceptualización, para luego adaptarlos a nuestras exigencias y contenidos reales. En el caso, de la ponderación el rol creativo del juez involucra un estudio más pormenorizado y teórico de este método de resolución de casos pues, conforme ellos mismos lo señalan, se constituyen en intérpretes auténticos de la Constitución al servicio de los derechos.

Por ello, es necesario que este tribunal desde lo técnico adopte una postura definida con respecto a lo que considera ponderación y principio de proporcionalidad sin variar su entendimiento, según los casos que se someten a análisis.

Asimismo, si bien las subreglas jurisprudenciales que fija la Corte Constitucional en casos análogos anteriores sirven para afianzar la observancia del principio de igualdad y seguridad jurídica y dotan de uniformidad y coherencia al ordenamiento jurídica. No obstante, las imprecisiones semánticas en la utilización de términos como: ponderación y proporcionalidad, que se analizan a lo largo de este capítulo y que, en parte, obedecen a la propia indeterminación de los enunciados normativos constitucionales e infraconstitucionales, así como al discurso jurídico propio de la Corte Constitucional, constituyen una piedra de tope en el desarrollo de los condicionamientos técnicos de la ponderación. Todo ello, demanda una deconstrucción y reconstrucción de una ciencia jurídica desde la realidad del conflicto a cargo de los juzgadores.

Si bien la dogmática jurídica establece esquemas rígidos de caracterización de sus elementos o de organización de sus fuentes, sin embargo, las maneras como se interpretan, aplican (crean) y fundamentan las resoluciones deben partir de la propia de la realidad en las que se los aplica y funciona la norma constitucional.

Por ello, resulta indispensable que la Corte Constitucional redefina los métodos, reglas y criterios de interpretación, así como las herramientas de aplicación del derecho en su jurisprudencia, de forma más diestra. También, es indispensable, que señale los criterios técnicos necesarios para la justificación razonable de las resoluciones, pero desde una perspectiva de defensa a los derechos de los más débiles, pues existe consenso, en la mayoría de juristas, que los jueces no deben limitarse a decidir sobre la base del significado cognoscitivo obvio de la norma, sino que se deben interpretar y

aplicar el derecho ofreciendo razones sólidas a los distintos auditorios, en temas de luchas por el reconocimiento de derechos, disputas culturales o de redistribución o asignación de recursos o políticas públicas, entre otros.

Resulta oportuno señalar que cualquier método que sistematice y racionalice los distintos caminos que tiene los juzgadores en el proceso de interpretación y aplicación del derecho (ponderación o subsunción) resultan idóneos, en la medida de que el marco de discrecionalidad judicial resulte en un afianzamiento de posturas que creen o revitalicen contenidos axiológicos del derecho; caso contrario, los discursos retóricos se debilitan y deslegitiman.

De los resultados de la investigación se puede asegurar que los casos ponderativos deberían ser menos frecuentes en la medida de que los casos comunes deberían acudir a otros mecanismos de resolución de conflictos o de interpretación constitucional que no involucren de forma necesaria el balanceo por existir una pluralidad de principios en juego, ya que no se puede desconocer sin más las reglas, criterios o de rechazar operaciones de subsunción en la aplicación del derecho.

Es así que la innovación con prudencia dentro de los límites constitucionales puede ser una solución para la aplicación de la ponderación en casos necesarios cuyo desafío será hacer que se cumpla.

Para ello, conforme queda expuesto, una propuesta para la atención de casos ponderativos puede ser la caracterización de los casos fáciles o difíciles ya que estos resultan didácticos para la aplicación del Derecho. Con todo, se precisa que dicha caracterización, además de compleja, no se identifica en casos abstractos o genéricos sino al momento del análisis del asunto concreto sujeto a examen.

Los casos fáciles serían aquellos que parten de premisas —fácticas y normativas— que no plantean mayores inconvenientes y que, por lo tanto, producirían respuestas suficientes, a partir de un ejercicio interpretativo que racionalice el sentido captado a un enunciado normativo o que examinen este sentido mediante la introducción de una cláusula de excepción que introduzca una nueva regla, a partir de razonamientos que se derivan del propio sistema jurídico.

Por su parte, los casos difíciles serían aquellos que no se pueden resolver a partir de las reglas que prevé el propio sistema jurídico, sino que es necesario recurrir a los principios, a partir de valoraciones que no suponen una red normativa previa. Por ello, estos casos ameritan la aplicación de la ponderación.

La aplicación de esta metodología de estudio de casos relevantes en la evaluación de los problemas difíciles presentes en las sentencias de la Corte Constitucional (2008-2024) trataría, en último término, de evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios que involucren una tensión real de principios constitucionales.

A la final, una sentencia ponderativa debe ser un marco razonable que identifique con claridad las vulneraciones de dos o más derechos y principios y que los articule y concilie recíprocamente en función de los valores reales de una sociedad plural.

Por otra parte, el hecho de que la subsunción sea la forma tradicional de resolver los casos fáciles por sí misma no dice nada en su contra, ni sirve para prescindir de esta técnica que también resulta legítima y útil para los asuntos que se ponen a debate en casos que no generen mayor polémica jurídica.

En definitiva, se considera que tanto la ponderación de principios como la subsunción —con sus respectivas particularidades— constituyen herramientas viables que pueden utilizarse en la resolución de casos particulares, en la medida que cuenten con una fundamentación material razonable y que sea fruto de la construcción, deconstrucción o síntesis de los conceptos jurídicos que operan en el país.

La ponderación es el camino viable para el empleo de un principio constitucional en un caso concreto mediante un análisis racional electivo que cuenta con una estructura y parámetros mínimos, para la optimización de la aplicación del derecho en casos difíciles que se presentan en la administración de justicia del Ecuador.

Conclusiones finales

Del análisis anterior, se puede concluir lo siguiente:

1. Si bien existen dos maneras tradicionales de aplicar el derecho en un caso específico: la subsunción fáctica (casos fáciles) y la ponderación (casos difíciles), la nueva comprensión del modelo de Estado vigente nos invita a analizar el derecho no solo desde una visión regulatoria, neutral y prescriptiva que garantice la estabilidad y la seguridad jurídica, sino también desde una perspectiva argumentativa, crítica y dialógica que conjugue los principios en las prácticas políticas, sociales y culturales en función de los derechos de las personas. Desde este entendimiento resulta positivo la dinamización de la tarea del juzgador en la interpretación y aplicación del derecho, pues el balanceo —sin ser una técnica nueva— cobra sentido en la medida en que el procedimiento argumentativo cuente con elementos más razonables, que otorguen de mayor legitimidad técnica a las sentencias, con el fin de ganar en términos de calidad y justicia, sin caer en la ilusión de la única respuesta correcta.
2. Desde nuestra óptica particular, consideramos a la subsunción y ponderación como procedimientos inclusivos, compatibles y funcionales uno con otro, dentro de la resolución de conflictos normativos que, si bien conservan sus propias particularidades, forman parte de una verdadera caja de herramientas, que junto con la interpretación aspiran, a que la fundamentación de los fallos sea legítima y razonable, en términos de lograr una verdadera justicia.
3. En concreto, con relación a la hipótesis central de esta investigación, somos partícipes de la tesis que la ponderación en nuestro contexto es una técnica de solución de casos difíciles que, a través de la optimización de su aplicación en antinomias, puede evitar o causar arbitrariedad. Por tanto, como toda estructura racional (ley de ponderación, fórmula de peso y cargas de argumentación) requiere del cumplimiento de ciertos parámetros metodológicos o técnicos para su empleo de forma más adecuada o razonable, en casos de incompatibilidad de principios constitucionales que expresan un contenido contradictorio. Que la síntesis sea mejor o no es un juicio que, por derecho propio, pertenece al ámbito de lo discutible.

4. Por tanto, conforme queda indicado a partir de la pregunta central de la investigación: ¿Cómo aplicó la Corte Constitucional la ponderación a casos concretos en el período 2008-2023? Este trabajo plantea nuevas interrogantes para la aplicación de lo que se denomina “óptimo de ponderación”, las que se concretizaron en proposiciones teóricas, que parten de marcos conceptuales fundamentados sobre las exigencias metodológicas necesarias para el empleo de la ponderación y del principio de proporcionalidad en casos difíciles, las que fueron sometidas a evaluación de la data (sentencias), a fin de obtener un diagnóstico sobre la base de los hallazgos.

Desde la perspectiva de la investigadora se considera que los estudios de casos contribuyeron a una comprensión más sistemática y completa sobre la ponderación, cuyo fundamento se sustentó en prácticas claramente interpretativas que ayudaron a justificar los argumentos, a través del marco teórico previamente definido (método dogmático) y el uso y la descripción sólida y clara de la evidencia de los casos que parten de experiencias reales (método empírico).

5. La descripción del primer hallazgo dio como resultado que dicho organismo empleó dicha herramienta en forma arbitraria, ya que no cumplió con las exigencias técnicas de evaluación de la ponderación y del principio de proporcionalidad en los períodos de estudio (proposiciones), como condiciones necesarias para alcanzar un nivel de suficiencia, esto es: (a) definición de la ponderación; (b) desarrollo del procedimiento ponderativo; y, (c) empleo del principio de proporcionalidad.

Asimismo, la evidencia determina que este organismo no caracteriza de forma adecuada los casos fáciles y difíciles a efectos de emplear la ponderación, exclusivamente para el sopesamiento de principios constitucionales. A manera de ejemplo, existen casos (unidades de análisis) en los que no era necesario aplicar la ponderación, pues bastaba la utilización de otros medios de interpretación y de solución de controversias, pues constituyen casos fáciles.

6. La ponderación y su aplicabilidad, como toda construcción teórica, posee condicionantes como criterios-límite que se deben tratar de verificar con cierta suficiencia, sobre la base de ciertos presupuestos mínimos a respetar, sin que estos se traduzcan en “listas control” indefectibles o cerradas, sino tan solo en discernimientos mínimos que se podrían tomar en cuenta por la Corte Constitucional ecuatoriana al momento de elaborar el fallo.

En todo caso, los criterios metodológicos de la ponderación y de la caracterización de los casos fáciles (subsuntivos) y difíciles (balanceo), que parten de constructos teóricos fundamentados, constituyen una guía para el mejoramiento de la aplicación de esta herramienta, pues las herramientas para resolver el derecho no pueden constituir un mecanismo que fomente la arbitrariedad judicial.

Además, estos hallazgos, instan a entender que la comprensión mecanicista o sesgada de la ponderación, basada en la falta de desarrollo teórico o en el uso de una dogmática o hermenéutica fragmentada, solo provee un conocimiento incipiente, debido a que ninguna de las partes es suficiente para estructurar el óptimo de balanceo, pero la afectación de una de las partes irradia a todo el conjunto.

7. Por ello, se puede afirmar que los estudios de casos previstos en esta tesis tienen una finalidad instrumental, pues se examinan para proporcionar insumos de conocimientos en la aplicación de la ponderación y así lograr mejorar y ampliar la teoría sobre la base de un entendimiento más global del marco conceptual y de aplicación de esta herramienta. A su vez, al ser casos “múltiples” involucran varias unidades de análisis (sentencias) que sirven para sumar hallazgos, encontrar semejanzas o diferencias y validar las conclusiones.
8. La selección determinada para la recolección de datos que se señala en el capítulo segundo, arrojó un resultado de 6 sentencias que abordan la exigencia de la ponderación relativa a su definición, lo que fue evidencia suficiente dentro de este estudio de caso (al no existir unidades de análisis que se refieran a este aspecto) para establecer que existe una heterogeneidad de significados que se atribuyen al balanceo, por parte de los jueces constitucionales en el período 2008-2015, que no necesariamente comulgan con el marco teórico de esta tesis.

Así, de la selección prefijada, se examinó cada una de las subcategorías relativas a la definición de ponderación que, a su vez, constituyen parámetros de medición, esto es: (a) procedimiento de resolución de conflictos, (b) comparación de principios en colisión y (b) operativización de caso concreto. Los resultados preliminares permitieron evidenciar lo siguiente:

Primero, que la Corte Constitucional cumplió —al menos formalmente— con la aplicación de ciertas categorías, como son: (a) comparación de principios en colisión y (b) operativización de caso concreto. Segundo, para evidenciar ello se procedió a unir los datos con cada una de las categorías que se sujetaron a

comparación (proposiciones) y se determinó la presencia de la proposición en todas las unidades de análisis. Tercero, estas cifras absolutas (6 de 6) se trasladaron a términos relativos porcentuales para encontrar la frecuencia (100%) y así obtener el rango de resultado, que señala que existe conformidad total en el cumplimiento de las subcategorías.

Cuarto, con relación a la última proposición de análisis, esto es, como “procedimiento de resolución de conflictos”, existen conclusiones de inconformidad de patrones en el análisis e interpretación de los datos, pues el (83,3%) de las unidades de análisis evidencian un uso inadecuado de esta subcategoría como indicador del “óptimo de ponderación”. Así, las Sentencias n.º 001-08-SIC-CC y n.º 002-09-SAN-CC utilizan indistintamente a la ponderación como método decisonal o criterio de interpretación (33,3%), mientras que, las Sentencias n.º 002-08-SIC-CC, 001-09-SCN-CC” y 048-13-SCN-CC (50%), la consideran como un método de interpretación; y, tan solo la Sentencia n.º 002-09-SIC-CC” (13,3%), la trata de forma adecuada como una metodología de toma de decisión.

Por ello, nos centraremos en este hallazgo pues, a partir de estos, se formulan generalizaciones con respecto a la comprensión y significado de lo que se denomina ponderación.

9. En efecto, con relación a la subcategoría “procedimiento de resolución de conflictos” dentro de la proposición “definición de la ponderación”, los resultados son distintos, pues la Corte Constitucional en el período en estudio (2008-2015) no la entiende como una técnica de solución de controversias en las que colisionan principios constitucionales, sino que la asimila a un *método de interpretación o emplea los términos indistintamente*, lo que constituye un déficit o inconformidad dentro del estudio de caso.

Esta comprensión de la corte constitucional de la ponderación ayuda a establecer como hallazgo patrones anómalos o significados ambivalentes, con respecto a su delimitación conceptual, debido por la falta de tecnicidad en su empleo en este período, lo que lleva a este organismo a inventar su propia comprensión de la ponderación.

Hay que considerar que, si se concibe a la ponderación como “método de interpretación” o se tiene una “concepción mixta del balanceo”, técnicamente es imposible aplicar —de forma rigurosa— el procedimiento lógico y normativo de

la ponderación, lo que conlleva a que sea un método de resolución de conflictos poco técnico en términos de razonabilidad semántica.

Frente a ello, se confirma la existencia de un uso arbitrario (generalización) en el empleo semántico de la definición de ponderación que puede generar riesgos; por lo que, se plantea como propuesta la utilización de las pautas que señala la investigación como una alternativa para el mejoramiento semántico de esta herramienta, ya que estas permiten clarificar y reenfocar la concepción tradicional de este organismo constitucional en función de una delimitación más técnica.

10. No obstante, se aclara que la razonabilidad de la ponderación no se limita al cumplimiento de unas determinadas reglas semánticas, sino que, además, es necesario operativizar la racionalidad de este método y el empleo adecuado del principio de proporcionalidad en casos difíciles.

Somos del criterio que es necesario identificar esta deficiencia conceptual y, a partir de ello, continuar con el desarrollo correctivo prudencial de una dogmática en materia de balanceo y su utilidad práctica, en términos de satisfacción de los requerimientos de estabilidad, coherencia y refinamiento conceptual en la arquitectura lingüística y dialógica local.

11. Consideramos que es necesario que tanto la doctrina como la jurisprudencia diferencien, de forma más precisa, a la ponderación o balanceo frente a la proporcionalidad, ya que son instituciones heterogéneas. La primera, sería un método decisorio caracterizado por la preexistencia de un conflicto de normas que resulta mediante una relación de precedencia condicionada. La segunda, un método de control “posterior” cuya aplicación presupone que la decisión objeto de control ya ha sido adoptada (aplicación del test tripartito), o “previo” con el fin de anticipar el resultado del juicio de control (autocontrol de la proporcionalidad). Esta aserción surge puesto que, en la mayoría de los casos, al asimilarlas como “criterios de interpretación” o “formas de resolución de conflictos” de forma indistinta, no toman en cuenta las exigencias que comportan cada una por separado, lo que también conlleva a un empleo deficitario de ambas.
12. Así mismo, somos del criterio de que la utilización más o menos técnica de la ponderación, como un mecanismo comparativo de valor, no es directamente proporcional a la correcta interpretación o a la articulación sistemática material de todos los principios jurídicos cotejados, ya que, en esta parte, no se atribuye un significado a las normas de la colisión.

Por el contrario, puede ocurrir, que algunos casos con poca técnica ponderativa sean mejor argumentados que aquellos con elevados niveles de tecnicidad, pues es la conciencia valorativa de los tribunales o cortes constitucionales la que determina lo que será objeto de pesaje y su resultado final. Con todo, ello no significa que sea correcto que los operadores jurídicos carezcan de nociones elementales sobre lo que constituye el juicio ponderativo; de allí, la justificación de la inclusión de las categorías técnicas como parámetro de evaluación de las decisiones en los casos difíciles.

13. Por otra parte, también se detecta un cumplimiento deficitario en el análisis del procedimiento ponderativo en las 5 sentencias sujetas a evaluación en donde, a su vez, se analizan 4 subcategorías que forman parte de esta proposición que son: (1) identificación del derecho, principio o valor intervenido; (2) identificación del conflicto o problema entre principios o derechos; (3) determinación del pesaje; (4) solución argumentada.

Vale indicar que, en este caso —como en el resto— cada una de estas subcategorías son necesarias para alcanzar un óptimo de procedimiento ponderativo, de manera que, cada una de ellas son condiciones necesarias y no suficientes para alcanzar este parámetro proposicional, pues supone el quebrantamiento de la estructura del balanceo y, en consecuencia, el fracaso de una de ellas suponía el inmediato rechazo de la siguientes.

Así, la selección prefijada analizó y evaluó cada una de las subcategorías referente a la estructura ponderativa y los resultados permitieron llegar a establecer los siguientes hallazgos:

Primero, con respecto al análisis empírico de las dos primeras subcategorías relativas a la “identificación del derecho” e “identificación del conflicto” el análisis de la data determinó una conformidad del (100%), pues se determinó la presencia de la proposición en todas las unidades de análisis. Lo propio sucedió con el parámetro “pesaje” donde se evidenció un cumplimiento, en cifras absolutas en 5 de 6 casos, es decir, con una frecuencia elevada (80%), lo que depara un rango de conformidad de cumplimiento muy alto en estas dos subcategorías. Ello determina como hallazgo que, la Corte Constitucional cumple con indicar, al menos desde lo formal, ciertos requisitos de la estructura interna (forma) de la ponderación.

Segundo, con relación al parámetro de contenido “argumentativo”, la cifra decrece drásticamente y, en la mayoría de los casos, se evidencia que no se cumple (80%) o se cumple de forma segmentada. Ello permite inferir que, durante dicho período los juzgadores solo cumplen con señalar los requerimientos del procedimiento ponderativo, empero olvidan justificar, de forma suficiente, las razones de sus aseveraciones, conforme con los propios parámetros de la ponderación.

14. Por ello, se puede concluir que existe arbitrariedad judicial también en la utilización de esta segunda categoría, en especial, en ciertas decisiones que se limitan a señalar formalmente las exigencias de la estructura de la ponderación como son: (a) la identificación de los principios y (b) el pesaje, sin que exista una real articulación y conciliación argumentativa de los derechos en confrontación. Ello demanda establecer ajustes o correctivos, en especial, en los procesos de construcción argumentativa que deben procurar el mejor resguardo de los derechos.

Lo anterior permite colegir que los problemas estructurales del balanceo ponderación no provienen del método, sino de la falta de conocimientos de técnica-jurídica en el uso de esta herramienta, al igual que la subsunción. Por ello, es necesario establecer ciertos correctivos necesarios para el mejoramiento institucional de este procedimiento argumentativo razonable de resolución de casos, mediante una argumentación jurídica que satisfaga el criterio de suficiencia, en términos de entendimiento real de los derechos de las personas.

15. Con relación al segundo estudio de casos relacionado con el análisis de la proposición “empleo del principio de proporcionalidad” en el período 2008-2015, la selección y reducción de las unidades de análisis determinada para la recolección de datos arrojó un resultado de 10 sentencias que abordan esta exigencia ponderativa, que resulta suficiente para los análisis con estudios de casos, de cara a la descripción de este aspecto, en particular.

Así, la selección prefijada examinó cada una de las subcategorías relativas a la conceptualización del principio de proporcionalidad como: (1) método de razonabilidad fiable con estructura racional; (2) se utiliza en la interpretación y aplicación de las normas contenidas en la Constitución; (3) incluye el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; y, (4) se operativiza

en cada caso concreto. Los resultados preliminares permitieron evidenciar lo siguiente:

Primero, con relación a la primera subcategoría “método razonable o racional”, conviene indicar que, la tabla 15 no refleja que la Corte Constitucional se refiera a dicha término en 7 de los 10 casos, esto es, en un porcentaje del 70%, sino tan solo en tres sentencias: 024-10-SCN-CC, 048-13-SCN-CC” y 007-15-SCN-CC. De igual manera, tampoco la subcategoría “utilización en la interpretación y aplicación de normas constitucionales” tampoco tiene mayor desarrollo, pues tan solo en 2 de las 10 unidades de análisis, esto es, en las sentencias n.º 048-13-SCN-CC” y 007-15-SCN-CC” (20%) se utiliza este constructo teórico. En todo caso, aquellas que sí las tratan, las consideran como una metodología razonable para la interpretación y resolución de antinomias. Por ello, este hallazgo guarda conformidad con los parámetros o exigencias necesarias para alcanzar un óptimo de ponderación.

Segundo, las subcategorías “inclusión de los tres subprincipios” y “operativización del caso concreto” se cumplen, al menos formalmente, en todas las resoluciones sujetas a revisión (100%), conforme se evidencia de la tabla 15, con lo cual, en principio, parecería existir un hallazgo de conformidad en cuanto a la evaluación del empleo del principio de proporcionalidad.

Tercero, si bien la interpretación de los resultados preliminares permite evidenciar que la Corte Constitucional conceptualiza de forma adecuada al principio de proporcionalidad como un procedimiento metodológico “racional” (subcategorías 1 y 2) y utiliza los tres subprincipios en cada caso concreto (parámetros 3 y 4). No obstante, una mirada empírica y analítica más profunda también permite identificar un cumplimiento insatisfactorio (inconformidad) en el empleo del principio de proporcionalidad, en especial, en lo relativo a sus tres subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Cuarto, en efecto, de la observancia al parámetro “utilización de los tres subprincipios” del cuadro 16 se demuestra que la Corte Constitucional en el período 2008-2015 utiliza de forma inadecuada estos tres submandatos desde el punto de vista sustantivo. Así, con respecto al cumplimiento del mandato de idoneidad, se verifica que dicho organismo cumple la exigencia en 7 de los 9 casos sujetos a análisis (77,8%), mientras que, solo en 2 (22,2%), no lo cumple, de forma expresa. Por el contrario, también se comprueba que este órgano decisor tan

solo cumple con los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en 3 de los 9 casos que se someten a apreciación empírica (33,3%), mientras que, en los 6 restantes incumple con dichos mandatos que exige el principio de proporcionalidad (66,7%).

Todo lo anterior permite inferir que la Corte Constitucional ecuatoriana en dichos períodos aplica, de forma inadecuada, los subprincipios del principio de proporcionalidad, lo que confirma la hipótesis inicial de la investigación respecto a la arbitrariedad del empleo de la ponderación en el parámetro proporcionalidad y que constituye el patrón observado y esperado.

16. Sostenemos que el uso del principio de proporcionalidad, con sus subprincipios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto —a manera de test tripartito— es un parámetro útil en los procesos de interpretación que puede contribuir, de manera determinante, a dar fundamento a las resoluciones de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afecten los derechos constitucionales. Ahora bien, es necesario que los razonamientos que utilice la Corte Constitucional en la aplicación del principio de proporcionalidad no se restrinjan al cumplimiento formal de los citados parámetros, sino que, es necesario la aplicación racional del método mediante el análisis adecuado de cada subprincipio con fundamento teórico, a fin de que sean axiológicamente razonables y respondan a las aspiraciones de los ciudadanos.
17. De la lectura de los estudios de casos, de cara a la evaluación de las exigencias técnicas o metodológicas de la ponderación, el investigador buscó obtener una imagen más detallada de cada unidad de análisis y revelar las diferencias entre uno y otro caso y, entre estos, con cada una de las proposiciones y sus derivaciones, con el fin de realizar generalizaciones sobre el caso para lograr una comprensión más profunda del fenómeno (ponderación), así como sentar bases conceptuales para que la Corte Constitucional pueda perfeccionar su aplicación y profundizar más en este tema, con su validación correspondiente.

De la descripción de la evidencia, el análisis de los datos sujetos a confrontación con las proposiciones y de las declaraciones de los hallazgos preliminares, se puede aseverar (generalización mayor) que no existe una adecuada aplicación de la ponderación por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana en el período 2008-2015 pues, en ninguno de se cumple con las tres exigencias necesarias para

alcanzar un “óptimo de ponderación”, por lo que, se confirma la hipótesis inicial del trabajo.

La data confirma que dicho organismo constitucional utiliza las proposiciones que se plantean como categorías de las exigencias técnicas de la ponderación, (definición y estructura de la ponderación y empleo del principio de proporcionalidad) y, concurrentemente, sus respectivas subcategorizaciones, en forma segmentada, por lo que, se incumplen sus requerimientos, lo que provoca arbitrariedad judicial en su empleo.

Por ello, esta investigación sirve de estándar básico para confirmar una teoría creada por un organismo frente a la realidad personal que surge de la observación con miras a sugerir explicaciones alternativas, deconstruir fenómenos o conductas reiterativas y generar nuevas interpretaciones para la toma de decisiones lo que, de por sí, contribuye a acrecentar la ciencia. Por último, los datos cualitativos recopilados pueden ser reutilizados, comparados y extrapolados a otros contextos. Una propuesta de control de los excesos de la normativa y la jurisprudencia en materia de ponderación implica que la práctica constitucional lleve envuelta una producción jurídica y un discurso propio, que incluya altos niveles de tecnificación, en donde se establezcan mínimos consensos sobre la aplicación de la herramienta.

Por ello, es necesario que la Corte Constitucional ecuatoriana, desde lo técnico adopte una postura definida con respecto a lo que considera ponderación y principio de proporcionalidad, así como redefina los criterios y reglas de interpretación y de solución de casos, sin variar su entendimiento, pero desde una perspectiva de defensa a los derechos.

18. Con todo se aclara que la investigación se enfoca hacia la evaluación de los criterios metodológicos y técnicos de empleo de la ponderación por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana, cuya evidencia determina un déficit de cumplimiento. No obstante, ello no significa adentrarse en otros temas axiológicos desde las distintas perspectivas propias del derecho, incluidas las perspectivas culturales nacidas y desarrolladas en el propio constitucionalismo latinoamericano, en lo referente a estos condicionantes, pues ello depende del pensamiento del intérprete al usar las distintas técnicas.
19. En definitiva, la ponderación es un procedimiento complejo o difícil de resolución de conflictos en donde colisionan derechos y principios constitucionales, que

exige una adecuada depuración teórica y metodológica para su aplicación más técnica, lo que demanda destrezas cognitivas por parte de los juzgadores, sin que ello lleve envuelto la invalidación de su uso. Sin embargo, es necesario operativizar y racionalizar este método, en aras de mantener los conceptos dogmáticos implantados o deconstruirlo y reconstruirlo, en función de las exigencias locales propias del contexto en el que se desenvuelve. Lo contrario, constituye una suerte de implantación segmentada sin bases críticas.

20. Con referencia a la evaluación de las sentencias en la caracterización de los casos difíciles ponderativos resueltos por la Corte Constitucional en el período 2008-2023, tampoco los resultados son alentadores, pues el estudio permitió evidenciar que, de los cinco casos relevantes y representativos propuestos por la investigadora, por tratarse de temas novedosos en el panorama constitucional, en los períodos prefijados, existen varias inconformidades en la utilización de la herramienta ponderativa, las que, posteriormente, constituyeron los asertos generales de dicha teoría.

Así, el examen (tabla 17) reveló que de las cinco (5) sentencias en análisis (100%) tres (3), que representan el 60% pudieron resolverse a través de otros criterios de interpretación que involucraban metodologías más sencillas que la ponderación (casos fáciles). Por su parte, la sentencia n.º 34-19-IN/21 y acumulados (aborto) que corresponde al 20%, al involucrar una tensión de principios constitucionales debió resolverse, a través de una ponderación pese a que el fallo no lo explicita. Por último, la sentencia n.º 67-23-IN/24, relativa a la eutasia activa también debió resolverse vía ponderativa al tratarse de un caso difícil (20%). Sin embargo, en este caso la Corte Constitucional no utiliza, de forma clara esta herramienta, lo que, también constituye un déficit del fallo.

En resumen, de los hallazgos que surgen del cruce de datos y análisis de la información (tabla 17) se revela que los jueces constitucionales, en ocasiones, resuelven problemas fáciles de forma compleja, lo que, en último término, confirma la tesis de la aplicación de la ponderación en casos fáciles (60%). De igual manera, solo el (40%) —porcentaje minoritario— debió resolverse mediante la ponderación por constituir casos difíciles. No obstante, aún en estos casos complejos se debió verificar si se aplicó la ponderación teniendo en cuenta los parámetros metodológicos mínimos que demanda la utilización de esta herramienta.

21. Los resultados de la caracterización de los casos difíciles de la Corte Constitucional permiten evidenciar que existe un uso innecesario y excesivo de la herramienta de la ponderación, en especial, en los períodos 2008-2018 (tres primeros períodos), cuando lo óptimo es restringir su utilización a casos puntuales, relevantes y multiconflictuales.

En efecto, de los hallazgos a dichos períodos se puede evidenciar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios (fáciles), que en términos de data representan 3 de las 3 unidades de análisis. En cambio, en los períodos (2018-2023) la ponderación se la emplea de forma adecuada para resolver casos trágicos o difíciles como el aborto o la autanasia activa, lo que corresponde a 2 de 2 casos, lo que permite evidenciar mejora en la utilización técnica de la herramienta. No obstante, aún existen ciertas deficiencias en cuanto al cumplimiento de los criterios metodológicos, lo que conlleva a afirmar que existe una aplicación arbitraria de la ponderación.

En efecto, los estudios de caso permiten evidenciar que la mayoría de asuntos (60%) pudieron solucionarse de forma más sencilla (casos fáciles) por medio de la utilización de otras reglas, criterios o métodos de interpretación, en lugar de la ponderación, cuando lo conveniente debió ser que su empleo se dirija a casos difíciles como en efecto son el aborto y la eutanasi activa (40%). Por ello, a manera de aserto investigativo, se recomienda que el empleo de esta herramienta se limite a los casos difíciles que demanden una lectura multiconflictual de principios reales y no supuestos.

Sin embargo, vale redundar que todos estos casos fáciles o difíciles deben cumplir con criterios mínimos de suficiencia motivacional. Además, los jueces deben ser modestos (en el ámbito personal) con respecto a qué tipo de caso se aborda, a fin de determinar la herramienta y su aplicación de forma más adecuada.

Por ello, esta investigación plantea como propuesta evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios, lo que sirve, a su vez, para reorientar y acoplar de mejor manera el manejo de dicho instrumento a casos particularizados más complejos. Con ello se gana en pragmatismo y estrategia en términos de eficiencia y celeridad.

22. La aplicación de la metodología de estudio de casos fáciles o difíciles presente en la evaluación de las sentencias de la Corte Constitucional (2008-2024) buscan, en

último término, evitar la aplicación de la ponderación a casos no necesarios que no involucren una tensión real de principios constitucionales.

Con todo, este esquema de caracterización de casos fáciles y difíciles propuesto en esta investigación tan solo constituye una guía práctica o el punto de partida para el mejoramiento del empleo del balanceo en casos difíciles, pero, de ninguna manera, constituye una camisa de fuerzas a la que deben atarse los juzgadores.

23. Un desafío de los juzgadores constitucionales consiste en identificar y descomponer el artículo 3 de la LOGJCC relativo a la interpretación de reglas y principios y los métodos de solución de conflictos en líneas jurisprudenciales propias, con el fin de especificar y compatibilizar, mediante subreglas, el significado concreto de los conceptos o definiciones establecidos de forma abstracta en la norma. Todo ello, con el fin de evitar confusiones y análisis sesgados o arbitrarios.

La reconstrucción hermenéutica que haga el juez debe partir de los estudios dogmáticos y teóricos relevantes y vigentes sobre el tema, pero también debe procurar un mínimo de deliberación e intercambio democrático con los actores involucrados, con el fin de consagrar visionas progresistas en procura de la democracia y los derechos o políticas de redistribución o reconocimiento.

24. Por otra parte, el hecho de que el marco referencial de esta investigación sea la ponderación en nada relega el hecho de que la subsunción también se constituya en un mecanismo tradicional para resolver casos fáciles. En definitiva, se considera que ambas herramientas son viables y pueden utilizarse en la resolución de casos particulares, en la medida que cuenten con una fundamentación material razonable y que sea fruto de la construcción, deconstrucción o síntesis de los conceptos jurídicos que operan en el país.
25. La tendencia actual debe aportar por un conjunto de nuevos saberes en el área del razonamiento y la interpretación judicial que dejen de lado el conjunto usual de generalizaciones discutibles, simplificaciones distorsionadas, diagnósticos generales y proyecciones inconscientes que sobre el derecho se hace desde las visiones hegemónicas dominantes, los que tienen una percepción sesgada y se encuentran limitados por diferencias que van desde el uso del lenguaje, las diferencias étnicas y sociales hasta las disparidades institucionales y la falta de correspondencia funcional. El debate contemporáneo debe fijar ideas novedosas sobre nuevas formas de reacomodamiento normativo en el campo constitucional.

26. Queda claro que la ponderación es un procedimiento racional de solución de casos difíciles cuyo contenido razonable depende de los argumentos provenientes de la justificación externa del discurso jurídico local como espacio contextual de redignificación de los derechos de las personas y la democracia, sin que ello signifique un desconocimiento a la teoría jurídica foránea, lo que involucra el reconocer la existencia de ciertos parámetros técnicos mínimos para evitar mejorar la calidad de la producción de las sentencias; caso contrario, el modelo constitucional se torna híbrido y sin sentido de orientación, pues parte de una montura que se receta de forma segmentada y acrítica.

En este sentido, la tarea de descomposición de su concepto y características para aplicar los criterios metodológicos a los casos del período 2008-2023, constituye un ejercicio positivo con miras a evaluar los puntos nodales y establecer en qué medida la Corte Constitucional respeta los parámetros de la ponderación y cuáles son sus conciencias.

Además, la caracterización de los casos de los casos difíciles permite verificar la existencia de conflictos reales y no supuestos y la necesidad o no de la aplicación del procedimiento ponderativo.

Con todo, ello tampoco implica una solución estructural con relación al nivel argumentativo necesario para satisfacer este método más allá de las pautas de suficiencia motivacional previstas por el propio organismo a través de su jurisprudencia.

27. En definitiva, no se pretende suscribir un método concreto de convivencia del derecho en sociedad, sino establecer ciertas pautas técnicas mínimas que mejoren el empleo de la ponderación y del principio de proporcionalidad en nuestra realidad local, los que no se constituyen en meros formatos o imitaciones de la producción jurídica extranjera, sino que son discernimientos mínimos tecnocráticos y legítimos que debería tomar en cuenta los juzgadores al momento de proferir sus decisiones, a través del conocimiento científico de la herramienta. Lo contrario, implicaría una reforma jurídica basada en mejores modelos liberales, con el fin de promover el desarrollo y la democracia, lo cual rebasa el objetivo de la investigación.
28. En resumen, de los resultados de la investigación se puede afirmar que las sentencias ponderativas (casos difíciles) deberían ser menos comunes que el resto de fallos sujetos a análisis en la Corte Constitucional (casos fáciles). Por ello, su

aplicación se debería restringir casos puntuales necesarios que, en la actualidad no se dan por la falta de precisiones técnicas para su empleo. No obstante, este es un tema complejo que demanda voluntad de los integrantes de dicho organismo.

Por otra parte, la carencia de ciertos conocimientos mínimos técnicos de la ponderación vuelve más complejo el discurso jurídico lo que, a su vez, paraliza la labor de deconstrucción y reconstrucción de una dogmática desde la realidad del conflicto, pues resulta difícil emplear el juicio de ponderación por alguien que, en realidad no lo entiende y lo aplica como tal.

En todo caso, no debemos perder de vista que sea cual fuere la perspectiva con la que el operador jurídico analice un caso este debe responder a la realidad dogmática y la práctica del ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente, por lo que, es indispensable la creación de una política constitucional encaminada a determinar cómo y de qué forma se deben ponderar las resoluciones cuando existe conflicto de derechos constitucionales en los casos difíciles o trágicos que se encuentren en colisión.

Bibliografía

- Aguiló, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel S.A., 2000.
- Aguirre, Pamela. “La transformación de las fuentes del ordenamiento ecuatoriano: el precedente constitucional”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5296>.
- Alegre, Marcelo. “El principio de igualdad”. *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado y compilado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- Alexy, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista española de derecho constitucional* 22, n.º 66 (2002): 13-64, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>.
- . *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- . “Constitutional Rights, Balancing, and Rationality”. *Ratio Juris* 16, n.º 2 (2003): 131-40. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf/>.
- . “On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison”. *Ratio Juris* 16, n.º 4 (2003): 443-9. <https://doi.org/10.1046/j.0952-1917.2003.00244.x>.
- . *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducido por Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Carlos Bernal Pulido. 2.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008.
- . “La fórmula del peso”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell, 13-42. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Derechos sociales y ponderación*. Editado por Ricardo García Manrique. 2.^a ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- Alutiz, Juan Carlos, “El problema de la estabilidad normativa en la filosofía política de John Rawls”. *Política y Sociedad*, 44, n.º 2 (2007): 229-243.

<https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/download/POSO0707230229A/22311/>.

- Álvarez Gardio, Ariel. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- Amaya, Álvaro. *El núcleo duro de los derechos humanos: práctica jurídica en Colombia 1991-2004*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Atienza, Manuel. “Para una razonable definición de razonable”. *Doxa*, n.º 4 (1987): 189-200. http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10909/1/Doxa4_13.pdf/.
- . *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. <http://www.bibliojuridica.org/>.
- . *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2007.
- . *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2012.
- . *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- . “Tesis sobre Ferrajoli”. *Doxa*, n.º 31 (2008): 213-6. http://www.fcje.org.es/wp-content/uploads/file/jornada3/2_ATIENZA.pdf/.
- Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. New York: Burt Franklin, 1970.
- . *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. Dirigida por Carlos Alarcón. Santiago: Ediciones Alejnik, 2018.
- Ávila Santamaría, Ramiro, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana de 2008*. Quito: Tribunal Constitucional / Ministerio de Justicia, 2008.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “Las Garantías: Herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances conceptuales en la Constitución del 2008”. En *Desafíos Constitucionales*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2008.
- . “Cultura jurídica, facultades de derecho y Función Judicial”. En *La Transformación de la Justicia*, editado por Luis Ávila y Santiago Andrade, 377-414. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- . *El neo constitucionalismo andino*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Huaponi, 2016.

- Baquerizo, Jorge. “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”. *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*.
http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=549&Itemid=116/.
- Barberis, Mauro. *Ética para juristas*. Madrid: Trotta, 2008.
- Bárcena, Josu de Miguel. “Libertades comunicativas y derechos de la personalidad: límites y colisiones”. En *El control judicial de los medios de comunicación*, editado por Juan Carlos Gavara, Josu de Miguel Bárcena y Daniel Capodiferro, 65-91. Barcelona: Bosch Editor, 2015.
[https://books.google.com.ec/books?id=tLa9DwAAQBAJ&pg=PA69&lpg=PA69&dq="En+consecuencia,+la+ponderación+parte+de+la+igualdad+de+las+normas+en+conflicto"&source=bl&ots=_JvoAme5ra&sig=ACfU3U15N8BpQ6vWWBSxJPLLMUjL9cDJ_w&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwj42KXX--X6AhXoZTABHVs2DdEQ6AF6BAgHEAM#v=onepage&q&f=true](https://books.google.com.ec/books?id=tLa9DwAAQBAJ&pg=PA69&lpg=PA69&dq=).
- Basabe, Santiago, Simón Pachano y Andrés Mejía. “La democracia inconclusa: derechos fundamentales, instituciones políticas y rendimientos gubernamentales en Ecuador (1979-2008)”. *Revista de Ciencia Política* 30, n.º 1 (2010): 65-85.
<https://www.redalyc.org/pdf/324/32414670005.pdf>.
- Basabe, Santiago. “El Nuevo Institucionalismo en Ciencia Política: perspectivas, enfoques y campos de acción”. En *Instituciones e Institucionalismo en América Latina: Perspectivas teóricas y enfoques disciplinarios*, compilado por Santiago Basabe. Quito: Editorial del Centro de Investigaciones de Política y Economía / CIPEC, 2007.
- . “The quality Of Judicial Decisions In Supreme Courts. A Conceptual Definition And Index Applied To Eleven Latin American Countries”. *Justice System Journal* 37, n.º 4 (2016): 331-47. doi: 10.1080/0098261X.2015.1124033.
- Batiza, Rodolfo. “La 'ratio decidendi' en la jurisprudencia y la doctrina angloamericanas”. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 21 (1992): 91-129. <https://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr7.pdf/>.
- Bayón, Juan Carlos. *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- . “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”. *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 13 (2000): 87-117. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/derrotabilidad-indeterminacin-del-derecho-y-positivismo-jurdico-0/>.
- . “Democracia y Derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García. Madrid: Trotta, 2010.
- Bazante, Vladimir. *El Precedente Constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.
- Benavides, Jorge. *Los derechos humanos como norma y decisión: Una lectura desde la filosofía política*. Quito: Corte Constitucional, 2012.
- Bernal Pulido, Carlos. “Estructura y Límites de la ponderación”. *Doxa*, n.º 26 (2003): 225-38. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>.
- . *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- . “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, n.º 244 (2005): 17-35. <https://dokumen.pub/problemas-contemporaneos-de-la-filosofia-del-derecho.html>.
- . *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- . “La racionalidad de la ponderación”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell, 43-68. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . “La racionalidad de la ponderación”. En *Argumentación jurídica: El uso de la ponderación y la proporcionalidad*, coordinado por Miguel Carbonell. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2015.
- Bertoni, Eduardo. “La libertad de expresión en la Constitución y los riesgos de abrir una ‘caja de Pandora’”. En *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

- Blanco, Roberto. *El valor de la Constitución: Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- Bickel, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1962.
- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. 13.^a ed. México: Fontamara, 2014.
- Boscán, Guillermo. “Judicialización y Politización en América Latina: Una nueva estrategia para el estudio de la interacción entre los poderes públicos”. *Cuestiones Jurídicas* 4, n.º 2 (2010): 51-83. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127519335003>.
- Brey, José Luis. “Los Jueces y la Política” ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático? *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, n.º 00 (2004): 37-67. <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0404120037A>.
- Bryce, James. *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*. Traducido por P. Berdú. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.
- Burgos, Germán. *Independencia judicial en América Latina ¿de quién? ¿para qué? ¿cómo?* Bogotá: ILSA, 2003.
- Caminos, Pedro. “El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales?” *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* 8, n.º 13 (2014): 51-74. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7181443.pdf>.
- Capella, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. 2.^a ed. Madrid: Trotta, 2002.
- Carbonell, Miguel. *La enseñanza del derecho*. México: Porrúa, 2004.
- Carbonell, Miguel, edit. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Neoconstitucionalismo(s)*. 4.^a ed. Madrid: Trotta, 2009.
- . “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García. Madrid: Trotta, 2010.
- Cárcova, Carlos. *Derecho, Política y Magistratura*. Buenos Aires: Biblos, 1996.
- . “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, *AAVV: Desde otra mirada*. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

- Castillo Alva, José, Luis Castillo Córdova. *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Lima: ARA Editores, 2000.
- Castillo Alva, José. *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: ARA Editores, 2006.
- Castro, José Luis, y Marco Proaño. “Argumentación como determinante de las decisiones judiciales”. *Revista Derecho del Estado* n.º 41 (2018): 37-65. doi: 10.18601/01229893.n41.02.
- Castro, José Luis, y Luis Llanos. “La acción de protección como mecanismo de garantía de los derechos: configuración institucional, práctica y resultados en la ciudad de Quito”. Ponencia presentada en el VIII Congreso Latinoamericano de Ciencia Política organizado por la ALACIP, Lima, 22 al 24 de julio de 2015.
- Cepeda, Manuel. “La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo”. En *La judicialización de la política en América Latina*, coordinado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social / Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Clérico, Laura. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell, 125-173. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, dirigida por Griselda Capaldo. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2012.
- Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismos*, editado y traducido por Miguel Carbonell. 4.ª ed., 75-98. Madrid: Trotta, 2009.
- . “Formas de neoconstitucionalismo, Constitución y Neoconstitucionalismos”. En *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Córdova, Paúl. *Derecho Procesal Constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.

- Correas, Óscar. “El pluralismo jurídico: Un desafío al Estado contemporáneo”. *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales* 41, n.º 168 (1997): 91-8.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5073127>
- Couso, Javier, y Lisa Hilbink. “Del quitismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los derechos en Chile”. En *Tribunales Constitucionales en América Latina*, coordinado por Gretchen Helmke y Julio Ríos Figueroa, 171-217. México: Suprema Corte de la Nación, 2010.
- Cross, Rupert, y J.W Harris. *El Precedente en el Derecho Inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Dabove, Ma. Isolina. “El derecho como complejidad de saberes diversos”. *Cognitio Juris*, 1, n.º 2 (2011): 81-92.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3711061.pdf>.
- De Cabo Martín, Carlos. *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Trotta, 2003.
- . *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*. Madrid: Trotta, 2014.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Democracia de Alta Intensidad. Apuntes para democratizar la democracia*. Bolivia: Corte Nacional Electoral, 2004.
- . “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”. En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Abya Yala / Rosa Luxemburg, 2012.
- De Trazegnies, Fernando. “El rol político del abogado litigante”. En *Los abogados y la democracia en América Latina*. Quito: ILSA, 1986.
- Delgado del Rincón, Luis. *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso*. 3.ª ed. Buenos Aires: Universidad, 2004.
- Dixon, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”. En *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, coordinado por Roberto Gargarella, 51-103. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Domingo, Pilar. “Judicialización de la política: el cambio del papel político del Poder Judicial en México”. En *La judicialización de la política en América Latina*,

- coordinado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social / Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Dugit, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005.
- Duquelsky, Diego. “El rol del juez en una sociedad democrática”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 16, n.º 2 (2016): 121-48. doi: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v16i2.728>.
- Dworkin, Ronald. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- . *Los derechos en serio*. Traducido por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2002.
- . *La justicia con toga*. Traducido por Marisa Iglesias e Íñigo Ortiz. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Dyzenhaus, David. “Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power”. *Global Constitutionalism* 1, n.º 2 (2012): 229-60. doi: 10.1017/S2045381712000032.
- Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición. *Memoria de la Justicia Constitucional: 2008-2011*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Ecuador Corte Constitucional. *Informe de Gestión: 2012-2013*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. *Informe de Gestión: 2013-2014*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. *Informe de Gestión 2015*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. *Informe de Rendición de Cuentas 2016 y Trípticos*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2016.
- Ecuador Asamblea Nacional. *Manual de Técnica Legislativa*. Quito: Unidad de Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional del Ecuador, 2014.
- Ehrlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.
- Epstein, Lee, y Jack Knight. *The choices justices make*. Washington, DC: CQ Press, 1998.

- Escobar García, Claudia. “Prácticas Constitucionales y discrecionalidad judicial”. *Foro Revista de derecho* n.º 6 (2006): 5-26. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/317>.
- Escobar Roca, Guillermo. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*. Madrid: Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo / Universidad de Alcalá / Trama Editorial, 2005.
- Espinosa, Carla. *Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral*. Quito: Tribunal Contencioso Electoral, 2010.
- . “Ponderación y proporcionalidad en el caso Kimel-Argentina de la Corte IDH”. *Cálamo Revista de Estudios Jurídicos* n.º 7 (2017): 19-30. [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dossier_2_Carla_Espinosa%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dossier_2_Carla_Espinosa%20(1).pdf).
- . “Una mirada interpretativa y constitucional de los derechos sociales: la reducción de las pensiones jubilares”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 35 (Enero-Junio 2021): 105-24. doi: <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.35.6>.
- Esquirol, Jorge. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, 2014.
- Farrera, Gonzalo. “La judicialización de la política: El caso de México en perspectiva comparada”. *Revista IUS* 6, n.º 30 (2012): 172-203, doi: <https://doi.org/10.35487/rius.v6i30.2012.50>.
- Fassbender, Bardo. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de derecho público* n.º 5 (1998): 51-73. <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=510&path%5B%5D=565/>.
- Ferejohn, John. “Judicialización de la política, politización de la ley”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 45, n.º 184 (2002): 13-49. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2002.184.48330>.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. 3.^a ed. Madrid: Trotta, 2002.
- . “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, coordinado por Miguel Carbonell, 187-204. México: Siglo XXI, 2002.
- . “La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos”. En *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, coordinado por Luigi Ferrajoli, Josep

- Moreso y Manuel Atienza. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- . “Pasado y futuro del Estado de Derecho”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, coordinado por Miguel Carbonell, 4.^a ed., 13-29. Madrid: Trotta, 2009.
- . *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- Finnes, John. “La verdad en el positivismo jurídico” En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2003.
- Fiss, Owen. “The Limits of Judicial Independence”. *Inter-American Law Review* 25, n.º 1 (1993): 57-76. <https://www.jstor.org/stable/40176330>.
- Fröhlich, Johanna. “La argumentación y el razonamiento constitucional en el ejercicio de la independencia de los jueces”. En *¿Tienen los jueces la última palabra?* Coordinado por Paúl Córdova. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- García Amado, Juan. *Interpretar, argumentar, decidir*. Chile: Anuario de Derecho Penal, 2005. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/interpretar-argumentar-decidir.pdf/>.
- . “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”. En *Teoría del neoconstitucionalismo*, coordinado por Miguel Carbonell. México: Trotta, Universidad Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- . “Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de abril de 2007”, *Palestra del Tribunal Constitucional* n.º 8 (2007): 627-629. https://www.academia.edu/34449882/PONDERACION_O_SIMPLES_SUBSUNCIONES_COMENTARIO_A_LA_SENTENCIA_DEL_TRIBUNAL_CONSTITUCIONAL_DE_25_DE_ABRIL_DE_2007.
- . *El derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- . *El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia*. León: Universidad de León, s/f. <http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/relevancia.pdf>

- . “¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación”. *Revista Iberoamericana de Argumentación* n.º 13 (2016): 1-22. <http://e-spacio.uned.es/ojs/index.php/RIA/>.
- . *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Instituto de la Judicatura Federal / Consejo de la Judicatura Federal / Tirant lo Blanch, 2017.
- García Figueroa, Alonso. *Principios y positivismo jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- . “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”. En *El Canon Neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- García Ramírez, Sergio, y Alejandra Gonza. *La Libertad de Expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion.pdf>.
- García, Silvana. “El derecho como ciencia”. *Invenio* 14, n.º 26 (2011): 13-38. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4219719.pdf>.
- Gargarella, Roberto, comp. *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- . “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”. En *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, coordinado por Roberto Gargarella, 119-58. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- . “El ‘Nuevo constitucionalismo latinoamericano’”. *Estudios Sociales* 25, n.º 48 (2015): 169-72. <file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElNuevoConstitucionalismoLatinoamericano-6198799.pdf>.
- Garzón, Ernesto. “¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?”. *Doxa* 2, n.º 21 (1998): 145-66. <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10355/>.
- Gaviria, Carlos. “Sentencia de Constitucionalidad C-22 de 1996. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993”. En *Sentencias y Herejías Constitucionales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica Filial Colombia, 2002.
- Gény, François. *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada: Comares, 2000.

- Gibson, James. "Judges Role Orientations, Attitudes and Decisions: An Interactive Model". *American Political Science Review* 72, n.º 3 (1978): 911-24. doi:10.2307/1955111.
- Gloppen, Siri, Bruce Wilson, Roberto Gargarella, Elin Skaar y Morten Kinander. *Courts and Power in Latin America and Africa*. New York: Palgrave MacMilla, 2010.
- González, Susana. "La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (distinguir para comprender)". *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa: Revista de Investigación Jurídica* 5, n.º 12 (2013): 1-22. <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/laracionalidadylarazonabilidadenlasresoluciones.pdf/>.
- Gozáíni, Olvaldo. *El debido proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, s/f.
- Gramsci, Antonio. *La política y el estado moderno*. Madrid: Colección Diario Público, 2009.
- Grijalva, Agustín. "La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías". En *Análisis Nueva Constitución*, editado por Raúl Borja, 118-35. Quito: ILDIS / Revista la Tendencia, 2008.
- . *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
- . "Nuevo constitucionalismo, democracia e independencia judicial". *Cálamo Revista de Estudios Jurídicos* n.º 3 (2015): 27-38, <https://calamo.ec/number/3>.
- Guarnieri, Carlo, y Patrizia Pederzoli. *The power of judges: A comparative study of courts and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Guastini, Ricardo. "Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales". *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia* 2, n.º 8 (2007): 631-7. http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf/.
- . *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.
- . "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, 4.ª ed., 49-73. Madrid: Trotta, 2009.
- Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Habermas, Jürgen. *Factibilidad y validez*, 5.ª ed. Madrid: Trotta, 2008.

- Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay. *El Federalista*. Traducido por Gustavo Velasco, 2.^a ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Hare, Richard. *Freedom and Reason*. Oxford: Oxford Press University, 1963.
- Hart, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Traducido por Genaro Carrió. México: Editora Nacional, 1980.
- . “Commands an authoritative Reasons”. En *Essays on Bentham*. Oxford: Clarendon Press, 1982.
- Heck, Philipp. *El problema de la creación del Derecho*. Granada: Comares, 1999.
- Hernández, Andrés, y Elizabeth Arciniegas. “Aproximación conceptual: El accountability desde una perspectiva comparada en América Latina: estudios de caso”. En *Experiencias de Accountability horizontal y social en América Latina: Estudios de casos comparados en São Paulo, México DF, Caracas y Bogotá*, editado por Andrés Hernández y Elizabeth Arciniegas, 20-46. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.
- Hesse, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*, editado por Pedro Cruz Villalón y Miguel Azpitarte. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Hogg, Peter, y Allison Bushell. “El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)”. En *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, coordinado por Roberto Gargarella, 17-49. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Holmes, Stephen, y Cass R. Sunstein. *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2005.
- Hübner Mendes, Conrado. “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”. En *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, coordinado por Roberto Gargarella, 159-85. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- Jadán, Diego. *Independencia judicial y poder político en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019.
- Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Jiménez, José. “El Poder Judicial, su independencia y sus relaciones con el Poder Legislativo y con el Poder Ejecutivo”. En *El Poder Judicial en Europa*. Madrid:

- Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 1982.
- Johnson, Timothy, Paul Wahlbeck y James Spriggs. "The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court". *American Political Science Review* 100, n.º 1 (2006): 99-113. doi: <https://doi.org/10.1017/S0003055406062034>.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- . *Teoría Pura del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011.
- Kennedy, Duncan. *Izquierda y derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. Traducido por Guillermo Moro. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2013.
- Kramer, Larry D. "Popular Constitutionalism". *California Law Review* 92, n.º 4: (2004): 959-1012, <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1326&context=californialawreview>.
- Laporta, Francisco. "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley". *Doxa* n.º 22 (1999): 321-30. doi: <https://doi.org/10.14198/DOXA1999.22.14>.
- Larenz, Kart. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción de Marcelino Rodríguez, 2.ª ed. Madrid: Ariel, 1980.
- Lasalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel, 1975.
- León, Ricardo. *Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales*. Perú: Academia de la Magistratura / JUSPER, 2008.
- Lombardi Vallauri, Luigi. *Corso di filosofia del diritto*. Padúa: Cedam, 1981.
- Lopera, Gloria. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- López Bajo, Lizett. "Límites constitucionales, activismo judicial e incidencia de las organizaciones sociales civiles: las controvertidas decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre derechos humanos". Tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, 2017. <http://hdl.handle.net/10469/12789>.
- López Medina, Diego. *El Derecho de los Jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis, 2006.

- . *Interpretación Constitucional*, 2.^a ed. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2014. <http://diegolopezmedina.net/wp-content/uploads/2014/03/Interpretacion-Constitucional-EJ.pdf>.
- Lozada Prado, Alí. “Sobre la dimensión argumentativa del derecho”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: aspectos generales*, editado por Juan Montaña Pinto, 1: 171-226. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Lozada Prado, Ali, y Catherine Ricaurte. *Manual de argumentación constitucional: propuesta de un método*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2015.
- Machado, Priscila. “La última palabra y la autoridad del derecho en la discusión entre Dworkin y Waldron”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermeneutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 12, n.º 3 (2020): 439-460. doi: 0.4013/rechtd.2020.123.08.
- Martínez Alarcón, María Luz. *La independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- Martínez Zorrilla, David. *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Maurino, Gustavo. “El artículo 28: Hacia una república basada en razones”. En *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado por Roberto Gargarella, 309-15. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- Maurino, Gustavo. “Derechos, escepticismo y mayoritarismo: un triángulo imposible: Una crítica a la teoría de la legitimidad política de Jeremy Waldron”. *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* n.º 42 (2015): 47-81. <https://www.redalyc.org/journal/3636/363639203003/html/>.
- Médici, Alejandro. *La Constitución Horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Aguascalientes: MISPAT, 2012.
- Mercader Uguina, Jesús. “Tutela judicial efectiva, control de razonabilidad de las decisiones judiciales y ‘canon reforzado’ de motivación en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n.º 73 (2008): 127-46. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=214257>.
- Michelman, Frank. “Constitutional Authorship by the people”. *Notre Dame Law Review* 74, n.º 1605 (1999). <https://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol74/iss5/7>.
- Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

- Montaña Pinto, Juan, y Patricio Pazmiño. “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: Aspectos generales*, editado por Juan Montaña, 1: 23-44. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- . “Algunas consideraciones acerca del nuevo modelo constitucional ecuatoriano”. En *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, coordinado por Jorge Benavides y Jhoel Escudero, 23-48. Quito: Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, 2013.
- Montaña Pinto, Juan. “El derecho a renacer: aproximación fenomenológica a la justicia constitucional en Ecuador”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: Aspectos generales*, editado por Juan Montaña, 1: 45-88. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- . “La interpretación constitucional, variaciones de un tema inconcluso”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: parte especial 2*, editado por Juan Montaña, 3: 19-60, *Control constitucional y otras competencias de la Corte Constitucional*. Quito: CEDEC, 2012.
- . “Teoría Utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano: Perspectiva comparada”. Quito: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, 2012.
- Montaño, César. “Argumentación jurídica en materia tributaria”. En *Tópicos Contemporáneos del Derecho Tributario*, coordinado por Marco Albán y César Montaño. Quito: Cevallos, 2013.
- . *Problemas Constitucionales de la Integración*. México: Porrúa, 2013.
- Montesquieu. *Del espíritu de las leyes*. Barcelona: Tecnos, 1984.
- Montoro, Alberto. “El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs”. *Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época* 8 (2007): 365-374. <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110365A>.
- Moreso, José Juan. “Derechos y justicia procesal imperfecta”. En *Constitución: Problemas filosóficos*, editado por Francisco Laporta. Madrid: CEPC, 2003.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*, 10.^a ed. Bogotá: Temis, 2006.

- Navarro, Pablo. “Enunciados jurídicos y proposiciones normativas”. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho* n° 12 (2000): 121-155.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3870867>.
- Navas, Marco. “La justicia constitucional en el Ecuador, entre la política y el derecho”. *Jurídicas* 10, n.º 2 (2013): 181-208.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7517744>.
- . “Claves metodológicas para la investigación del nuevo constitucionalismo latinoamericano: Una mirada socio jurídica”. *Revista Culturas Jurídicas* 4, n.º 9 (2017). <https://www.uexternado.edu.co/evento/derecho/claves-metodologicas-la-investigacion-del-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano/>.
- Negretto, Gabriel. *La política del cambio constitucional en América Latina*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Negri, Nicolás Jorge. “La argumentación jurídica en las sentencias judiciales: La determinación judicial de los daños a la persona”. Tesis doctoral, Universidad de la Plata, 2018, 25,
http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/71530/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Nino, Carlos Santiago. *Algunos Modelos Metodológicos de Ciencia Jurídica*, 2.ª ed. México D.F.: Fontamara, 1995.
- . *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2000.
- . *Introducción al análisis del derecho*, 2.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- Nogueira, Humberto. “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”. *Estudios constitucionales* 9, n.º 1 (2015): 119-156.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82019098005>.
- Noguera-Fernández, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Noguera-Fernández, Albert, y Marcos Criado de Diego. “La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (2011): 15-49.
<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1506>.
- Nohlen, Dieter, “Método comparativo”. En *Diccionario de Ciencia Política*, editado por Dieter Nohlen. México: Porrúa / Colegio de Veracruz, 2006.

- Núñez, Diego. “Estatus de la Corte Constitucional: Corte de precedentes”. En *Manual de Justicia Constitucional*, coordinado por Jorge Benavides y Jhoel Escudero. Quito: Corte Constitucional para el período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- O’Donnell, Guillermo. “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”. *Revista Española de Ciencia Política* n.º 11 (2004): 11-31. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182001000100007.
- . “Notes on Various Accountabilities and Their Interrelations”. En *Dissonances. Democratic Critiques of Democracy*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2007.
- Ordóñez, David. “El lenguaje judicial desde una perspectiva comparada y plurilingüe”. *Revista de Llengua i Dret* 3, n.º 59 (2013): 2-41. <http://www.raco.cat/index.php/RLD/article/download/266675/354299/>.
- Ortiz, Richard. “Neoconstitucionalismo y democracia en Ecuador”. Ponencia presentada en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Bogotá, 16 al 18 de septiembre de 2015.
- Ost François y Van de Kerchove, Michel. “Constructing the complexity of the law: toward a dialectic theory”. En *The Law in Philosophical Perspectives*, editado por Luc Witgens. Dordrecht: Kluwer, 1999.
- Pásara, Luis. *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Quito: Fundación para el Debido Proceso / Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad / Instituto de Defensa Legal, 2014.
- Pautassi, Laura. *Legislación previsional y equidad de género en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL / ECLAC, 2002.
- Peces-Barba, Gregorio. *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Universidad de Burgos / Dykinson, 1997.
- Perelman, Chaïm. *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Traducido por Julia Sevilla. Madrid: Gredos, 1989.
- Pérez Luño, Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, 14.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2014.

- Pérez Tremps, Pablo. “Los derechos fundamentales. Teoría General”. En *Los Derechos Fundamentales*. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador / Universidad Carlos III / Comisión Europea / CEN, 2004.
- Peruzzotti, Enrique, y Catalina Smulovitz. “Social Accountability in Latin America”. *Journal of Democracy* 11, n.º 4 (2000): 147-158. doi:10.1353/jod.2000.0087.
- . “Accountability social: la otra cara del control”. En *Controlando la Política, Ciudadanos y medios en las democracias latinoamericanas*, coordinado por Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz. Buenos Aires: Temis, 2002.
- Pizzolo, Calogero. *Globalización e integración: Ensayo de una teoría general*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- . “Derecho constitucional en la Unión Europea: el ‘constitucionalismo multinivel’ como alternativa al problema de la jerarquía normativa”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* 9, n.º 42 (2012): 120-30. UNLP.http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27005/Documento_completo.pdf?sequence=1/.
- Porras, Angélica. “La hermenéutica constitucional: los ribetes del problema principal de la teoría jurídica contemporánea”. En *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: aspectos generales*, editado por Juan Montaña, 1: 141-72. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- Portocarrero, Jorge. “Peligros y límites de la ponderación”. Tesis de abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011. http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/1605/Portocarrero_qj.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Posner, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Pozzolo, Susana. “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”. En *El canon neoconstitucional*, editado por Miguel Carbonell y Leonardo García, 165-76. Madrid: Trotta, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo”. En *Diccionario de derecho constitucional*. México: Porrúa, 2005.
- . “El juicio de ponderación constitucional”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, 2.^a ed. Madrid: Trotta, 2009.

- . “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Neoconstitucionalismo(s)*, 4.^a ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- Quinta, Fernando. *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Ramírez, María de Lourdes. *Debates contemporáneos de Derecho Público en Colombia*. Editado por Viridiana Molinares Hassan. Barranquilla: Universidad del Norte, 2015.
- Raz, Joseph. *Practical Reason and Norms*. 2.^a ed. Londres: Hutchinson, 1990.
- Riberi, Pablo. “Derecho y política: tinta y sangre”. En *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado por Roberto Gargarella, 240-4. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- Ríos, Alejandra, Alejandro Cortés, María Camila Suárez y Laura Fuentes. “Accountability: aproximación conceptual desde la filosofía política y la ciencia política”. *Colombia Internacional* 82, n.º 82 (2014): 261-88. doi: dx.doi.org/10.7440/colombiaint82.2014.10.
- Ríos Figueroa, Julio, y Gretchen Helmke. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- Ríos Figueroa, Julio. “Instituciones para la justicia constitucional en América Latina”. En *Tribunales constitucionales en América Latina*, compilado por Gretchen Hemlke y Julio Ríos Figueroa, 47-90. México: Suprema Corte de Justicia, 2010.
- Robles, Gregorio. *El derecho como texto*. Madrid: Civitas, 1998.
- Rodríguez, Jorge. *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- Rodríguez, María Luisa. *Altas cortes y transformación social. (Des)obediencia a las órdenes judiciales. ¿Qué pasa después de la decisión judicial?* Coordinado por María Luisa Rodríguez, Daniel Jiménez y Fabián León. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia / Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales / Vicedecanatura de Investigación y Extensión / Instituto de Investigaciones Sociojurídicas Gerardo Molina / UNIJUS, 2021.
- Rodríguez Garavito, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre los derechos sociales”. En *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, compilado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

- Rodríguez-Puerto, Manuel Jesús. “Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural”. *Dikaion* 19, n.º 2 (2010): 319-47.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72016987004>.
- Ross, Alf. *Directives and Norms*. London: The Lawbook Exchange, 2009.
- Ruiz, Paola, y Luis Bermeo. “La recepción de la Teoría de los Sistemas de Luhmann en la jurisprudencia constitucional colombiana”. *Dike* 12, n.º 23 (2018): 81-100.
- Ruiz Ruiz, Ramón. “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho”. *Derecho y Realidad* 10, n.º 20 (2012): 144-66.
https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4860.
- . “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 119, n.º 20 (2010): 119-32.
<file:///C:/Users/usuario/Downloads/193-1428-1-PB.pdf>.
- Ruiz Schneider, Carlos. *Seis ensayos sobre teoría de la democracia*. Santiago: Universidad Nacional Andrés Bello, 1993.
- Saba, Roberto. “La Constitución como límite (positivo y negativo): el caso de la igualdad ante la ley”. En *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- . *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- Salazar, Milton. “La acción de inconstitucionalidad respecto de los precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Nacional de Justicia: Un análisis de la Resolución 10-20”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019.
- Saldivia, Laura. “Categorías sospechosas, flexibles y contextualizadas”. En *La Constitución en 2020: 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, coordinado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.
- Sandoval, Helber. “Neoconstitucionalismo y activismo judicial: De la inocua teoría a las preocupantes realidades”. *Revista Jurídica Piélagus* 19, n.º 11 (2020): 138-59.
doi: 10.25054/16576799.2810.
- Sartori, Giovanni. *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza, 1992.
- . *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

- Schedler, Andreas. "Conceptualizing Accountability". En *The Self Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, editado por Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc Plattner, 13-28. Boulder: Lynne Rienner, 1999.
- . *¿Qué es la rendición de cuentas?* México: Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2008.
- Segal, Jeffrey, y Harold Spaeth. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Sen, Amartya. *La idea de la justicia*. México: Santillana, 2010.
- Sieder, Rachel, Line Schjolden y Alan Angell, coords. *La judicialización de la política en América Latina*. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social / Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Simon, Farith. *Introducción al Estudio del Derecho*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2017.
- Simons, Helen. *El estudio de caso: Teoría y práctica*. Madrid: Morata, 2011.
- Stake, Robert. *Investigación con estudio de caso*. Madrid: Morata, 1999.
- Storini, Claudia. *La interpretación constitucional y el estado de las autonomías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- . "Hermenéutica y Tribunal Constitucional". *Foro Revista de Derecho* n.º 7 (2007):159-86. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1639/1/RF-07-TC-Storini.pdf>.
- . "¿Sobre quién reposa la tortuga? A vueltas con los límites de la interpretación constitucional". En *Perspectivas Constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. "Teoría Jurídica y 'derecho comparado': una aproximación y un deslinde". *Isonomía* n.º 27 (2007): 29-49. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182007000200002.
- Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras: Estudios sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.
- Taylor, Henry. "La administración de justicia constitucional a cargo de jueces ordinarios". *Revista Jurídica de Derecho* 6 (2001): 189-228. http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/.../12/189_a_228_la_administracion.pdf/.

- Torres Ripa, Javier. *Manual de estilo Chicago-Deusto*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2013.
- Touraine, Alain. *¿Qué es democracia?* México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Tulis, Jeffrey. “Deliberation between Institutions”. En *Debating Deliberative Democracy*, editada por Laslett y Fishkin. Malden y Óxford: Blackwell Publishing, 2003.
- Tushnet, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- . *¿Por qué la Constitución importa?* Traducida por Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- . “Revisión judicial dialógica”. En *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, coordinado por Roberto Gargarella, 105-116. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.
- University of Chicago Press, The Chicago Manual of Style*. 16.^a ed. Chicago: University of Chicago Press.
- Uprimmy, Rodrigo. “Prefacio”. En *La judicialización de la política en América Latina*, coordinado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. México: Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social / Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Urbinati, Nadia. *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago: Chicago University Press, 2008.
- Uvalle Berrones, Ricardo. “Fundamentos políticos de la rendición de cuentas en México”. *Estudios Políticos* n.º 38 (2016): 37-55.
- Vega Blanco, Lilly Yolanda. “Producción y contradicción del dictamen de las Juntas de Calificación de Invalidez como prueba judicial dentro del proceso ordinario laboral oral”. Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2016. <http://bdigital.unal.edu.co/54839/7/LillyY.VegaB.2016.pdf>.
- Vergara, Verónica, y Hugo Gómez. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. En *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Editorial UPC, 2009.
- Viciano, Roberto, y Rubén Martínez. “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Ágora Revista de Ciencias Sociales*, 13 (2005) 55-68. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2288064>.

- Vigo, Rodolfo. *Interpretación Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/f.
- Vila, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2007.
- Villaverde, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, editado por Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Vintimilla, Jaime. “Principios y Reglas como nuevas fuentes de justicia la luz del *Ius Novus* ecuatoriano”. *Iuris Dictio* 9, n.º 13 (2010): 47-57. doi: <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v9i13.692/>.
- Viola, Francesco, y Giuseppe Zaccaria. *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma: Bari, Laterza, 2001.
- Wolkmer, Antonio Carlos. “Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina”. En *Constitucionalismo Latino-Americano, Tendências contemporâneas*, coordinado por Antonio Wolkmer y M. Peters Melo. Curitiba: Juruá, 2013.
- Yin , Robert “Case Study Research Design and Methods. Thousand Oaks, CA”. *Journal CJPE* 30, n.º 1 (2014): 1-5. doi: 10.3138/CJPE.BR-240.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: derechos y justicia*. 7.ª ed. Madrid: Trotta, 2007.
- Zúñiga, Carlos. *Manual de Economía Política en la carrera de Derecho*. Guayaquil: Docucentro Católica: 2006.
- Zúñiga Añazco, Yanira. “El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. Un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. *Ius et Praxis* 16, n.º 2 (2010): 249-72. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26011.pdf>.

1. Normativa nacional e internacional

- Consejo de Europa Secretaría General. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. 4 noviembre de 1950. En vigor desde el 21 de septiembre de 1970, con sus Protocolos Modificatorios.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

- Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009 con sus reformas.
- Ecuador. *Ley Orgánica de Comunicación*. Registro Oficial 22, Tercer Suplemento, 25 de junio de 2013 y sus reformas.
- Ecuador. *Reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el período de transición*. 12 de noviembre de 2008.
- España. *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. BOE núm. 239, de 05/10/1979.
- OEA Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos (B-32). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 22 de noviembre de 1969. En vigor desde el 18 de julio de 1978.
- OEA-ONU Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción. *Convención Interamericana contra la corrupción (B-58)*. 1996.
- OIT 76ª Conferencia General. *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*. 27 de junio de 1989. En vigor desde el 05 de septiembre de 1991.
- ONU Asamblea General. *Carta Constitutiva de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945. Ratificada por el Ecuador por Decreto Ejecutivo 2068. Registro Oficial 502, 06 de febrero de 1946.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III).
- ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976. Resolución 2200 A (XXI).
- ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 03 de enero de 1976. Resolución 2200 A (XXI).
- ONU Asamblea General. *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976. Resolución 2200 A (XXI).
- ONU Asamblea General. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. 18 de diciembre de 1979. En vigor desde el 03 de septiembre de 1981. Resolución 34/180.
- ONU Asamblea General. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. En vigor desde el 02 de septiembre de 1990. Resolución 44/25.

ONU Asamblea General. *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. 06 de octubre de 1999. A/RES/54/4.

ONU Asamblea General. *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*. 13 de septiembre de 2007.

ONU Asamblea General. *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 19 de diciembre de 2008. Resoluciones 217 A (III) y 2200 A (XXI) anexo.

ONU VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente y confirmado por Asamblea General. *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* 1985. Resoluciones n.º 40/32, 29 de noviembre de 1985 y n.º 40/146, 13 de diciembre de 1985. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx>.

2. Jurisprudencia y opiniones consultivas

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-499 de 1992*. 21 de agosto de 1992, MP Eduardo Cifuentes.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-522 de 1992*. 19 de septiembre de 1992, MP Alejandro Martínez.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-530 de 1993*. 11 de noviembre de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-015 de 1994*. 25 de enero de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-230 de 1994*. 13 de mayo de 1994, MP Eduardo Cifuentes.

Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-022 de 1996*. 23 de enero de 1996, MP Carlos Gaviria.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-309 de 1997*. 25 de junio de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero.

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-352 de 1997*. 30 de julio de 1997, MP Eduardo Cifuentes.

- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-475 de 1997*. 25 de septiembre de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia SU-225/98*. 20 de mayo de 1998, MP Eduardo Cifuentes.
- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-588/98*. 20 de octubre de 1998, MP Eduardo Cifuentes.
- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-093 de 2001*. 31 de enero de 2001, MP Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-702 de 2001*. 5 de julio de 2001, MP Marco Monroy Cabra.
- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-269 de 2002*. 18 de abril de 2002, MP Marco Monroy Cabra.
- Colombia Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Expediente 11001-0203-000-2004-00729-01*. 29 de agosto de 2008, MP Edgar Villamil Portilla.
- Corte EDH. “Sentencia de 1 de julio de 1969”. *Caso Lawless vs. Irland*. 1 de Julio de 1961. <https://70.coe.int/pdf/lawless-v.-ireland.pdf>.
- Corte EDH. “Sentencia de 13 de junio de 1979”. *Caso Marckx vs. Belgique*. 13 de junio de 1979. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62092>.
- Corte IDH. *La Colegiatura Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85. 13 de noviembre de 1985. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/53980>
- Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86. 9 de mayo de 1986. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.
- Corte IDH. *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf.
- Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>.
- Corte IDH. “Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. 6 de febrero de 2001. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf.

- Corte IDH. “Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2 de julio de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. 31 de agosto de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. 22 de noviembre de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. 1 de febrero de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. 19 de septiembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Kimel vs. Argentina*. 2 de mayo de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*. 5 de agosto de 2008. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 30 de junio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. 30 de junio de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 29 de noviembre de 2011 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Fontavecchia y D’amico vs. Argentina*. 29 de noviembre de 2011. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. 24 de febrero de 2012. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.
- Corte IDH. “Sentencia de 22 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Mémoli vs. Argentina*. 22 de agosto de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf.

- Corte IDH. “Sentencia de 23 de agosto de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. 23 de agosto de 2013. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf.
- Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2016 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Flor Freire vs. Ecuador*. 31 de agosto de 2016. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia Interpretativa n.º 001-08-SI-CC”. En *Casos n.º: Acumulados 0003-08-IC, 0004-08-IC, 0008-08-IC*. 28 de noviembre de 2008. Registro Oficial 479, Primer Suplemento, 2 de diciembre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia Interpretativa n.º 002-08-SI-CC”. En *Casos Acumulados n.º: 0005-08-IC y 0009-08-IC*. 10 de diciembre de 2008. Registro Oficial 487, Segundo Suplemento, 12 de diciembre de 2008.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 002-09-SAN-CC”. En *Caso n.º: 0005-08-AN*. 2 de abril de 2009. Registro Oficial 566, Suplemento, 8 de abril de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional, para el período de transición. “Sentencia n.º 025-09-SEP-CC”. En *Casos acumulados n.º: 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP*. 29 de septiembre de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 006-09-SAN-CC”. En *Caso n.º: 072-09-AN*. 24 de noviembre de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional. “Resolución n.º 1418-2008-RA”. 27 de octubre de 2009. Registro Oficial 21, Suplemento. 27 de noviembre de 2009.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia Interpretativa n.º 002-10-SIC-CC”. En *Caso n.º 0020-09-IC*. 9 de septiembre de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 069-10-SEP-CC”. En *Caso n.º 0005-10EP*. 9 de diciembre de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 001-PJO-CC”. En *Caso n.º: 0530-10-JP*. 22 de diciembre de 2010.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 012-11-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0177-10-EP*. 18 de agosto de 2011.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 012-11-SCN-CC”. En *Caso n.º: 0014-11-CN*. Registro Oficial 597, Suplemento. 15 de diciembre de 2011.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 045-11-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0385-11-EP*. 24 de noviembre de 2011.

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 028-12-IN-CC”. En *Caso n.º: 0794-09-EP*. Registro Oficial 811, Tercer Suplemento. 17 de octubre de 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 067-12-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1116-10-EP*. 27 de marzo de 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 200-12-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1678-10-EP*. 26 de julio de 2012.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 227-12-SEP”. En *Caso n.º: 1212-11-EP*. 21 de junio de 2012
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 003-13-SIN-CC”. En *Casos n.º: 0042-11-IN, 0043-11-IN y 0045-11-IN acumulados*. 4 de abril de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia 016-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1000-12-EP*. 16 de mayo de 2013. Registro Oficial 9, Segundo Suplemento. 6 de junio de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 020-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0563-12-EP*. 30 de mayo de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 034-13-SCN-CC”. En *Caso n.º: 0561-12-CN*. 30 de mayo de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 070-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0308-13-EP*. 21 de agosto de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 048-13-SCN-CC”. En *Casos n.º: 0179-CN y acumulados*. 4 de septiembre de 2013. Gaceta Constitucional 004. 23 de septiembre de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 076-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1242-10-EP*. 18 de septiembre de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 092-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0538-13-EP*. 12 de noviembre de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 097-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1614-11-EP*. 26 de noviembre de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 098-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1850-11-EP*. 26 de noviembre de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 102-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0380-10-EP*. 04 de diciembre de 2013. Gaceta Constitucional 005, 27 de diciembre de 2013.

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 123-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1542-11-EP*. 19 de diciembre de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 132-13-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1735-13-EP*. 26 de diciembre de 2013.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 010-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1250-11-EP*. 15 de enero de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 017-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0401-13-EP*. 22 de enero de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 018-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1097-14-EP*. 22 de enero de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 020-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0739-11-EP*. 29 de enero de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 023-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 2044-11-EP*. 29 de enero de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 051-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1939-11-EP*. 26 de marzo de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 054-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 2084-11-EP*. 26 de marzo de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 062-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1616-11-EP*. 9 de abril de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 063-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0522-12-EP*. 9 de abril de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 072-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0166-11-EP*. 16 de abril de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 073-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0846-11-EP*. 16 de abril de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 090-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1141-11-EP*. 28 de mayo de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 100-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0026-11-EP*. 18 de junio de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 104-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1604-11-EP*. 9 de julio de 2014.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia n.º 108-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1314-10-EP*. 23 de julio de 2014.

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia 112-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 2204-11-EP*. 23 de julio de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 124-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0017-11-EP*. 14 de agosto de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 125-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1845-11-EP*. 14 de agosto de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 003-14-SIN-CC”. En *Caso n.º: 0014-13-IN y acumulados 0023-13-IN y 0028-13-IN*. 17 de septiembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 133-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0644-14-EP*. 17 de septiembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 167-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1644-11-EP*. 15 de octubre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 180-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1585-13-EP*. 22 de octubre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 189-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0325-13-EP*. 22 de octubre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 192-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 2015-11-EP*. 6 de noviembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 203-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0498-12-EP*. 13 de noviembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 215-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 2110-11-EP*. 26 de noviembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 218-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 2132-11-EP*. 26 de noviembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 224-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1836-11-EP*. 10 de diciembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 225-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0289-13-EP*. 10 de diciembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 227-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1269-13-EP*. 10 de diciembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia 229-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0270-11-EP*. 17 de diciembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 231-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0589-13-EP*. 17 de diciembre de 2014.

- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 232-14-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1388-12-EP*. 17 de diciembre de 2014.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 015-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1857-11-EP*. 28 de enero de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 048-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1657-12-EP*. 25 de febrero de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 100-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0452-13-EP*. 31 de marzo de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 134-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0342-12-EP*. 29 de abril de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 166-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0507-12-EP*. 20 de mayo de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 174-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0720-12-EP*. 27 de mayo de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 206-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0280-12-EP*. 24 de junio de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 222-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0255-12-EP*. 9 de julio de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 278-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0398-15-EP*. 26 de agosto de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 332-15-SEP-CC”. En *Caso n.º: 0418-14-EP*. 30 de septiembre de 2015.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 1035-12-EP/20”. En *Caso n.º: 1035-12-EP*. 22 de enero de 2020.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 794-15-EP/20”. En *Caso n.º: 794-15-EP*. 5 de agosto de 2020.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 109-11-IS”. En *Caso n.º: 109-11-IS*. 26 de agosto de 2020.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 32-21-IN/21 y acumulado”. En *Caso n.º: 32-21-IN y acumulado n.º: 34-21-IN*. 11 de agosto de 2021.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 1158-17-EP/21”. En *Caso n.º: 1158-17-EP*. 20 de octubre de 2021.
- Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 010-18-SIN-CC”. En *Casos n.º: 0010-08-TC y 0014-09-IN acumulados*. 16 de mayo de 2018.

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia n.º 140-18-SEP-CC”. En *Caso n.º: 1764-17-EP*. 18 de abril de 2018.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia STC-179/89*. 2 de noviembre de 1989.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia STC-176/93*. 27 de mayo de 1993.

España Tribunal Constitucional. *Sentencia STC-49/96*, 26 de marzo de 1996.

US Supreme Court. *Lochner v. New York*, 198. 45 75-76 (1905).